

Ano 10 - Nº 1
Jan./Jun. 2018

Publicação Semestral
ISSN 2176-7939

Revista Acadêmica

Escola Superior do Ministério
Público do Ceará



ESMP



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 10, nº 1
(Jan./Jun. 2018)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo – CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 10, nº1 (Jan./Jun. 2018) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2018.

Semestral

ISSN 2176-7939

Disponível também em versão eletrônica:

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

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

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

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Plácido Barroso Rios

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Flávia Soares Unneberg

Diretoria de Ensino

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

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



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

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713

www.mpce.mp.br/institucional/esmp

Sumário

APRESENTAÇÃO08

ARTIGOS NACIONAIS

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL, DATA-BASE E CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE

Alexey Choi Caruncho

Liz Ayanne Kurahashi

Thalita Moreira Guedes.....15

A ENTREGA CONSCIENTE DE CRIANÇAS PARA A ADOÇÃO LEGAL À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Anna Gabriella Pinto da Costa.....27

COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO E OS PROFISSIONAIS DE PSICOLOGIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E DE SAÚDE – LIMITES ÉTICOS E POSSIBILIDADES

Diego Mendonça Viana.....45

A EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ABORDAGEM DO MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto

Matheus Sales Barros

Tiago Sisnando Vieira.....61

O MANEJO DA PROVA INDICIÁRIA NOS CRIMES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto.....79

UMA PROPOSTA DE MODELO DE ATENDIMENTO DE DEMANDAS DESTINADAS A SETORES DE INTELIGÊNCIA, PESQUISA E ANÁLISE DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Gleidson Sobreira Leite.....99

A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR ANTE O ENCAR-

CERAMENTO FEMININO: OS ALCANCES DO APRISIONAMENTO NA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Grazielly Soares da Silva

Juliana Silva de Carvalho.....117

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO: A ATUALIDADE DO CONTRAPONTO FILOSÓFICO ENTRE MAQUIAVEL E ERASMO DE ROTTERDAM

Igor Pereira Pinheiro.....139

A (DES) VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU PUGNADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO PENAL PÚBLICA

Lucas Gabriel Corrêa Nogueira

Rafael Fecury Nogueira.....153

O PAPEL DOS ESTADOS-MEMBROS NA MELHORIA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA: DIVERSIDADE LEGISLATIVA EM HARMONIA COM A RIQUEZA DOS BIOMAS BRASILEIROS

Paulo José Leite Farias.....175

O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA RELEITURA À LUZ DA PROPOSTA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

André Farah.....199

ARTIGOS INTERNACIONAIS

“THE ROLE OF PROSECUTORS IN PREVENTING TORTURE AND ILL-TREATMENT OF ACCUSED PERSONS AND PROPOSALS FOR REFORM”

David Baxter Bakibinga.....217

CYBERCRIME PROSECUTORS AND NON-RETROACTIVITY OF THE NIGERIAN CYBERCRIMES ACT 2015: IMPLICATION FOR THE ADMINISTRATION OF CYBERCRIME JUSTICE

Felix E. Eboibi.....237

LA CONVICCIÓN, UN ARMA IMPRESCINDIBLE EN LA PROTECCIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS VÍCTIMAS

Lic. Ubelexis Rondón Cantero.....253

Apresentação

A Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará se orgulha em apresentar nesta oportunidade a Edição de sua Revista Acadêmica relativamente ao primeiro semestre de 2018, tratando-se de um espaço destinado para a divulgação de artigos jurídicos e fomento de um debate acadêmico acerca de temas relevantes para as Ciências Jurídicas e Sociais.

Dentre as dezenas de artigos recebidos para este volume, foram selecionadas ecléticas contribuições que, cremos, serão de grande utilidade não somente para o debate público como ainda para as investigações acadêmicas.

Com efeito, nesta edição, o leitor terá a oportunidade de desfrutar da análise de temas sobre regime prisional, execução da pena após condenação judicial em segunda instância, adoção legal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, colaboração interinstitucional entre operadores do sistema de justiça e profissionais de psicologia, prova indiciária em crimes contra licitações públicas, modelo de atuação em demandas nos setores de inteligência, encarceramento feminino cautelar e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, moralidade administrativa na prevenção e repressão à corrupção, o papel dos Estados federados na proteção ambiental, o debate sobre a desvinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu formulado pelo Ministério Público e o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público.

Como em edições anteriores, recebemos contribuições acadêmicas internacionais, e, nesta edição, foram selecionados artigos jurídicos provenientes de autores de Cuba, Nigéria e Uganda, versando sobre temas pertinentes e de grande alcance e interesse, como a proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência, o ato de cybercrimes da Nigéria de 2015 e prevenção da tortura e atuação do Ministério Público, respectivamente.

Lembramos que nossa Revista conta com duas versões, uma eletrônica e outra impressa, oferecendo maiores dinâmica e acessibilidade, contribuindo para a democratização do conhecimento.

Desejamos que os artigos publicados nesta edição possam se traduzir em contributo para a aquisição de novos saberes e reflexões jurídicas, bem como em convite para submissão nas edições vindouras.

Fortaleza, 29 de junho de 2018.

Flávia Soares Unneberg

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Presentation

The Superior School for Public Prosecutors in the State of Ceará is proud to present the first semester of 2018 edition of our Academic Journal, which contains a designated area for promotion of juridical articles developing an academic debate about relevant themes from Social and Juridical Sciences.

Of the multitude of articles received for this volume, there was selected a wide range of contributions, which we believe will be of great utility not only for the public debate but also for deeper academic studies.

The effect of this is that the reader of this edition will have the opportunity to enjoy analysis of themes like prison regimes, execution of sentence after juridical conviction in the second level, legal adoption and the Statue of Children and Adolescences, inter-institutional collaboration between operators in the juridical system and the psychological profession, initial proofs in crimes connected to bidding for public projects, model for actions in demand for the intelligence sector, precautionary imprisonment of women and the Interamerican System for Human Rights, administrative morality in the prevention and repression of corruption, the role of the Federal States in the protection of the environment, the debate about detachment of the magistrate from the request for acquittal of the accused formulated by the Public Prosecution and the regulative power of the National Council of Public Prosecutors.

Like in previous editions, we received international academic contributions, and in this edition we selected juridical articles provided by authors from Cuba, Nigeria and Uganda treating pertinent themes of significant interest, like the protection of children and adolescent victims of violence, the act of cybercrimes in Nigeria in 2015, the prevention of torture and the performance of the Public Prosecution.

We remind our readers that our Journal exists in both electronic and printed versions in order to provide the best possible dynamic and accessibility with the purpose of democratizing knowledge.

We hope that the articles published in this edition will translate into contribution and acquisition of new knowledge and legal reflections, as well as an invitation to submit articles in the editions to come.

Fortaleza, June 29th, 2018.

Flávia Soares Unneberg

General Director

The Superior School for Public Prosecutors in the State of Ceará

Presentación

La Escuela Superior del Ministerio Público del Estado de Ceará tiene el honor de presentar, en esta oportunidad, la edición de su Revista Académica referente al primer semestre de 2018. Se trata de un espacio destinado a la divulgación de artículos jurídicos y a fomentar el debate académico acerca de temas relevantes para las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Entre las decenas de artículos recibidos y destinados a este volumen, se han seleccionado ecléticas contribuciones que creemos serán de gran utilidad no solamente para el debate público sino también para las investigaciones académicas.

En efecto, en esta edición el lector tendrá la oportunidad de disfrutar del análisis de diversos temas sobre régimen penitenciario, ejecución de la pena después de la condenación judicial en segunda instancia, adopción legal y Estatuto de la Niñez y del Adolescente, colaboración interinstitucional entre operadores del sistema de justicia y profesionales de psicología, prueba indiciaria en crímenes contra licitaciones públicas, modelo de actuación en demandas en los sectores de inteligencia, encarcelamiento femenino preventivo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, moralidad administrativa en la prevención y represión de la corrupción, el papel de los Estados federados en la protección ambiental, el debate sobre la desvinculación del magistrado al pedido de absolución del reo formulado por la Fiscalía Pública y el poder reglamentar del Consejo Nacional del Ministerio Público.

Como en obras anteriores, hemos recibido contribuciones académicas internacionales y en esta edición se han seleccionado artículos jurídicos elaborados por autores de Cuba, Nigeria y Uganda, tratando sobre temas pertinentes y de gran alcance e interés, como la protección de niños y adolescentes víctimas de violencia, los actos de “cybercrimes” en Nigeria en 2015, la prevención de la tortura y la actuación del Ministerio Público, respectivamente.

Nuestra Revista cuenta con dos versiones, una electrónica y otra impresa, brindando así una mayor dinámica y accesibilidad, lo que sin duda contribuye a la democratización del conocimiento.

Deseamos que los artículos publicados en esta edición se traduzcan en una importante contribución para la adquisición de nuevos saberes y reflexiones jurídicas, como también en una invitación a la sumisión en las próximas ediciones.

Fortaleza, Junio 2018.

Flávia Soares Unneberg

*Directora-General de la Escuela Superior
del Ministerio Público de Ceará*

Progressão de Regime Prisional, Data-Base e Condenação Superveniente¹

Alexey Choi Caruncho²

Liz Ayanne Kurahashi³

Thalita Moreira Guedes⁴

RESUMO

O artigo objetiva analisar a evolução do entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da fixação da data-base para progressão de regime prisional, especificamente, nos casos em que ocorre o somatório de penas decorrentes de condenações definitivas supervenientes, seja pela prática de delitos ocorridos antes, ou durante a execução penal já em curso. Em caráter conclusivo são apresentadas algumas percepções a título de tendência jurisprudencial.

Palavras-chave: *Data-base. Progressão de regime. Condenação superveniente.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a discussão afeta à definição da data-base para progressão de regime prisional sob a perspectiva do quanto vem sendo interpretado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como daquilo que já restou sumulado por ambas as instâncias numa tentativa de disciplinar referida matéria.

¹ Data de recebimento: 18/06/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: accaruncho@mppr.mp.br

³ Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: lakurahashi@mppr.mp.br

⁴ Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: tmguedes@mppr.mp.br

Para tanto, num primeiro momento, serão apresentadas as principais causas que implicam na modificação da data-base no curso da execução penal com efeitos na progressão de regime prisional. A partir destas considerações, serão analisados, especificamente, os reflexos do somatório de penas, quando ocorre o trânsito em julgado de uma condenação superveniente, tenha sido o delito a ela vinculado cometido em momento anterior, ou posterior ao início da execução originalmente em curso.

A título de conclusão serão apresentadas algumas percepções obtidas a partir do estudo, com o fim de identificar uma tendência jurisprudencial que possa estar em curso.

2 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E CAUSAS DE ALTERAÇÃO DA DATA-BASE

A expressão *data-base* não encontra parâmetro na norma positiva, sendo seu conteúdo extraído, essencialmente, do quanto já restou reconhecido jurisprudencialmente. Nesse sentido, considera-se *data-base* como sendo o termo *a quo* da contagem do novo prazo aquisitivo do direito a ver reconhecidos eventuais benefícios executórios.

Se, por um lado, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em regra⁵, gera a imutabilidade em relação ao fato criminoso, as sanções aplicadas, e reconhecidas pelo Juízo de conhecimento, são passíveis de modificação ao longo da execução penal.

Isto porque existem certas circunstâncias fáticas que, ao ocorrerem ao longo da execução da pena, e desde que arguidas tempestivamente, *poderão* fazer com que o termo inicial para aferição do requisito temporal aquisitivo de um benefício sofra modificação. Como referido, trata-se, porém, de apreciação que deve ser feita de *forma tempestiva*, sob pena de reconhecer-se a preclusão da matéria.

⁵ No ordenamento processual penal brasileiro, como se sabe, figura como exceção o instituto da revisão criminal, nos termos do previsto nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal.

Isto porque o reconhecimento da modificação da data-base encontra limite temporal de arguição, e não sendo oportunamente manifestada sua reanálise, só estará autorizada em caso de superveniência de fato novo.

Fixadas estas premissas, importa aferir *quais são as causas modificativas deste termo inicial e seus efeitos especificamente para fins de reconhecimento dos requisitos da progressão de regime prisional*. Para tanto, importa ressaltar que os *marcos para fixação da data-base* decorrem do quanto previsto nos artigos 50 e 52 da Lei de Execução Penal (LEP) - que arrolam as hipóteses de falta grave (i) - e do seu artigo 111 - que disciplina o somatório de penas (ii). Sendo esses os marcos legais, ainda que brevemente, importa tratá-los de forma individual.

2.1 A falta grave como causa de alteração da data-base

Muito embora não se desconheça a complexidade e variedade de questões afetas à falta grave, que, por si, só seria objeto de investigação individualizada, ainda que brevemente, cumpre ressaltar que o *cometimento de falta grave (i)* é uma das principais matérias tratadas jurisprudencialmente para fins de discussão da data-base.

Tanto assim que, com o propósito de pacificação da matéria, em 2015 foi editada pelo STJ a Súmula n. 534⁶ dispondo que “a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

Referida interpretação teria partido da premissa de que, a não ser assim, o sentenciado em regime fechado, que viesse a cometer uma falta grave, não sofreria qualquer consequência em relação ao lapso temporal para progredir de regime o que, em tese, poderia conduzir

⁶ Merece destaque, o Habeas Corpus nº 231.743-SP/STJ, de relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, então utilizado como um dos precedentes para a edição desta Súmula.

ao estímulo da prática dessas faltas no curso da execução penal.

A partir de uma análise jurisprudencial, evidencia-se que, após a edição da Súmula, dúvida ainda persistiu em relação à fuga e sua condição de falta grave. Dada sua natureza, e não tendo sido ela abrangida pelo teor sumulado, manteve-se o entendimento de que nesses casos, deverá ser considerada como data-base *a data da recaptura do sentenciado*, já que a fuga interrompe o próprio curso do cumprimento da pena, somente retomado a partir de sua recaptura. Não é demais lembrar, de toda forma, que em tais situações, deverá ser verificada a quantidade de pena cumprida até a data da fuga, já que a fração temporal para progressão (de 1/6, 2/5⁷ ou 3/5⁸) deverá incidir apenas sobre a quantidade de pena que restar a cumprir, ou seja, sobre a chamada *pena remanescente*.

2.2 O somatório de penas como causa de alteração da data-base

No tocante ao *somatório de penas*, em decorrência da superveniência de trânsito em julgado no curso da execução, (ii) existem duas possibilidades que merecem atenção diferenciada. Isso porque, o *somatório de penas* pode ocorrer tanto quando o delito vem a ser cometido antes de uma execução penal já em curso, quanto quando ele é praticado durante aquela execução.

Pelo teor literal do quanto então sumulado pelo STJ (Súmula n. 534), bem se vê que a tentativa de pacificação pouco avançou nessa temática. É que, mesmo após a sua edição sumular, persistiu prevalecendo, em ambos os Tribunais Superiores (STF/STJ) o entendimento de que *sobrevindo uma condenação ao apenado por fato anterior, ou posterior ao início de sua execução, a contagem do prazo para concessão de benefícios deveria ser, em regra, interrompida*. E, a partir daí, efetuar-

7 Art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

8 Art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

-se-ia um novo cálculo com base no somatório das penas. Finalmente, ia-se além, interpretando que haveria de ser compreendido como termo a quo para contagem do novo período aquisitivo, o trânsito em julgado da decisão condenatória superveniente.

Muito embora, como referido, essa interpretação vinha prevalecendo em ambos os Tribunais, não tardou a observar-se uma grave incoerência na interpretação. Nesse sentido, bastava identificar que, quando a data-base vinha a ser alterada em decorrência da superveniência de trânsito em julgado de sentença penal condenatória (ii) de crime cometido após o início da execução, em tese, já teria havido uma anterior alteração pela mesma causa, ainda que na condição de falta grave cometida (i). O sentenciado, assim, estava sendo sancionado em duas ocasiões pelo mesmo fato.

Tanto assim que, no âmbito estadual, existiam posições jurisprudenciais que se insurgiam do quanto reconhecido pelos Tribunais Superiores. Na Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, pacificou-se o entendimento de que a alteração da data-base, quando do cometimento da falta (por novo delito) depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, implicaria em *bin in idem*, pois o mesmo fato estaria gerando uma dupla modificação da data-base em momentos distintos⁹.

Além do âmbito jurisprudencial estadual, nos próprios Tribunais Superiores começaram a surgir indicativos da necessidade de modificação do quanto pacificado. Foi nesse cenário que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.557.461/SC, sob relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02.02.2018, passou a entender que configuraria excesso de execução *desconsiderar o período de cumprimento desde a última prisão, ou desde a última infração disciplinar*, tanto no caso de delitos ocorridos antes do início da execução da pena, como depois. Conforme restou interpretado, caso o crime cometido no curso da execução

9 Confira-se, aqui, o teor do julgamento do Agravo em Execução n. 1.390.979-4 -TJPR.

tenha sido reconhecido como *infração disciplinar*, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena. Logo, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de novo parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante *bis in idem*.

3 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO RECURSO ESPECIAL N. 1.557.461/SC

Como se nota, o julgado mencionado figura como um paradigma de uma aparente mudança de entendimento jurisprudencial que possa estar em curso pelos Tribunais Superiores. Justamente por isto, parece válido analisar a fundamentação do Voto condutor do referido julgado, fazendo-o, porém, exclusivamente, no que tange à prática de delito anterior, ou posterior ao início da execução penal e seus reflexos para fixação da data-base.

3.1 Prática de delito posterior ao início da execução penal

Especificamente em relação ao reconhecimento da prática de delito após o início da execução da pena originária, constou do Voto condutor que a alteração do termo *a quo* constituiria afronta ao *princípio da legalidade*, e ofensa à própria *individualização da pena*. Conforme interpretou-se, nem sempre a alteração da data-base é consectário imediato do somatório das reprimendas impostas ao sentenciado.

Destacou-se, ainda, que a prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena constituiu *falta disciplinar de natureza grave* (Súmula n. 526/STJ) ocasionando, conseqüentemente, a interrupção do lapso para aquisição de outros instrumentos ressocializadores. Nos termos do previsto na legislação ordinária, os

efeitos do reconhecimento da falta grave vão desde a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (arts. 56 da LEP), passando pela regressão no caso do cumprimento de pena em regime diverso do fechado (art. 118 da LEP), além da revogação em até 1/3 do tempo remido (art. 127 da LEP).

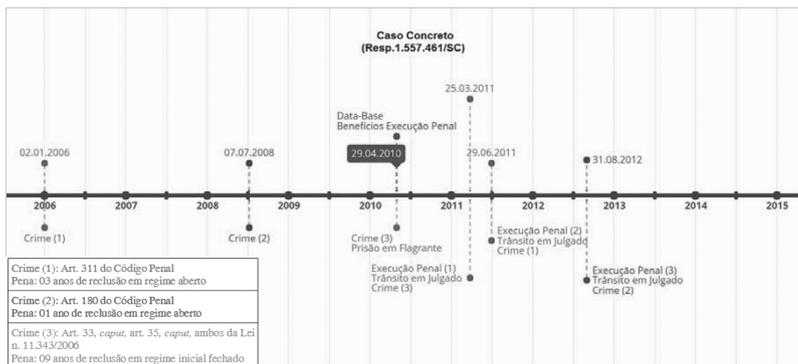
Justamente por isso, e pela afronta ao *bis in idem*, nos termos já mencionados, reconheceu-se flagrante constrangimento ilegal, por haver graves problemas que exigiriam uma nova interpretação do entendimento, que então vinha sendo considerado pacificado.

3.2 Prática de delito anterior ao início da execução penal

Na mesma ocasião, porém, a interpretação jurisprudencial foi além. Com efeito, ressaltou-se que se a própria condenação definitiva por delito cometido durante o início da execução não deveria resultar na alteração da data-base, com maior razão, o trânsito em julgado da sentença prolatada em relação a delito anterior *não poderia resultar no reinício do marco temporal*. Tratar-se-ia de fato que nem sequer foi praticado no curso do resgate das reprimendas impostas ao apenado.

O voto, porém, foi além, ao referir, ainda, que em relação ao *delito praticado antes do início da execução da pena*, não deve ele constituir *parâmetro idôneo de avaliação do mérito* do apenado. Nesse sentido, considerou-se que as *condenações por fatos pretéritos* não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena. Daí não se admitir que o ocorrido possa ser interpretado como critério apto para proceder ao desprezo, inclusive, do período de pena cumprido, pois não representa tecnicamente um *novo evento* que possa servir de parâmetro para análise do mérito.

A fim de ilustrar o caso julgado no Recurso Especial n. 1.557.461/SC, é válido um breve demonstrativo da execução penal então envolvida:



A partir do gráfico é possível extrair o cenário que envolveu a reanálise jurisprudencial. Com efeito, considerando que no curso no processo executório referente ao **Crime 3**, sobreveio condenações referentes a delitos pretéritos (**Crimes 1 e 2**), o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o somatório de pena, por si só, já possuía o condão de recrudescer o *quantum* de pena restante a ser cumprido pelo condenado. Por consequência, a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configuraria excesso de execução.

A partir desse julgado, portanto, pode-se mesmo dizer que o Superior Tribunal de Justiça teria passado a considerar, como *marcos* para a concessão de benefícios, a *data da última prisão* ou a *data da última infração disciplinar*, seja por delito ocorrido antes, ou após do início do cumprimento de pena.

De toda forma, cabe ressaltar que, em que pese a importância do julgado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda parece prevalecer o entendimento de que *a superveniência de sentença penal condenatória altera o marco inicial para futuros benefícios* (que passa a

ser da data do trânsito em julgado da última decisão condenatória)¹⁰. Diante dos fundamentos trazidos pelo STJ, porém, parece previsível que o antagonismo que vinha sendo desenhado nas decisões de fixação da data-base não mais subsista, haja vista a perspectiva de alteração de entendimento também pela Suprema Corte.

4 CONCLUSÃO

Com essas breves linhas, pretendeu-se expor a discussão em torno dos possíveis marcos para a fixação da data-base para progressão de regime prisional.

Procurou-se analisar, com mais detalhamento, o recente julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, e seus efeitos a título de tendência jurisprudencial em relação a essa questão. Nesse particular, procurou-se concluir que, além do alinhamento com o entendimento da Súmula n. 534 daquele mesmo Tribunal, esse julgado evidenciou uma nova diretriz jurisprudencial que, ao que parece, dentro em pouco, poderá ver-se replicada também no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PRISON SYSTEM REGIME, INITIAL TERMS AND POST-SENTENCE

ABSTRACT

This paper aims to analyze the evolution of the understanding of the brazilian Superior Courts regarding the setting of the initial term for progression of the prison system regime, in such cases in which the sum of sentences resulting from a new conviction, whether for the practice of an offense occurred before or during the criminal execution already

¹⁰ Nesse sentido, cf. o recente julgamento do Habeas Corpus n. 136.754-MG/STF, da Relatoria do Min. Celso de Mello (23.2.2018).

in progress. In conclusion, some perceptions are presented as a trend of brazilian jurisprudence.

Keywords: *Initial Term. Progression of regime. New conviction.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 7.2010, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras Providências.** *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 jun 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 526. **O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 534. **A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 355.522/RS. 5ª Turma, julgado em 28.03.2017. Relator Min. Joel Ilan Paciornik. DJe 07.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 209.528/MG. 6ª Turma, julgado em 17.11.2011. Relator Min. Vasco Della Giustina. DJe 28.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 101.023/RS. 1ª Turma, julgado em 09.03.2010. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJe 26.03.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 136.754/MG. 2ª Turma, julgado em 23.02.2018. Relator Celso de Mello. DJe 16.03.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 1.557.461/SC.** 3ª Seção, julgado em 22.02.2018. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. DJe 15.03.2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução n.1.321.999-9 /Cruzeiro do Oeste.** 5ª Câmara Criminal, julgado em 11.06.2015. Relator Marcus Vinicius de Lacerda Costa.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça Agravo em Execução n. 1.390.979-4/ Ponta Grossa.** 3ª Câmara Criminal, julgado em 19.05.2016. Relator Gamaliel Seme Scaff.

A Entrega Consciente de Crianças para a Adoção Legal à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente¹

Anna Gabriella Pinto da Costa²

RESUMO

Este trabalho visa a demonstrar que a entrega consciente de crianças para adoção revela-se como uma opção segura e acolhedora, cuja prática é capaz de diminuir os elevados índices de abandono de crianças no Estado do Ceará, além de fortalecer a adoção legal por meio do Cadastro Nacional de Adoção. Tal prática já era prevista superficialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, desde 2010, mas foi devidamente regulamentada pela Lei 13.509/17, promulgada em Novembro de 2017. No Estado do Ceará, por via do Projeto “Anjos da Adoção”, parceria entre Tribunal de Justiça e Ministério Público do Estado do Ceará, a entrega consciente de crianças para adoção já acontece, fazendo com que as mães não sofram preconceito ou constrangimento com a escolha de entregar seus filhos para a adoção.

Palavras-chave: *Entrega consciente. Adoção legal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 13.509/17.*

1 INTRODUÇÃO

O abandono de crianças e a entrega de crianças por meio da adoção direta, ou *intuito personae*, são situações recorrentes no

¹ Data de recebimento: 02/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Técnica Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Christus. Email: anna.costa@mpce.mp.br

Brasil. Trata-se de medidas extremas decorrentes de uma gravidez indesejada, seja pela ausência de educação sexual e do correto uso de métodos contraceptivos, seja pela falta de planejamento familiar ou, até mesmo, pelo não desenvolvimento dos laços afetivos entre mãe e filho.

Com o olhar voltado a essas mães e gestantes que desejam entregar seus filhos para adoção, o legislador, por meio da Lei nº 13.509, promulgada em 22 de Novembro de 2017, trouxe a regulamentação da entrega consciente.

Assim, diante da recente vigência da referida lei, foi produzido o presente trabalho, que tem como objetivo geral analisar a regulamentação trazida pelo referido diploma legal, sistematizar e debater o tema, contribuindo para discussão da matéria.

Para a realização do trabalho, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, constituída de livros e artigos, embora se trate de um tema recente e com poucas fontes, além de dados estatísticos oriundos do Ministério dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo, tratamos da adoção legal, apresentando sua evolução histórico-legislativa, trazendo à baila a adoção como espécie de família substituta, por intermédio do Cadastro Nacional de Adoção.

No segundo capítulo, foram trazidos dados e fatos relativos ao abandono e negligência de crianças no Brasil e no Estado do Ceará, demonstrando que há ligação direta entre a omissão do Estado em efetivar o direito à entrega consciente para adoção e os casos de abandono de crianças.

No terceiro capítulo, a Lei nº 13.509/2017 foi o objeto do estudo, tendo sido feita uma breve análise da regulamentação da entrega consciente, procedimentos específicos e, ao final, trazemos o exemplo dessa entrega consciente por intermédio do Projeto “Anjos da adoção”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Ceará e acolhido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Ao final, conclu-

ímos sobre a importância da evolução legislativa na regulamentação da entrega consciente, e da necessidade de efetivação da mesma por meio de conscientização e mobilização da rede de atendimento, como forma de reduzir os casos de abandono de crianças.

2 ADOÇÃO LEGAL

Para que seja considerada legal, a adoção de uma criança ou adolescente deve ocorrer por via de um processo judicial, com a participação obrigatória do representante do Ministério Público, somente podendo ser concedida por meio de uma sentença a pretendentes previamente habilitados, que participaram de avaliação e cursos preparatórios para a adoção.

A criança ou adolescente cujos pais foram destituídos do poder familiar, por omissão ou violação de direitos, é disponibilizado para adoção, cabendo ao Estado inseri-lo em uma família substituta responsável, com condições psicológicas e disponibilidade afetiva para recebê-lo.

Já a adoção *intuitu personae* é a adoção feita mediante a entrega direta de crianças, na qual a mãe e/ou pai biológico entrega diretamente a criança para pais substitutos, sem o crivo do Poder Judiciário nem fiscalização do Ministério Público. Neste caso, não se pode garantir toda a proteção ao adotando, nem há respeito ao diploma legal, no que concerne à “fila da adoção”, e ao combate do tráfico de crianças.

2.1 Evolução legislativa do instituto da adoção

Conceituando o instituto, o termo “adoção” vem do latim *adoptione*, que significa escolher, adotar. De acordo com Nucci (2014, p. 118), “a adoção é um ato voluntário e espontâneo, calcado no afeto e afinidade, que permite a aceitação de alguém como filho (a), para

conceder-lhe toda a assistência material e moral [...]”.

Com o advento da Constituição Federal, em 1988, em seu art. 227, surgiu a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, tendo como fundamento e interação o princípio da dignidade da pessoa humana. A referida doutrina defende que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, deixando de serem objetos passivos. Ademais, defende que é dever da sociedade, da família e do Estado garantir, com prioridade absoluta, a efetivação desses direitos. No que diz respeito à adoção, a Constituição passou a prever a não diferenciação entre filho adotivo e filho legítimo para fins de sucessão hereditária.

Nesse contexto constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/90, normatizando a proteção integral da criança e do adolescente, regulamentando os procedimentos de adoção, destituição do poder familiar e medidas de proteção.

A Lei nº 12.010/2009, denominada Lei da Adoção, unificou os procedimentos relacionados à adoção, revogou os artigos do Código Civil relacionados à adoção, criou o cadastro nacional de adoção, aprimorou a sistemática da garantia do direito à convivência familiar, privilegiando-se a família natural e trouxe, expressamente, e pela primeira vez³, a possibilidade de uma mãe ou gestante entregar seu filho à adoção, chamada entrega consciente, posteriormente regulamentada pela Lei nº 13.509/17, última alteração significativa do ECA.

2.2 Adoção como espécie de família substituta

A Lei nº 12.010/2009 trouxe à baila os conceitos de família natural, família extensa e família substituta. A família natural é composta por identidade genética e consanguínea, na qual os ditos “laços de sangue” vinculam os indivíduos. A família extensa alcança os pa-

³ Art. 13, parágrafo único, ECA.

rentes com os quais a criança ou o adolescente possui vínculos de afinidade e afetividade. E, por fim, a família substituta representa sucedâneo das anteriores quando estas se desfazem ou colocam a criança ou o adolescente em um ambiente de risco ou vulnerabilidade, considerando-se como espécies dessa modalidade de guarda, a tutela e a adoção (RIBEIRO, 2010).

Pela sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção só ocorre quando esgotadas as tentativas de retorno familiar e manutenção de vínculo da criança ou adolescente à sua família natural ou extensa⁴, passando, assim, a ser uma medida excepcional.

A adoção deve ter o foco no adotando, visando o melhor interesse do menor:

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em 'ter pena' de uma criança ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada. É bom que se reflita que existe um processo, um desafio permanente e necessidade de constante reflexão sobre o tema. [...] Para a corrente institucionalista, a adoção é um instituto de ordem pública, de profundo interesse do Estado, que teve origem na própria realidade social; não foi criada pela lei e sim regulamentada pelo direito positivo, em função da realidade existente. (GRANATO, 2012, p. 29-30).

Assim, a adoção representa uma modalidade de família substituta, com caráter excepcional e irrevogável, na qual é formado vínculo afetivo entre os pais adotivos e a criança ou adolescente adotando, sendo obrigatória a intervenção do Estado, mediante um processo judicial e uma série de procedimentos prévios e preparatórios, como a habilitação de pretendentes à adoção, e inserção de pretendentes habilitados e de crianças e adolescentes aptos à adoção em um sistema nacional e unificado chamado Cadastro Nacional de Adoção

⁴ Art. 39, §1º, ECA.

– CNA, salvo exceção prevista no art. 50, §13 do ECA.

Por outro lado, somente podem ser adotadas crianças e adolescentes que não tenham mais vínculo jurídico com seus pais biológicos, ou seja, somente serão aptos para adoção após os pais terem sido destituídos do poder familiar, mediante processo judicial, com direito ao contraditório e à ampla defesa.

Percebe-se, portanto, o rigor e cuidado que o legislador preconizou no instituto da adoção, priorizando-se a convivência familiar e, em último caso, permitindo-se a adoção segura e preparada por meio de um processo judicial, impedindo-se, assim, a adoção *intuito personae* ou direta.

Nesse contexto, a Lei nº 12.010/2009 previu em seu art. 13, parágrafo §1º, que as gestantes ou mãe que manifestassem interesse em entregar seus filhos para adoção, fossem encaminhadas, sem constrangimento, à vara da infância e da juventude:

As gestantes que manifestam interesse em entregar seus filhos à adoção devem receber a devida orientação psicológica e também jurídica, de modo que a criança tenha identificada sua paternidade (nos moldes do previsto na Lei nº 8.560/92) e lhe sejam asseguradas condições de permanência junto à família de origem ou, se isto por qualquer razão não for possível, seja então encaminhada para adoção legal, junto a pessoas ou casais regularmente habilitados e cadastrados. (DIGIÁCOMO, 2017, p. 23-34).

Assim, o objetivo dessa previsão era coibir práticas criminosas, como a “adoção à brasileira”, que está prevista no art. 242 do Código Penal, e adoções ilegais, como a adoção *intuito personae*.

2.3 Adoção *intuito personae* e seus riscos

Conforme já explanado, a adoção direta ou *intuito personae* ocorre quando os pais biológicos escolhem para quem entregar a criança em adoção, sem passar pelo sistema de justiça, sem preparação dos

pais adotivos, sem a fiscalização do Ministério Público.

Este tipo de adoção não apenas é considerado ilegal, como possibilita o tráfico de crianças, coibido por força do art. 149-A, IV do Código Penal. Também não proporciona os direitos previstos ao adotando, dentre eles, o de conhecer sua origem biológica, tendo acesso irrestrito ao processo de adoção e ao de medidas protetivas, caso haja⁵.

A criança é inserida em um lar despreparado para a adoção, uma vez que não houve a avaliação psicológica e social dos pais adotivos, não se investigou a disponibilidade afetiva e as condições financeiras dos mesmos para acolher uma criança, aumentando-se o risco de devolução, ou abandono da mesma ao menor sinal de dificuldade na sua criação.

Também não há qualquer segurança para os adotantes, pois, pela ausência de processo de adoção e consentimento de entrega ratificado perante juiz e promotor de justiça, os pais biológicos ou família extensa podem desistir da entrega e reaver a criança, mesmo após a formação de vínculos afetivos.

São tantos os riscos e insegurança nessa prática, que o Ministério Público do Estado do Ceará, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude – CAOPIJ, criou o Projeto “CNA forte, Adoção segura”⁶, com o objetivo de realizar audiências públicas nos municípios do Estado do Ceará (40 municípios, até maio de 2018), apresentando os riscos da adoção *intuitu personae* e a segurança proporcionada pela adoção realizada pelo Poder Judiciário, por intermédio do Cadastro Nacional de Adoção – CNA.

5 Art. 47, §8º, ECA.

6 <http://www.mpce.mp.br/caopij/projetos/projeto-cna-forte-adoacao-segura/>

3 ABANDONO DE CRIANÇAS NO BRASIL E NO ESTADO DO CEARÁ

Sabe-se que as mulheres foram criadas e educadas para serem mães, alegando-se a existência intrínseca de um instinto maternal, sendo o nascimento de uma criança a idealização de uma relação perfeita entre mãe e filho, na qual só existe amor e acolhimento.

Trata-se do mito do amor materno, ou seja, há a crença de que o amor materno seria instintivo e imaculado, inerente à mulher, quando, na verdade, é adquirido, influenciado pela evolução social e com conceitos modificados a depender do contexto histórico-cultural (BADINTER, 1985).

Diante dessa conjuntura, mães que não podiam, ou não queriam exercer a maternidade, antes que houvesse qualquer legislação que regulamentasse um fluxo de atendimento, e previsse normas a serem seguidas com relação à entrega de crianças para adoção, entregavam seus filhos na Roda dos Expostos, que teve sua implantação em 1726, em Salvador, vigorando até meados de 1950 em 13 (treze) Estados.

A Roda dos Expostos teve sua origem na idade média e tinha como objetivo de garantir o anonimato da mãe que desejasse entregar o filho, além de estimulá-la a levar a criança para a roda, e não abandoná-la no lixo, na porta da igreja ou de casas de família:

O nome da roda provem do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criança que enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha com uma sineta para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado. (MARCILIO, 2016, p. 55).

A referida instituição cumpriu seu papel na história, tendo sido o único local que forneceu a devida assistência a crianças abandonadas no Brasil. Posteriormente, foram criados os abrigos e orfanatos, hoje denominados entidades de acolhimento institucional, devidamente fiscalizados pelo Poder Público e Ministério Público, nas quais são acolhidas crianças e adolescentes, por intermédio do Conselho Tutelar, que estejam em situação de risco e vulnerabilidade.

Atualmente, embora existam as referidas entidades, ainda há muita desinformação e desarticulação, além do preconceito no que diz respeito à entrega de crianças para adoção na própria rede de garantia de direitos (Conselho Tutelar, Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, etc).

Apenas no ano de 2017, o Estado do Ceará registrou, por via do Serviço Disque 100, mantido pela Secretaria dos Direitos Humanos⁷, mais de 300 (trezentos) casos de abandono e quase 1500 (mil e quinhentos) casos de negligência em amparo e responsabilização de crianças, além a ser a mãe da criança responsável pela violação de direitos em quase 2000 denúncias.

Esses dados só reforçam o fato de que o abandono começa na família, sendo indispensável a existência de medidas de apoio à família, através da rede socioassistencial, bem como da necessidade de disseminar a informação quanto à possibilidade da entrega consciente de crianças para adoção, que passa a ser uma alternativa para o abandono de crianças.

4 ENTREGA CONSCIENTE PARA ADOÇÃO LEGAL

A entrega de crianças para adoção sempre foi considerada um tabu, vestindo as mães, que não querem, ou não podem criar e edu-

⁷ Disponível em <http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/balanco-geral-2011-a-2017-criancas-e-adolescentes.xls/view>

car seus filhos, de um estigma repleto de preconceito e julgamentos:

Não se pode confundir o ato de entrega voluntária de um filho para fins de adoção com o abandono. Infelizmente, estas mães, muitas vezes, acabam sendo vítimas de discriminação, de preconceitos, incompreensões, censuras, julgamentos morais e até de exclusão social. (KREUZ, 2012, p. 111).

Ademais, com a omissão legislativa sobre o tema, por tanto tempo, fez com que houvesse maior número de abandonos e entregas diretas de crianças a terceiros sem o crivo do Poder Judiciário.

Trata-se de direito da mulher, por optar não criar seu filho sem amor, sem vontade, sem condições psicológicas ou financeiras e direito da criança de estar inserido em um lar estruturado, com amor e tratamento digno.

4.1 Regulamentações da entrega consciente: Lei nº 13.509/17

Foi dito, anteriormente, que não havia legislação que amparasse as mães que nutrissem a intenção de entregar seus filhos para a adoção, nem previsão de qualquer orientação na ocorrência de um caso concreto.

Neste sentido, oportuno mencionar o que defende Maria Antonietta Pisano Motta (2007, p. 245) sobre o tema:

A mãe que entrega ou pretende entregar seu filho em adoção quase não tem sido objeto de estudo em nosso meio, e muito menos de ações que visem à profilaxia dos danos que a entrega mal elaborada pode causar a mãe que entrega e especialmente à criança, sem mencionar as sequelas sociais de tal omissão. As necessidades da mãe biológica, seus motivos ou circunstâncias, devidas aos aspectos psicológicos ou de outra ordem que influenciaram na entrega do filho em adoção, via de regra, são ignorados, muitas vezes desconhecidos mesmo, pois quase não há quem faça perguntas esclarecedoras. Se a entrega do filho em adoção é o momento a partir do qual tudo começa, entendemos que este é um caminho a ser aberto, merecedor de aten-

ção para que se alcance a compreensão das condições e necessidades dessas mães ignoradas pelo silêncio imposto à questão. (MOTTA, 2007, p. 245).

A partir da Lei n^o 12.010/09, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo que “as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”, que o cenário para essas mães passou a mudar.

Importa ressaltar que esse dispositivo foi alterado em 2016, pela Lei n^o 13.257/16, incluindo a expressão “*sem constrangimento*”, para deixar ainda mais claro que a mãe, gestante ou parturiente não deve sofrer qualquer preconceito, ou censura, por manifestar seu desejo de entregar o filho para a adoção.

Finalmente, em 2017, foi alterado o Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n^o 13.509/17, que trouxe diversas inovações⁸, dentre elas a regulamentação da entrega consciente.

O artigo 19-A e seus parágrafos preveem um fluxo de atendimento e do procedimento a ser seguido, quando surgirem mães que tenham o interesse em entregar seus filhos para a adoção, sendo o próprio *caput* uma repetição do artigo 13, parágrafo único, citado anteriormente.

A gestante ou mãe, encaminhada à Vara da Infância e da Juventude, será ouvida por uma equipe interdisciplinar, que, posteriormente, apresentará relatório à autoridade judiciária⁹. O objetivo dessa oitiva é identificar a motivação da entrega, informar as implicações decorrentes da entrega da criança, bem como identificar possível estado puerperal, razão pela qual se faz importante a boa qualificação e preparo da equipe que realizará a oitiva qualificada da mãe.

8 Regulamentação do apadrinhamento de crianças e adolescentes acolhidos, diminuição do prazo de avaliação periódica do acolhido, bem como do prazo máximo de acolhimento, participação dos grupos de apoio à adoção no procedimento de habilitação para adoção.

9 Art. 19-A, §1o, ECA.

Após a entrega do relatório, o juiz poderá determinar que a mãe ou gestante seja encaminhada para a rede de saúde e assistencial públicas¹⁰, ou seja, ao posto de saúde, para acompanhamento da gestação, do pré-natal e exames, bem como para o Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS e Conselho Tutelar, objetivando identificação do contexto familiar, e acompanhamento da gestação com o devido suporte socioassistencial. Os referidos encaminhamentos dependem da anuência da mãe ou gestante.

Há, ainda, previsão de busca pela família extensa, em prazo não superior a 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por igual período¹¹. Percebe-se que o Estatuto continua priorizando os laços de afinidade e afetividade que possam existir entre a criança e parentes correlatos.

Nesse ponto, há espaço para diversos questionamentos e debates: em se tratando de nascituro, deve-se buscar parentes com os quais a mãe gestante possui vínculos afetivos? A busca por parentes deve ser feita ainda que a mãe ou gestante requeira sigilo? Aqui, percebe-se o choque entre o direito da mãe ou gestante ao sigilo, e o direito da criança à convivência familiar.

A busca por parentes pode causar constrangimento e vitimização desta mãe, que já procura a Justiça com medo de ser responsabilizada pela decisão de entregar o filho para a adoção e fragilizada, uma vez que pode estar sofrendo rejeição da família ou do pai biológico. A persistência na busca de familiares pode ocasionar na desistência da entrega legal, ensejando uma adoção *intuitu personae* ou, até mesmo o abandono após o nascimento:

A vontade da genitora deve ser respeitada, mesmo quanto ao sigilo, pois em muitos casos pode não desejar que o fato seja divulgado, inclusive em relação a outros familiares. Muitas vezes, observa-se, na prática, que as pessoas que deveriam ouvir e compreender a atitude da genitora,

10 Art. 19-A, §2o, ECA.

11 Art. 19-A, §3o, ECA.

mobilizam-se, contatam vizinhos, parentes, etc., para convencer a genitora a cuidar do filho. O resultado, em muitos casos, é o abandono da criança dentro da própria família. (KREUZ, 2012, p. 111).

Por outro lado, a criança tem direito à convivência familiar, conforme o art. 19 do ECA, podendo existir situações em que a família se interesse em acolher a criança, quando questionada. Ademais, somente seria feita a busca por parentes com os quais haja vínculos de afinidade e afetividade com a mãe gestante ou criança.

Aqui, deve-se entender que o direito à convivência familiar pode ser exercido pela família natural, formada pelos pais e seus descendentes, pela família extensa, bem como pela família substituta, por meio da adoção, guarda ou tutela. Trata-se, na verdade, de um direito à convivência familiar afetiva, adotando-se o seu sentido mais amplo, independente da sua origem (OLIVEIRA, 2011).

Não havendo indicação do genitor ou de algum representante da família extensa, que se disponibilize a adotar a criança, o juiz decretará a extinção do poder familiar, determinado que a mesma seja acolhida em entidade de acolhimento, ou permaneça sob a guarda provisória de pretendente Habilitado¹². Caso contrário, será marcada audiência para ouvi-los e, caso não compareçam, a autoridade judiciária determinará a suspensão do poder familiar da mãe, encaminhando a criança para uma entidade de acolhimento, ou para família substituta, até que se finalize o processo¹³.

Em se tratando de gestante, após o nascimento da criança, a mãe será ouvida em audiência, acompanhada do pai indicado, se houver, para ratificar o interesse de entrega da criança para adoção, devendo ser orientada de todas as consequências e do caráter irrevogável da adoção¹⁴.

Por fim, caso haja desistência da entrega da criança para ado-

12 Art. 19-A, §4o, ECA.

13 Art. 19-A, §6o, ECA.

14 Art. 19-A, §5o, ECA.

ção, devidamente manifestada pelos genitores em audiência, ou por procedimento de entrevistas com a equipe interdisciplinar, a criança permanecerá com os genitores, que serão acompanhados pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias¹⁵. Este acompanhamento familiar é de suma importância, pois, deve-se averiguar a estabilidade emocional e psicológica dos pais, uma vez que já optaram pela desistência da criança. Busca-se evitar, ainda, a ocorrência de um possível tráfico de menores, abandono posterior, maus tratos e, até mesmo, adoção *intuito personae*.

4.2 Projetos “Anjos da Adoção”

Alguns Estados tiveram a iniciativa de criar uma regulamentação e desenvolver um fluxo de atendimento para as situações concretas do referido dispositivo, podendo-se citar os seguintes: Programa Mãe Legal¹⁶ em Recife-PE, o Programa de Acompanhamento de Gestantes¹⁷ em Brasília-DF e o Projeto Anjos da Adoção em Fortaleza-CE.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em parceria com a 2^a Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, implementou o Projeto “Anjos da Adoção”, cujo objetivo é, mediante a criação de uma célula especializada no Departamento dos Agentes de Proteção, com profissionais das áreas da saúde ou ciências sociais, fiscalizar hospitais, maternidades e unidades de atendimento a crianças e gestantes.

O foco principal é o acolhimento e atendimento inicial das mães e parturientes que tenham manifestado o interesse em entregar

15 Art. 19-A, §8o, ECA.

16 Programa criado e implementado no ano de 2011 pelo Dr. Élio Braz, Juiz de Direito da 2a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Recife, cujo objetivo é acolher mulheres gestantes ou parturientes que manifestam a intenção de entregar seu filho para adoção, oferecendo suporte através de uma equipe interdisciplinar e realizando os devidos acompanhamentos para a rede socioassistencial.

17 Iniciativa criada e desenvolvida em 2006, pelo Dr. Renato Rodovalho Scussel, Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal, cujo objetivo é realizar uma oitiva qualificada da mãe gestante, garantindo a ela um ambiente psíquico social para reflexão e construção da decisão de entregar o filho para a adoção ou não de uma de forma segura.

o filho para adoção, evitando-se que as mesmas sofram qualquer constrangimento com tal manifestação de vontade ou, até mesmo, impedir a adoção a *intuitu personae*, bem como acompanhar o fluxo de atendimento da mesma e proteção dos direitos da criança.

O projeto foi implementado oficialmente em 2017 e até março de 2018, os dados¹⁸ são os seguintes: 26 (vinte e seis) mães manifestaram a intenção de entregar seus filhos para adoção; 1 (uma) criança faleceu após o parto; 5 (cinco) mães desistido da entrega e 20 (vinte) crianças encontram-se aguardando a finalização do processo para serem disponibilizadas para adoção.

Antes mesmo da regulamentação da entrega consciente, por meio da Lei nº 13.509/17, o Estado do Ceará já se deparava com essa realidade, com alta demanda, o que fez com que houvesse uma efetivação do direito de entrega consciente, de iniciativa do Ministério Público em parceria com o Poder Judiciário.

Entretanto, não se pode deixar de lado a obrigação do Estado e do Município em fortalecer a rede de atendimento, para que essas mães ou gestantes também sejam atendidas e acompanhadas por equipes capacitadas em postos de saúde, CRAS, CREAS e Conselho Tutelar.

5 CONCLUSÃO

O legislador brasileiro inovou ao apresentar uma regulamentação da entrega consciente, atendendo aos anseios e evolução da sociedade, observando-se os altos índices de abandono de crianças e ocorrências de adoções ilegais. Mas ainda não é o suficiente.

É preciso que sejam criados e efetivados fluxos de atendimento e acompanhamento dessas mães na rede socioassistencial, que os profissionais desta rede sejam capacitados, de forma que as mães ou

¹⁸ Informação verbal obtida pelo Dr. Dairton Costa de Oliveira, promotor de justiça da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, responsável pelo acompanhamento e fiscalização do Projeto Anjos da Adoção.

gestantes sejam acolhidas e amparadas, caso manifestem a intenção de entregar seus filhos à adoção, evitando-se que haja constrangimento, intermediação para a adoção *intuitu personae*, ou o abandono posterior da criança.

O abandono de crianças e a adoção *intuitu personae* persistem, devendo ser desmistificado que a entrega de crianças para adoção não representa crime, e que o processo de adoção não é burocrático ou lento, devendo-se demonstrar que o processo prioriza a segurança jurídica de todos.

O amparo às mães e gestantes pela legislação brasileira ainda é tímido, não se dando a verdadeira atenção e cuidado que elas merecem. Por já se encontrarem em um estado de completa vulnerabilidade, essas mães merecem total acolhimento por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público e da rede de garantia de direitos da criança e da juventude, sem quaisquer constrangimentos ou julgamentos, demonstrando que a entrega de um filho para a adoção não representa um ato de irresponsabilidade, e sim um verdadeiro ato de amor.

THE CONSCIOUS PLACING CHILDREN FOR LEGAL ADOPTION REGARDING THE CHILDREN AND ADOLESCENTS'S LEGISLATION

ABSTRACT

This work demonstrates that the conscious placing children for adoption is a safe and welcoming option, whose practice is capable of reducing the high abandonment rates of children in the State of Ceará, as well as strengthening legal adoption through the National Registry of Adoption. This practice was already foreseen superficially in the Child and Adolescent's legislation since 2010, but was duly regulated by Law 13.509/17, promulgated in November 2017. In the State of Ceará, throu-

gh the “Angels of Adoption’s Project”, partnership between Court of Justice and Public Ministry of the State of Ceará, conscious placing children already happens, making sure that mothers do not suffer prejudice or embarrassment with the choice to placing their children for adoption.

Keywords: *Placing children legal adoption. Child and adolescent’s legislation. Law 13.509/17.*

REFERÊNCIAS

BADINTER, Elizabeth. **Um Amor Conquistado:** o mito do amor materno. Trad. Waltensir Dutra. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1985. Disponível em: <[http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20\(pdf\)%20\(rev\).pdf](http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf)> Acesso em 01 abr. 2018.

BECKER, Maria Josefina. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais.** Coordenador Munir Cury. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.509/2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

DIGÍACOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção. Doutrina e prática. Com comentários a nova Lei da Adoção. Lei 12.010/09.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à Convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional.** Curitiba: Juruá, 2012

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950**. In: História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2016.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Programa de atenção à gravidez não desejada: atenção à mulher que pretende entregar seu filho para adoção**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das crianças e dos adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Olivia Marcelo Pinto de. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Nova lei de adoção comentada**. Leme: Mizuno, 2010.

Colaboração Institucional Entre Ministério Público, Poder Judiciário e os Profissionais de Psicologia das Políticas Públicas de Assistência Social e de Saúde – Limites Éticos e Possibilidades¹

Diego Mendonça Viana²

RESUMO

O trabalho objetiva discutir os diversos e complexos fatores que envolvem a colaboração interinstitucional entre Ministério Público (MP), Poder Judiciário (PJ) e as equipes multiprofissionais das políticas públicas de Assistência Social e de Saúde no estado do Ceará. A metodologia consistiu na análise quantitativa e qualitativa das demandas dos anos de 2013 e 2015 sobre as requisições do MP ou do PJ. Os resultados evidenciam que as requisições para as equipes de políticas públicas produzem sobrecarga de trabalho, conflitos éticos, bem como aumento das tensões entre equipes e população acompanhada. Concluiu-se que se faz necessário que o MP e o PJ formem suas equipes de apoio com profissionais peritos e assistentes técnicos, e que estes trabalhem em colaboração com os profissionais das políticas públicas, bem como se faz necessário o estabelecimento de diálogo interinstitucional para melhoria dos fluxos de colaboração.

¹ Data de recebimento: 02/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Psicólogo (CRP 11/06632), Técnico de Referência e Servidor Público de Carreira do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) da Prefeitura Municipal de Umirim-CE. Conselheiro do Conselho Regional de Psicologia da 11ª Região (CRP 11), gestões 2013-2016 e 2016-2019. Mestre em Saúde da Família pela Universidade Federal do Ceará (UFC)/ Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Docente e pesquisador dos seguintes temas: Psicologia, Saúde Coletiva, Saúde da Família, Saúde Mental, Assistência Social, Políticas Públicas e Participação Popular. E-mail: diegomendoncaviana@gmail.com

Palavras-chave: *Políticas Sociais. Ministério Público. Poder Judiciário. Colaboração. Políticas Públicas.*

1 INTRODUÇÃO

A colaboração interinstitucional entre o Ministério Público (MP), o Poder Judiciário (PJ) e as Políticas Públicas de Assistência Social e Saúde tem sido uma das temáticas que geram muitos conflitos e controvérsias no Estado do Ceará. Esta afirmação inicial está embasada nos dados oriundos de um estudo realizado pelo Conselho Regional de Psicologia da 11ª Região – Ceará (CRP 11) em parceria com o grupo de trabalho “*Demandas de Justiça aos Profissionais Psicólogos em Políticas Públicas*” do Conselho Federal de Psicologia (CFP) entre os anos de 2013 e 2015.

O resultado do citado levantamento de informações estruturantes serviu de fundamento para a elaboração do parecer técnico intitulado “*Parecer a Respeito de Pedido Oriundos do Ministério Público e do Poder Judiciário aos Profissionais das políticas públicas de Assistência Social e de Saúde – orientações e reflexões*”, de autoria do CRP 11 no ano de 2015, bem como a elaboração de uma normativa sobre o assunto chamada “*Resolução CRP 11 nº 02/2016*, cuja ementa é a seguinte: disciplina e estabelece critérios e regras para notificação ao Conselho Regional de Psicologia da 11ª Região por parte dos psicólogos inscritos neste regional, quando receberem demandas do Sistema de Justiça, do Ministério Público e órgãos afins e dá outras providências.

Como desdobramento deste debate, o artigo pretende apresentar as problemáticas que dizem respeito, direta ou indiretamente, a todas as profissões que trabalham nas políticas públicas de Assistência Social e de Saúde, bem como trazer dados e elementos que possam contribuir para a melhoria dos processos de colaboração interinstitucional entre o Ministério Público, o Poder Judiciário e os profissionais das mencionadas políticas públicas de diversos mu-

nicípios do Estado do Ceará. Serão abordados os aspectos legais, éticos, técnicos e políticos dessa conjuntura, a partir da Psicologia como ciência e profissão, contudo, o mérito pode ser ampliado para o debate das demais profissões que atuam em conjunto, em virtude de as questões serem semelhantes por analogia técnica.

2 METODOLOGIA

Este estudo se originou de uma proposta de pesquisa com dados qualitativos e quantitativos articulados em termos de abordagem, possuindo caráter aplicado quanto à sua natureza, exploratório quanto aos objetivos e de caráter longitudinal quanto ao tempo. Destaca-se, ainda, que o estudo possuiu características de pesquisa documental e pesquisa de levantamento quanto aos seus procedimentos de acordo com os entendimentos consolidados nos estudos metodológicos de Silveira e Córdova (2009). Os dados aqui citados foram obtidos por meio do levantamento sistemático das dúvidas enviadas por correio eletrônico pelos profissionais ao Conselho Regional de Psicologia da 11ª Região entre os anos de 2013 e 2015.

Os sujeitos do citado levantamento foram psicólogos (as) devidamente inscritos(as) no CRP 11, que possuíam atuação direta ou indireta nas políticas públicas de Assistência Social ou Saúde nos municípios do Estado do Ceará, e que tinham recebido requisições formais do Ministério Público, do Poder Judiciário, do Conselho Tutelar, dos órgãos de Polícia e serviços afins.

O envio de dados para o estudo ocorreu por convite público do CRP 11, de forma voluntária, respeitando os preceitos da confidencialidade e sigilo da legislação em vigência. Como se tratava de levantamento de interesse restrito para fins de conselho de profissão, os dados coletados serviram para orientação interna das políticas do CRP 11, e para orientação da categoria com a confecção de pareceres e documentos técnicos, com disposição apenas dos dados descritivos e

suprimindo a fonte das informações para resguardar o sigilo.

Com a égide na nova regulamentação sobre pesquisa com seres humanos, mais especificamente, a RESOLUÇÃO Nº 510, DE 07 DE ABRIL DE 2016 do Conselho Nacional de Saúde, tornou-se possível disponibilizar estes dados por meio de publicações, resguardadas as garantias de sigilo.

Os dados coletados foram tabulados e categorizados de acordo com cada área temática segundo o tipo de requisição feita aos profissionais de Psicologia nas políticas públicas em questão. As informações quantitativas foram tratadas sob o prisma da estatística descritiva básica e os dados qualitativos foram analisados sob a compreensão da análise de conteúdo de Bardin (1977).

Após a organização das informações, foi realizado extenso levantamento de legislações e materiais técnicos pertinentes da profissão de Psicologia e das políticas públicas de Assistência Social e de Saúde. O confronto dos dados com os postulados da legislação e da literatura permitiram a elaboração deste artigo e dos documentos técnicos de orientação para os profissionais e para os gestores das políticas públicas.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Aspectos Legais, Éticos e Técnicos da Colaboração Interinstitucional

Um dos primeiros pressupostos que precisam ficar evidentes neste texto diz respeito ao fato de que os profissionais de Psicologia, e das demais profissões que integram equipes multiprofissionais das políticas públicas de Assistência Social, de Saúde e das demais políticas setoriais tem por dever colaborar com o Ministério Público, com o Poder Judiciário e com o Sistema de Garantia de Direitos em vigência no país. Esse pressuposto está amplamente sedimentado nas deter-

minações legais contidas nos seguintes dispositivos: “arts. 28, §5º; 46, §4º; 50, §§3º e 4º; 166, §7º e 197-C, §2º, todos da Lei nº 8.069/90, assim como nos arts. 42, §1º; 53; 57, caput; 58 e 64, todos da Lei nº 12.594/2012” (DIGIÁCOMO, 2014. p 03). Além destes dispositivos citados, há ampla previsão de colaboração na Constituição Federal de 1988, bem como em um arcabouço amplo de legislações, que visam a proteger a sociedade da violação de direitos fundamentais. Ou seja, os profissionais das políticas públicas citadas são os responsáveis pelo acompanhamento cotidiano de indivíduos e famílias e, por tal razão, podem contribuir com importantes informações e opiniões técnicas em processos que visem à proteção coletiva e individual de direitos.

Nesse sentido, não se está a discutir se deve ou não haver a colaboração entre profissionais das políticas públicas, o Ministério Público e o Poder Judiciário. O que se discute, de forma muito contundente e séria, é como esta colaboração poderá ocorrer de forma a preservar as prerrogativas profissionais e os direitos civis que a Lei brasileira visa a proteger. No caso específico da Psicologia, há previsão deste tipo de colaboração no Código de Ética Profissional do Psicólogo (Resolução CFP nº 10/2005).

Nota-se que a colaboração em juízo e em situações análogas está prevista em Código de Ética e em legislações correlatas. Em tais termos, a colaboração não pode induzir a quebra de preceitos éticos da profissão. O dever de colaborar é resguardado, contudo cabem alguns questionamentos sobre os procedimentos adotados nos pedidos e requisições aos profissionais. Os citados questionamentos versam a respeito dos prazos desarrazoados, impertinência dos recursos solicitados, bem como invasão de competência técnica por parte dos operadores do Direito na determinação de métodos e técnicas, que não lhes cabem para os profissionais das políticas públicas.

Apesar de haver previsão de colaboração dos profissionais das políticas públicas com o Ministério Público, com o Poder Judiciário e órgãos afins, as equipes multiprofissionais das políticas públicas

possuem atribuições específicas tipificadas que, em muitos casos, entram em choque com as requisições do Sistema de Justiça.

Nesse sentido, na política de Assistência Social, de acordo com as recomendações contidas para a Proteção Social Básica (PSB), em especial para a tipificação e caracterização dos serviços ofertados pelas equipes profissionais dos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), elaboradas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), tem-se os seguintes termos importantes:

Qual(is) a(s) função(ões) do CRAS?

Representa a principal estrutura física local para a proteção social básica, desempenha papel central no território onde se localiza, **possuindo a função exclusiva da oferta pública do trabalho social com famílias por meio do serviço de Proteção e Atendimento Integral a Famílias (PAIF) e gestão territorial da rede socioassistencial de proteção social básica.** (grifos do autor).

A respeito das equipes que trabalham com a proteção social especial (PSE) na política de Assistência Social, em especial para a tipificação e caracterização dos serviços ofertados pelas equipes profissionais dos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), elaboradas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), e contidas na publicação *“Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS (2011)”*, tem-se os seguintes termos importantes:

Frente ao exposto, e considerando o papel do CREAS e competências decorrentes, destaca-se que a este não cabe:

- Ocupar lacunas provenientes da ausência de atendimentos que devem ser ofertados na rede pelas outras políticas públicas e/ou órgãos de defesa de direito;
- **Ter seu papel institucional confundido com o de outras políticas ou órgãos, e, por conseguinte, as funções de sua equipe com as de equipes interprofissionais de outros atores da rede, como, por exemplo, da segurança pública (Delegacias Especializadas, unidades do sistema prisional, etc), órgãos de defesa e responsabilização (Poder Judiciário, Ministério Pú-**

blico, Defensoria Pública e Conselho Tutelar) ou de outras políticas (saúde mental, etc.) (grifos do autor).

Na política de Saúde, na atenção primária/básica, considerando o disposto na publicação *CADERNOS DE ATENÇÃO BÁSICA. NÚCLEO DE APOIO À SAÚDE DA FAMÍLIA – VOLUME I. FERRAMENTAS PARA GESTÃO E PARA O TRABALHO COTIDIANO* do Ministério da Saúde, ano 2014, existe o seguinte entendimento sobre o processo de trabalho das equipes do NASF na relação com a rede de atenção:

O Nasf, portanto, faz parte da Atenção Básica, mas não se constitui como um serviço com espaço físico independente. Isso quer dizer que os profissionais do Núcleo utilizam-se do próprio espaço das Unidades Básicas de Saúde e do território adstrito para o desenvolvimento do seu trabalho. Eles atuam a partir das demandas identificadas no trabalho conjunto com as equipes vinculadas, de forma integrada à Rede de Atenção à Saúde e seus serviços, além de outras redes como o Sistema Único da Assistência Social (Suas), redes sociais e comunitárias.

Em 2017, a legislação dos NASFs foi atualizada por meio da PORTARIA Nº 2.436, DE 21 DE SETEMBRO DE 2017 do Ministério da Saúde. Neste documento, tanto a nomenclatura quanto as atribuições foram redimensionadas da seguinte forma:

Compete especificamente à Equipe do Núcleo Ampliado de Saúde da Família e Atenção Básica (Nasf- AB):

- a) Participar do planejamento conjunto com as equipes que atuam na Atenção Básica à que estão vinculadas;
- b) Contribuir para a integralidade do cuidado aos usuários do SUS principalmente por intermédio da ampliação da clínica, auxiliando no aumento da capacidade de análise e de intervenção sobre problemas e necessidades de saúde, tanto em termos clínicos quanto sanitários; e
- c) **Realizar discussão de casos, atendimento individual, compartilhado, interconsulta, construção conjunta de projetos terapêuticos, educação permanente, intervenções no território e na saúde de grupos populacionais de todos os ciclos de vida, e da coletividade, ações intersetoriais, ações de pre-**

venção e promoção da saúde, discussão do processo de trabalho das equipes dentre outros, no território. (grifos do autor).

No caso da política de Saúde Mental, considerando o disposto na PORTARIA Nº 3.088, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011, que institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em especial, nos termos dispostos no Art. 4º, Art. 7º e seus dispositivos tem-se a seguinte determinação:

Art. 4º São objetivos específicos da Rede de Atenção Psicossocial:

I promover cuidados em saúde especialmente para grupos mais vulneráveis (criança, adolescente, jovens, pessoas em situação de rua e populações indígenas);

Art. 7º O ponto de atenção da Rede de Atenção Psicossocial na atenção psicossocial especializada é o Centro de Atenção Psicossocial.

§ 2º *As atividades no Centro de Atenção Psicossocial são realizadas prioritariamente em espaços coletivos (grupos, assembleias de usuários, reunião diária de equipe), de forma articulada com os outros pontos de atenção da rede de saúde e das demais redes.*

§ 3º **O cuidado, no âmbito do Centro de Atenção Psicossocial é desenvolvido por intermédio de Projeto Terapêutico Individual, envolvendo em sua construção a equipe, o usuário e sua família, e a ordenação do cuidado estará sob a responsabilidade do Centro de Atenção Psicossocial ou da Atenção Básica, garantindo permanente processo de cogestão e acompanhamento longitudinal do caso.** (grifos do autor).

A simples análise dos subsídios acima mencionados permitem concluir, de forma cristalina, que as equipes dos CRAS e dos CREAS na Política de Assistência Social e as Equipes de NASFs-AB e CAPS na Política de Saúde possuem as prerrogativas de atuação com indivíduos e famílias, em uma perspectiva comunitária, longitudinal, integral e articulada com os demais serviços. Um dos pressupostos do

trabalho desenvolvido é o estabelecimento de vínculos e de relações de confiança entre equipes e comunidade. Este tipo de trabalho é majoritariamente incompatível técnica e eticamente³ com o trabalho pericial ou de emissão de opinião técnica em situações de litígio requeridas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Importante esclarecer que as citadas equipes podem e devem colaborar, fornecendo as informações gerais e complementares do acompanhamento realizado para contextualizar os órgãos do sistema de garantia de direitos. Contudo, este tipo de colaboração não pode ser confundido com o papel de assistente técnico ou perito costumeiramente requerido pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Um dos argumentos parcialmente contrários existentes a respeito desta problemática consiste na linha de questionamento proferida pelo documento Nota Técnica Nº 03/2018, de autoria do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa da Infância e Juventude (Caop Infância e Juventude) do Ministério Público Estadual de Pernambuco (MPPE) em 16/05/2018. Nessa nota, o MPPE argumenta, em síntese, que os profissionais de Psicologia devem quebrar o sigilo e situações em que haja indícios ou provas de fato de violação de direitos, e que as profissões não possuem autonomia de preservação na confidencialidade, quando isto for de encontro ao interesse público previsto em Lei.

Importante salientar que este artigo argumenta que o sigilo profissional não é absoluto, bem como que pode e deve haver colaboração entre os profissionais e o sistema de justiça como um todo para a preservação dos direitos fundamentais e da cidadania. Contudo, a referida Nota Técnica, que traz uma importante elucidação das legislações sobre a matéria e traz boas sugestões sobre o estabelecimento de fluxos da colaboração interinstitucional, não discutiu em detalhes quanto aos possíveis conflitos éticos que podem ocorrer neste processo. Nesse sentido, não caberia ao MP apenas afirmar

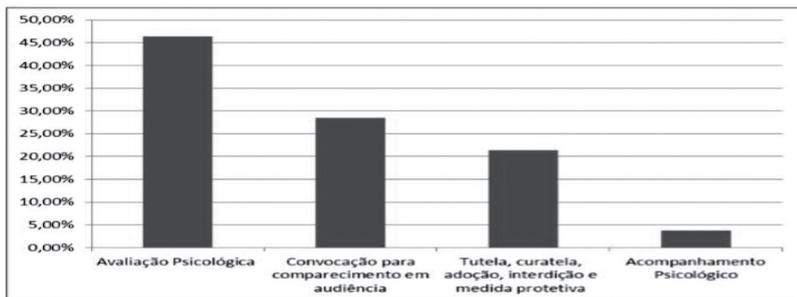
3 Vedação prevista no Art. 2º, alíneas "J" e "K" do Código de Ética Profissional do Psicólogo.

que os profissionais devem romper administrativamente com a confidencialidade sem que haja uma proposta de formação de equipes do próprio sistema de justiça para avaliar a condução posterior do processo diante do iminente conflito ético ao qual os profissionais ficarão expostos após rompimento de sigilo. Cabe considerar, em nível de sugestão, que a construção conjunta de documentos conjuntos entre o Sistema de Justiça e os Conselhos Regionais e Federal de Psicologia seja um caminho mais produtivo para sanar algumas controvérsias nesta temática. Em desdobramento a esta discussão, torna-se interessante considerar os elementos trazidos nas próximas seções deste artigo.

3.2 Panorama das Requisições Feitas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário aos Profissionais de Psicologia das Políticas Públicas no Ceará (2013-2015).

De acordo com os dados do levantamento feito pelo CRP 11, a maior concentração de pedidos/demandas oriundas do Poder Judiciário, Ministério Público, Delegacias e órgãos dessa natureza encontram-se direcionadas para a Política de Assistência Social. Mais especificamente, 55, 17% das demandas são direcionadas às equipes do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), enquanto 20,68% das referidas demandas são dirigidas aos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS). As demais porcentagens encontram-se distribuídas, espaçadamente, nas demais políticas, sendo os profissionais vinculados à política de saúde ocupantes do segundo lugar na quantidade de solicitações concentradas. Na política de saúde, predominam as solicitações ao Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), com 3,44% do total de solicitações das quais o CRP 11 tomou conhecimento. Abaixo segue a apresentação gráfica sobre os tipos de requisição mais frequentes aos psicólogos por parte do MP e PJ.

Gráfico da Tipificação e Quantificação de Demandas Judiciais aos Psicólogos no Estado do Ceará (2013-2015)



Fonte: Elaboração própria. Dados do Levantamento “Demandas de Justiça aos Profissionais Psicólogos em Políticas Públicas”. CRP 11 (2015).

Diante do exposto, pelos dados do levantamento elaborado pelo CRP 11, existem evidências concretas de que os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e, em alguns casos, do Conselho Tutelar tem contribuído significativamente para mudança de orientação, do ponto de vista negativo⁴, de processo de trabalho das políticas públicas no Estado do Ceará. Estes fatos têm favorecido a sobrecarga das equipes profissionais das políticas públicas, pois as equipes possuem condições precárias de trabalho, e de exercício profissional para dar conta das demandas já pertencentes à sua rotina de trabalho regular e, ainda, recebem demandas extras do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O contexto acima torna-se agravado pelo fato de que as requisições estipulam prazos exíguos para o cumprimento do solicitado, sendo os referidos prazos acompanhamentos de expressões admo-

⁴ Aumento de demandas de avaliação psicológica de caráter clínico, pericial e opiniões técnicas cujo objeto foge das atribuições profissionais para os quais os profissionais foram contratados nas políticas públicas de Assistência Social e de Saúde., contribuindo, assim, para um desvio de finalidade das funções profissionais.

estadoras tais como “sob pena de crime de desobediência”, “improbidade administrativa”, “prisão” e outros. Este tipo de requisição desarrazoada, além de sobrecarregarem o cotidiano das políticas públicas, contribuem para a instauração de ambiente de tensão entre os profissionais, as famílias acompanhadas e os órgãos requisitantes. Vale destacar que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Provimento N° 36 é preciso quanto à vedação de uso de expressões admoestadoras, quando se requisita apoio das políticas públicas do poder executivo.

Nota-se que promotores (as) e magistrados (as), por vezes, solicitam avaliações técnicas inadequadas, inclusive indicando os métodos supostamente mais adequados para que os profissionais realizem as atividades. Operadores do Direito não possuem competência para indicar métodos técnicos por duas razões latentes: a) esta prática dos operadores do Direito constitui invasão de competência técnica das demais profissões regulamentadas; b) os profissionais que acompanham as demandas dos indivíduos e famílias, no cotidiano, possuem autoridade e competência técnica para estipular o método e os procedimentos necessários e mais adequados com vistas ao benefício do acompanhamento.

As requisições podem conduzir para situações de flagrante conflito ético dos profissionais. Esses conflitos são percebidos quando os profissionais são requeridos para exercerem tarefas típicas de peritos, assistentes técnicos, ou funções semelhantes nas quais precisam emitir avaliações para situações litigiosas das famílias das quais há vínculo de acompanhamento formado. Esse vínculo pode ser rompido com as famílias e de forma irreversível, após a realização de algumas requisições do Ministério Público e do Poder Judiciário. Por esse motivo, o CRP 11, fundamentado nos termos da Resolução CRP 11 n° 02/2016, tem orientado os profissionais que, ao avaliarem risco de conflito ético, respondam ao MP e aos Magistrados as razões de impossibilidade, sempre deixando a autarquia de classe

informada dos fatos. Orientação semelhante é válida sobre as questões de quebra de sigilo nos termos do Código de Ética Profissional do Psicólogo, quando forem requeridas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

4 CONCLUSÃO

Diante dos elementos apresentados neste artigo, evidenciou-se que a colaboração interinstitucional entre Ministério Público, Poder Judiciário e os profissionais das políticas públicas de Assistência Social e Saúde pode ocorrer de forma coerente e dialogada. A colaboração com o sistema de garantia de direitos por parte das equipes multiprofissionais das políticas públicas possui vasta previsão legal, bem como atende aos preceitos da proteção integral de indivíduos e famílias que se encontrem em situação de violações de direitos ou de risco à dignidade e à vida.

Conclui-se, também, pelos dados elencados que as requisições do Ministério Público e do Poder Judiciário produzem sobrecarga de trabalho para os trabalhadores das políticas públicas, pois estes trabalhadores, além de realizarem suas funções primordiais do cotidiano dos serviços, recebem muitas demandas extras do MP e PJ, com prazos exíguos e exigências questionáveis nos despachos. Defende-se neste artigo, e em todos os materiais técnicos a respeito dessa temática, que o Ministério Público e o Poder Judiciário abram concurso público para formação de seus quadros de assistentes técnicos e peritos. Na impossibilidade de abertura de concurso, que se realizem seleções públicas específicas para credenciamento de profissionais com as citadas funções. Desta forma, os profissionais das políticas públicas contribuiriam para qualificar, em caráter complementar e contextual, o trabalho dos peritos e assistentes técnicos do quadro de servidores do MP e do PJ.

Por fim, urge que seja estabelecido um diálogo construtivo entre

o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, para que a colaboração interinstitucional ocorra de forma coerente, tecnicamente adequada e eticamente respaldada na garantia dos direitos de indivíduos e famílias nos diversos municípios do Estado do Ceará.

INSTITUTIONAL COLLABORATION BETWEEN PUBLIC PROSECUTORS, JUDGES AND PSYCHOLOGY PROFESSIONALS OF PUBLIC POLICIES FOR SOCIAL AND HEALTH ASSISTANCE - ETHICAL LIMITS AND POSSIBILITIES

ABSTRACT

The objective of this study is to discuss the various complex factors involved in the interinstitutional collaboration between the Public Prosecutor's Office (MP), the Judiciary Branch (PJ) and the multi-professional teams of the Public Social Assistance and Health policies in the state of Ceará. The methodology consisted in the quantitative and qualitative analysis of the demands of the years of 2013 and 2015 on the requests of the MP or the PJ. The results show that the requisitions for the public policy teams produce work overload, ethical conflicts, as well as increased tensions between teams and the population monitored. It was concluded that it is necessary that the MP and the PJ form their support teams with professional experts and technical assistants and that they work in collaboration with public policy professionals, as well as the establishment of interinstitutional dialogue to improve flows of collaboration.

Keywords: *Social Policies. Public ministry. Judicial power. Collaboration. Public policy.*

REFERÊNCIAS

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70; 1977.

BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE 2012 que **institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**. Brasília, 2012.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 que **dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, 1990.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTARIA Nº 2.436, DE 21 DE SETEMBRO DE 2017 que **aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília: MS, 2017.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTARIA Nº 3.088, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011 que **institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília: MS, 2011.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Núcleo de Apoio à Saúde da Família / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica**. – Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 116 p.: il. – (Cadernos de Atenção Básica, n. 39).

_____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Orientações Técnicas: Centro de Referência de Assistência Social – CRAS/ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome**. – 1. ed. – Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009. 72 p.

_____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS/ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome**. – 1. ed. – Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/ Gráfica e Editora Brasil LTDA, 2011. 120 p.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. RESOLUÇÃO CFP nº 10/2005 que **Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo**. Brasília: CFP, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 36 que **dispõe sobre a estrutura e procedimentos das varas da infância e juventude**. Brasília: CNJ, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. RESOLUÇÃO Nº 510, DE 07 DE ABRIL DE 2016 que **dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução**. Brasília, 2016.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 11ª REGIÃO (CRP 11). **Parecer a Respeito de Pedido Oriundos do Ministério Público e do Poder Judiciário aos Profissionais das políticas públicas de Assistência Social e de Saúde – orientações e reflexões**. Fortaleza: CRP 11, 2015.

DIGIÁCOMO, M. J. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Ofício nº 307/2014-SEC. **Parecer do Fórum Regional de Assistência Social contra as requisições de atendimento e envios de relatórios efetuadas pelo Ministério Público e Poder Judiciário**. Curitiba: MPPR, 2014. Disponível em: < http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/parecer/creas_recu-sa_no_envio_de_relatorios__parecer.doc > Acesso em 23 de março de 2018.

SILVEIRA, D.T; CÓRDOVA, F.P. Unidade 2 – A pesquisa científica. IN: GERHARDT, E;

SILVEIRA, D.T (Org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

A Execução da Pena Após Condenação de Segunda Instância: Uma Abordagem do Modelo Neoconstitucionalista na Decisão do Supremo Tribunal Federal¹

*Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto*²

*Matheus Sales Barros*³

*Tiago Sisnando Vieira*⁴

RESUMO

O presente artigo visa trazer uma análise sobre o novo entendimento da Suprema Corte brasileira, inaugurado no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 e confirmado no *Habeas Corpus* 152.752, relativo à possibilidade de execução de pena após condenação em segunda instância. Diante disso, será discutida a relação entre a decisão do STF e as técnicas de interpretação desenvolvidas a partir do modelo neoconstitucionalista, com o intuito de solucionar eventuais conflitos entre direitos e garantias constitucionais, a ponto de concluir pela flexibilização da garantia da Presunção de Inocência, refletindo a incidência de outros princípios com mesmo grau de relevância jurídica, como o da Efetividade da Lei Penal e o da Razoável duração do Processo. Ademais, demonstra-se a influência dos parâmetros neoconstitucionais e dos fatores sociais na atuação do Poder Judiciário.

1 Data de recebimento: 20/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

2 Promotor de Justiça no Ceará. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: emmanuelroberto@unifor.br

3 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Estagiário na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. E-mail: matheinf@hotmail.com

4 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Estagiário no Ministério Público Federal. E-mail: tiagosisnando@gmail.com

Palavras-chave: *Execução provisória da pena. Modelo Neoconstitucionalista. Atividade jurisdicional. Princípio da presunção de Inocência.*

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, como um dos três poderes estatais, é compreendido como um instrumento de distribuição da justiça e de transformação social, recebendo demandas dos vários setores da sociedade. Nessa relação, as diversas contingências mutáveis da vida chamam a atuação dos magistrados para solução de novos tormentos e dificuldades.

Nesse tocante, as notícias de crimes ‘do colarinho branco’, principalmente aqueles cometidos contra a administração pública, como a corrupção, associadas com a sensação de impunidade generalizada no país, têm convocado o senso comum coletivo a questionar sobre o papel do Poder Judiciário diante desse contexto.

A esse respeito, o Procurador da República Deltan Dallagnol, durante audiência pública na Câmara dos Deputados, revelou dados estatísticos demonstrando que há impunidade em 97% dos casos de crimes de corrupção no Brasil⁵, do que deduziu, com base em estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que estima “a eficácia do sistema criminal em cerca de 3%” (ALENCAR, 2011, p. 88).

Diante desse cenário de inúmeras pressões ao Estado para uma atitude frente a tal situação, o Poder Judiciário vê-se incumbido de participar de tal empreitada, de forma que os julgadores, ao elaborarem suas posturas decisórias, são, inevitavelmente, influenciados pelas necessidades apontadas pelos atores sociais.

Além disso, as vazões sociais tendem, muitas vezes, a render sua última esperança no Poder Judiciário como alternativa para seus conflitos, ante a inércia dos outros poderes. Em reflexão sobre o tema,

⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/514481-DALLAGNOL-DIZ-QUE-97-DOS-CRIMES-DE-CORRUPCAO-NO-BRASIL-FICAM-IMPUNES.html>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

discorre Roberto Lima Filho: “em meio a tudo isso, está a atuação do Poder Judiciário, que recebe vazões de toda a sociedade para decidir sobre questões que podem impulsionar, diante da interpretação da lei, fatores de transformações sociais”⁵.

A razão da abordagem desse assunto decorre da crise de legitimidade do Direito Penal na atualidade, em virtude do decréscimo de confiança da população em sua efetividade, em que o quadro de insegurança social faz questionar a própria soberania como fundamento do conceito de Estado como poder político, supremo e independente (SILVA, 2006). Nesse sentido, lembra-se o ensinamento de que: “para fazer funcionar o sistema de justiça criminal, antes de qualquer coisa, é preciso (re) legitimá-lo” (LIMA, 2012, p. 18).

O presente artigo pretende demonstrar a importância do judiciário como protagonista dentro do atual sistema constitucional, visando atenuar a impunidade no âmbito da justiça criminal, bem como trazer uma abordagem sobre o modelo neoconstitucionalista, e seus principais desdobramentos tidos como fatores determinantes para que a Suprema Corte tivesse chegado ao entendimento trazido pelo julgamento do HC 126.292, que foi ratificado, posteriormente, no HC 152.752 do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nesse sentido, será analisada a evolução jurisprudencial, trazendo precedentes do STF de 1995 a 2009, quando se consolidou o entendimento de ser incompatível com o princípio da presunção de inocência a efetivação da execução de pena após decisão da segunda instância, para finalmente chegar aos julgamentos de 2016 e 2018, quando a Suprema Corte voltou atrás e decidiu pela possibilidade de tal compatibilização.

Por fim, se dará ênfase ao desenvolvimento ponderado de argumentos técnico-jurídicos considerados favoráveis à restrição do alcance do princípio constitucional da Presunção de Inocência, por meio do uso da Hermenêutica Constitucional.

2 O MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL

O advento da Carta Magna de 1988 trouxe novos ares para o dinamismo da sociedade brasileira, de modo a influenciar, diretamente, tanto na convivência intersubjetiva entre particulares, como entre estes e o próprio Estado, o que veio a trazer implicações mais intensas no âmbito político e social, redundando em um diálogo harmônico e coordenado entre a liberdade e a igualdade, valores estes considerados primários para um Estado Democrático de Direito. Tais consequências se deram, justamente, em razão da adoção de um viés teórico denominado Neoconstitucionalismo (BARROSO, 2009).

Com efeito, é possível definir o modelo Neoconstitucionalista, basicamente, como a ideia segundo o qual se deve atribuir força normativa aos instrumentos constitucionais, viabilizando a aplicação imediata de suas normas ao caso concreto, além de ter a aptidão para vincular todas as demais normas do ordenamento jurídico, de modo que se tornem coerentes com a norma superior, seja no âmbito formal, no que concerne às normas que estabelecem os trâmites do processo legislativo, seja na esfera material, no que tange ao conteúdo da norma, de modo a se estabelecer um sistema harmônico, que garanta a segurança jurídica dentro das relações intersubjetivas (CANOTILHO, 2003).

Assim, a Constituição, segundo tal modelo teórico, mostra-se como Norma Fundamental, ou seja, hierarquicamente superior perante as demais normas jurídicas, o que a torna inviolável e de observância obrigatória pelos detentores das funções políticas do Estado, e pelos cidadãos que compõem a sociedade (HESSE, 1991).

Ademais, mostra-se necessário abordar, a seguir, alguns fenômenos tidos como desdobramentos do modelo neoconstitucionalista, e que foram considerados fatores primordiais para chegar-se à possibilidade de se atribuir restrições à garantia da presunção da inocência, dando margem à execução da pena em segunda instância.

2.1 O fenômeno do ativismo judicial

Como abordado anteriormente, o neoconstitucionalismo trouxe várias mudanças de paradigmas que determinaram novas diretrizes a serem seguidas pelos diversos setores sociais, fazendo com que os titulares do exercício do poder readequassem seu *modus operandi* de administrar a coisa pública, inaugurando novas tendências nas ordens jurídica e social.

Não obstante, um dos fenômenos mais relevantes e controversos no meio jurídico atual é, justamente, o ativismo judicial, fenômeno este decisivo para a formulação de decisões elementares, julgados, principalmente, pela Suprema Corte.

Tal tendência consiste, basicamente, em uma iniciativa proativa por parte do poder judiciário, frente aos casos que deve julgar no tocante à garantia de uma melhor aplicação das normas constitucionais, atribuindo um sentido e alcance que sejam compatíveis com o progresso social e com a conservação dos valores éticos intrínsecos da coletividade (MENDES; GONET BRANCO, 2017). Luís Roberto Barroso (2009, p. 6) apresenta três características constantes no fenômeno do ativismo judicial:

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.

Vale ressaltar que esse maior grau de deliberação judicial aqui no Brasil se deu, principalmente, em razão da previsão expressa

da Constituição Federal, que determina que os direitos e garantias fundamentais devam ser aplicados de imediato, independentemente de haver norma infraconstitucional para atribuir efetividade àquela (HESSE, 1991).

É por essa e outras razões, que tal grau de liberdade atribuído aos julgadores pode até ser considerado como praxe na atividade jurisdicional em alguns países, visto que “o Judiciário hodiernamente não traz em si apenas o papel de revisão dos atos legislativos criadores da norma, uma vez que existe crescente e preocupante discurso acerca da possibilidade de o magistrado criar a norma no caso concreto, rejeitando a ordem posta quando esta não está legitimidade”⁵.

2.2 Uma nova forma de aplicação e interpretação dos direitos fundamentais

A força normativa da Constituição, trazendo um maior grau de efetividade aos seus dispositivos, não é atribuível sem razão aos princípios e direitos fundamentais. Isso deve ser ressaltado, pois o fundamento primordial do advento do Neoconstitucionalismo baseia-se, justamente, no reconhecimento da Carta Magna como um sistema de normas que possui em seu conteúdo relevante carga axiológica, o qual se mostra imprescindível à conservação e aprimoramento por meio da absorção de valores morais e políticos.

Ocorre que, frequentemente, o julgador se vê diante de situações concretas em que é possível a incidência de mais de um direito fundamental. Presente colisão se mostra um dilema para o juiz, haja vista que tais direitos possuem a mesma força vinculante (ALEXY, 2008).

Diante desse embaraço jurídico, é que se fez necessária a criação de técnicas hermenêuticas que possam auxiliar o intérprete na melhor aplicação das normas constitucionais. Técnicas como a Teoria da Argumentação, Proporcionalidade/razoabilidade, Teoria dos Princípios, Princípio da Unidade da Constituição, dentre outras.

Todavia, o princípio de interpretação constitucional a ser enfatizado no presente tópico, justamente por possuir grande relevância para o objeto deste trabalho, e por ter sido primordial para a decisão do HC 126.292, é o denominado Princípio da Harmonização, ou da Concordância Prática.

Tal técnica hermenêutica visa criar um ambiente de equilíbrio entre direitos, ou garantias fundamentais contrapostos, quando incidentes em um mesmo caso concreto, evitando-se fazer com que um exclua a eficácia do outro. Ou seja, cada um dos direitos ou garantias terão espaço para fazer refletir a sua incidência em uma determinada situação. Isso, logicamente, implica na limitação da eficácia de tais preceitos constitucionais, fazendo preponderar a ideia de que nenhum direito pode ser considerado absoluto (DWORKIN, 2010).

É o que Gustavo Gonet preconiza quando aborda os princípios da interpretação constitucional, *in verbis*:

O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocaram. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. [...] Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário. (MENDES; GONET BRANCO, 2017, p. 96).

Deste modo, pode-se concluir que o julgamento dos referidos *Habeas Corpus* pelo STF foi operado com o auxílio do princípio da Concordância Prática, uma vez que estavam em estado de colisão a garantia da Presunção de não Culpabilidade e o Princípio da Efe-

tividade da Jurisdição Penal, que pode ser compreendido dentro do princípio da Duração Razoável do Processo.

3 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em diversas oportunidades, as turmas do STF sustentaram a tese de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena, mesmo havendo a possibilidade de recursos extraordinários: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; e HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 92.872, afirmou que “A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regimes. Precedentes.” (BRASIL, 2008).

Corroborando tais orientações, as Súmulas 716 e 717⁶, aprovadas no ano de 2003, cujos enunciados pressupõem situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias antes do exaurimento do processo.

A alteração desse entendimento jurisprudencial veio a ocorrer somente no julgamento do HC 84.078/MG, realizado no ano de 2009, em que se assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

⁶ Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Não obstante tal decisão, tal questão foi novamente alterada no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 em 2016; oportunidade em que se reestabeleceu o entendimento anterior, prezando-se pela possibilidade do início do cumprimento da pena depois do exaurimento da segunda instância, sendo tal decisão confirmada no *Habeas Corpus* 152.752 em 2018.

3.1 Julgamento dos *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752

Em síntese, o HC 126.292 tratou-se de *Habeas Corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP; no caso, o acusado foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado; a defesa, após ter a apelação negada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido para suspender a execução da pena.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal, o colegiado firmou orientação jurisprudencial de que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível autorizaria a prisão como consequência natural da condenação. Tal julgado restaurou o tradicional entendimento da Suprema Corte, de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (BRASIL, 2016). Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, conforme o Art. 283⁷ do Código de

⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Processo Penal, a decretação da prisão, fora o caso de flagrante, está condicionada à ordem judiciária escrita e fundamentada, e não ao juízo de culpabilidade.

Reafirmando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, negou, por seis votos a cinco, o *Habeas Corpus* 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva tentou impedir a execução provisória da pena diante da confirmação de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O relator, ministro Edson Fachin, ressaltou em seu voto a ausência de qualquer ilegalidade, ou abusividade, na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que aplicou ao caso a jurisprudência do STF.

Seguindo o mesmo entendimento, o ministro Roberto Barroso destacou os efeitos negativos trazidos pelo entendimento contrário, adotado pela corte entre 2009 e 2016, que incentivou a interposição de vários recursos protelatórios, para gerar prescrição, e incentivou a seletividade do sistema penal ao dificultar a punição dos condenados mais ricos. O ministro Luiz Fux asseverou que “interpretar de forma literal o dispositivo, é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem pena” (BRASIL, 2018).

Em breve análise, pode-se perceber que as decisões do STF foram construídas com base em quatro proposições principais, quais sejam: o estabelecimento da premissa, por meio de uma interpretação sistêmica da Constituição, de que não há impedimento constitucional para a prisão antes do trânsito em julgado; a adoção do referencial teórico da presunção de inocência como princípio, realizando seu sopesamento com outros interesses constitucionais; a exposição de argumentos de direito comparado e pragmático para justificar o escalonamento de preferências; bem como o desenvolvimento do conceito dogmático de trânsito em julgado penal juntamente com a argumentação de violação à ordem pública pela definição da liber-

dade após confirmação da condenação em segundo grau.

De fato, por um lado, a possibilidade de início de execução da pena após o segundo grau tem, teoricamente, o potencial de reverter, ou amenizar, o atual quadro de desequilíbrio jurisdicional penal, proporcionando maior agilidade e efetividade processual, desencorajando a prática de interposição de recursos meramente protelatórios, assim como tornando o sistema criminal mais igualitário ao coibir os crimes de colarinho branco, especialmente aqueles contra a administração pública, que tanto afligem a população (ZAFFARONI, 2001).

Por outro lado, tal aplicação jurisprudencial pode ensejar a perpetuação de vícios no sistema processualístico pelos órgãos julgadores que, não obstante sua raridade, são perfeitamente possíveis de concretização, face à atual demanda nos foros criminais e sua carência de recursos humanos e materiais para acompanhar tal necessidade (BITENCOURT, 2008).

3.2 O alcance do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988

O princípio da Presunção de Inocência, ou da não culpabilidade para alguns autores, remonta ao Direito Romano (TOURINHO, 2007) e está positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁸; tal norma ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que assim estabeleceu⁹: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

⁸ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

⁹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez.1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

Tal princípio, conforme já lecionava o professor Eugênio Pacelli (2008), abarca duas vertentes: a primeira é de fundo probatório e tem o condão de estabelecer que cabe à acusação o ônus da prova sobre a autoria e a materialidade do fato delituoso; sua segunda vertente, essa atinente ao tema, é uma regra de tratamento, segundo a qual enquanto em curso o processo, não pode o acusado ser tratado como se culpado fosse.

É indiscutível que o reconhecimento desse postulado trouxe para o processo penal brasileiro novos parâmetros para a concretização de um modelo de justiça criminal mais racional, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemotenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos práticos, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas e da possibilidade de contraditá-las (LOPES JÚNIOR, 2008).

O Princípio da não Culpabilidade diz respeito a todos esses direitos e garantias processuais, no entanto, não se pode desconsiderar que se trata de um princípio que, embora positivado na Constituição, deve ser interpretado conjuntamente com outras normas de mesma importância (BOBBIO, 1994).

Nesse tocante, faz-se imprescindível a referência aos ensinamentos¹⁰ do professor Robert Alexy, quando afirma: "...o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (2008, p. 90).

Por não serem os princípios absolutos, tem-se que a presunção de não culpabilidade encontra exceções, visto que existem outras formas de prisão antes do trânsito em julgado, como a prisão pro-

¹⁰ É importante ponderar que, apesar do constante uso de sua teoria no país, inclusive pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a análise desenvolvida pelo livro diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

cessual, que Tourinho Filho (2007) define como execução cautelar de natureza pessoal.

Nesse viés, é indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade em harmonia com outras normas constitucionais, como o princípio da efetividade da lei penal e da razoável duração do processo, que impõem ao intérprete do direito a visão do sistema constitucional como um todo, de forma que a interpretação da norma deve se revelar à luz de cada caso concreto. (GOMES FILHO, 1991). Como observado por Eduardo Espínola Filho, “a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (2000, p. 436).

Dessa maneira, deve-se entender que a extensão do princípio de inocência no âmbito processual, se dá, basicamente, no âmbito das instâncias ordinárias, ressalvada a estreita via da revisão criminal, que a possibilidade de exame de fatos e provas se exaure; e, nesse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do réu (GOMES FILHO, 1991). Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm âmbito de cognição restrito à matéria de direito, tanto é que não dispõe de efeito suspensivo, conforme o art. 637¹¹ do Código de Processo Penal.

Nessa mesma orientação, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que faz alterações na Lei Complementar 64/1990, e, em seu art.¹² 2º, inova ao trazer como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão cole-

11 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

12 Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

[...]

giado; ou seja, o próprio legislador entendeu que a presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, a decisão condenatória pudesse produzir efeitos contra o acusado na esfera eleitoral.

4 CONCLUSÃO

A consolidação das tendências neoconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro tem proporcionado significativas mudanças no entendimento e na atuação dos Tribunais. Tais influências contribuem para uma abordagem mais sistêmica das questões hermenêuticas nos casos práticos enfrentados pelos aplicadores do Direito, especialmente na interpretação das Cortes Superiores, já que estas orientam, e são usadas como parâmetro para toda a atividade jurisdicional.

Aliado a esse fato, não se pode negar que o Poder Judiciário deve atentar também para as implicações fático-sociais de suas decisões, que, não obstante se diferenciarem dos outros dois poderes e serem regidos pela imparcialidade em suas ações, não podem ser neutros em relação às mudanças que ocorrem no âmbito sociológico, e os novos desafios que lhe são impostos por tais contextos. Com base nessa compreensão, é que a Corte Suprema se propôs a discutir o tema da prisão antes do trânsito em julgado, oportunidade em que formou orientação no sentido de sua possibilidade por meio da “relativização” da literalidade constitucional.

Nesse tocante, pode-se perceber que os argumentos que, muitas vezes, criticam esse novo entendimento jurisprudencial, veem-se presos a concepções, demasiadamente, ideológicas, ao ponto de utilizarem, equivocadamente, fundamentos jurídicos, ou elementos semânticos que, certamente, não possuem conexão com o objeto hermenêutico e com a questão realística da Justiça Criminal no país. Necessário se faz, destarte, uma análise sistemática da questão para que não se incorra em equívocos, prezando demais em um ponto de vista técnico-gramatical e não jurídico.

Olvidou-se o Supremo Tribunal Federal, portanto, em dar preva-

lência aos elementos hermenêuticos e práticos, que corroboram a influência do movimento Neoconstitucional, e das questões sociais nos fundamentos dos órgãos julgadores ao elaborarem suas decisões, garantindo a Unidade da Constituição, por meio da limitação do alcance do princípio constitucional de não culpabilidade, com o intuito de deixar espaço para que outros princípios de mesma importância também possam ter eficácia no âmbito jurisprudencial.

THE IMPLEMENTATION OF THE PENALTY BEFORE THE FINAL JUDGEMENT: AN APPROACH OF THE NEOCONSTITUTIONALIST MODEL IN THE DECISION OF THE SUPREME COURT

ABSTRACT

The present article aims to bring an analysis of the new understanding of the Brazilian Supreme Court, inaugurated in the judgment of Habeas Corpus 126.292 and later confirmed in the Habeas Corpus 152.752, regarding the possibility of execution of sentence after the conviction in the second instance. Therefore, the relationship between the decision reached by the Supreme Court and the interpretation techniques developed from the neoconstitutionalist model will be discussed, with the aim of resolving possible conflicts between constitutional rights and guarantees, to the point of making the presumption of innocence more flexible, reflecting the incidence of other principles of same with the same degree of legal relevance, as the Effectiveness of the Criminal Law and the Reasonable duration of the Process. In addition, the influence of the neoconstitutional parameters and of the social factors in the Judiciary performance is demonstrated.

Keywords: *Provisional execution of sentence. Neoconstitutionalist model. Jurisdictional activity. Principle of presumption of Innocence.*

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de/ GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. São Paulo: Revista Direito GV, vol.7, n.1, jan./jun., 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, n. 13, jan./mar., 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 1.v., 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJE de 17.05.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado no DJE de 09.04.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 92.872**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJE de 15.02.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumula>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**; 1. v., 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira/ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O Manejo da Prova Indiciária nos Crimes em Licitações Públicas¹

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto²

RESUMO

O presente trabalho chama atenção para a relevância dos indícios, ou provas indiretas, reconhecidos como meios de provas legítimos pelo artigo 239 do Código de Processo Penal, possuindo a mesma força de valoração que as provas diretas. Os indícios são indispensáveis ao combate à impunidade de agentes criminosos, sobre os quais impera o benefício da dúvida, geralmente por fatos de difíceis provas, principalmente na perquirição da comprovação do elemento subjetivo nos crimes de colarinho branco. Ao final, enumeram-se alguns exemplos de provas indiciárias mais frequentes na rotina do combate à corrupção por meio das fraudes em licitações.

Palavras-chave: *Fraudes em licitações. Meios de prova. Valoração dos indícios.*

1 INTRODUÇÃO

Os crimes praticados em licitações públicas possuem naturais dificuldades quanto ao levantamento dos elementos de prova suficientes para uma condenação criminal. Diferentemente dos crimes de rua, e junto aos demais crimes de colarinho branco ou delitos econômicos, os crimes praticados em licitações públicas possuem algumas características de destaque: a fraude documental, a facili-

¹ Data de recebimento: 05/03/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

²Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNISEB. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Estácio. E-mail: franciscodaschagas@mpce.mp.br

dade na destruição ou ocultação de provas e a lei do silêncio entre os envolvidos; muitos participantes de organizações criminosas minimamente organizadas.

Os processos licitatórios são forjados e ganham aparência de legítimos. Os envolvidos, geralmente todos beneficiados, não possuem interesse em expor o esquema criminoso. Como se trata de crime cometido dentro de gabinetes e escritórios, a dificuldade em efetivar o flagrante ou registrar prova direta é considerável. Se desvencilhar das provas comprometedoras também se torna mais fácil pelo grupo criminoso.

Naturalmente se questiona: na ausência de provas diretas, como evitar a impunidade destes crimes? Propaga-se que a condenação criminal pressupõe um juízo de certeza, após alcançada a verdade real. Conclui-se que esse cenário invalida qualquer persecução criminal no campo dos crimes de licitação: ausência de prova direta na grande maioria dos casos, busca da verdade real e da certeza para condenação, e desconsideração dos indícios como meio de prova suficiente para embasar uma condenação criminal. O código de processo penal, em seu artigo 239, traz a definição de "indício". Mas sua redação transparece ter função meramente conceitual, não deixando suficientemente clara sua aptidão como prova criminal.

O presente trabalho, portanto, procura demonstrar que os indícios são espécie de provas por si só aptos a embasar uma condenação criminal, e que, tanto a verdade real, quanto a certeza, são valores intangíveis, conseqüentemente inadequados como *standard* probatório visado pela tese de acusação. No decorrer do texto, será demonstrado que o manejo dos indícios é um trabalho mais argumentativo que demonstrativo, e que o trabalho do acusador visa não o alcance da verdade real ou da certeza (valores inalcançáveis), mas produzir um arcabouço de provas, ainda que exclusivamente indiretas, aptas a fundamentar um juízo de valor para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), como ocorre no sistema do *common law*.

Ao final, procurou demonstrar a utilidade dos indícios na aferição da autoria, materialidade e elemento subjetivo nos crimes licitatórios, trazendo alguns exemplos das principais ocorrências na prática.

2 A RELEVÂNCIA DA PROVA INDICIÁRIA

O uso dos indícios ou da prova indiciária (*circumstantial evidences*) não é tão explorado pela prática jurídica, a despeito de possuir extremo valor na demonstração de elementos importantes como o dolo, principalmente em situações mais complexas, como é o caso de crimes envolvendo organizações criminosas que fraudam licitações e contratos públicos.

A condenação com base nos indícios enfrenta resistência por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, que ainda não consideram a real importância destes elementos probatórios.

A corrente que nega a prova indiciária, assim o faz, de certo modo, em razão de um equívoco conceitual. Na verdade, o termo “indício” pode possuir vários sentidos. O próprio Código de Processo Penal fala de indícios em variados contextos e significações. Por exemplo, o código processual menciona “indícios de prova”, tratando estes como um conjunto de provas que lastreia um juízo de probabilidade e que dá ensejo ao início das investigações. Já dentro do processo judicial, o Código de Processo Penal fala em “indícios” como *standard* de prova em que se baseia o magistrado no momento de recebimento da denúncia, dentro do processo cognitivo da autoria e materialidade. O decreto de prisão cautelar ou outras medidas cautelares exige o exame também de meros “indícios” de autoria (artigos 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal).

Todavia, o sentido que se dá ao termo “indício” como “fundada suspeita” é apenas um viés de interpretação. Isso porque os indícios também podem ser tratados como prova indireta, quando não são encarados meramente como um lastro de elementos probantes su-

perficiais, sem profundidade, em um trabalho de cognição sumária, e não exauriente.

Destarte, em se considerando a existência de outro sentido, o termo “indício” pode ser considerado como prova indireta: prova apta a embasar uma condenação criminal por possuir profundidade de cognição suficiente para tanto.

A prova de indício, portanto, é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por via de um raciocínio dedutivo ou indutivo, a um fato consequência, que se quer provar. A prova indiciária decorre da presunção humana (pelo juiz), em contraponto à presunção legal, que vem da lei.

Dallagnol (2015, p. 108) esclarece o tema com o elucidativo exemplo abaixo:

Assim, temos prova direta quando a testemunha João fala diretamente do delito, afirmando que Caim matou Abel. Por outro lado, a prova é indireta quando a testemunha João fala indiretamente do delito, afirmando que viu Caim fugir da cena do crime com a arma na mão após o estampido de um tiro. Neste último caso, o fato demonstrado é a fuga e é a partir dela que se inferirá, mediante uma inferência adicional, a autoria do crime. Se, ao invés do testemunho, João narrar os fatos em documento, teremos prova documental direta ou indireta. Já a prova material é direta quando o julgador examina o corpo da vítima desfalecida, e indireta quando examina o chapéu que o autor do crime deixou cair na cena do crime.

Portanto, Dallagnol (2015, p. 108) esclarece a diferença entre prova direta e prova indireta como sendo uma bifurcação da classificação da prova quanto ao conteúdo. Assim, segundo o autor, “quanto ao conteúdo, qualquer dessas provas pode ser direta, quando diz respeito diretamente ao fato delituoso, ou indireta, quando a partir do fato demonstrado é necessária uma inferência adicional para se chegar ao fato delituoso”.

O indício como prova indireta não é proibido pelo ordenamento.

Pelo contrário, há previsão expressa da permissão do seu uso no artigo 239 do Código de Processo Penal e encontra reforço com a norma do artigo 155 do mesmo código.

Henrique Ferri (*apud* Mendroni, 2013, p. 81) faz, ainda, uma interessante analogia entre a valoração de indícios para comprovação de fatos e o exame clínico para ministrar um remédio, senão vejamos:

A causa indiciária é sempre uma causa grave para a justiça humana; porque nas causas indiciárias é preciso realizar um difícil e tormentoso trabalho de consciência e de espírito; as provas do facto não estão na nossa frente: não é como o mal do corpo em que o cirurgião vê claramente a sede e determina o remédio em consequência, mas é, antes, o caso clínico, para quem a doença não se apresenta evidente e que, por isso, passando do conhecido para o desconhecido, tem de reunir os sintomas, desde os mais evidentes aos menos visíveis, e conjugá-los numa relação de causa para efeito, para chegar à conclusão, isto é, determinar o diagnóstico da doença e indicar o remédio.

A doutrina moderna também está impulsionando a melhor valoração dos indícios, a exemplo de Mendroni (2013, p. 83):

Os indícios já não podem mais ser concebidos como suficientes apenas e tão somente à propositura da ação penal, mas ingressam no âmbito de análise do contexto probatório, como influxo, para prolação da sentença de mérito. Em um Processo Criminal que verdadeiramente deve se direcionar no sentido da busca da verdade real, não se pode desprezar qualquer elemento de prova que, guardadas as proporções, correlações e formas, serve para demonstrá-la. Tudo deve ser analisado e balanceado em um exercício coerente de fundamentação, sempre lógica e sistemática. Só assim torna-se possível viabilizar ao Juiz um julgamento verdadeiramente justo. De outra parte, ao se desprezar indícios ou qualquer elemento de prova, pelo simples fato de que tenha sido juntado aos autos durante a fase pré-processual, é o mesmo que conscientemente furtar-se à sua análise ou até “esconder” a verdade. É evitar a Justiça. A sentença deve conter uma retrospectiva temporal e lógica dos fatos e suas correlações probatórias, e culminar no convencimento imparcial do juiz.

A prova indireta é reconhecida no direito internacional, mormente envolvendo delitos complexos, como crimes societários, de colarinho branco, incluindo as fraudes em licitações e contratos públicos.

Destaca-se, pois, a Convenção de Viena sobre tráfico de drogas, ratificada internamente pelo Decreto 154/1991, aduzindo que “o conhecimento, a intenção ou o propósito requeridos como elementos constitutivos de qualquer das infrações previstas no n.º 1 do presente artigo podem ser deduzidos das circunstâncias factuais objetivas”. Nestes mesmos termos, cite-se ainda a Convenção de Estrasburgo (artigo 6.2, c) e a Diretiva 91/308, da Comunidade Europeia.

Existe uma consequência mais benéfica ao processo e ao próprio réu no uso da prova indiciária porque o levantamento desta acaba por exigir uma decisão com motivação mais apurada, explicitando o raciocínio indutivo ou dedutivo, pelo qual se demonstra a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize concluir-se a existência de uma ou mais circunstâncias, como detalha Dallagnol (2015, p. 121):

[...] no caso da prova direta, o julgador se apoia na imediação da colheita da prova, em vez de expor os caminhos racionais utilizados na escolha e valoração da prova. Já na prova indireta, a segurança é bastante maior porque o juiz se sente compelido a detalhar os passos inferenciais que conduziram sua convicção a favorecer determinada hipótese fática em detrimento de suas concorrentes. A necessidade de maior fundamentação da prova indireta, para o magistrado, converte a prova indireta em mais fundamentada, e, portanto, mais garantista ao estar menos exposta a voluntarismos interpretativos.

Este raciocínio motivado precisa demonstrar razoabilidade, e quão mais coerentes forem os indícios, principalmente quando múltiplos e conjugados, ou confrontados com outras provas diretas, mais a sentença está em bons termos para condenação.

Corrente contrária à consideração dos indícios como elemento de prova pode levar, muitas vezes, à situação de impunidade ao

crime organizado, onde as provas diretas são escassas, mormente quando crimes praticados por organizações criminosas especializadas em destruir lastros probatórios. Sobre essa questão, válido citar passagem da obra de Mendroni (2013, p. 82), nos seguintes dizeres:

Trata-se de enfrentar, com igualdade de armas, em especial o poderio das organizações, montadas para a prática dos crimes, de ocultar, apagar ou simplesmente forjar contraindícios e provas falsas, mas também para melhor enfrentar os criminosos mais perigosos. São documentos falsos (material ou ideologicamente) trazidos pelos réus à apreciação do Juiz, falsas perícias ou perícias “compradas”; ameaças, intimidações e constrangimento de testemunhas; incremento de corrupções a funcionários públicos, testemunhas, intérpretes ou analistas, ou ainda *experts*; fotografias montadas etc.

Continua Mendroni (2013, p. 83), sobre a periculosidade dessas organizações do crime: “de qualquer forma, os criminosos também sabem bem como apagar evidências, sumindo com a arma do crime, incendiando veículos e até cadáveres; agindo por meio de terceiras pessoas, que desconhecem a verdadeira identidade dos mandantes; apagando rastros etc”.

O uso da prova indiciária não significa necessariamente a diminuição de direitos e garantias do réu, pois mesmo a prova indireta deve sobrepassar o estado de dúvida. Por isso, não se pode dizer que a prova indiciária viola o princípio da presunção de inocência ou é mais gravosa ao réu que as outras provas.

Reforçando a igualdade do poder de persuasão entre a prova direta e indireta, ensina Mendroni (2013, p. 82):

[...] afirmamos uma vez mais que mesmo as evidências indiretas (indícios) podem sim ter força probatória, dependendo do caso concreto. Assim como em muitos dos casos os indícios não levarão a nenhuma conclusão firme, existirão outros casos em que os indícios proporcionarão um raciocínio cujo grau de convicção seja muitas vezes

maior do que a apreciação de uma evidência que se suporia direta e que, por isso, deveria ser mais eficiente para a comprovação.

Assim sendo, o confronto entre prova direta e indiciária, na análise de sua legitimidade, é uma discussão vazia, pois a prova indiciária em nada afeta a qualidade da fonte de prova. É apenas uma forma de interpretar as circunstâncias fatídicas e inseri-las como elementos probatórios dentro do processo.

O Tribunal Supremo Espanhol, na STC 85/99 de 10 de março, sintetizou sua postura a respeito da aceitabilidade da prova indiciária arrolando alguns requisitos a serem observados, nos seguintes termos:

- a) Los indicios deben aparecer plenamente probados en virtud de prueba obtenida con todas las garantías y de cuyo resultado se desprenda inequívocamente la certeza del indicio.
- b) Entre los indicios probados y el hecho que se quiere acreditar debe existir un enlace preciso y directo de acuerdo con las reglas de la lógica.
- c) Debe expresarse el razonamiento que condujo al Tribunal sentenciador a tener como probado que el hecho delictivo y la intervención de la persona concernida han ocurrido.

A inobservância desses cuidados, ainda segundo o Tribunal espanhol (STC 85/99 de 10 de março), e a falta de razoabilidade dos indícios, fere o princípio da presunção de inocência:

Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba indiciaria existirá cuando los indicios no estén suficientemente acreditados, o estén desvirtuados por otros de signo contrario, cuando el juicio de inferencia entre los indicios y el hecho a acreditar adolezca de falta de concordancia con las reglas del criterio humano, o en otros términos, sea irrazonable ya sea por falta de lógica o de coherencia y suficiencia por tratarse de inferencias muy abiertas o imprecisas que no conduzcan naturalmente al hecho a acreditar, ahora bien, el control a efectuar en esta sede casacional debe de versar sobre la

razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción de instancia, sin entrar a examinar otras posibles inferencias. Debe, pues, examinarse el control externo del razonamiento de la inferencia obtenida y conclusión alcanzada, sin ponderar la posibilidad de otras inferencias distintas.

No Brasil, a prova indiciária ganhou destaque pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (caso “Mensalão”). Destacou-se, entre outros, o voto da ministra Rosa Weber abordando a importância do reconhecimento das presunções para servir como elemento de prova para fatos praticados às escondidas, ou, como propriamente disse a ministra, condutas que não são praticadas “sob holofotes”:

O Plenário retomou julgamento de ação penal movida, pelo Ministério Público Federal, contra diversos acusados pela suposta prática de esquema a envolver crimes de peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e outras fraudes — v. Informativos 673 a 676. Na sessão de 27.8.2012, os demais Ministros da Corte iniciaram a leitura de seus votos sobre o capítulo III da denúncia, atinente a “origens dos recursos empregados no esquema criminoso: crimes de corrupção (ativa e passiva), peculato e lavagem de dinheiro”. A Min. Rosa Weber, primeira a se manifestar, destacou que questões relativas a financiamento de gastos de campanha ou despesas de partido não integrariam o conjunto fático descrito na presente acusação. Salientou, ainda, que o pagamento de propina não seria feito sob holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade em esconder o ilícito. Asseverou, ademais, que a manipulação do dinheiro objeto da propina caracterizaria meio para a consumação ou exaurimento das corrupções ativa e passiva. No ponto, discorreu que, na corrupção ativa, ambos os núcleos do tipo (“oferecer” e “prometer”) configurariam crime formal e que a percepção da vantagem indevida pelo corrompido constituiria exaurimento do delito. Já na corrupção passiva, o verbo “solicitar” indicaria crime formal, de maneira que o efetivo recebimento da propina representaria o exaurimento do delito, ao passo que “receber” indicaria crime material, cuja obtenção da vantagem ingressaria na fase consumativa do delito. Por outro lado, sinalizou que, na espécie, a ocultação ou dis-

simulação da lavagem de dinheiro significaria a ponta de esquema criminoso de proporções mais amplas, razão por que postergaria o exame sobre essas imputações a João Paulo Cunha e a Henrique Pizzolato para outro momento. Tendo em conta essas premissas teóricas acompanhou, em parte, o Min. Joaquim Barbosa, relator, dele divergindo em relação a João Paulo Cunha para absolvê-lo do peculado decorrente da contratação da empresa IFT. (STF AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. Informativo 677).

Cabral (2012, *online*), comentando o julgamento da Ação Penal 470, cita a função persuasiva da prova, a complexidade das associações criminosas e a predominância da prova indiciária nesses casos:

[...] a prova não deve ser concebida numa visão cientificista, ultrarracionalista (e até certo ponto ingênua) a respeito da cognição humana. Assim era a antiga e superada compreensão da prova apenas em sua função “demonstrativa”: em se exigindo prova técnica ou a certeza de verdades apodíticas, uma condenação só seria possível se o agente público fosse filmado recebendo propina do corruptor, ou se o criminoso tivesse conversa telefônica interceptada confessando o cometimento do delito [...] a função persuasiva da prova reafirma a consolidada jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que há décadas considera suficiente, inclusive para uma condenação criminal, um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias comprovados, e que conduzam à conclusão segura de que o fato ocorreu. Posicionamento, aliás, que prevalece na jurisprudência da imensa maioria dos tribunais do mundo ocidental. Isso é especialmente importante em contextos associativos complexos — marca da criminalidade contemporânea — no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados e tem relevante implicação prática em casos como de formação de cartéis, organizações criminosas, quadrilhas, e crimes e infrações no mercado de capitais (como citado pelo ministro Luiz Fux), onde a prova indiciária é predominante pois é raro que se obtenham documentos e gravações dos fatos criminosos (até porque toda associação pressupõe acordos que normalmente são realizados a portas fechadas).

Com isso, reforça-se a necessidade da maleabilidade das espécies

de prova quanto ao conteúdo, afastando a exclusividade da função demonstrativa em busca de uma verdade intangível. Por outro lado, a função persuasiva dos meios de prova coloca em prática essa maleabilidade e faz a discussão processual ter mais sentido quando inexistem provas diretas. Nesse sentido, o debate persuasivo com o uso de provas indiretas faz a sentença condenatória se tornar mais plausível.

3 A EFETIVIDADE DA PROVA INDICIÁRIA NOS CRIMES DE LICITAÇÃO

3.1 Os indícios e a prova da autoria e materialidade

Ao se fazer a primeira análise dos cadernos do procedimento administrativo licitatório, a depender do grau de expertise do criminoso, é possível não inferir que houve algum conluio criminoso ou fraude. Quando não há qualquer espécie de prova direta que descortine o crime, algumas situações, inicialmente consideradas meras coincidências ou pequenas irregularidades administrativas, podem ser conjugadas para formar um corpo de indícios com robusteza.

As irregularidades administrativas e coincidências suspeitas podem ser sinais de alerta a depender da gravidade e do número de ocorrências. A profundidade e número dos indícios pode ser determinante. A probabilidade da ocorrência de autoria e materialidade, bem como do elemento subjetivo, vai se solidificar com a gravidade da irregularidade e com contraposição de um indício com outro.

Felix (2012, p. 227-228) arrola alguns exemplos de elementos indiciários importantes na investigação dos crimes em licitações, conforme se observa:

- a. Certidões relativas à regularidade jurídica (cadastro no CNPJ) e fiscal (certidões negativas) emitidas em data semelhante ou sequencial pelas empresas licitantes, ou ainda

certidões vencidas; b. Propostas de preços ou planilhas orçamentárias das empresas licitantes com muitas semelhanças do ponto de vista da formatação e/ou do preço em si; às vezes até erro de ortografia que “coincidentalmente” se repetem; c. Empresas que possuem os mesmos sócios e/ou o mesmo contador. Já surgiram casos em que uma empresa licitante pertencia ao marido e outra à esposa; d. Atas de julgamento de licitações sem assinaturas; e. Procedimentos licitatórios sem números de páginas ou erroneamente autuados; f. Empresa vencedora da licitação que apresentou documentação incompleta de habilitação e ainda assim adjudicou o objeto da licitação; g. Ausência de publicação do edital da licitação em Diário Oficial e jornais locais; h. Participação de empresas de “fachada” nas licitações. Para identificar empresas de fachada, é preciso diligenciar, no sentido de procurar a sede da empresa, consultar registros na Previdência Social para verificar se a empresa possui empregados registrados ou até mesmo pedir a quebra de sigilo bancário para verificar se existe movimentação financeira. Também é importante verificar se o participante das licitações é o sócio ou um procurador que não faz parte do quadro societário da empresa.

Vistos os exemplos acima, algumas situações, analisadas individualmente, podem não transparecer nenhuma consequência segura no campo criminal. A ata de julgamento de uma licitação sem assinatura dos licitantes pode configurar apenas uma omissão administrativa. Mas essa circunstância somada à participação de empresas de fachada traz segura probabilidade de direcionamento da licitação.

Especificamente nos ilícitos de “colarinho branco”, lembra Fux, ao proferir voto no julgamento do caso “mensalão” (AP 470):

Nesse sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do “paralelismo consciente” para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v.g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão

pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada. [...] No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação. Na investigação de *insider trading* (uso de informação privilegiada e secreta antes da divulgação ao mercado de fato relevante): a baixa liquidez das ações; a frequência com que são negociadas; ser o acusado um neófito em operações de bolsa; as ligações de parentesco e amizade existentes entre os acusados e aqueles que tinham contato com a informação privilegiada; todas essas e outras são indícios que, em conjunto, permitem conclusão segura a respeito da ilicitude da operação.

Portanto, analisando o voto do Ministro Luiz Fux, constata-se que a prática dos cartéis em licitações públicas não é realizada por meio da formalização de um contrato, pois este explicitaria a conduta criminosa. Todavia, as circunstâncias indiciárias provadas podem induzir pela conclusão da ilicitude da conduta que se queria demonstrar.

No que diz respeito às licitações, não obstante as formalidades estarem perfeitamente obedecidas, a prática de crimes pode estar sendo concretizada por meio do procedimento licitatório, pois a fraude pode ocorrer antes da formalização, com o conchavo entre os envolvidos, com a confecção de documentação falsa, etc.

Com isso, quer-se dizer que em um procedimento licitatório fraudulento os documentos são juntados como se idôneos fossem e a competição é simulada para gerar aparência de regularidade. Todavia, a combinação de agentes é realizada em momento anterior, em um verdadeiro “jogo de cartas marcadas”, de forma que a atuação conjunta dos envolvidos e as diligências criminosas cada vez mais apuradas quase nunca deixam lastro de prova direta apta a ser usada como comprovação de autoria, materialidade e dolo.

Por conseguinte, como discorre o presente trabalho, há que se considerar a prova indireta. Assim, quando certas circunstâncias periféricas restam provadas, pode-se usar delas para efetuar um

exercício de raciocínio lógico, com o objetivo de, com base na indução, concluir que houve direcionamento em uma licitação ou que o procedimento licitatório foi dispensado indevidamente, por exemplo.

Não são raras as vezes que o procedimento licitatório está perfeitamente formalizado, mas se verificam, com fundamento nas investigações, variados indícios de direcionamento ou dispensa indevida, circunstâncias que induzem a concretização da fraude. É o caso, por exemplo, de competidores da mesma família ou integrantes comuns dos quadros societários das empresas licitantes; a configuração de cartel por meio de vencedores alternados entre municípios próximos; uso de “laranjas”; a presença de cláusulas restritivas; a comprovação de que os documentos de todos os licitantes foram confeccionados em um mesmo computador e impressos em uma mesma impressora; entre outras condutas.

Ressalta-se que, quanto mais destas circunstâncias forem eficazmente demonstradas, mais robusta será a conclusão por uma eventual condenação, pois os indícios estão na mesma hierarquia de valoração com as provas diretas.

3.2 Os indícios e a prova do elemento subjetivo

Em que pese a utilidade dos indícios na busca da autoria e materialidade, é talvez na aferição do elemento subjetivo dos crimes em licitações onde as provas indiretas se mostram ainda mais úteis e necessárias.

Os tipos penais previstos na Lei nº 8.666/93 não possuem modalidade culposa, mas somente a forma dolosa, considerando também o dolo eventual.

Alguns dos crimes previstos na lei de licitações exigem o dolo específico – o especial fim de agir –, como é o caso do tipo previsto no artigo 90, que se utiliza da expressão “com o intuito de”, ou seja, requer-se a demonstração desta especial motivação.

Esta estirpe de criminalidade é especializada em não deixar vestígios – ao menos aqueles suficientes para a comprovação do elemento subjetivo. Isso porque os atos preparatórios são tratados entre quatro paredes, sem presença de testemunhas isentas (isso se houver testemunhas). Na verdade, a materialização dos contratos e das licitações é realizada de forma a parecer que o ato administrativo é legal e legítimo. Todavia, há um acordo entre os envolvidos que não é explicitado.

A se considerar tão somente a função demonstrativa da prova, ou o mero apontamento da existência da evidência relacionando-a com o fato, sem oportunizar realizar um trabalho de inferência sobre vários outros elementos de prova, a prova do dolo se torna uma missão com insucesso garantido.

É preciso que se reconheça que a única espécie de prova apta a demonstrar o elemento subjetivo de forma razoável é a indiciária.

Citando o entendimento do Tribunal Supremo Espanhol, posicionamento nesse sentido foi transcrito na STS 33/2005:

La prueba indiciaria no es prueba más insegura ni subsidiaria. Es la única prueba disponible --prueba necesaria-- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa y probablemente más por el plus de motivación que exige... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo.

Para Oliveira (2010, p. 348),

Em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso uma boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura. Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos

subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. [...] Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239).

A importante obra de Costa (2015) sistematiza um método eficaz de manejo da prova do dolo pelas evidências indiciárias. Para este autor, afastando-se a possibilidade do uso exclusivo das ciências empíricas, da confissão e da presunção, resta de grande importância o correto uso dos indícios. Para tanto, o ponto de partida de análise dessas evidências ocorre pelo raciocínio com as regras da experiência e da lógica para determinar os elementos empíricos extraídos do próprio comportamento do agente. Deve ser buscada a extração do maior grau de probabilidade de uma realidade, pois o processo penal, segundo o autor, não exige a inalcançável certeza.

Das regras da experiência podem ser retirados padrões de comportamento similares que serão confrontados com o caso em concreto. Assim, o estado mental pode ser externalizado pelo agente por meio de sua própria conduta, comparada com aquilo que normalmente ocorre, segundo juízo de valor da experiência individual do julgador.

Costa (2015) continua sua metodologia arrolando as principais hipóteses de indícios para a prova tanto do elemento intelectual, quanto do volitivo. Para o primeiro (elemento intelectual), seriam relevantes os conhecimentos mínimos do homem médio; transmissão prévia do conhecimento pelo agente ou para ele; exteriorização do próprio conhecimento pelo agente; características pessoais do agente e a cegueira ou ignorância deliberada. Para o segundo, são relevantes a

modalidade, a duração e a repetição da conduta, os comportamentos antecedentes e os sucessivos e os motivos da ação.

Nos crimes previstos na Lei 8.666/93, não se pode fugir da explicitação do elemento subjetivo. Não se defende aqui a incriminação sem demonstração do dolo, contrário aos princípios mais aceitos da moderna teoria do crime, mas a relativização da exclusividade das provas diretas como único elemento a demonstrar o elemento subjetivo, negligenciando as provas indiretas ou o uso da prova indiciária para tanto, meio mais realista de se enfrentar esses delitos.

4 CONCLUSÃO

As fraudes em licitações e contratos públicos são a forma mais recorrente de desvio de verbas públicas, protagonizadas por organizações criminosas especializadas em crimes contra a Administração Pública e lavagem de dinheiro, entre outros. A atuação conjunta desses agentes criminosos é voltada à especialização destes crimes, bem como à destruição de provas e ocultação dos rendimentos por meio do branqueamento de capitais.

Urge, então, a necessidade do uso das provas indiciárias, superando antigos preconceitos contra estas provas ditas indiretas, por não possuírem, segundo a corrente tradicional, força probatória suficiente para concluir por uma condenação, pois o processo penal exigiria uma prova cabal para respaldar uma decisão desta gravidade, com total certeza sobre os fatos analisados.

Todavia, é um equívoco exigir do magistrado e das partes do processo reproduzir os fatos em busca da certeza, aquela que afasta toda dúvida provável de ser levantada. Na verdade, todos os fatos possuem infinitas hipóteses, de certo que toda dúvida pode ser sempre especulada. Por isso, a má consequência desse modo de pensar é colocar a acusação em um grau de disparidade com a defesa, um ônus mais pesado do que qualquer humano poderia carregar, porque

esta “certeza” é intangível. Por isso, defendeu-se o entendimento no sentido de que, para uma condenação criminal, ao invés da busca pela prova da certeza, é suficiente a prova para além de dúvida razoável, o que torna o trabalho com os elementos de prova mais maleável.

A prova não deve ser concebida numa visão cientificista ou ultrarracionalista a respeito da cognição humana. Isso ocorria quando era aceitável a prova apenas com sua função demonstrativa. Em se exigindo prova técnica ou a certeza de verdades incontestáveis, uma condenação só seria possível se o delinquente confessasse, fosse filmado ou gravado em uma conversa comprometedora.

A função persuasiva da prova confirma a possibilidade de uma condenação criminal, baseada em um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias, os quais, devidamente comprovados, conduzem à conclusão segura de que o fato ocorreu. Esse é o entendimento que passou a prevalecer na jurisprudência da maioria dos tribunais do mundo ocidental.

Em sendo o caso de se negligenciar a valoração dos indícios nesses casos de crime organizado, seguramente se estabelecerá uma situação de impunidade. Na verdade, as provas indiciárias são suficientes por si só, prescindindo da sua valoração conjunta com as provas diretas, não havendo sentido aceitar apenas a prova direta para demonstrar qualquer crime, pois não existe diferença de valor probatório entre prova direta e indireta.

Assim sendo, o confronto entre prova direta e indiciária, na análise de sua legitimidade, é uma discussão vazia, pois a prova indiciária em nada afeta a qualidade da fonte de prova. É apenas uma forma de interpretar as circunstâncias fatídicas e inseri-las como elementos probatórios dentro do processo.

Quanto à prova do elemento subjetivo nos crimes de licitação, os indícios são úteis no sentido de que permitem descortinar indiretamente a vontade do agente, quando a intenção deste nunca se externalizou de forma direta, para além de sua memória. Assim, os

métodos de provas capazes de indicar de forma legítima a intenção do agente são necessariamente indiretos.

Conclui-se, enfim, que é fundamental que os indícios sejam tidos como de considerável relevância quando diante do julgamento de crimes de corrupção dotados de complexidade, tais como as fraudes em licitações e contratos públicos. A utilização das provas indiretas – indiciárias – de modo mais eficaz e costumeiro garantirá o combate efetivo às praticas corruptas.

THE MANAGEMENT OF INDIRECT EVIDENCES IN BIDDING VIOLATION

ABSTRACT

The present study draws attention to the relevance of the indirect evidence, recognized as a sort of legitimate evidence by Article 239 from the Procedure Criminal Code, having the same force of assessment as a direct evidence. The evidence is indispensable to combat the impunity of criminal agents, on whom the benefit of the doubt prevails, generally due to facts of difficult evidence, especially in the examination of the subjective element in white-collar crimes. In the end, we list some examples of more frequent evidence in the routine of fighting corruption through fraud in bidding.

Key words: *Fraud in bids. Means of proof. Assessment of evidence.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU** de 13.10.1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24. abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 03, 05 e 06/09/2012, Tribunal Pleno, **DJe** 22/04/2013.

CABRAL, Antônio de Passo. **Prova e condenação no julgamento do Mensalão**. Revista Consultor Jurídico. 22 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/antonio-passo-cabral-prova-condenacao-julgamento-mensalao>>. Acesso em 24 abr. 2016.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A visão moderna da prova indício**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **As lógicas das provas no processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 33/2005. Fecha de Resolución: 19 de Enero de 2005. Sala Segunda, de lo Penal.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STC 85/2009. Fecha de Resolución: 18 de Febrero de 2009. Sección Segunda.

FELIX, Renan Paes. **Fraudes em licitações: uma abordagem pragmática**. Revista do CNMP: improbidade administrativa, Brasília, n. 5, p. 209-229, 2015.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segunda a Transparência Internacional**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na lei de licitações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Uma Proposta de Modelo de Atendimento de Demandas Destinadas a Setores de Inteligência, Pesquisa e Análise de Instituições Públicas Brasileiras¹

Gleudson Sobreira Leite²

RESUMO

A evolução da tecnologia da informação não só proporcionou impacto na vida da sociedade, mas, também, na evolução e forma como os criminosos vêm atuando. Nesse contexto, instituições públicas vêm adotando medidas para combater o crime organizado no Brasil, no qual, entre ações existentes, podemos citar a instalação dos Laboratórios de Combate à Lavagem de Dinheiro, e criação de setores de inteligência, pesquisa e análise. Apesar de bons resultados apresentados por essas medidas, infelizmente a demanda de solicitações é alta, o que acarretam limitações quanto a seu atendimento. Este trabalho propõe disponibilizar uma proposta complementar de modelo de atendimento de demandas encaminhadas a esses setores e laboratórios, com o intuito de contribuir com a agilidade no atendimento por meio da automatização de procedimentos operacionais, com redução de custos para as instituições, e redução de tempo para a realização de diversas atividades de investigação e análise.

Palavras-chave: *Corrupção. Lavagem de dinheiro. Sistemas de Informação.*

¹ Data de recebimento: 02/06/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Servidor Público. Analista Ministerial de Tecnologia da Informação do Ministério Público do Estado do Ceará lotado no Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECO). Pós-Graduação em Segurança da Informação da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Informática Aplicada pela Universidade de Fortaleza. Doutorando em Informática Aplicada pela Universidade de Fortaleza. Email gleudson.sleite@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temas referentes ao mau uso dos recursos públicos e corrupção têm se manifestado constantemente nas manchetes, assim como a repercussão da indignação dos brasileiros, que vem também se demonstrando crescente por meio de manifestações públicas, ou em mídias on-line. Sendo a corrupção, conforme citado por Paiva (2017), um comportamento racional e de interesse privado de pessoas, que utilizam seu poder de discricção para alocação de recursos para si ou terceiros em prol de recompensas, de acordo com Saadi (2017), o desvio de recursos públicos, ou gestão criminosa dos mesmos, causa impacto negativo no desenvolvimento do país, acarretando no incremento da desigualdade social, danos na manutenção e prestação de serviços essenciais aos cidadãos, e impactos negativos no desenvolvimento de obras públicas e na geração de empregos e riquezas.

Diante desse cenário, uma atuação governamental comprometida com o desenvolvimento, legalidade e probidade é essencial para, não só visar à prestação de serviços eficientes em prol da sociedade, mas, também, para o enfrentamento da criminalidade, corrupção, entre outros.

Conforme pesquisa desenvolvida pela Transparência Internacional (2017), organização não governamental que visa a enfrentar a corrupção em âmbito global por meio de ações que congregam governos, empresas e sociedade civil, o índice de percepção da corrupção entre os brasileiros colocou o país na 79ª posição entre os 176 países pesquisados, no qual percebeu-se também em pesquisa realizada em 2013, que os partidos políticos foram identificados como as instituições mais corruptas, imediatamente seguidas pelo Congresso Nacional e pela Polícia (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2013).

Ou seja, cada vez mais se torna essencial a atuação eficiente de órgãos voltados à fiscalização, controle e investigação da gestão e

uso de recursos públicos, de forma a minimizar os danos causados à sociedade e ao país.

Com o passar do tempo, a evolução e influência da tecnologia da informação tem impactado não só campos técnicos, acadêmicos ou empresariais, mas, também, toda a sociedade, na medida em que usamos cada vez mais serviços on-line para acessar informações, realizar trabalhos, entre outros, permitindo que a cada dia a tecnologia venha se consolidando como um dos principais meios de comunicação, de relacionamentos e negócio.

Diante da facilidade e comodidade proporcionada pela mesma, sua utilização também contribui, exponencialmente, para o incremento e expansão da atuação de instituições públicas em benefício do interesse da sociedade, como por exemplo o Ministério Público, que foi incumbido, conforme Constituição Federal de 1988, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988).

Dessa forma, essas instituições públicas têm implantado diversas ações e estratégias voltadas ao incremento de resultados, que visam minimizar as consequências advindas do crime organizado, mal uso de recursos públicos, corrupção, lavagem de dinheiro, entre outros, como, por exemplo, a implantação de setores especializados como os de inteligência, pesquisa e análise, ou então laboratórios de combate à lavagem de dinheiro.

Apesar das diversas iniciativas implantadas nas instituições, infelizmente a demanda referente ao combate à corrupção, lavagem de dinheiro e demais crimes é alta.

Citando como exemplo os Ministérios Públicos, ocorreram implantações de laboratórios de tecnologia contra a lavagem de dinheiro e setores de inteligência, pesquisa e análise para dar suporte e atendimento das demandas especializadas das promotorias e procuradorias, que atendem a sociedade, assim como para órgãos de investigação como, por exemplo, Grupo de Atuação Especial de

Combate às Organizações Criminosas (GAECO), ou Núcleos de Investigação Criminal (NUINC) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Porém, apesar dos excelentes resultados obtidos com o auxílio desses laboratórios e setores especializados, como por exemplo, a identificação pela rede brasileira de laboratórios de tecnologia contra a lavagem de dinheiro, conforme a Secretaria de Segurança Pública do Maranhão, de cerca de 44,3 bilhões de reais originados de atividades suspeitas de irregularidades nos últimos 11 anos, com o tempo, o alto número de demandas a esses setores acarretou em limitações quanto a seu atendimento (SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO MARANHÃO, 2018).

Isso ocorre pelo fato de que o aparato tecnológico e equipe com a devida expertise estar centralizada e limitada em setores (fora a limitação quantitativa de recursos humanos), nos quais os órgãos de investigação, e demais órgãos e promotorias, para o caso do exemplo de Ministérios Públicos, acabam encaminhando um alto volume de demandas para os laboratórios em virtude das limitações de conhecimento, expertise tecnológica ou especializada, entre outras, existentes nos próprios órgãos e promotorias.

Ou seja, os recursos tecnológicos, assim como humanos com as devidas especializações técnicas (economia, contabilidade, análise bancária, entre outros), são limitados, o que acarretou em centralização das demandas de inteligência, pesquisa e análises nesses setores e laboratórios especializados, onde, com o tempo, surgiu a necessidade de definição de critérios de aceitação dessas demandas.

Assim, apesar dos excelentes resultados advindos com a criação desses setores, com o tempo, tiveram que definir linhas de cortes para aceitação de suas demandas devido ao alto volume, surgindo assim a necessidade de criação de um modelo complementar de atendimento das mesmas, proposta objeto deste trabalho, com o intuito de possibilitar o incremento de resultados (atendimentos), redução de tempo e custo para a realização das atividades, assim

como a possibilidade de expansão do acesso a recursos tecnológicos especializados aos próprios demandantes.

Este trabalho também pretende ser uma contribuição aos estudos acerca do combate à corrupção e lavagem do dinheiro, mediante a apresentação da proposta composta por soluções tecnológicas, que visam à redução do volume de demandas aos laboratórios e setores especializados, por via da aplicação de uma camada intermediária, composta por sistemas tecnológicos automatizados, entre os demandantes e esses setores.

Neste trabalho, também são apresentados resultados e pontos positivos de uma experiência de uso, conforme proposta modelo objeto deste trabalho, composta pela implantação de um sistema informatizado de investigação em um Ministério Público Estadual.

Este artigo, organizados em seções, procura apresentar em linhas gerais: metodologia de pesquisa do trabalho (Seção 2); ações e estratégias já implantadas atualmente pelas instituições públicas brasileiras no combate à corrupção e lavagem de dinheiro (Seção 3); uma proposta de modelo complementar as soluções atualmente implantadas por essas instituições (Seção 4); uma experiência de uso com respectivos resultados (Seção 5); e finalmente, as considerações finais e possibilidades de trabalhos futuros (Seção 6).

2 METODOLOGIA DE PESQUISA

Para a realização do objetivo deste trabalho, realizaram-se três ações específicas. Foram elas:

- 1) Pesquisa bibliográfica sobre as principais ações e estratégias adotadas pelas instituições públicas no tema relacionado ao combate à corrupção e a lavagem de dinheiro, onde, das principais ações/estratégias, foram selecionadas duas (Laboratórios de Combate à Lavagem de dinheiro e setores de inteligência, pesquisa e análise), com o intuito de explorar suas atuações e identificar possíveis soluções complementares, que contribuam com a agilidade de re-

sultados, redução de tempo e custos para as instituições públicas no atendimento de demandas relacionadas a pesquisas, análises e investigações sobre o referido tema.

2) Do resultado do trabalho realizado no item 1, foi criada uma proposta de método complementar de atendimento de demandas destinadas a esses laboratórios e setores especializados, resultante da identificação de dificuldades e necessidades dos mesmos.

3) Por fim, foi realizada uma experiência de uso em um Ministério Público Estadual com o intuito de comprovar a eficiência da proposta no atendimento das contribuições conforme item 1. A experiência foi realizada por intermédio da elaboração e implementação de um sistema de informação automatizado composto por diversas funcionalidades implementadas especificamente para o atendimento de algumas das diversas atividades demandadas encaminhadas aos setores e laboratórios especializados.

3 AÇÕES E ESTRATÉGIAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO

Com o passar do tempo, diversas instituições públicas brasileiras vêm adotando ações e medidas para obter maiores resultados, visando ao combate à corrupção, lavagem de dinheiro e criminalidade, de forma a reduzir os danos causados à sociedade e ao país.

Dentre elas, podemos citar a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) que, contribuindo para a sistematização das várias iniciativas em torno dos temas da corrupção, e lavagem de dinheiro e para a articulação de diversos órgãos dos três poderes da República Brasileira, Ministérios Públicos e sociedade civil, foi criada em 2003 pelo Ministério da Justiça (ENCCLA, 2003).

Em suas ações, segundo Enccla (2003), a estratégia contribuiu com a geração de inúmeros resultados como, por exemplo, a criação do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD), a estruturação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, a padronização da forma

de solicitação/resposta de quebras de sigilo bancário, e respectivos rastreamentos e desenvolvimento do Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA), e a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, e replicação do modelo nas unidades da federação.

Outro exemplo de ações que podemos citar são as criações, e implantações de setores especializados de inteligência, pesquisa e análise, ações essas que costumam ser adotadas por órgãos de fiscalização, controle ou investigação como, por exemplo, os Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e Polícias, em virtude de necessidade de setores especiais que visam à produção de conhecimento por via da utilização, conforme Almeida Neto (2009), de determinado procedimento metodológico e de técnicas específicas.

A nomenclatura dada a esses setores especializados costuma diferir de órgão para órgão, mas suas atividades costumeiramente demandadas, conforme cita França Junior (2001), são de coletas e cruzamento de dados de diversas fontes, análise de dados gerando conhecimento, e reportando-o por meio de relatórios diversos, normalmente nomeados como, por exemplo, de relatórios de inteligência, relatórios de análise ou relatórios técnicos.

Essas coletas, análises e geração de conhecimento obviamente terá sua complexidade e disposição de tempo e recursos, dependendo de cada demanda que pode demorar de dias a meses.

3.1 Laboratório de Combate à Lavagem de Dinheiro (LAB-LD)

Sendo instalado em 2007, segundo o Ministério da Justiça (2018), por intermédio de convênio entre o Ministério da Justiça e o Banco do Brasil, o Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro é resultado da meta 16 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que previa a necessidade

de implantar um laboratório modelo para a aplicação de soluções tecnológicas de análises de grandes volumes de informações, e para difusão de estudos sobre melhores práticas de uso de tecnologias e adequação de perfis profissionais.

A motivação para sua criação surgiu da observação de que investigações de casos de corrupção, ou lavagem de dinheiro, envolviam quebras de sigilo de um grande volume de contas bancárias, informações telefônicas e fiscais de longos períodos, o que gerava um grande volume de informações para ser analisada, onde ainda ocorria de muitas investigações e análises serem conduzidas por pessoas que não tinham a especialização técnica devida (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Segundo Pina (2014), o LAB-LD é uma unidade de análise de dados, que visa a identificação de atividades ilícitas mediante a aplicação de soluções tecnológicas, metodologias diversas, possuindo perfis profissionais próprios.

O trabalho em procedimentos persecutórios sobre a corrupção e lavagem de dinheiro desenvolvido nesses laboratórios especializados se desenvolve, basicamente, a partir de quatro tipos de análises, sendo elas: cadastral, fiscal, bancária e telefônica, onde a primeira costuma ser realizada em fontes, que o próprio órgão que implantou o LAB tem acesso, ou requisita a demais órgãos com os quais possui algum convênio, por exemplo, e as três últimas decorrem de quebras de sigilos autorizadas por ordem judicial (PINA, 2014).

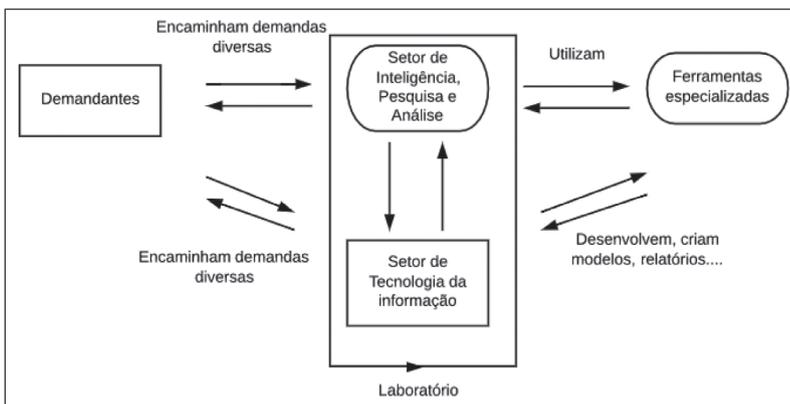
Para a realização desses procedimentos, conforme cita Pina (2014), são utilizadas diversas tecnologias como, por exemplo, softwares especializados como Ferramentas I2 da IBM (International Business Machines), normalmente utilizado para cruzamentos de bases de dados, e geração de gráficos de vínculos, softwares de estatísticas, Microsoft Excel ou software de ETL (ferramentas para extração de dados de diversos sistemas, transformando esses dados conforme regras de negócio e, por fim, disponibilizando-os aos usuários).

4 PROPOSTA DO MODELO DE ATENDIMENTO ÀS DEMANDAS

A proposta resultante desse estudo visa a disponibilizar uma solução complementar as duas principais abordagens selecionadas (LAB-LD e setores de inteligência, pesquisa e análise), e atualmente adotadas pelas instituições públicas no combate à corrupção, lavagem de dinheiro e outros crimes.

Na Figura 1, consta um exemplo ilustrativo de modelo do fluxo de demandas atualmente utilizado pelas instituições públicas, que possuem LAB-LD, ou setores de inteligência, pesquisa e análise.

Figura 1 - Exemplo de fluxo geral de demandas atualmente utilizado



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

No modelo geral acima apresentado, demandantes encaminham solicitações aos setores especializados, que utilizam ferramentas, ou softwares diversos, para o atendimento de demandas, nos quais retornam os resultados aos demandantes por meio de relatórios específicos dependendo de cada solicitação.

Verifica-se também solicitações dos demandantes aos subsetores de tecnologia desses laboratórios especializados, ou solicitações dos próprios setores de inteligência aos subsetores de tecnologia que costumam dar suportes diversos para o atendimento das demandas.

Como já mencionado anteriormente, apesar dos excelentes resultados obtidos com o auxílio desses laboratórios e setores especializados, devido à alta demanda, falta de especialização ou conhecimento técnico, e limitações de recursos humanos existentes nos demandantes, ocorre um alto volume de demandas encaminhadas a esses laboratórios, acarretando em limitação quanto a seu atendimento.

Consequentemente, muitos setores de inteligência, pesquisa e análise ou LAB-LD, acabam definindo critérios para aceitação das demandas, ou seja, por não conseguirem atender o alto volume de solicitações, estabelecem requisitos mínimos para que seja aceito o recebimento de uma demanda pelo setor.

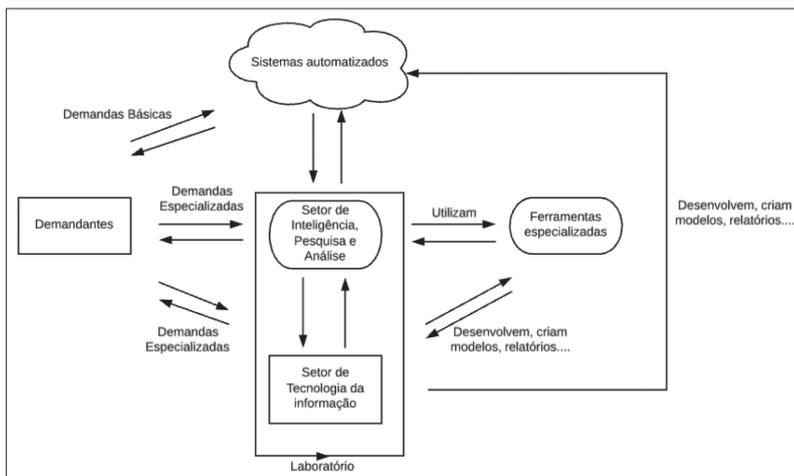
Como por exemplo, podemos citar um laboratório de tecnologia contra a lavagem de dinheiro, que realiza análises bancárias, fiscais e telefônicas ou consultas, e cruzamento de informações cadastrais de pessoas físicas e jurídicas, onde devido à limitação quantitativa de demandas que pode receber dentro de um determinado período, acaba tendo que definir requisitos mínimos para uma demanda, como por exemplo, para uma demanda de análise bancária, o laboratório pode definir que só aceita demandas desse assunto com um número mínimo de investigados, e demandas abaixo desse número teriam seu atendimento recusado.

Porém, como consequência, verifica-se que demandas que não atendem a esses requisitos mínimos, mas que ainda dependem de expertise técnica para o atendimento ou auxílio tecnológico existente nesses setores acabam tendo que ser atendidas pelos próprios demandantes que, por suas limitações, podem acarretar em atendimento ineficiente da demanda, ou até com erros.

Na Figura 2, verifica-se um exemplo de modelo de fluxo de aten-

dimento de demandas complementar ao modelo atualmente utilizado, no qual acrescenta-se uma camada intermediária composta de sistemas automatizados entre os demandantes e laboratórios, ou setores especializados, nos quais possibilitam o atendimento de demandas básicas encaminhadas a esses setores e possíveis de serem automatizadas.

Figura 2 - Exemplo de fluxo geral de demandas (Proposta)



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

A solução proposta possibilita não só a redução do número de demandas encaminhadas aos setores especializados, mas, também, maior agilidade de resultados e redução de custo e tempo para a realização de diversas atividades necessárias para o atendimento das solicitações.

Em um exemplo ilustrativo, e ainda dentro da demanda de uma análise bancária citada no exemplo anterior, um demandante, utilizando o sistema automatizado, iria simplesmente realizar uma solicitação ao sistema, e seria gerado um relatório automatizado com

todas as informações dos investigados, com as transações bancárias realizadas entre eles, informações de depósitos não identificados e cheques, identificação de todas as pessoas físicas e jurídicas com as quais cada investigado transacionou, entre outros.

Assim, esses sistemas reduziriam, por exemplo, as solicitações de cruzamentos de transações bancárias que costumam demorar de dias a semanas para serem realizadas, focando apenas em solicitações mais especializadas para serem encaminhadas aos laboratórios.

Essa solução, dentro da realidade das instituições públicas brasileiras, já contribuiria, não só efetivamente para a redução de demandas e incremento de resultados mais ágeis, mas, também, possibilita disponibilizar aos demandantes que se encontram em situações com uma maior deficiência de recursos humanos, tecnológicos e de pessoas especializadas, oportunidades de atuação com aparato tecnológico de forma a, junto com a instituição como um todo, usufruir efetivamente das soluções tecnológicas que impactam no incremento de resultados.

Com isso, ocorre também a possibilidade de incremento de resultados com respectiva redução de tempo e custos, visto que, possibilitando um acesso direto aos demandantes a sistemas automatizados, que disponibilizam rapidamente os resultados de suas solicitações, conseqüentemente a sociedade será incrivelmente beneficiada com resultados mais rápidos e com redução de recursos públicos gastos para realizá-los.

5 EXPERIÊNCIA DE USO E RESULTADOS

Com o intuito de analisar a eficiência e viabilidade da proposta quanto à contribuição com a redução de demandas encaminhadas aos setores de inteligência, pesquisa e análise, assim como agilidade de resultados, entre outros benefícios, foi realizada uma experiência em um Ministério Público Estadual com base na proposta deste trabalho.

5.1 Configurações da experiência

Para a realização da experiência, realizaram-se quatro ações específicas. Foram elas:

- 1) Identificação de dificuldades e necessidades dos órgãos do Ministério Público Estadual do Ceará, com foco inicial aos órgãos de investigação, visando à busca de soluções específicas para as demandas reais existentes, e que diminuam o tempo de trabalho para o atendimento das mesmas, automatizem diversas atividades, atuando na redução também de custos, e cujo acesso às soluções seja simples, com interface amigável e uso facilitado por todos os procuradores, promotores, servidores, entre outros atuantes na instituição.
- 2) Projeto e implementação de funcionalidades de acessos às bases de dados junto a diversos órgãos, que o Ministério Público Estadual selecionado tem convênio, ou acordo de cooperação técnica, para disponibilização das bases de dados de forma online e atualizada (preferivelmente), para que o sistema automatizado possa realizar a coleta, e cruzamento instantâneo de informações provenientes de diversas fontes, disponibilizando as mesmas em formulários, relatórios, gráficos diversos e gráficos de vínculos.
- 3) Elaboração e implementação de um sistema de informação, sendo o mesmo composto por diversos módulos de software (subsistemas), ou funcionalidades implementadas, especificamente, para diversas atividades de consulta e cruzamento de informações, possibilitando a geração de relatórios automatizados, entre outros.
- 4) Elaboração de manuais e tutoriais, divulgação e realização de treinamentos, para possibilitar uma utilização mais efetiva da solução implementada e por um número maior de usuários.

5.2 Resultados e Discussões

Enquanto muitas demandas estavam centralizadas nos setores de pesquisa, análise e inteligência (até mesmo demandas de consultas de informações sobre investigados) em virtude das limitações de tempo, recursos (humanos e tecnológicos) e alto número de demandas existentes nas diversas promotorias do Ministério selecionado, após

a disponibilização do sistema automatizado, ocorreu, não só uma redução da quantidade de demandas encaminhadas a esses setores, como, também, contribuiu com a agilidade de resultados e serviços prestados por essas promotorias.

Os relatórios automatizados disponibilizados pelo sistema já passaram a ser parte integrante, e essencial de diversos processos dos órgãos do Ministério, principalmente os relatórios automatizados de coleta de informações de pessoas físicas e jurídicas, que são utilizados, não só pelos órgãos de investigação, mas, também, centros de apoio e demais áreas de atuação das promotorias da capital e interior.

Dentre as atividades realizadas pelos laboratórios e setores, que foram automatizadas com o intuito de possibilitar o acesso direto pelos demandantes, reduzindo o número de demandas a esses setores, podemos citar, por exemplo, atividades de consultas de informações sobre pessoas físicas e jurídicas investigadas, coleta e cruzamento de informações sobre licitações ocorridas nos municípios do estado, cruzamento de informações de transações bancárias entre investigados que tiveram a quebra de sigilo autorizada judicialmente, entre outras.

Com isso, verificou-se também uma maior agilidade, e simplificação na realização de diversas atividades de investigação, análise e coleta de informações, contribuindo para a melhoria da qualidade do trabalho, reduzindo custos e tempo para a instituição, e refletindo positivamente para a sociedade, onde, decorrido um período de um ano após a implantação inicial do sistema, ocorreu o reconhecimento de sua eficiência e importância pela instituição, ocorrendo o reconhecimento oficial pela alta gestão do Ministério Público do Estado do Ceará, e governador do respectivo estado (DOECE, 2017).

Em complemento às contribuições citadas, também podemos citar como pontos positivos: o fato de que as funcionalidades implementadas são criadas especificamente para o atendimento de demandas reais das instituições públicas que são implantadas; o fato de serem ferramentas gratuitas, não ocorrendo investimentos extras para a

instituição que adotar a proposta; o modelo modular de sistema, onde possibilita a inclusão constante de novas funcionalidades no decorrer do surgimento de novas necessidades; e a mobilização de diversos demandantes contribuindo com novas ideias ou necessidade de inclusão de novas funcionalidades, ou bases de dados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou uma proposta para contribuir com estudos e ações voltadas à agilidade de resultados, e economia de recursos e tempo para a realização de atividades por instituições públicas brasileiras, referentes ao combate à corrupção, lavagem de dinheiro e demais crimes.

É importante ressaltar que a implementação da solução pode ser adaptada à realidade de cada órgão, assim como a relevância do assunto gera impactos, não só em instituições públicas brasileiras, mas, também, na sociedade como todo.

A proposta apresentada comprovou apresentar resultados promissores e reconhecidos pela instituição e estado onde foi implantada, onde para trabalhos futuros, sugere-se a realização de novas experiências de uso em demais estados, e órgãos que possuam laboratórios, ou setores especializados, assim como respectiva verificação e reconhecimento de resultados após sua implantação.

A MODEL PROPOSAL FOR DEMANDING INTELLIGENCE, RESEARCH AND ANALYSIS SECTOR OF BRAZILIAN PUBLIC INSTITUTIONS

ABSTRACT

The evolution of information technology not only has an impact on the life of society, but also on the evolution and the way criminals

have been acting. In this context, public institutions have been adopting measures to combat organized crime in Brazil, in which, among existing actions, we can mention the installation of Laboratories to Combat Money Laundering and creation of intelligence, research and analysis sectors. Despite the good results presented by these measures, unfortunately the demand for requests is high, which entails limitations in their treatment. This paper proposes to make available a complementary proposal of a model for meeting demands addressed to these sectors and laboratories, with the purpose of contributing to the agility in the attendance through the automation of operational procedures with reduction of costs for the institutions, and reduction of time for the various research and analysis activities.

Keywords: Corruption. Money laundry. Information systems.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. **Inteligência e contra-inteligência no Ministério Público**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DOECE. **Ato de Homologação e Elogio da Medalha e Prêmio do Mérito Funcional**. Diário Oficial [do Estado do Ceará], Fortaleza, CE. Série 3, Ano IX, n. 241. 27 Dez, 2017. p. 151-152.

ENCCLA. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, 2003**. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/>>. Acesso em: 27 Fev, 2018.

FRANÇA JÚNIOR, F. F. **ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO MINISTÉRIO PÚBLICO**. *Revista do MPRN*, v. 1, p. 52, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Laboratório de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro, 2018. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/LAB-LD>>. Acesso em: 20 Fev, 2018.

PAIVA, André Luiz de; GARCIA, André Spuri; ALCANTARA, Valderi de Castro. **Disputas Discursivas sobre Corrupção no Brasil: Uma Análise Discursivo-Crítica no Twitter**. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 627-647, Out. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=S1415-65552017000500627&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 Fev, 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-7849rac2017160163>.

PINA, Christiana Bahia Andrade. **Estratégia do Ministério da Justiça na Difusão das Técnicas de Combate à Lavagem de Dinheiro no Brasil.**

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47647>>. Acesso em: 27 Fev. 2018.

SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. **Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos e confiscados.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 484-519 ago. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200484&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 Fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201719>.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Laboratórios se unem e identificam R\$ 44 Bi com indícios de lavagem de dinheiro no Brasil em uma década.** 15 Jan, 2018. Disponível em: <<https://www.policiacivil.ma.gov.br/labld/?p=803>>. Acesso em: 05 Mar. 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Global Corruption Barometer: Brazil.** 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>>. Acesso em: 05 Mar. 2018.

_____. **Corruption Perceptions Index 2016.** 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 05 Mar. 2018.

A Prisão Preventiva Como Medida Cautelar Ante o Encarceramento Feminino: Os Alcances do Aprisionamento na Perspectiva Do Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹

Grazielly Soares da Silva²

Juliana Silva de Carvalho³

RESUMO

A abordagem temática levantada neste estudo volta-se à análise da prisão preventiva de mulheres, tanto a partir das tratativas judiciais que essa questão recebe no Brasil, quanto da sua compreensão pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* (SIDH). Ao passo que o *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* persegue essa discussão, com a devida especialidade, de forma a fomentar que o encarceramento feminino deva estar condicionado a uma ótica de gênero, o Brasil enfrenta sérios problemas para vislumbrar a questão carcerária sob essa perspectiva, estendendo-a e aplicando-a indistintamente, mesmo quando se tem em voga a execução da prisão preventiva. É nesse contexto que se faz uma análise da aplicação da prisão preventiva destinada às mulheres à luz do que designa o SIDH, tanto a título de recomendações incorporadas em seus relatórios acerca da aplicabilidade da prisão preventiva, quanto, também, sob a ótica jurisprudencial que circunda a referida temática.

¹ Data de recebimento: 14/07/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora da linha de Direito Penal Internacional do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI). Membro-pesquisadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC). E-mail: julianacarvo@gmail.com

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Estagiária no escritório Viana Peixoto Advogados Associados. Membro-pesquisadora da Sociedade Acadêmica Fran Martins. E-mail: julianacarvo@gmail.com

Palavras-chave: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Prisão preventiva. Mulher. Maternidade. Encarceramento.*

1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, concedeu *habeas corpus* coletivo (HC 143641), para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes, ou mães de crianças de até 12 anos, ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro.

A decisão tem um caráter simbólico importante e representa um avanço na percepção da situação das mulheres brasileiras encarceradas gestantes e mães com filhos infantes, à luz do preceito da dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico presente na Constituição Federal do Brasil, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como nas recomendações da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A *Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão IDH)* publicou, em setembro de 2017, o *Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América*. Trata-se de uma continuação dos estudos da CIDH sobre o uso excessivo da prisão preventiva, já previsto no *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas* de 2013. Ambos apontam essa questão como um problema crônico em muitos países da região, destacando a disfuncionalidade estrutural que se desencadeia. O *Relatório* de 2017 da CIDH, além de aprofundar as temáticas e recomendações do estudo anterior, destaca uma perspectiva de gênero e um enfoque diferenciado referente às pessoas inseridas nos diversos grupos em situação especial de risco, como mulheres, afrodescendentes, indí-

genas, idosos, pessoas com deficiência e com orientações sexuais ou expressões de gênero diversas.

Nesse caminho, o presente artigo concentra sua análise na perspectiva das mulheres encarceradas preventivamente, em situação de gravidez ou com filhos menores, no Brasil. A problematização está pautada nas discrepâncias entre a legislação internacional de proteção à mulher, e às recomendações da CIDH no que tange aos direitos humanos assegurados às mulheres gestantes, ou com filhos pequenos e a realidade fática destas no sistema carcerário do país.

Em um primeiro momento de abordagem desta pesquisa, far-se-ão considerações acerca do entendimento dos órgãos que compõem o SIDH no tocante à prisão preventiva nas Américas, em particular, em relação ao aprisionamento feminino. Em segundo lugar, um panorama da situação das mulheres encarceradas preventivamente no país, em consonância com o *habeas corpus* coletivo concedido pelo STF. Por fim, uma análise do entendimento e recomendações da CIDH, apontando que a prisão preventiva seja de caráter excepcional, e se encontre limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade. Nisto, há uma abordagem normativa e jurisprudencial da temática no plano nacional sob a luz do que designa os aparatos e precedentes jurídicos internacionais, especialmente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Põem-se em pauta, pelo menos, três assuntos de especial relevância aos órgãos de proteção dos direitos humanos nas Américas: a proteção à mulher, que sofre de forma desproporcional os efeitos do encarceramento; a garantia dos direitos das crianças que dependem das mães presas; e a banalização da prisão preventiva no Brasil.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Assevera Nereu José Giacomolli (2017, p. 13) que o processo de humanização do processo penal reclama uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida “como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano, inclusive o excluído da sociedade do bem-estar, o maior incluído no sistema criminal através do processo penal”.

Um dos instrumentos assecuratórios de humanização do processo penal tem sido os tratados internacionais de direitos humanos, e a atuação dos órgãos regionais de proteção aos direitos humanos, como os que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão IDH é um órgão autônomo da *Organização dos Estados Americanos* (OEA), cuja competência se estende a todos os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴, bem como aos Estados Membros da OEA, consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

A principal missão da Comissão é promover a observância e a proteção dos direitos humanos no continente americano, atuando de diversas formas, tais como, fazer recomendações aos Estados-partes, com medidas que garantam a proteção a esses direitos; solicitar aos governos informações a respeito da aplicação da Convenção Americana; submeter um relatório anual à *Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos*. Além disso, aponta Flávia Piovesan (2010, p. 259) que importante função da Comissão Interamericana é a de análise das comunicações propostas “por indivíduos ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados Membros da OEA, contendo denúncias de violações aos direitos hu-

4 O Estado, ao se tornar parte na Convenção, aceita automaticamente (ipso facto) a competência da Comissão Interamericana para examinar e investigar as comunicações apresentadas.

manos por parte do Estado que dela seja parte, consonante preleciona o artigo 44 da Convenção Americana”.

O Brasil ratificou a Convenção em setembro de 1992, e aceitou a competência da Corte IDH em outubro de 1998, incorporando-a à legislação nacional, conforme o decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002 (BRASIL, 2002). Ao assumir esse compromisso, o Brasil pode torná-lo eficaz em, pelo menos, três perspectivas:

Primeiro, com a utilização da jurisprudência da CIDH (função jurisdicional) e das opiniões consultivas na interpretação dos casos penais internos de cada país. Segundo, com o controle difuso da convencionalidade, a ser exercido pelos magistrados, em cada caso concreto, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF, tendo como um dos seus fundamentos o art. 105, III, a da CF. Por fim, no controle concentrado ou abstrato de convencionalidade, a ser realizado pela CIDH, em sua jurisdição contenciosa e consultiva, e pelos Tribunais, após a EC nº 45/2004, conforme suas competências, legitimidades, procedimentos e mecanismos internos utilizados no controle de constitucionalidade das leis. (art. 5º, §3º, CF) (GIACOMOLLI, 2014, p. 27).

A incorporação da Convenção Americana ao direito brasileiro, assim como as obrigações assumidas pelo país perante o Sistema IDH, como aponta Cançado Trindade (2006, p.403), demonstram a realidade atual de aplicação e interpretação do Direito, em que os ordenamentos jurídicos internacionais e internos mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma - de origem internacional ou interna - que em cada caso melhor proteja o ser humano.

No século passado, Norberto Bobbio (1999, pgs. 96-97) afirmava que a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária. Se o Estado Democrático de Direito é reconhecível pela aplicação de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, com mais verdade é tanto mais justo, quando sua prioridade são aqueles em situação de maior vulnerabilidade, como na realidade das mulheres no sistema carcerário brasileiro.

2.1 As recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para redução da prisão preventiva

O *Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva nas Américas* apresenta uma vigorosa pesquisa sobre a situação da prisão preventiva nas Américas, e estabelece algumas medidas a fim de reduzir sua utilização, nos âmbitos legislativo, administrativo e judicial. O *Relatório* ainda discorre sobre as medidas alternativas à prisão preventiva.

Estes pontos já haviam sido apontados no *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas* de 2013. A novidade, por sua vez, fica a cargo do tópico referente à situação carcerária das mulheres, e outras pessoas pertencentes a grupo em situação de risco. Há uma justificativa para isso. Segundo a CIDH (2017, p. 127):

As mulheres sofreram um quadro de discriminação histórica e estereótipos, que resultam em formas de desvantagem sistemática, e incrementam a exposição de mais da metade da população a ser vítima de atos de violência física, sexual e psicológica, e de outros tipos de abusos.

Essa condição é acentuada, quando analisada sob a perspectiva do cárcere. Mercedes Jabardo (1993, p. 94), quando diretora geral das instituições penitenciárias de Madrid, esclarece que os estudos sobre as mulheres, no contexto da prisão, encerram dois aspectos distintos, diferentemente significativos, mas que se relacionam entre si: a própria condição de mulher e a de mulher presa.

Estas dos condiciones deben orientar nuestra actuación en las prisiones sobre todo a la hora de programar actividades y planificar actuaciones. Para ello hemos de tener en cuéntala diferenciación de roles sociales entre el hombre y la mujer, los aspectos distintos que nos ofrece la consideración de la delincuencia masculina y femenina, y sobre todo hemos de tener muy en cuenta las diferencias que existen en las formas de comportamiento, en la forma de resolver los conflictos y problemas, y en las necesidades que presenten.

Em relação às mulheres gestantes, ou que têm filhos pequenos, aponta a CIDH que seu encarceramento causa consequências severas para suas filhas e filhos, e para as pessoas que estão sob seus cuidados, como pessoas com deficiência e pessoas idosas. Desse modo, entende a CIDH (2017, p. 131-2),

...que a ruptura de laços de proteção causada pelo encarceramento de mulheres resulta que as pessoas sob seus cuidados fiquem expostas a situações de pobreza, marginalidade e abandono, as quais, por sua vez, podem provocar consequências a longo prazo, tais como seu envolvimento em organizações criminosas.

Os estudos e recomendações da Comissão seguem em consonância com o Relatório feito pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, que constatou que 96% das mulheres privadas de liberdade na América Latina são mães. (LOPEZ, 2006, p. 28.) Assim sendo, a CIDH recomenda que os Estados se utilizem das prisões preventivas como ultima ratio⁵, sobretudo com relação às mulheres.

5 Nesse sentido, a Corte IDH tem inúmeros julgados que evidenciam a situação generalizada de abuso na utilização da prisão preventiva nas Américas, destacando-se os seguintes casos: Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, que assentou entendimento da Corte IDH sobre os requisitos da prisão preventiva e que condenou o Equador por ato de prisão do suspeito foi ilegal e arbitrário, deixando o preso incomunicável por 35 dias. Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, que decidiu que, mesmo legal, a prisão preventiva deve atender a outros critérios, quais sejam, razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade. Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Neste caso, decidiu a Corte que a prisão preventiva do acusado só seria devida se cumpridas os pressupostos legais e que fosse emitida por autoridade competente, imparcial, não cabendo, no caso o julgamento do caso (desacato) perante o Tribunal Militar chileno. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, acusados de terrorismo. O acusado permaneceu preso preventivamente por mais de nove anos, em diversos estabelecimentos prisionais, onde foi submetido a isolamento, não recebeu atenção médica adequada nem alimentação suficiente. Decidiu a CIDH que não era possível a prisão preventiva alegando-se somente a "gravidade do delito". Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Caso López Álvarez Vs. Honduras, preso preventivamente por porte de substâncias ilícitas. Apontou a Corte que a privação da liberdade de pessoas cuja responsabilidade criminal não foi definida, por período excessivamente prolongado e, portanto, desproporcional, equivale à antecipação da pena. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Caso Bayarri Vs. Argentina, preso preventivamente por treze anos e submetido à tortura. A CIDH aponta a necessidade de uma duração razoável da prisão preventiva e da obrigação do Estado em zelar para uma condição digna dos encarcerados, rechaçando qualquer tipo de tortura. Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Um caso emblemático sobre a violação aos direitos humanos das mulheres, inclusive mulheres gestantes, julgado pela Corte IDH foi o Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. O caso refere-se à operação denominada “Mudanza 1”, que oficialmente consistia na transferência das 135 mulheres, que se encontravam presas no presídio Miguel Castro Castro para uma outra unidade prisional. Conforme se constatou posteriormente, tratava-se de um atentado premeditado, cujo objetivo principal era a perseguição de presos políticos, no contexto da ditadura de Fujimori. Segundo sentença da Corte, ocorreram, na ocasião, ameaças de atos sexuais, ‘manuseios’, insultos com conotações sexuais, nudez forçada, pancadas nos seios, entre as pernas e glúteos, pancadas no ventre de mulheres grávidas, e outros atos humilhantes e daninhos que foram uma forma de agressão sexual. A condenação do Peru é um marco no entendimento da situação carcerária, visto que a Corte reconheceu que a violência contra a mulher tem consequências físicas, emocionais e psicológicas devastadoras para elas, que se veem agravadas no caso de mulheres detidas.

Os Estados devem, assim, primar pela substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, que incorporem a perspectiva de gênero em todas as suas dimensões e, se for o caso, do enfoque do interesse superior da criança, em atenção à Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, e da proteção especial sobre pessoas pertencentes a grupos em situação especial de risco.

As medidas de reinserção dessas mulheres à comunidade, também deve ser pauta prioritária, a fim de que se possibilitem várias opções para resolver os problemas mais comuns, que provocam o contato destas mulheres com o sistema de justiça criminal, tais como, tratamento psicológico, e programas de educação e capacitação para aumentar suas possibilidades de emprego.

Em suma, é preciso que o trato das mulheres no sistema carcerário seja direcionado numa perspectiva de gênero, de modo a abarcar todas as peculiaridades das condições das mulheres na sociedade,

sobretudo àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade e que têm encargos da condição de maternidade. As mudanças devem ser legislativas, administrativas e judiciais, implementando uma cultura em que a prisão preventiva seja o último recurso para punição, em consonância com a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

3 O ENCARCERAMENTO FEMININO A TÍTULO DE PRISÃO PREVENTIVA: APLICABILIDADE E EXERCÍCIO DA MATERNIDADE

As ciências sociais e humanas têm mostrado estudos precipuamente metodológicos e analíticos do que é ser mulher, mãe e em situação de privação de liberdade no Brasil. No entanto, perfaz uma jovem e recente trajetória de pesquisas e análises científicas, pois datando aproximadamente dos anos 2000 com o trabalho pioneiro da socióloga Julita Lembruber (1998), o encarceramento feminino ainda possui muitas questões facetadas por incógnitas, principalmente quando é temática deslocada para o âmbito da política e da justiça criminal.

O desvirtuamento da natureza e da finalidade do aprisionamento provisório é um problema das Américas, e que enraizam fortes ataques às garantias fundamentais e aos direitos humanos, especialmente no Brasil.

É necessário, no entanto, perseguir-se o fato de que a vulnerabilidade feminina se agrava, quando isso se soma ao fato de ser ela mãe, pois os efeitos se estendem tanto ao exercício de sua maternidade quanto à própria criança, que se encontra enclausurada. Afeta-se, então, o exercício da maternidade, bem como da sua liberdade sexual que se vê limitada pela inadequação da estrutura prisional do país.

3.1 A natureza jurídica da Prisão Preventiva contraposta à sua aplicação desmedida

O instituto da prisão preventiva, especialmente no plano, e em consonância com os padrões da Comissão IDH assinala um cunho estritamente cautelar, de forma que sua utilização deve funcionar como um instrumento de auxílio a um efetivo provimento da persecução penal. Devendo ser a ultima ratio do sistema de medidas cautelares penais, a aplicação da prisão preventiva deve seguir requisitos específicos e se adequar à situação concreta. Nesta senda, o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis* devem ser enquadrados à realidade fática em voga, e sempre de acordo com a necessidade que a mesma clama. Nisto, assevera Claus Roxin (2000, p. 258) que a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual, estando com o Estado a função de equilibrar dois grandes bens jurídicos, quais sejam, assegurar a ordem por meio da persecução penal, e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Para isso, afirma o doutrinador que o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

O Brasil, com a promulgação da Lei nº 12.403/11, reformou drasticamente a aplicabilidade das medidas cautelares no Brasil, constituindo a prisão preventiva, de fato, como a última medida a ser acionada. A redação legal brasileira, que alude às medidas cautelares, prima pela aplicação de medidas diversas da prisão, quando dispõe que a prisão preventiva somente será adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes⁶.

Nisso, há que se verificar o que denota diversas lições a respeito, tanto ao se analisar o Código de Processo Penal, quanto ao se evidenciar diversos estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de

⁶ Artigo 310, II da Lei 12.403/11: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; [...]”.

Ciências Criminais (IBCCRIM), como requisitos específicos atinentes à decretação da prisão preventiva. Portanto, devem-se levar em conta dois referenciais, pela perspectiva do art. 312 do Código de Processo Penal para que a prisão preventiva possa se configurar, quais sejam, o indício suficiente ou mesmo prova de que o réu ou investigado cometeu algum crime, ou quando sua permanência em liberdade representar risco à persecução penal quanto à instrução processual ou aplicação da lei penal, à ordem econômica ou a ordem pública.

A persecução penal que vislumbra o polo passivo da figura feminina revela um campo ainda mais restrito de permissividade de aplicação dessa cautelar, quando a conveniência da situação propuser a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Trata-se do Marco Legal da Primeira Infância, em vigor desde 2016, com a Lei nº 13.257/16, por meio da qual o Código de Processo Penal, em seu art. 318, passou a permitir que o magistrado converta a prisão preventiva em domiciliar para gestantes e mulheres com filho de até 12 anos incompletos, um aparato normativo que traz à baila a flexibilização dos requisitos originários que já, por si, poderiam ensejar a concretização de uma prisão preventiva.

Embora tenha havido referida reformulação normativa, o que se observa é a aplicação restrita e ínfima dessa alternativa legal, fato de fácil averiguação, vez que basta a leitura de alguns julgados de alguns tribunais brasileiros, para se constatar a possibilidade de permanência da mulher mesmo nessas condições pessoais, fundamentados, por vezes, na inadequação da residência da ré para que pudesse haver a conversão da preventiva em domiciliar.

3.2 Exercício da maternidade e da personalidade feminina na estrutura prisional brasileira

A estrutura carcerária brasileira é caracterizada pela precariedade e insuficiência física, para permitir uma vivência que não reduza

qualquer indivíduo a condições subalternas. Somado a isso, tem-se a superlotação das unidades penitenciárias e prisionais, mazela crônica e intrínseca a essas ambiências.

Nos ditames do aprisionamento, a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, perfazendo um percentual de 74% das unidades, enquanto que apenas 7% das unidades são adequadas à receptividade de mulheres, restando um percentual de 16% de unidades mistas⁷. Nesta senda, o que se pode claramente depreender deste panorama é que, além de se constatar uma estrutura já defasada, o que se tem também é uma deficiência de disponibilidade. Noutra giro, o aprisionamento feminino também põe na ementa deste debate o exercício da maternidade. Além de ainda existirem estabelecimentos mistos custodiando, indistintamente, homens e mulheres, havendo apenas segregações em termos de alas ou celas, estes mesmos espaços demonstram uma patente inadequação de infraestrutura para comportar a mulher em exercício de maternidade.

A vulnerabilidade da mulher já é fator inerente a sua condição de prisão, por ora mencionada como pertencente a grupos em situação especial de risco pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quanto mais no exercício da maternidade sob a sombra do encarceramento. Delineando esta situação, os desenhos gráficos elaborados pelo INFOPEN Mulheres (2016) mostram a ínfima quantidade de estabelecimentos que comportam celas adaptadas ao uso de gestantes e a existência de espaços que possam suportar adequadamente seus filhos:

⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho 2016.

Tabela 1: Estabelecimentos penais que têm cela/dormitório adequado para gestantes.

UF	Unidades que têm cela/dormitório para gestantes	
	N	%
AC	1	33%
AL	1	33%
AM	2	18%
AP	1	100%
BA	1	14%
CE	1	3%
DF	1	100%
ES	4	57%
GO	5	10%
MA	1	17%
MG	3	3%
MS	4	33%
MT	1	11%
PA	2	25%
PB	3	60%
PE	3	50%
PI	0	0%
PR	1	14%
RJ	2	25%
RN	0	0%
RO	3	18%
RR	0	0%
RS	1	6%
SC	6	43%
SE	1	50%
SP	7	32%
TO	0	0%
Brasil	55	16%

Fonte: Infopen, 2016, pag. 30.

Tabela 2: Estabelecimentos penais que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil.

Unidades que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil			
UF	N	%	Capacidade de bebês
AC	1	33%	2
AL	1	33%	8
AM	2	18%	10
AP	1	100%	0
BA	2	29%	4
CE	1	3%	15
DF	1	100%	11
ES	5	71%	28
GO	3	6%	10
MA	1	17%	15
MG	1	1%	2
MS	2	17%	25
MT	1	11%	5
PA	2	25%	17
PB	2	40%	11
PE	2	33%	16
PI	0	0%	0
PR	2	29%	23
RJ	1	13%	20
RN	0	0%	0
RO	1	6%	14
RR	0	0%	0
RS	2	13%	31
SC	4	29%	11
SE	1	50%	6
SP	10	45%	183
TO	0	0%	0
Brasil	49	14%	467

Fonte: Infopen, 2016, pag. 32.

Diante da expressão de todo esse panorama, resta explicitada a desproporcionalidade de decretação da prisão preventiva, de pronto, em específicas situações. A aplicação dessa medida cautelar prisional deve pautar-se em uma perspectiva de gênero, de modo a preservar

a subjetividade da mulher como tal, e permitir o desenvolvimento de suas respectivas relações materno-filiais.

A submissão da mulher à privação de liberdade provisória fora de uma razoabilidade conduz-lhe a um sofrimento ultrajante, principalmente, quando se tem uma clara disfuncionalidade estrutural no sistema prisional brasileiro para a custódia feminina. Tem-se, com isso, uma expressa afronta ao Princípio do Tratamento Humano e ao Princípio da Posição de Garante do Estado, parâmetros e postulados fundamentais estabelecidos pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* em explícita abordagem na *Convenção Americana de Direitos Humanos* no que tange ao tratamento do preso e, especialmente sustentado pelo *Relatório sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas* e pelo *Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas*.

4 MULHERES MÃES EM SITUAÇÃO DE PRISÃO: ASPECTOS JUDICIAIS NACIONAIS E A PERSPECTIVA DE GÊNERO

O Marco Legal da Primeira Infância traz consigo uma nova percepção do encarceramento feminino quando situa o exercício da maternidade em sua essência, representando, portanto, significativo progresso na tratativa desta temática. Porém, o que tem se tem observado, em termos práticos, é a diminuta aplicabilidade dessa disposição normativa, vez que, mesmo envolta de circunstâncias que lhe conferem o cabimento da prisão domiciliar, a mulher é obstada da concessão desta medida. Visualiza-se isso em concreto quando, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça criar precedentes para o enraizamento do desprezo ao novo desenho normativo trazido por essa lei, a exemplo do ocorrido com uma mãe lactante e de cinco filhos detida pelo porte de 8,5g de maconha, que teve seu pedido negado pela referida corte, especificamente pela presidente Laurita Vaz, de responder o processo em casa⁸.

⁸ Nexo Jornal. Expresso. Porque a Justiça mantém mães sem condenação na cadeia. Entrevista com a Defensora Maira Diniz. Disponível em <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/02/15/>>

Perante esse cenário, o Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo a todas as mulheres grávidas, mães de crianças de até 12 anos e de filhos com deficiência, que se encontravam presas provisoriamente, sem condenação⁹. Esta decisão do STF traz um importante precedente: o reconhecimento de que uma gravidez em cárcere é uma gravidez de risco. Isso se confere não somente pelo fato de se ter abordado, argumentativamente, na peça de habeas corpus, que ensejou essa decisão, mas pelo fato de que, para embasar a decisão, o ministro relator Ricardo Lewandowski, determinou a expedição de ofício ao Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), para recolher dados concernentes à estrutura carcerária, que comportava mulheres na situação em questão, os mesmos colacionados em tópico anterior.

A situação das mulheres-mães encarceradas faz parte de uma realidade maior, oportunamente trazida no Relatório pelo ministro, que é a do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional

Por-que-a-Justi%C3%A7a-mant%C3%A9m-m%C3%A3es-sem-condena%C3%A7%C3%A3o-na-cadeia-segundo-esta-defensora>. Acessado em 26/02/2018.

9 HÁBEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HÁBEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. [...]

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. [...]

brasileiro, conforme discutido no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Um outro ponto importante apontado seria a violação constitucional do disposto no artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará para terceiro. Na percepção do ministro Lewandowski, seguida pela maioria dos ministros do STF, a pena da mãe seria inevitavelmente transferida aos filhos.

Assim sendo, a decisão da Corte Suprema estabelece as seguintes consequências, quais sejam, concedeu-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP) de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças com até 12 anos, sob sua guarda, ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, com a exceção dos seguintes casos: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Essa última exceção, as “situações excepcionalíssimas”, poderia ser passível de crítica, uma vez que deixa a questão “em aberto”, à guisa do intérprete, embora esteja atrelada a uma fundamentação obrigatória.

O que se estabeleceu nessa atividade jurisprudencial traz, de fato, grandes mudanças ao cenário carcerário feminino no Brasil, que comporta cerca de 4.500 presas provisórias, sendo que a maioria delas responde por tráfico de drogas. O papel da mulher no tráfico é de segundo plano, contemplando majoritariamente funções de transporte, uma simples e mera coadjuvante. Além disso, é um julgado que poderá fomentar mais ainda a necessária discussão levantada até aqui neste trabalho. Um importante passo do Brasil para o cumprimento das recomendações do Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas.

5 CONCLUSÃO

A ambiência do encarceramento já submete o indivíduo à vulnerabilidade. Essa mesma vulnerabilidade assume perspectivas ainda mais acentuadas, quando o indivíduo encarcerado é uma mulher, o que expõe uma situação de hipervulnerabilidade carcerária feminina. Isso porque, é sabido que as mulheres sofrerem um quadro de discriminação histórica fomentado por estereótipos lhe reduzem a uma desvantagem sistemática. Estes riscos são ainda mais nítidos, quando as mulheres estão privadas de sua liberdade e sob o poderio da custódia estatal.

Mais que sistematizar materialmente essa questão, por meio de desenhos legislativos e políticas criminais, é colocá-la às claras da realidade fática e exercível. Nestas vistas, a subjetividade da mulher ainda se atrela ao exercício da maternidade que não se endereça somente a ela, mas a própria criança. Deve-se, nessa conjuntura, pensar que o interesse da criança deve ser sobreposto, impreterivelmente, quando se tem à vista a possibilidade de concretização de uma medida cautelar prisional.

A detenção de mulheres no Brasil comporta, em sua maioria, mães traficantes de drogas, assumindo o índice do motivo de 68% do encarceramento no país. O que não se concebe, a uma primeira vista, é que muitas dessas mulheres são inseridas nessa conjuntura criminosa, assumindo papéis secundários, e que a expõem de uma forma ainda mais situada. É nesse cenário que a razoabilidade e proporcionalidade devem ser instrumentos ainda mais expandidos no juízo de admissibilidade para decretação da prisão preventiva. Pensar a prisão preventiva como meio para reduzir as possibilidades de reincidência, e por uma falseável manutenção da 'ordem pública' é, decerto, um caminho longe da razoabilidade.

PREVENTIVE DETENTION AS TOWARD THE FEMALE JAIL: THE SCOPE OF APPRAISAL IN THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The thematic approach raised in this study turns to the analysis is of the preventive detention of women both from the judicial negotiations that this issue receives in Brazil and from its understanding by the Inter-American System of Human Rights. While the Inter-American Human Rights System pursues this discussion, with the appropriate expertise, in order to encourage female imprisonment be conditioned by a gender perspective, Brazil faces serious problems to envisage the prison issue from this perspective, extending and applying it without distinction, even when the execution of pre-trial detention is in vogue. It is in this context that an analysis is of the application of pre-trial detention to women is carried out in the light of what the SIDH designates, both as recommendations incorporated in its reports on the applicability of pre-trial detention, and also in the jurisprudential perspective surrounding the thematic.

Keywords: *Inter-American Human Rights System. Prison detention. Women. Maternity. Imprisonment.*

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira, revisão técnica Gilson César Cardoso. 4. ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999;
- BRASIL. DECRETO Nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte**

Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Acesso em: 21.fev. 2018

CIDH.**Caso Bayarri Vs. Argentina.**Exceção Preliminar. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**Caso Gangaram Panday Vs. Surinam.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No.

_____.**Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.** Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

_____.**Caso Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru.** Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**Caso López Álvarez Vs. Honduras.** Mérito, Reparação e custas. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**CasoPalamaraIribarne Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

_____.**Caso SuárezRosero Vs. Ecuador.** Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva na América.** 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

IBCCRIM. Artigos. Jurisprudência. Prisão Preventiva. Necessidade de Fundamentação Concreta. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/378--Decisoes-Prisao-preventiva-e-fundamentacao-Deferimento-de-liminar-Caso-Pimenta>> Acesso em: 07 jul. 2015.

INFOPEN. Infopen Mulheres. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em: 07 jul. 2015.

JABARDO, Mercedes. *La mujer y sus hijosem prisión*. **Eguzkilore**. Número 7. San Sebastián, 1993, p. 94. Disponível em: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2169056/10++La+mujer+y+sus+hijos+en+prision.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos. Análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1998.

LOPEZ, Marcela Briseño. **Garantizandolosderechos humanos de lãs mujeres em reclusión**. Instituto Nacional de lasMujeres do México e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2006, p. 28. Disponível em: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100793.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018. Acesso em: 20 fev. 2018.

NEXO JORNAL. Expresso. **Porque a Justiça mantém mães sem condenação na cadeia**. Entrevista com a Defensora Maira Diniz. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/15/Por-que-a-Justi%C3%A7a-mant%C3%A9m-m%C3%A3es-sem-condena%C3%A7%C3%A3o-na-cadeia-segundo-esta-defensora>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América**. Publicado em 7 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 143641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Acesso em: 21 fev. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas no Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XX. **XXXIII Curso de Derecho Internacional**, p. 407–490, 2007. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2018.

O Princípio da Moralidade Administrativa na Prevenção e Repressão à Corrupção: A Atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de RotTERDAM¹

Igor Pereira Pinheiro²

RESUMO

O princípio da moralidade administrativa é um dos mandados constitucionais anticorrupção de caráter global que está positivado na ordem jurídica brasileira. Falar em imoralidade administrativa soa, na atualidade, como sinônimo de algo errado. Ocorre que, a história do pensamento político ocidental, mostra que nem sempre foi assim. Esse antagonismo, na era renascentista, é materializado pelo contraponto de ideias entre Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam, cujo conhecimento é de rigor para todos os juristas que atuam na prevenção e repressão à corrupção, já que, vez por outra, surgem discursos legitimadores de práticas imorais (como o caso da nomeação dos parentes dos governantes para cargos comissionados ou funções de confiança) exatamente a partir do substrato teórico formulado pelo primeiro e que deve ser reprimido à luz do que defende o segundo.

¹ Data de recebimento: 14/12/2017. Data de aceite: 18/06/2018.

² Igor Pereira Pinheiro. Promotor de Justiça do MPCE. Especialista e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Coordenador da Pós-graduação em Prevenção e Repressão à Corrupção pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Autor dos livros "Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral", 2ª edição, pela Editora Fórum, e "Legislação Criminal Eleitoral Comentada", pela Editora Juspodivm. Professor convidado de diversas Escolas Superiores pelo Brasil (GO, RR, PA e MA). E-mail: igor.pinheiro@mpce.mp.br

Palavras-chave: *Moralidade Administrativa. Corrupção. Maquiavel. Erasmo de Rotterdam.*

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção, assim considerado como o uso da potestade pública decorrente de cargo, emprego, função pública ou mandato político para obtenção de vantagens indevidas, é histórico e inerente a todos os tipos de governo, variando apenas o grau de sua prática e a devida resposta dada a esse problema por cada povo, muito embora ele seja visto na atualidade como uma prioridade na agenda global, cuja prevenção e repressão são estimuladas por todos os organismos internacionais, tanto no âmbito público, como no mercado privado.

Ocorre que, não obstante o reconhecimento das graves consequências advindas da corrupção no setor público, dentre as quais destacamos a falta de legitimidade popular dos representantes populares, a violação omissiva permanente e crescente dos direitos fundamentais e o enfraquecimento do Estado de Direito, não é muito frequente o estudo dessa temática no âmbito das tradicionais disciplinas do Direito Público (como Constitucional ou Administrativo), ficando a mesma reservada para o Direito Penal, as ciências sociais, econômicas ou filosóficas, salvo no caso de aprofundamento dos juristas quando da realização de cursos pós-graduados, como Mestrados ou nos Doutorados.

Trata-se de metodologia que precisa ser revista, uma vez que não se pode olvidar que todos os desvios de verbas públicas ultimados por conta da corrupção afetam sensivelmente a força normativa de qualquer Constituição. Aliás, exatamente por conta desse *déficit* de efetividade do Texto Supremo advindo da falta de recursos desviados pela corrupção é que começa a surgir a tese de um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um “direito anticorrupção”³.

³ “Esses dados põdo à nu os multi-perversos efeitos da corrupção sobre a ordem política e econômica

Assim, como dito, urge que se adote um novo viés metodológico, para, em seguida, realizar uma correlação direta entre determinados institutos constitucionais tradicionais e o fenômeno da corrupção, como é o caso, por exemplo, de alguns princípios constitucionais (Republicano e da Administração Pública), bem como de outras regras específicas (crimes de responsabilidade, imunidades parlamentares, *impeachment* etc).

Pois bem, se na dogmática jurídica tradicional esse é um problema a ser resolvido, na História do Estado não se verifica tal celeuma, pois é natural o estudo aberto e direto do fenômeno da corrupção dos governantes, já que desde as origens greco-romanas a questão da ética no exercício do poder é francamente debatida.

Nesse tocante, dois pensadores são de leitura obrigatória: Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam, que a despeito de contemporâneos, não poderiam ser mais antagônicos sobre o modo de proceder dos príncipes.

O primeiro, em sua célebre obra "*O Príncipe*", defendeu publicamente, sem pudor e receio algum a manutenção do poder como o objetivo primordial de um governante, um verdadeiro fim em si

tem dado espaço para que alguns juristas comecem a enxergar um direito humano autônomo, o direito a um poder público livre da corrupção. O primeiro a mencionar esse direito não como decorrência de vulnerações de outros direitos humanos já reconhecidos foi Kofele-Kale. O autor argui que em relação aos grandes esquemas de corrupção, em especial em países em desenvolvimento, em que o ato de corruto representa graves prejuízos para a população e sua riqueza, causando sérias dificuldades para o gozo de inúmeros direitos humanos, haveria, em razão da disseminada prática internacional de não aceitação da corrupção, da existência de inúmeros instrumentos internacionais registrando a preocupação da comunidade internacional com o fenômeno e da colocação em risco dos valores mais elevados da comunidade internacional, a possibilidade de serem tais atos de corrupção enquadrados como crimes internacionais. Ele entende que o modo mais efetivo de se combater a corrupção é elevando sua prática à esfera de crime de interesse universal, de acordo com as normas internacionais, registrando que já há suficiente prática estatal para reclamar a existência de norma consuetudinária universal proibindo a corrupção em todas sociedades, sendo que haveria já o direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção, que poderia ser componente do direito à autodeterminação e desenvolvimento ou até mesmo como direito autônomo. Assevera que o direito a uma sociedade livre de corrupção é inerentemente um direito humano porque a vida, a dignidade e outros importantes valores humanos dependem desse direito. Nessa esteira, veio Kumar (2003) em trabalho que, além de explorar as interfaces entre direitos humanos e o problema da corrupção, prega a necessidade do estabelecimento, como direito fundamental positivado na Constituição indiana, de um direito fundamental de um serviço público livre de corrupção, o que geraria o empoderamento da cidadania com a colocação do grave problema no centro do debate político, potencialmente transformando o sistema de governança e fortalecendo a democracia" (ANDRÉ PIMENTEL FILHO. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2015, p.110-111).

mesmo contrário à ideia de função pública condicionada à satisfação do interesse público, ainda que para isso tivesse que praticar atos imorais, desonestos e dissimuladores⁴. Já Erasmo, quando escreveu “Elogio da Loucura”, foi no sentido diametralmente oposto, chegando mesmo a dizer que “os vícios dos outros não têm tanta importância e a influência deles não vai tão longe; mas o Príncipe ocupa uma posição tal que suas menores faltas espalham o mau exemplo universal”⁵.

Assim, considerando a limitação inerente ao presente trabalho, procuraremos analisar especificamente o princípio da moralidade administrativa como mecanismo preventivo e repressivo à corrupção, procurando demonstrar a atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam.

2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: BREVES ANOTAÇÕES PRELIMINARES

2.1 Origem da moralidade no direito administrativo

Foi no âmbito do Direito Civil que se verificou inicialmente o fenômeno da juridicidade da moral. Isto é, foi nesse setor que se rompeu o dogma da onipotência e suficiência da legalidade estrita. Se, nessa seara, a moral possui os contornos de sua influência bem definidos e precisos há bastante tempo, no campo do Direito Administrativo, o fenômeno é recente, podendo-se apontar, com apoio na unanimi-

4 “A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos.” (NICOLAU MAQUIAVEL. O Príncipe – Tradução e Notas Leda Beck. São Paulo: Martin Claret Editora, 2012, p.133).

5 ERASMO DE ROTTERDAM. Elogio da Loucura – Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2004, p.81.

dade da doutrina, o francês Maurice Hauriou como o responsável pela teorização pioneira do assunto⁶.

Referido autor, ao analisar a jurisprudência do Conselho de Estado na França nos idos do final do século XIX e início do século XX (ápice do positivismo jurídico) e o recurso por excesso de poder, defendeu a sindicabilidade do móvel do ato administrativo que estivesse em juízo de compatibilidade formal com a lei, de modo que seria necessário, destarte, proceder também a um juízo de conformidade material com os fins da própria Administração Pública, ou seja, à consecução do bem comum e do interesse público.

Isso significa dizer que Hauriou defendia uma análise concreta dos motivos que ensejaram a prática do ato, concluindo que o desvio de poder “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa”⁷.

Muito embora defendesse a moralidade administrativa como parâmetro autônomo para o controle dos atos da Administração Pública, referido autor apenas conceituou a mesma na 10ª edição de sua obra, como o “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”.

A partir desse conceito, concebeu-se a moralidade administrativa como o complexo normativo explicitador das regras éticas constantes no disciplinamento legal da Administração Pública, o que fez, posteriormente, o Conselho de Estado Francês alargar o âmbito de aplicação do recurso por excesso de poder para atingir, além do aspecto objetivo de violação à lei, o desvio de finalidade, onde seria necessário imiscuir-se no *animus* do agente público, já que é possível o cumprimento moral ou imoral da lei, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Ocorre que, mesmo acolhendo os postulados de Hauriou, o órgão

6 MAURICE HAURIOU. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 8ª edição. Paris: Recueil Sirey, 1914.

7 MAURICE HAURIOU. Op. cit., p.439.

francês e a doutrina local nunca aceitaram a moralidade administrativa como categoria jurídica autônoma, enquadrando os vícios dela decorrentes no âmbito da “legalidade interna”.

Não obstante isso, a famosa teoria dos motivos determinantes (que permite a análise de verificação concreta dos motivos alegados para a produção de determinado ato) é decorrência direta da moralidade administrativa nos moldes propostos por Hauriou, uma vez que exige uma postura ética do administrador ao proibir a camuflagem dos reais motivos ensejadores do ato sindicado.

Pois bem, à luz da conceituação formulada por Hauriou para o princípio da moralidade administrativa, convém registrar as críticas formuladas à sua teoria, no sentido de que, ao conceituá-la como uma simples violação às normas internas da Administração, não apresentaria nada de diferente da legalidade e, por conseguinte, a violação da legalidade representaria, via de regra, violação à moralidade administrativa. Seria, pois, uma mera redundância.

Não obstante isso, deve-se atentar que os críticos confundem legalidade com juridicidade, entendida esta como o complexo de princípios e regras que influenciam a atuação do Poder Público. Assim, segundo entendemos, os princípios da moralidade e da legalidade possuem campos de incidência bem diversos, não assistindo razão aos críticos.

Destarte, o princípio da moralidade administrativa, em sua concepção original, impõe ao Estado o dever de atuar segundo os parâmetros éticos presentes em determinada sociedade, respeitando-se sempre a salvaguarda do interesse público e vedando-se o uso desviado das faculdades legais conferidas ao Poder Público.

2.2 A inaplicabilidade da moralidade administrativa à luz do pensamento de Maquiavel

Já se disse que Nicolau Maquiavel, em *O Príncipe*, defende aber-

tamente a dispensabilidade da ética no poder, sendo a mesma uma das “qualidades” que são *danosas* aos governantes e que os levam inevitavelmente à ruína, motivo pelo qual “*é bem necessário parecer tê-las*”, ou seja, é apenas uma maquiagem aceitável ao governante de plantão, já que o importante mesmo é a manutenção do poder.

Aliás, a própria razão de ser do livro já demonstra bem que moralidade não é o forte em Maquiavel. Senão, vejamos: sabe-se que ele era defensor do regime republicano, mas, uma vez afastado do poder à época dos *Médici* em Itália, ele escreveu *O Príncipe* com o propósito claro de retornar a prestar seus serviços. Isso fica muito claro em sua Carta de anúncio da obra à Francisco Vettori⁸, que era seu amigo, escritor e diplomata de Florença em Roma à época⁹.

Trata-se de obra realista, em que ele prefere abordar claramente o que se fazia - e ainda se faz - para a manutenção do poder, ao invés de defender como deveria ser a conduta proba de qualquer homem público.

Assim, após a leitura minuciosa do livro em questão, podemos apresentar algumas características fundamentais do governante à luz de Maquiavel, que representam, sem dúvidas, a adoção de uma amoralidade política e administrativa.

Em primeiro lugar, destacamos o fato de que o príncipe deve praticar as medidas impopulares ou más de uma vez só e conceder os benefícios ao longo do tempo, para que as doses homeopáticas desses últimos apaguem as primeiras¹⁰.

Tal conselho lembra bem as políticas assistencialistas de longo

8 Datada de 10 de dezembro de 1513, mesmo ano em que escreveu *O Príncipe*.

9 “Ponderei com Felipe sobre este meu opúsculo, se devia dá-lo ou não; e, devendo dá-lo, se devia levá-lo pessoalmente ou enviá-lo a vós. Não o dar preocupa-me, pois não seria lido por Juliano; e esse Ardinghelli poderia honrar-me com este meu último trabalho. Dá-lo vem da necessidade premente, pois eu me acabo, e não posso continuar assim por muito tempo sem me tornar desprezível pela pobreza. Além do desejo de que esses senhores Médici comecem a usar-me, nem que seja para rolar uma pedra.” (Capítulo VIII). Também no final do Capítulo IX, encontramos trecho que arremata essa visão, in

verbis: “E, pois, um príncipe sábio deve pensar num modo pelo qual seus cidadãos tenham, sempre e em qualquer tempo, necessidade do estado e dele; e, depois, lhe serão sempre fiéis.” (Op. cit., p.91 e 96).

prazo implementadas em diversos governos bolivarianos da atualidade, como na Venezuela de Chaves e Maduro, ou mesmo a legitimação popular dos governos petistas no Brasil (Lula e Dilma), em que as “conquistas sociais” são utilizadas como cortina de fumaça para esconder os sucessivos escândalos de corrupção na Administração Pública Federal (casos do “Mensalão” e “Petrolão”).

Em segundo lugar, chama atenção o fato de Maquiavel sugerir ao príncipe que aja como um camaleão político, mutante conforme as necessidades e conveniências do momento, independentemente de estar fazendo o justo, correto e honesto¹¹.

Na sequência, é curiosa a menção feita pelo florentino sobre a necessidade de descontrole financeiro quando se trate de bens alheios aos seus e de seus súditos (isto, é, dos territórios conquistados ou das colônias) como sendo uma mera “liberalidade”¹², o que, sem dúvidas contribuiu – de forma não determinante, mas condicionante) para a formação da cultura da improbidade administrativa na maioria dos povos dominados e a sensação ainda presente nos dias de hoje, em especial por parte dos políticos de países “em desenvolvimento” como o Brasil, de que a coisa pública não é de ninguém.

Para além disso tudo, Maquiavel propugna o auge da sua imoralidade administrativa no capítulo XVIII (*De que modo manter a fé*

11 No capítulo XV, fica muito clara essa concepção, quando ele escreve: “E muitos imaginaram repúblicas e principados que jamais se viram ou cuja existência não se conheceu na realidade; porque é tão distante o modo como se vive do modo como se deveria viver, que aquele que deixa o que faz pelo que deveria fazer, aprende mais a ruína que a preservação de si mesmo: porque um homem que queira professar o bem por toda a parte deve arruinar-se em meio a tantos que não são bons. Donde é necessário a um príncipe, querendo manter-se no poder, aprender a não ser bom, e usar isso, ou não, de acordo com a necessidade. (...) E sei que cada um admitirá que seria louvabilíssimo encontrar-se num príncipe todas as qualidades supracitadas que são consideradas boas; mas, porque não se pode tê-las nem inteiramente as observar, já que as condições humanas não o permitem, é necessário ao príncipe ser tão prudente que saiba escapar da infâmia daqueles vícios que arriscariam seu estado e, se possível, defender-se também daqueles que não o arriscariam; mas, não sendo possível, pode-se, com menos respeito, deixar estar.” (Op. cit., p.121-122).

12 “(...) ou o príncipe gasta do seu e de seus súditos ou gasta do de outrem; no primeiro caso, deve ser parco; no outro, não deve refrear nenhuma liberalidade. E o príncipe que conduz exércitos, que se alimenta de butins, de saques e de resgates, manipula os bens de outrem, é-lhe necessária essa liberalidade; caso contrário, não seria seguido pelos soldados. E daquilo que não é teu, ou de teus súditos, pode-se ser generoso doador, como foram Ciro, César e Alexandre; porque gastar o que é dos outros não diminui teu prestígio, mas o aumenta: só te prejudica o gastar do teu. E não há coisa que se consuma a si mesma como a liberalidade.” (Op. cit., p.125).

nas palavras do príncipe), quando, sem mencionar expressamente o termo “razão de estado” apontado pela doutrina como sua tese principal, defende claramente a premissa que o tornou conhecido mundialmente, qual seja: os fins justificam os meios.

Assim, vale tudo para a manutenção do poder¹³: mentir, roubar, enganar, dissimular, trair e, até mesmo, parecer bom, religioso, piedoso, humano e íntegro, já que não é recomendável sê-lo efetivamente, sob pena de ruína.

Esse, portanto, é a síntese do pensamento maquiavélico, totalmente incompatível com a adoção de moralidade administrativa ou qualquer dos seus corolários no que tange à prevenção e repressão à corrupção.

2.3 Erasmo de Rotterdam e a defesa da moralidade administrativa

Como dito inicialmente, Maquiavel e Erasmo são contemporâneos da época renascentista (século XVI), fato que não impediu que os mesmos tivessem pensamentos completamente diferentes.

No que o primeiro via algo a ser feito, o segundo enxergava medida a ser evitada, ainda que sob o preço da perda do poder. Enquanto aquele fez um texto direto e claramente dirigido aos monarcas, esse

13 “Deveis, portanto, saber que há dois meios de combate: um com as leis, outro com a força: o primeiro é próprio do homem, o segundo, das bestas; mas, como o primeiro muitas vezes não basta, convém recorrer ao segundo. Portanto, a um príncipe é necessário saber usar bem a besta e o homem. (...) Não pode, portanto, um senhor prudente, nem deve observar a fidelidade, quando tal observância lhe seja prejudicial e que tenham desaparecido as razões que o fizeram prometer algo. (...) Mas é necessário saber dosar bem esta natureza, e ser um grande simulador e dissimulador: e são tão simples os homens, e obedecem tanto a suas necessidades do presente, que aquele que engana encontrará sempre quem se deixará enganar. (...) A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos.” (Op. cit. p., 131-134).

último utilizou-se de técnica literária completamente diferente: a comédia ou o sarcasmo da “loucura”, que é o narrador da sua obra.

Em *Elogio da Loucura*, Erasmo, por meio de discurso em que se passa como sendo a “loucura”, faz menção aos diversos vícios de conduta dos homens de sua época, criticando todos os setores sociais no que cabível.

Especificamente sobre os príncipes, ele não ignora a realidade de que a maioria deles não é bom, que praticam atos ilícitos e criminosos, muito embora recrimine aberta e severamente tais comportamentos¹⁴.

Revela claramente que o príncipe deve, ao contrário, ter uma postura ética, proba e correta, sempre no intuito de satisfazer o interesse público, deixando claro que o vício de conduta do governante é mau exemplo universal exatamente por ser ele o espelho para a sua comunidade política¹⁵.

Assim, vê-se que a moralidade administrativa tal qual é concebida na atualidade já era defendida em certa maneira por Erasmo de Rotterdam.

Esse ponto de vista, debutado sob os auspícios de um regime monárquico é de suma importância para a desmistificação de um dogma da doutrina constitucional e administrativa nacional e além-mar: a equivocada associação exclusiva do regime republicano às práticas anticorrupção inerentes à moralidade administrativa, como a separação absoluta entre os interesses privados do detentor do poder político-administrativo¹⁶ com os interesses públicos.

14 “Creem cumprir plenamente a função real, indo assiduamente à caça, mantendo belos cavalos, negociando a seu bel-prazer magistraturas e comandos, inventando todo dia novas maneiras de fazer com que o fisco absorva a fortuna dos cidadãos, descobrindo hábeis pretextos que encobrirão com aparência de justiça a pior iniquidade. (...) Imaginai agora o Príncipe tal como é frequentemente. Ignora as leis, é bastante hostil ao bem comum, pois só tem em vista o seu; entrega-se aos prazeres, odeia o saber, a independência e a verdade, escarnece do interesse público e não tem outras regras além de suas cobiças e seu egoísmo.” (ERASMO DE ROTTERDAM. Op. cit., p. 81-82).

15 “Assim que toma o poder, já deve pensar apenas nos negócios políticos e não nos seus, só visar ao bem geral, não se afastar uma polegada da observação das leis que promulgou e fazer executar, exigir integridade de todos na administração e nas magistraturas. Todos os olhares voltam-se para ele, pois ele pode ser, por suas virtudes, o astro benfazejo que garante a salvação dos homens ou o cometa mortal que lhes traz o desastre. Os vícios dos outros não têm tanta importância e a influência deles não vai tão longe; mas o Príncipe ocupa uma posição tal que suas menores faltas espalham o mau exemplo universal.” (ERASMO DE ROTTERDAM. Op. cit., p.81).

16 “A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se considerou como um princípio republicano

Trata-se de corrente doutrinária amplamente majoritária que precisa ser desmistificada, pois a ética no poder (a chamada “ética republicana”) não é um atributo exclusivo da república¹⁷, não sendo desconhecidas várias monarquias cujos governantes são bem mais éticos do que alguns representantes republicanos (basta comparar o Reino Unido com a República de Angola, por exemplo).

Assim sendo, não nos parece correta a associação entre o regime republicano e a necessária prática de atos éticos, já que a probidade no exercício das funções pública é algo inerente ao *múnus* estatal, independente da forma de governo adotada.

3 CONCLUSÃO

À luz de tudo o que foi exposto no presente trabalho, percebe-se que o fenômeno da corrupção é recorrente em todos os tipos de governo e de Estado, cuja origem remonta aos tempos mais antigos e nunca será eliminada por completo, haja vista a natureza humana.

Nesse tocante, viu-se também que um dos postulados fundamentais na prevenção e repressão à corrupção é o da moralidade administrativa, cujas premissas da honestidade, decoro, probidade, justiça e lealdade às instituições encontrou em Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam dois pensadores extremamente antagônicos,

por excelência: a concepção de função pública e cargos públicos estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art.269º) e do bem comum (res publica) e radicalmente diferenciados dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (res privata).” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 7ª edição., 2003, p.227 e 228).

17 “A consagração da forma republicana de governo como limite material de revisão constitucional (artigo 288º, alínea b) e, por outro lado, uma alegada tradição republicana, permitindo descortinar um possível princípio republicano, tem levado a que se fale na existência de uma ‘ética republicana’, vinculativa da conduta dos titulares de cargos públicos, especialmente ao nível de todos aqueles que assumem natureza política (...). Sucede, porém, que, ao invés do invocado, nenhuma relação directa existe entre tais normas de cunho ético no exercício do Poder e a forma republicana de governo: a designada ‘ética republicana’ é um mito, pois tanto conhecemos formas republicanas de governo sem respeito por alguns titulares de cargos políticos de qualquer ética republicana, como sabemos da existência de formas monárquicas de governo em que os governantes têm uma componente ética no exercício das suas funções políticas (v.g., Reino Unido, Suécia).” (PAULO OTERO. Direito Constitucional Português, Volume II. Lisboa: Almedina, 2010, p.196 e 197).

apesar de contemporâneos (início do século XVI).

O primeiro defendeu não só a separação da moral com os assuntos do príncipe, chegando mesmo a incentivar e justificar a prática de atos imorais do monarca em nome da manutenção do poder, que era o único fim válido. Já Erasmo, apesar de reconhecer os vícios recorrentes dos monarcas de sua época, rechaçou os comportamentos imorais e defendeu a ética no agir estatal, mesmo em um regime monárquico.

Aliás, esse contraponto renascentista também serve para demonstrar que ética na política não é exclusividade de repúblicas, mas deve ser um preceito a ser adotado em qualquer tipo de Estado e forma de governo, pois o bem comum só será atingido à luz das balizas da moralidade administrativa.

THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY IN THE PREVENTION AND REPRESSION OF CORRUPTION: THE NEWS OF THE PHILOSOPHICAL COUNTERPOINT BETWEEN MAQUIAVEL AND ERASMUS OF ROTTERDAM

ABSTRACT

The principle of administrative morality is one of the anti-corruption constitutional warrants of a global character that is positive in the Brazilian legal system. To speak of administrative immorality sounds nowadays as synonymous with something wrong. It happens that the history of Western political thought shows that it was not always so. This antagonism, in the Renaissance era, is materialized by the counterpoint of ideas between Niccolo Machiavelli and Erasmo de Rotterdam, whose knowledge is rigorous for all jurists who act in the prevention and repression of corruption, since, occasionally, legitimizing discourses of immoral practices (such as the naming of rulers' relatives for commissioned positions or functions of trust) from the theoretical substratum

formulated by the former and which must be repressed in the light of the latter's.

Keywords: *Administrative morality. Corruption. Machiavelli. Erasmus of Rotterdam.*

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição, Editora Malheiros, 2001;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Princípio da Moralidade Administrativa**. Revista de Direito Tributário nº69, Editora Revista dos Tribunais, 1995;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição., Almedina, 2003;
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II**, Coimbra Editora, 2010;
- CHAPUS, René. **Droit Administratif general, Tomo I**. Paris: Montchrestien, 1995;
- CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Editora Nova Fronteira, 2ª edição, 1986;
- DE MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de Direito Constitucional, Tomo II, Volume 2**.Coimbra Editora, 2014;
- DE ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da Loucura – Tradução Maria Ermantina Galvão**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Editora Atlas, 24ª edição, 2011;
- FILHO, André Pimentel. **(Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2015;
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. Editora Atlas, 4ª edição, 2016;
- FREITAS DO AMARAL. **História do Pensamento Político Ocidental**. Lisboa: Almedina, 1ª edição, 2016;
- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Editora Saraiva, 7ª edição, 2013;

HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8ª edição. Paris: Recueil Sirey, 1914;

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário**. RTDP, Editora Malheiros, 1995;

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado: Tradução de Luís Carlos Borges**. Editora Martins Fontes, 1998;

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe – Tradução e Notas Leda Beck**. São Paulo: Martin Claret Editora, 2012;

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neo-constitucional**. Editora Malheiros;

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, RUI. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010;

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação**. Revista de Direito Administrativo nº190/1, 1992;

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Forense, 37ª edição, 2015;

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português, Volume I**, Almedina, 2014 – reimpressão da edição de 2010;

_____, **Direito Constitucional Português, Volume II**, Almedina, 2010;

_____, **Direito do Procedimento Administrativo, Vol. I**. 1ª Edição, Almedina, 2016;

_____, **Legalidade e Administração Pública**, Almedina, 2011 – 2ª reimpressão da edição de maio de 2003;

REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André. **Direito Administrativo Geral, Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais**. 5ª edição. Lisboa: D. Quixote, 2014;

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Editora Saraiva, 20ª Edição, 9ª tiragem, 2011;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Editora Del Rey, 1994;

ROCHA FURTADO, Lucas. **As Raízes da Corrupção no Brasil – Estudo de Casos e Lições para o Futuro**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

A (Des) Vinculação do Magistrado ao Pedido de Absolvição do Réu Pugnado Pelo Ministério Público em Ação Penal Pública¹

Lucas Gabriel Corrêa Nogueira²

Rafael Fecury Nogueira³

RESUMO

O presente trabalho trata da desvinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública. Com o intuito de constatar se a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública vincula o magistrado, a partir da análise crítica do artigo de 385 do Código de Processo Penal. Utiliza-se a pesquisa teórica, especialmente, dos meios bibliográficos, documentais e jurisprudenciais, propondo-se analisar o papel Ministério Público, e os limites de sua atuação no processo penal brasileiro, e analisar a vinculação do magistrado em face de manifestação pela absolvição do Ministério Público, a partir da ótica de correntes doutrinárias antagônicas.

Palavras-chave: *Desvinculação. Absolvição. Réu. Ação penal pública.*

¹ Data de recebimento: 29/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). E-mail: lucasnogueira.direito@outlook.com.

³ Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Professor de Direito Processual Penal da Universidade da Amazônia (UNAMA); parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); parecerista da Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP). E-mail: rafaelfecury@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a desvinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública, e como problema de pesquisa a seguinte indagação: a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública vincula o magistrado? Acerca do objeto referenciado levantam-se as seguintes questões norteadoras: há limites para o livre convencimento do juiz? qual a natureza da atuação do Ministério Público ao se manifestar pela absolvição do réu? O presente objeto de estudo se insere na área do Direito Processual Penal.

O referido estudo se justifica em face da ampla divergência doutrinária existente sobre o tema, e da repercussão jurídica que o artigo 385 do Código de Processo Penal proporciona, especialmente, após o Texto Constitucional de 1988, que passou a prever o Ministério Público como titular privativo da ação penal pública em possível descompasso com aquele dispositivo infraconstitucional.

Com o estudo, pretende-se, como objetivo geral, confrontar o artigo 385 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional, a fim de demonstrar se o magistrado está ou não adstrito à manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública. Sobre os objetivos específicos, que definem a estrutura teórica, analisar-se-á o papel do Ministério Público como instituição essencial à Justiça, percorrendo o papel que lhe foi atribuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e suas limitações no processo penal, além de analisar se a decisão judicial no sentido da condenação do réu em face de existência do pedido de absolvição pelo Ministério Público conforma-se com o Texto Constitucional, a partir da ótica de correntes doutrinárias antagônicas.

Quanto à metodologia, o tipo de pesquisa utilizado foi a teórica. A análise aplicada é a qualitativa, tendo como tipos de pesquisa a

bibliográfica, documental e jurisprudencial. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, partindo-se de características gerais do processo penal, e para compreender a possibilidade contida no artigo 385 do Código de Processo Penal.

O presente artigo se estrutura em duas partes. A primeira parte, intitulada o Ministério Público e os limites de sua atuação no processo penal, aborda o tratamento dispensado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, alçando o Órgão Ministerial a patamar inédito, fortalecendo tanto a atuação do órgão ministerial quanto de seus membros. Ademais, pormenoriza a atuação do Ministério Público, no âmbito da relação processual penal, já que este atua ora como autor (parte), na ação penal pública, ora como interveniente, na ação penal privada, além de explorar os limites de atuação do órgão ministerial.

A segunda parte, com o título a vinculação do magistrado em face de manifestação pela absolvição do Ministério Público, analisa a existência, ou não, de vinculação do juiz à manifestação do Ministério Público pela absolvição em ação penal pública.

O tema é controverso e desafia a doutrina na busca de respostas para compreender o artigo 385 de forma sistemática e crítica, objetivando este artigo contribuir com o debate doutrinário encetado na doutrina pátria.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput). Tal definição é inovadora em relação às Constituições anteriores, já que alçou a Instituição a patamar inédito

(função essencial à Justiça), fortalecendo tanto a sua atuação, quanto as prerrogativas funcionais de seus membros.

Os poderes, garantias e funções asseguradas pelo Constituinte de 1988 ao Órgão Ministerial são tamanhas que, sem dúvida alguma, ele se personifica como o grande defensor da sociedade, e do regime democrático de direito. Assim sendo, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, o Ministério Público:

(...) representa o órgão especialmente incumbido, pela própria Constituição, de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e com a prática legítima do regime democrático. (MELLO, 2017, pag.3).

Hugo Mazzilli (MAZZILLI, 1998) vai além, e afirma que o Constituinte de 1988, ao conferir tratamento singular ao Ministério Público, quase o elevou ao status de um quarto poder sem qualquer vinculação ou subordinação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também inova ao instituir os princípios institucionais do Ministério Público, em seu art. 127, parágrafo primeiro, a saber: unidade, pois, integra um só órgão e há um só chefe; indivisibilidade, pois, permite que integrantes do Ministério Público possam ser substituídos uns pelos outros, na forma da lei, e a independência funcional, que garante a atuação do membro do Ministério Público vinculado à sua consciência e à lei. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, o cidadão passou a contar com um órgão independente, que postula em juízo e administrativamente em defesa dos direitos difusos e coletivos, como a educação, proteção dos vulneráveis, direito do consumidor, lei penal, patrimônio público, meio ambiente e urbanismo, infância

e juventude, patrimônio cultural, artístico, paisagístico e probidade da administração.

No que concerne ao processo penal, o Ministério Público é órgão agente da relação processual que atua como autor (parte), e como fiscal da lei na ação penal pública, e como interveniente, na ação penal de iniciativa privada.

Assim sendo, no que diz respeito à atuação do *Parquet* na ação penal pública, nossa Carta Magna de 1988, como regra geral, consagrou de forma clara e precisa (art. 127, I) ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública. “[...] isso significa dizer que uma relação processual somente poderá ter início mediante a provocação da pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva” (LIMA, 2017, p. 1.221/1.222). Logo, o Órgão Ministerial assume o papel de sustentáculo da acusação, consubstanciando o interesse punitivo do Estado. Na mesma esteira, o Código de Processo Penal, em seu artigo 257, I, também dispõem que a promoção da ação penal pública é privativa do Ministério Público.

Com efeito, não há espaço para dúvidas acerca da opção do Constituinte de 1988 pelo sistema processual penal acusatório, já que este conferiu a órgão distinto do poder judiciário a tarefa de promover a persecução penal, objetivando assegurar a integridade do modelo acusatório. Garantindo, porém, os poderes do juiz de gerenciador do processo, por meio do impulso oficial, sem que sua imparcialidade possa ser afetada.

Ademais, com a CRFB/88, é extinto o denominado processo judicialiforme, que possibilitava à autoridade policial ou judiciária dar início ao processo penal sem qualquer provocação, mas por ofício, por meio da *ação penal ex officio*. Tal mecanismo feria de morte a parcialidade e equidistância do juiz. A referida possibilidade era expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seus revogados artigos 26 e 531.

Desde a Constituição Federal de 1988, há consenso jurisprudencial

e doutrinário de que tais dispositivos não teriam sido recepcionados pela nova Carta Magna, ante a atribuição privativa da ação penal pública ao Ministério Público. Contudo, o artigo 26 do CPP não foi revogado expressamente – apenas tacitamente. Enquanto que o artigo 531 do CPP foi expressamente revogado pela Lei nº 11.719/08. Assim, quando o Ministério Público se qualifica como autor na relação processual penal, atua em direito próprio como substituto processual, ainda que defenda em nome próprio, direito ou interesse alheio.

Em relação à ação penal pública, em regra será incondicionada, *i.e.*, sem qualquer condição legal. Contudo, poderá ser condicionada, *i.e.*, a atuação do Ministério Público se condicionará à representação do ofendido, ou à requisição do Ministro da Justiça para ser iniciada (artigo 24, do Código de Processo Penal). Em ambos os casos, o oferecimento da denúncia não se dará de forma automática, dependendo da existência de seus requisitos indeclináveis: as condições da ação e a justa causa penal.

Há uma exceção quanto à promoção privativa da ação penal pública pelo Ministério Público, pois, segundo o artigo 5º, LIX, da Constituição Federal de 1988 passou a prever a ação penal privada nos crimes de ação penal pública, quando esta não for intentada dentro do prazo legal, ou seja, é a solução apresentada em face da inércia do Órgão Ministerial. Tal ação é denominada de ação penal privada subsidiária da pública, e já era prevista tanto no Código Penal (art. 100, § 3º), quanto no Código de Processo Penal (art. 29, CPP).

Finalmente, cumpre destacar que se a ação penal pública é atribuição privativa do Ministério Público, devem-se analisar os requisitos necessários para o oferecimento da denúncia. Tal atribuição decorre do princípio “da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 371), quais sejam: interesse de agir, legitimidade de partes e justa causa para a ação penal. Não dispondo dos requisitos necessários, deve o Ministério

Público requerer o arquivamento do inquérito policial ao juízo.

Ressalta-se que decorrente do princípio da Indisponibilidade, “não apenas está o MP obrigado a denunciar (ou pedir arquivamento), senão que, uma vez iniciado o processo, não pode ele desistir, dispor da ação penal” (LOPES JR, 2014, pag. 373). Logo, não poderá o Ministério Público desistir da ação penal, consoante o artigo 42, do CPP.

Já no que toca à ação penal de iniciativa privada, o Ministério Público atuará como interveniente, quando assim, se qualificará como fiscal da ordem jurídica (art. 257, II, CPP), ou seja, como *custos legis* (fiscal da lei). Assim sendo, o Ministério Público zelarà pela correta aplicação da lei e da Constituição nas ações penais públicas e privadas, nas quais se impõem a presença do Órgão Ministerial ao longo do processo. Veja-se que, nessa condição, na ação penal privada, o Ministério Público poderá aditar a queixa-crime (artigo 45, CPP), para a inclusão de circunstâncias de tempo, lugar e *modos operandi*, coautores e partícipes, porém, não poderá incluir outros fatos delituosos.

Ressalta-se que mesmo quando atua como parte, incumbe ao Ministério Público o zelo pela perfeita execução da lei e da Constituição, tanto é que ele próprio poderá pugnar pela absolvição do réu e, até mesmo, impetrar *Habeas Corpus* em favor do acusado, quando necessário, conforme artigo 654, *caput*. CPP. Assim sendo, não pairam dúvidas acerca do papel de destaque desempenhando pelo Ministério Público no âmbito processual penal.

No curso da investigação, cabe ao Ministério Público o controle da atividade policial (artigo 129, VII, CRFB/88), pois “a atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto no regime democrático” (LIMA, 2017, p. 196). Tal controle externo não é sinônimo de uma subordinação hierárquica, ou ausência de independência da atividade da polícia judiciária, mas uma espécie de controle de legalidade da atuação policial.

Deve-se ter claro que, mesmo sendo o Ministério Público um dos

responsáveis pela manutenção da ordem jurídica no Estado, este não é uma instituição superpoderosa, sem limites. O Ministério Público possui limitações de atuação de ordem legal, como por exemplo, não pode quebrar o sigilo telefônico de investigados sem autorização judicial, já que a própria CRFB/88 assegura em seu artigo 5º, XII, o sigilo das comunicações telefônicas, e que, para seu afastamento, torna-se imperiosa e imprescindível a autorização judicial. Na mesma esteira, como regra, não poderá o Ministério Público quebrar o sigilo bancário de investigados sem autorização, pois este decorre do direito fundamental à privacidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593727, com repercussão geral, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover investigações de natureza penal de forma autônoma, e definiu requisitos para atuação do Órgão Ministerial em tais investigações. Logo, fixou limites para atuação do Ministério Público, o que evidencia que o *Parquet* pode muito, mas não pode tudo. Senão vejamos parte do voto da lavra do Ministro Celso de Mello ao aduzir que:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, notadamente naqueles casos que tratem de ofensa ao patrimônio público ou que se refiram a integrantes dos organismos policiais supostamente envolvidos em práticas criminosas, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob a investigação do Estado, observadas, necessariamente, pelos agentes do Ministério Público, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, especialmente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos praticados pelos membros do Ministério Público (Promotores de Justiça e Procuradores da República). (MELLO, 2015, p. 282).

Todavia, mesmo após a fixação da tese acima, pelo Supremo

Tribunal Federal, ainda há resistência doutrinária a investigações criminais promovidas, exclusivamente, pelo Ministério Público sob o argumento de que a atividade investigatória seria exclusiva da Polícia Judiciária, não sendo o Ministério Público dotado do poder de presidir inquéritos, mas sim, de requisitar diligências e instauração de inquérito. Logo, tais investigações do Órgão Ministerial atentariam contra o sistema acusatório, pois criariam um desequilíbrio na paridade de armas, já que haveria uma concentração de medidas judiciais excessivas apenas para uma parte, e esta, ao investigar, poderia direcionar investigações para confirmar convencimento já formando.

Assim, é inegável que o tratamento dispensado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo na consolidação de uma das instituições mais fortes e independentes de nosso regime democrático.

3 A VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO EM FACE DE MANIFESTAÇÃO PELA ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 385 do Código de Processo Penal dispõe, em sua primeira parte, que, em ação penal pública poderá o juiz condenar o réu mesmo quando o Ministério Público pugnar pela sua absolvição. Esse dispositivo é controverso, pois, confronta a função do Ministério Público com os limites da atuação do juiz no processo penal brasileiro, chegando-se mesmo a ser questionada a sua constitucionalidade em face do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

Após o Texto Constitucional de 1988, estabelecendo a função do Ministério Público no processo penal, e no ordenamento jurídico como um todo, tem-se travado um amplo e interessante debate doutrinário acerca da (im) possibilidade de condenação, quando o *Parquet* se manifestar pela absolvição do acusado.

Entendendo ser vedado ao juiz condenar, quando o Ministério

Público pugnar pela absolvição, entende Aury Lopes Junior que o exercício do poder punitivo do Estado está condicionado à provocação do Ministério Público, por meio da pretensão acusatória. Logo, não pode o juiz condenar o réu, quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição, sob pena de exercer o poder punitivo sem a provocação devida. Para esse autor:

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo está condicionado à inovação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (LOPES JUNIOR, 2014. p. 1.143).

Para chegar a tal conclusão (Aury Lopes Jr. (2014), perfila o raciocínio no qual, na ação penal pública, o Estado exerce duplo papel: acusação, por meio do Ministério Público, e julgamento, por meio do juiz. Logo, há nítida e concreta separação de suas atribuições – que deve ser respeitada do início ao fim do processo, sendo que a gestão das provas deve estar nas mãos das partes. Assim, quando o Ministério Público pede a absolvição do réu, equivale à não apresentação de pretensão acusatória, cabendo ao órgão julgador aderir ao entendimento ministerial, já que sem acusação não há exercício do poder punitivo.

Igualmente, Paulo Rangel (RANGEL, 2015, p. 64) defende o confronto do artigo 385 do CPP com o sistema acusatório. Sustenta seu posicionamento, perpassando inicialmente sobre a imparcialidade do juiz e a investigação probatória, já que o magistrado estaria impedido de investigar prova em desacordo da pretensão do autor, pois se assim o fosse, comprometeria sua imparcialidade, e atuaria como

parte. Ressalta que mesmo a investigação probatória em nome da verdade real processual, não autorizaria o juiz a decidir de forma contrária à pretensão autoral, senão para beneficiar o acusado com uma sentença absolutória.

Nesta esteira, Paulo Rangel diferencia os conceitos de ação penal, acusação, processo e objeto do processo, para que a partir destes possamos compreender sua posição. Objetiva demonstrar que, quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição do réu, estaria deixando de exercer a pretensão acusatória e não desistindo da ação penal. Afirma que:

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais a acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui para frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo. (RANGEL, 2015, p. 65)

Nesse bojo, se a pretensão acusatória deixa de ser exercida, o juiz não poderia exercê-la, assim sendo, deve o réu ser absolvido. O citado autor utiliza as ideias de Aury Lopes Jr para a construção de seu posicionamento, logo, ambos os autores comungam do entendimento de que, quando o Ministério Público deixa de exercer a pretensão acusatória, o objeto do processo deixa de existir (não há pedido), não tendo outro caminho a ser trilhado pelo magistrado que não seja a extinção do processo sem julgamento do mérito (absolvição do réu).

Geraldo Prado também se filia a tal entendimento, porém, sua posição é fundada na violação do contraditório, ao entender que é requisito de validade para a sentença. Assim, quando o Ministério Público pede a absolvição do réu, passa a inexistir resistência entre os polos da relação processual penal, logo, a acusação subtrai do

debate matérias que poderiam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Portanto, se há decisão condenatória, a defesa do réu é surpreendida, ofendendo-se, assim, o contraditório. Assim leciona:

Isso não significa que o juiz está autorizado a condenar naqueles casos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. (PRADO, 2006, p. 116).

Observa-se que a construção formulada por Geraldo Prado é mais complexa, em comparação às formulações dos autores anteriores, já que sua ideia fundante reside em uma garantia constitucional, qual seja o contraditório, aliado ao conflito de interesses. Passando ao largo dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, e do conceito e exercício da pretensão acusatória.

De outro lado, também, há substanciosa doutrina que não vislumbra qualquer óbice à possibilidade de o juiz condenar, quando o Ministério Público sustentar a absolvição. Autores clássicos como José Frederico Marques (FREDERICO MARQUES, 2003, p. 34) e Hélio Tornaghi (TORNAGHI, 1995, p. 171), que escreveram suas obras antes do Texto Constitucional de 1988, de forma simplista, já entendiam que o juiz poderia condenar o réu mesmo em face de manifestação absolutória do Ministério Público.

Modernamente nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta que o juiz é livre para apreciar o conjunto probatório e proferir sua decisão, com independência, não subordinado a qualquer manifestação do Ministério Público. Assim leciona que:

(...) do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto

da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está o juiz fadado a absolver o réu, se as provas apontam em sentido contrário. (NUCCI, 2014, p. 613).

Veja-se que esse autor defende, com vigor, a independência do juiz, asseverando o respeito aos princípios obrigatoriedade e da indisponibilidade na ação penal pública. Ademais, sustenta que a partir do recebimento da inicial acusatória, estaria o magistrado impelido, por conta do princípio do impulso oficial, a conduzir o processo a uma decisão final de mérito. “(...) E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la”. (NUCCI, 2014, p. 613). Portanto, em sede de ação penal pública deve haver prevalência do interesse público na persecução.

Do mesmo modo, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior de Amorim defendem que o juiz poderá proferir sentença condenatória em face de manifestação de absolvição pelo Ministério Público, sustentando que a redação do artigo 385 do CPP é clara e técnica, logo cabe ao Ministério Público apenas opinar sobre os pedidos já formulados na denúncia, não podendo desistir do pedido. Assim, todas as demais manifestações apresentadas pelo órgão ministerial não teriam o condão de retirar o pedido formulado na exordial acusatória, pois seria consequência lógica do princípio da indisponibilidade da ação penal. Segundo os autores:

Na verdade, o mencionado art. 385 do Código de Processo Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da Ação Penal Pública (art. 42, CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um ‘parecer’ sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. (SILVA JARDIM; COUTINHO, 2016, p. 81).

Ademais, Afrânio Silva Jardim (SILVA JARDIM, 2016) critica os doutrinadores que entendam de modo diverso, pois tal questionamento só teria surgido depois de 70 anos de vigência do Código de Processo Penal. Para ele seria desarrazoado que um parecer do Ministério Público vinculasse o magistrado, pois a manifestação do *Parquet* não vincularia os sujeitos da relação processual penal, e assevera que há sequer vinculação entre os membros do Ministério Público. E arremata seu entendimento, afirmando que, estando o juiz vinculado à manifestação do Ministério Público, quem estaria absolvendo o réu seria o próprio Órgão Ministerial e não o magistrado.

Segundo Afrânio Silva Jardim (2016), a questão é tão absurda que se tal ideia fosse aplicada ao Tribunal do Júri, teríamos uma verdadeira subtração da competência constitucional do Tribunal Popular. Vejamos o que o mesmo escreve sobre o tema:

A questão fica mais complicada nos crimes de competência do Tribunal do Júri. Muitas vezes, em plenário, deixei de sustentar a acusação feita na denúncia e no Libelo (na época existia esta peça processual). Opinei no sentido de que os jurados deveriam absolver o réu. Isto ocorre constantemente em nosso país. Em todas estas vezes, o juiz de direito que preside os julgamentos, formula quesitos sobre os pontos da acusação e da defesa e os submete à apreciação do Tribunal Popular, por força da competência constitucional. Lógico, que na prática, os jurados acabam absolvendo os réus, mas eles poderiam responder os quesitos em desconformidade com o pronunciamento do membro do Ministério Público. Lembro-me de um caso concreto em que não sustentei uma qualificadora e os jurados aceitaram a qualificadora, respondendo 'sim', ao respectivo quesito. Ora, se o pronunciamento do Ministério Público vinculasse o órgão jurisdicional, obrigando-o a absolver o réu, como resolver tal problema? Deveria ao juiz-presidente exigir que os jurados negassem todos os quesitos da acusação? Absurdo. Deveria o juiz de direito subtrair a competência constitucional do Tribunal Popular e ele mesmo absolver o réu, sem ao menos previsão legal? Absurdo.

Na mesma linha, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que o artigo 385 está diretamente relacionado ao princípio da indisponibili-

dade da ação penal pública previsto no artigo 42 do CPP, defendendo que o juiz não está vinculado à manifestação do Ministério Público, pois se assim o fosse, estaria transferindo ao órgão acusador a decisão final do julgamento. Segundo o autor:

Na verdade, se o Juiz devesse proferir decreto absolutório quando o Ministério Público entendesse conveniente, o direito de punir passaria a pertencer-lhe. Bastaria o Promotor pedir a absolvição e o Juiz, obrigado a atendê-lo. Sendo indisponível a ação penal, não pode o Ministério Público dela dispor. Daí, mesmo que o Promotor postule a absolvição do réu, nada impede que o Juiz profira decreto condenatório. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 964/965).

Observa-se que a corrente doutrinária analisada até agora funda seu posicionamento a partir do princípio da indisponibilidade da ação penal pública e, em menor escala, a partir da independência do julgador.

Enfim, numa perspectiva publicística do processo penal, Marcos Zilli, enfrentando os poderes instrutórios do juiz, mas em raciocínio que pode ser aqui empregado, compreende que:

No equilíbrio de forças potencialmente antagônicas, representado pelo princípio publicístico, espera o Estado que o direito penal seja aplicado de maneira eficaz, o que pressupõe adequado acerto fático. O destino é, pois, imposto ao juiz. (...) Na hipótese em apreço, este 'poder-dever' de acerto, embora de índole discricionária, deve ser articulado sobre a idéia de que o dever condiciona o poder. Ou seja, o exercício eficaz do poder jurisdicional supõe a realização do melhor acerto fático possível. Há, portanto, uma finalidade a ser cumprida e, em torno desta, é mais apropriado falar-se em um dever que se instrumentaliza, de forma indissociável, em vários poderes. (ZILLI, 2003, pp. 119/120).

Vê-se, portanto, que o debate longe está de acabar, pois, o que se vislumbra é o confronto de sistemas e princípios na órbita de atuação do acusador e do julgador.

No modelo de processo penal inspirado pelo sistema acusatório, e de perfil democrático, não faz sentido o julgador, imparcial e inerte por natureza, assumir a acusação, quando o seu titular entende, de forma fundamentada e com base na prova dos autos, ser o caso de absolvição.

A manifestação da acusação pela absolvição do acusado esvazia o conteúdo acusatório, fazendo com que passe a inexistir acusação e, assim, não pode haver condenação. Embora a pretensão punitiva pertença ao Estado-juíz, é indissociável da pretensão acusatória.

Ademais, o princípio da indisponibilidade da ação penal, muito utilizado, não obriga o acusador a acusar e nem impõe ao juiz que condene, quando o Ministério Público se manifestar pela absolvição. O que esse princípio estabelece é a vedação ao Ministério Público de desistir, abandonar a acusação no curso da instrução, *i.e.*, quando a instrução não tiver sido encerrada. Após o termino da instrução o Ministério Público pode dispor da acusação que realizou por meio do pedido de absolvição em alegações finais.

O pedido de absolvição do Ministério Público em alegações finais não é outra coisa senão a disposição da acusação após o encerramento da instrução. Trata-se de um jogo de palavras do Código de Processo Penal proibir o Ministério Público de “desistir” da ação penal e lhe permitir, ao fim, sustentar a absolvição do acusado. A indisponibilidade da ação penal proíbe o Ministério Público apenas de requerer o arquivamento precoce da acusação, não o proibindo, contudo, de o fazer após o fim da instrução processual.

Parece claro que a lógica inquisitorial proposta pelo Código de Processo Penal estimula ao tempo todo a condenação. Isso se vê na possibilidade de o juiz requisitar (determinar) a instauração de inquérito policial (artigo 5º, II), de o juiz discordar do requerimento de arquivamento feito pelo Ministério Público (artigo 28), na indisponibilidade da ação penal iniciada (artigo 42), na possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício no curso do processo (artigo

311) e, agora, na possibilidade de o juiz condenar, quando houver pedido expresso da absolvição (artigo 385), no momento em que a lei trata a manifestação fundamentada do *Parquet* pela absolvição como mera opinião (KHALED JUNIOR, 2013, p. 161). Portanto, para a lógica do Código, as manifestações acusatórias e condenatórias da acusação são manifestações a serem levadas a sério, ao passo que a manifestação absolutória é mera opinião (MIRANDA COUTINHO, 2009, p. 115).

Apenas para ilustrar a inspiração inquisitorial do Código de Processo Penal, e o seu menosprezo pela manifestação do Ministério Público, quando favorável ao réu, reproduz-se uma importante passagem da Exposição de motivos do Código de Processo Penal:

O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, item XII).

Com efeito, a manifestação fundamentada do Ministério Público pela absolvição do acusado é a própria retratação dos termos da denúncia, e o reconhecimento pelo acusador de que a imputação de outrora não deveria ter sido deduzida. Constitui-se, assim, na última oportunidade conferida pela lei ao acusador de reconhecer o próprio erro e evitar, segundo essa ótica, uma injustiça, e não sendo essa manifestação vinculada, estar-se-á trazendo, de forma equivocada, o juiz para um espaço que não é e nem pode ser seu.

Para finalizar e constatar que esse debate doutrinário está longe de ser encerrado, traz-se ao debate o tema sobre a perspectiva do Projeto de reforma do Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal (PLS nº 156/09), prevendo em seu artigo 420, que “o juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites

da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada". Pelo texto aprovado pelo Senado, continuará a se permitir ao juiz condenar diante de pedido de absolvição do Ministério Público, vedando-se, porém, o reconhecimento de agravante e causa de aumento de pena de ofício.

Contudo, no parecer do texto substitutivo apresentado pelo Relator do Projeto de reforma do Código de Processo Penal, na Câmara dos Deputados, na Comissão especial que analisa a proposta (PL nº 8.045/10), ainda não aprovado na Comissão, prevê o futuro artigo 450, que o "juiz proferirá sentença condenatória, nos estritos limites da peça acusatória. Manifestando-se o Ministério Público pela absolvição, não poderá o juiz condenar nem reconhecer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada". Permitir-se-á, contudo, condenação se houver requerimento condenatório do assistente de acusação.

Assim, se o texto do artigo 450 do Código projetado for aprovado, encerram-se os debates acerca do tema. De outra banda, seguirá o saudável debate se se mantiver a proposta feita pelo Senado Federal, demonstrando que o debate deve seguir caminhando.

4 CONCLUSÃO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público é alçado a um patamar diferenciado, ganhando e acumulando funções antes inexistentes, isso está a demonstrar que a atuação do Ministério Público, no processo penal, passa a ter uma nova perspectiva. Essa nova perspectiva não perpassa apenas pelo respeito aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, mas, também, pelo protagonismo (ou essencialidade) acusatório no processo penal.

Essa atuação do Ministério Público, conforme a Constituição

Federal de 1988, não pode permitir mais que a sua manifestação absolutória possa ser desconsiderada pelo juiz. Isso porque, como dito, ao juiz é vedado assumir o protagonismo acusatório na relação processual, pertencente apenas ao Ministério Público.

Ademais, sustentar a possibilidade de o juiz condenar em face de pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, no princípio da indisponibilidade da ação penal, é um argumento frágil diante da própria possibilidade de o acusador público se manifestar pela absolvição do acusado em alegações finais, demonstrando-se que, assim agindo, o Ministério Público está desistindo da acusação deduzida. Assim, o que a indisponibilidade da ação penal objetiva é a desistência precoce da acusação, permitindo-a após o fim da instrução com o pedido de absolvição do Ministério Público em alegações finais.

Portanto, a possibilidade contida no artigo 385, do Código de Processo Penal é incoerente com a relevância que o Ministério Público angariou após 1988, devendo ser revogado. Ademais, a proposta feita no substitutivo do Projeto de Lei nº 8.045/10, em tramite na Câmara, e ainda não votado pela Comissão especial, encartada no artigo 450 do projeto.

Desta forma, resta claro que o artigo 385 do Código de Processo Penal não se coaduna com o atual modelo constitucional imposto ao Ministério Público e à atuação do juiz, representando risco à lisura do processo penal.

THE (NOT) BINDING OF THE JUDGE TO REQUEST FOR ACQUITTAL OF THE DEFENDANT ARGUED BY PROSECUTORS IN PUBLIC PROSECUTION

ABSTRACT

The present work is about the untying of the judge to request for acquittal of the defendant argued by prosecutors in criminal action. In

order to see if the manifestation of the Public Ministry for acquittal of the defendant in criminal action binds the public magistrate, from the clash article 385 of the code of criminal procedure, the accusatory system. Use of theoretical research, especially the media, documentary and bibliographic jurisprudential, proposing to study the role the public prosecutor and the limits of your expertise in criminal proceedings and study the linking of the judge in the face of manifestation for acquittal of the Public Ministry, from the perspective of doctrinal antagonistic currents.

Keywords: *Unlinking. Absolution. Defendant. Public criminal action.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14/08/2017.

Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso 23/11/2017.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Organização de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82296>. Acesso em: 5 jul. 2018. p. 1-17.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2003, v. III.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. Em **alegações finais**, o **Ministério Público**

não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2018.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 5ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** Volumes I e II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua Posição no Processo Penal.** In Revista Justitia, do Ministério Público do Estado de São Paulo, 805/664 (novembro 2002). Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>> Acesso em 20/11/2017

MELLO, Celso de. **Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello,** questão de ordem na petição 7.074 Distrito Federal. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva; Requerido: Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOvotoMCM.pdf>> Acesso em 20/11/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2003.

O Papel dos Estados-Membros na Melhoria Da Proteção Ambiental Brasileira: Diversidade Legislativa em Harmonia com a Riqueza dos Biomas Brasileiros¹

Paulo José Leite Farias²

RESUMO

Este artigo mostra que a federação brasileira potencializa mecanismo institucional de proteção ambiental na medida em que um estado-membro pode se constituir em bem-sucedido laboratório de proteção ambiental por meio do federalismo de cooperação, que lhe garante autonomia parcial para legislar a respeito da proteção do meio ambiente, permitindo adequação entre as normas ambientais e os diferentes biomas brasileiros. Ademais, a garantia de um piso nacional de proteção por meio das normas federais gerais garante a unidade da proteção.

Palavras-chave: *Federação brasileira. Proteção do meio ambiente. Federalismo cooperativo. Biomas brasileiros.*

“Foi para unir as vantagens diversas que resultam da grandeza e da pequenez das nações que o sistema federativo foi criado (...). Nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a das às leis

¹ Data de recebimento: 13/06/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Promotor de Justiça do MPDFT. Mestre em Direito e Estado pela UnB. Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutor na Universidade de Boston (EUA). Professor do Mestrado do IESB-DF e da Escola da Magistratura em Brasília-DF. E-mail: propaulo.farias@gmail.com

um caráter uniforme, que não comporta a diversidade dos locais e dos costumes; não sendo nunca instruído dos casos particulares, só pode proceder com base em regras gerais". (1977, p. 126)

*Alexis de TOCQUEVILLE*³.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra que a federação brasileira se constitui em forma de Estado adequada para a proteção do meio ambiente brasileiro, tendo em vista a diversidade de biomas existentes nas diferentes regiões brasileiras. ZIMMERMANN destaca que o Estado é uma forma de organização política dentro de um território para domínio e regulação de condutas⁴. É nesse aspecto que a federação fornece um modelo para regulação de condutas protetivas do meio ambiente em diferentes níveis de poder territorial.

Para a efetiva proteção do meio ambiente, deve ser observado o largo conceito sistêmico de meio ambiente, que requer modelo que leve em conta, por um lado, a diversidade dos elementos que o compõem e, por outro, a necessidade de ação unitária de proteção, subjacente à própria proteção sistêmica prevista no art. 225 da Constituição Federal.

No que se refere à necessidade de proteção do meio ambiente, considerado como unidade, ALVARO MIRRA⁵, fazendo interessante analogia entre o Direito Ambiental brasileiro e uma "bacia hidrográfica", observa que a proteção do meio ambiente globalmente considerado (o "rio principal") não pode ser obtida sem a proteção dos elementos setoriais (os "afluentes"), verbis:

3 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977, p. 126.

4 ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 10.

5 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil". In *Revista dos Tribunais*, vol. 706, ano 83, agosto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.11.

O Papel dos Estados-Membros na Melhoria Da Proteção Ambiental Brasileira: Diversidade Legislativa em Harmonia com a Riqueza dos Biomas Brasileiros¹

Paulo José Leite Farias²

RESUMO

Este artigo mostra que a federação brasileira potencializa mecanismo institucional de proteção ambiental na medida em que um estado-membro pode se constituir em bem-sucedido laboratório de proteção ambiental por meio do federalismo de cooperação, que lhe garante autonomia parcial para legislar a respeito da proteção do meio ambiente, permitindo adequação entre as normas ambientais e os diferentes biomas brasileiros. Ademais, a garantia de um piso nacional de proteção por meio das normas federais gerais garante a unidade da proteção.

Palavras-chave: *Federação brasileira. Proteção do meio ambiente. Federalismo cooperativo. Biomas brasileiros.*

“Foi para unir as vantagens diversas que resultam da grandeza e da pequenez das nações que o sistema federativo foi criado (...). Nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a das às leis

¹ Data de recebimento: 13/06/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Promotor de Justiça do MPDFT. Mestre em Direito e Estado pela UnB. Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutor na Universidade de Boston (EUA). Professor do Mestrado do IESB-DF e da Escola da Magistratura em Brasília-DF. E-mail: propaulo.farias@gmail.com

um caráter uniforme, que não comporta a diversidade dos locais e dos costumes; não sendo nunca instruído dos casos particulares, só pode proceder com base em regras gerais". (1977, p. 126)

*Alexis de TOCQUEVILLE*³.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra que a federação brasileira se constitui em forma de Estado adequada para a proteção do meio ambiente brasileiro, tendo em vista a diversidade de biomas existentes nas diferentes regiões brasileiras. ZIMMERMANN destaca que o Estado é uma forma de organização política dentro de um território para domínio e regulação de condutas⁴. É nesse aspecto que a federação fornece um modelo para regulação de condutas protetivas do meio ambiente em diferentes níveis de poder territorial.

Para a efetiva proteção do meio ambiente, deve ser observado o largo conceito sistêmico de meio ambiente, que requer modelo que leve em conta, por um lado, a diversidade dos elementos que o compõem e, por outro, a necessidade de ação unitária de proteção, subjacente à própria proteção sistêmica prevista no art. 225 da Constituição Federal.

No que se refere à necessidade de proteção do meio ambiente, considerado como unidade, ALVARO MIRRA⁵, fazendo interessante analogia entre o Direito Ambiental brasileiro e uma "bacia hidrográfica", observa que a proteção do meio ambiente globalmente considerado (o "rio principal") não pode ser obtida sem a proteção dos elementos setoriais (os "afluentes"), verbis:

3 TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977, p. 126.

4 ZIMMERMANN, Augusto. Teoria geral do federalismo democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 10.

5 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil". In Revista dos Tribunais, vol. 706, ano 83, agosto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.11.

Servindo-nos de uma imagem bem ecológica, poderíamos dizer que o Direito Ambiental brasileiro corresponde a uma imensa “bacia hidrográfica”. Esta “bacia” é integrada por um “rio principal”, formado pela Constituição Federal, pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei federal nº 6.938/81), pelas Constituições dos Estados e pelas Declarações Internacionais de Princípios de Estocolmo de 1972 (sobre o Meio Ambiente Humano) e do Rio de Janeiro de 1992 (sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), e por seus “afluentes e subsistemas hidrográficos”, formados pela legislação ambiental setorial (Código Florestal, Lei de Proteção à Fauna, Legislação sobre Poluições, Legislação sobre Atividades Nucleares, Legislação sobre Parques, Reservas etc.).

Como é próprio dessa modalidade de sistema, existe uma permanente interação e interdependência entre todos os elementos e entre todas as normas da “bacia”, uns influenciando e condicionando os outros. Efetivamente, a proteção dos elementos setoriais – os “afluentes” – não pode estar desvinculada da proteção do meio ambiente globalmente considerado – o “rio principal” – e, conseqüentemente, não se pode dar apenas pela aplicação isolada da legislação setorial, sem a observância das disposições existentes na legislação mais ampla e genérica. Do mesmo modo, é certo também que a proteção do meio ambiente globalmente considerado (o “rio principal”) não pode ser obtida sem a proteção dos elementos setoriais (os “afluentes”), com o respeito às normas a eles correspondentes. (grifo nosso).

Destacando as disparidades existentes entre os diferentes Estados-membros e regiões do País, o professor e jusfilósofo INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO⁶, ao tratar do tema Federalismo e Descentralização, em seminário que formulava propostas para a Constituição de 1988, bem ressalta a necessidade de adoção de um modelo federalista moderno de participação fazendo referência expressa ao constitucionalista cearense PAULO BONAVIDES, verbis:

Nessa encruzilhada, a Constituinte se defrontará, necessariamente, com dois modelos ou variantes do federalismo – o federalismo clássico, ou da autonomia, e o federalismo

6 COELHO, Inocêncio Mártires. “Federalismo e descentralização”. In Revista de Informação Legislativa, no 87, jul./set., Brasília: Senado Federal, 1985, p. 26 e 27.

moderno, ou de participação (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 103). **Descartada a opção pelo modelo clássico, que não nos serve, principalmente em razão das grandes disparidades ainda existentes entre os diferentes Estados e regiões do País** – disparidades que se agravariam se os Estados pequenos perdessem a assistência da União em nome de uma falsa autonomia, puramente formal e suicida – abre-se para nós a via exclusiva do federalismo de participação, via que haveremos de percorrer com prudência e cautela, porque é a mais facilmente exposta a deturpações, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, onde, disfarçada em federalismo de cooperação, tem sufocado as unidades-membros, reduzindo-as à condição de entes desprovidos de vontade própria, inteiramente dependentes do Poder Central, que a todos preside e por todos decide. (grifo nosso)

CARL SCHMITT⁷, abordando a necessidade de um mínimo de homogeneidade na ação estatal, assinala que a resolução das antinomias federativas fundamenta-se na garantia de uma atuação uníssona de todos os seus membros em determinadas questões fundamentais. Nesse sentido, o modelo federativo fornece subsídio para que a proteção ambiental seja construída por patamares mínimos aplicados (por meio das normas gerais já estudadas no capítulo anterior) a todos os membros da coletividade federativa. ROGER FINDLEY⁸, tratando da descentralização da proteção do meio ambiente nos Estados Unidos e ressaltando a necessidade do estabelecimento de padrões mínimos nacionais de proteção ambiental, assinala *verbis*:

A regulamentação ambiental nos Estados Unidos era quase totalmente descentralizada 25 anos atrás. Constituíam exceções o controle pelo governo federal da exploração de recursos naturais em terrenos federais e na plataforma continental externa dos oceanos e os incentivos federais para a regulamentação estadual da poluição em lagos e rios navegáveis. Ao mesmo tempo que os municípios exerciam com frequência controle sobre a urbanização das terras locais, somente alguns estados controlavam a poluição de modo significativo. Alguns desses estados, no entanto, como a Califórnia e Nova York, eram altamente industria-

7 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. México: Editora Nacional, 1981, p. 432, *verbis*: “La disolución de las antinomias de la Federación estriba en que toda Federación descansa sobre un supuesto esencial, cual es el de la homogeneidad de todos sus miembros, homogeneidad sustancial que da lugar a una coincidencia concreta, fáctica, de los Estados-miembros y es causa de que no se produzca en el seno de la Federación el caso extremo de conflicto”.

8 FINDLEY, Roger W. “Descentralização da Proteção do Meio Ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas”. In Revista de Direito Ambiental, nº 02, ano 01, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 07.

lizados, muito populosos e politicamente poderosos. Por temerem que as indústrias viessem a mudar-se para outros estados onde o controle da poluição fosse pequeno ou nenhum, a Califórnia, Nova York e outros grandes estados pressionaram o Congresso a adotar padrões nacionais mínimos de poluição. O Congresso o fez na Clean Air Act (Lei do Ar Puro) de 1970 e na Clean Water Act (Lei da Água Limpa) de 1972.

Nesse aspecto, o modelo federativo, visto como mecanismo de proteção interna ambiental, adequa-se como uma luva à proteção ambiental, garantindo a proteção do meio ambiente de forma sistêmica (protegendo o meio ambiente em cada entidade federativa de acordo com as suas peculiaridades e, no âmbito nacional, garantindo normas protetivas dirigidas ao sistema visto como um todo), haja vista que:

a) o federalismo promove a unidade protegendo a diversidade à medida em que concede autonomia aos entes descentralizado⁹ na resolução de seus problemas setorializados¹⁰;

b) o federalismo é **dinâmico, como deve ser a proteção ambiental, adequando-se às mutáveis circunstâncias da complexa ponderação de interesses entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, em um país com enorme diferenças geográficas e ecológicas entre as suas diversas regiões**¹¹;

9 Tratando das vantagens da descentralização, FINDLEY no art. "Descentralização da proteção do meio ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas". In Revista de Direito Ambiental, nº 02, ano 1, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 8, assinala, verbis: "Quais são os maiores incentivos para a descentralização da regulamentação do meio ambiente? As variações em preferências dos cidadãos entre, de um lado, a melhoria da qualidade ambiental e, de outro lado, o desenvolvimento econômico e industrial, ou receitas em dinheiro mais altas são um. Estados mais nitidamente voltados à proteção ambiental tendem a ser desenvolvidos em termos industriais, e poderosos em termos econômicos e políticos. Os Estados menos desenvolvidos geralmente optam por explorar seus recursos sem o custo ou a inconveniência de norma ambientais rigorosas."

10 Para viabilizar a compatibilidade já analisada entre desenvolvimento e preservação ambiental, surgiram instrumentos conciliatórios que possibilitam a análise do impacto ambiental sobre determinado meio em que se pretenda efetuar algum projeto de desenvolvimento. Salienta-se que esta análise deve preceder qualquer atividade no local porque o objetivo é a prevenção de danos e, não, o reparo porque, na maioria dos casos, esses são irreversíveis.

11 FINDLEY, op. cit., p. 8, nesse aspecto, afirma, verbis: "Um segundo fator que favorece a descentralização são as diferenças existentes nas condições geográficas e ecológicas entre as diversas regiões. Por conseguinte, padrões uniformes para efluentes talvez sejam inadequados, visto que resíduos

c) o federalismo **permite a experimentação criativa de novos modelos de proteção ambiental**. A Federação, como um todo, beneficia-se da possibilidade de seus componentes servirem de laboratório de novos modelos econômicos e ambientais, sendo que os modelos bem sucedidos poderão ser adotados por outros membros da Federação ou adaptados a toda Federação.

Tratar da questão federativa e de sua sinergia para a proteção do meio ambiente leva-nos necessariamente a investigar a diversidade das regiões geográficas que compõem o território nacional. Ademais, tendo em vista o texto constitucional vigente, arts. 23, 24 e 30 (que trata respectivamente da competência administrativa e legislativa de todos os entes federativos de proteção do meio ambiente), deve-se entender como a cooperação federativa foi detalhada na política nacional do meio ambiente (Lei 6938/81) na descrição das diretrizes e objetivos da proteção ambiental no Brasil.

Assim, o primeiro capítulo apresenta dados extraídos do IBGE sobre duas das cinco regiões geográficas brasileiras indicando as suas características geográficas com o objetivo de demonstrar as peculiaridades de cada uma das regiões, bem como a classificação em quatro regiões do Brasil de MILTON SANTOS e MARIA LAURA SILVEIRA no que se ao desenvolvimento econômico e social.

O segundo capítulo analisa as principais diretrizes e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, destacando o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) como conjunto de órgãos federais, estaduais, distrital e municipais que tem como objetivo geral a preservação e melhoria da qualidade ambiental em todas as regiões brasileiras.

O terceiro capítulo e último capítulo destaca que cada ente do SISNAMA, em especial os estados-membros, pode contribuir para a criação de modelos bem-sucedidos de proteção do meio ambiente.

orgânicos que podem causar sérios danos a um pequeno rio podem ter pouco efeito ao serem despejados em partes do oceano”.

Ressalta que os estados-membros podem ser vistos como laboratórios de inovação das práticas estatais de proteção do meio ambiente e que a União deve estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental.

2 A DIVERSIDADE DAS REGIÕES BRASILEIRAS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO FEDERATIVO

O Brasil possui superfície de aproximadamente 8,5 milhões de quilômetros quadrados e densidade demográfica média de menos de 20 habitantes por quilômetro quadrado.

Estes dados, entretanto, estão longe de refletir a realidade brasileira, que tem, na região metropolitana de São Paulo, 10% de toda a população do País em área que é apenas um milésimo da superfície total. A densidade demográfica, nesse caso, é maior do que 2.000 habitantes por quilômetro quadrado¹². Estes números chamam a atenção para a complexidade de fatores que compõem o mosaico demográfico brasileiro.

A esse mosaico demográfico soma-se diversidade socioeconômica, ecológica, climática, étnica, orográfica e hidrográfica do Brasil.

Para ressaltar a problemática ambiental **dentro da diversidade do nosso País e, conseqüentemente, a importância do modelo federado para garantir a unidade de proteção ambiental respeitando a diversidade existente**, o presente artigo abordará, de forma sucinta, as principais características de duas regiões (norte e nordeste) das cinco existentes que compõem a nação brasileira com ênfase na problemática ambiental e econômica de cada uma delas.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – classifica o país em cinco blocos territoriais (Norte, Nordeste, Centro-oeste, Sudeste e Sul) com traços físicos, humanos, econômicos e sociais comuns. A divisão do país em regiões feita em 1970 facilita o agru-

12 De acordo com o último censo demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que mantém um site na internet com inúmeras informações estatísticas sobre o Brasil, utilizadas ao longo deste trabalho no endereço www.ibge.gov.br, acesso em 17/12/2014.

pamento de dados estatísticos e ajuda no planejamento de políticas públicas voltadas para áreas com necessidades semelhantes. Já MILTON SANTOS e LAURA SILVEIRA propuseram outra divisão regional em “quatro regiões” (Amazônia (envolvendo a região Norte), Centro-oeste, Nordeste e Concentrada (envolvendo o Sul e Sudeste)) baseado no aspecto da quantidade de recursos tecnológicos, no volume de atividades econômicas e na situação da agropecuária em relação à mecanização e à integração com a indústria¹³. Ambas destacam as diversidades do país que afetam de sobremaneira a proteção do meio ambiente tendo em vista não só as condições naturais (prevalentes na classificação do IBGE) como as econômicas (prevalentes na classificação de MILTON SANTOS/MARIA LAURA SILVEIRA).

2.1 A Região Norte

O mundo todo tomou conhecimento, nos últimos anos, da Amazônia, a região menos povoada do Brasil, por conta do debate que se estabeleceu em torno das queimadas e do corte de parte de sua floresta. Como ensinam SANTOS e SILVEIRA “é uma região de rarefações demográficas herdadas e baixas densidades técnicas”¹⁴.

Trata-se da maior reserva contínua de floresta tropical úmida do mundo, ocupando mais de um terço da superfície brasileira e partes igualmente significativas da Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana e Suriname. A região é cortada pela linha do equador acima do Rio Amazonas, que corre paralelo àquela linha no seu trecho brasileiro.

A região mantinha-se praticamente intacta por causa dos mecanismos de autodefesa do ecossistema, que dificultavam enormemente sua devastação. Para ocupar a floresta, é necessário abrir estradas de acesso e estas obras são de elevado custo, por causa das colossais

13 SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 268-273.

14 SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 272.

dimensões do espaço amazônico e das dificuldades de enfrentar as reações da selva, do clima, dos insetos e dos animais ferozes e peçonhentos, sem contar com os conflitos com os povos da floresta. Além disso, é altamente custoso manter estas estradas trafegáveis. Exemplificando tal assertiva, ressalta-se que a estrada Transamazônica, aberta nos anos setenta, ligando o nordeste seco à Amazônia úmida, no trecho amazônico foi quase totalmente perdida, tomada, novamente, pela regeneração da vegetação exuberante.

Tal situação, no entanto, modificou-se, analisando-se os danos recentes divulgados pela imprensa. Por exemplo, observa-se que eles decorrem de altos investimentos do governo em rodovias e em subsídios para a derrubada da mata e na implantação da economia agropastoril.

Enquanto a ocupação se dava por meio da navegação pela rede fluvial, a fixação do homem ocorria de forma mais integrada com o ecossistema, registrando-se o impacto de sua presença apenas de forma pontual e esparsa, não chegando a comprometer extensões contínuas, como hoje ocorre ao longo de rodovias e de ferrovias que cruzam a Amazônia.

Nesse sentido, WERNER ZULAUF¹⁵ assinala, *verbis*:

A composição do solo da maior parte da região favorece o fenômeno da erosão. Na hipótese de grandes desmatamentos, deve-se atentar para as mudanças climáticas, que tendem a acentuar as alternativas entre estiagens e chuvas, assim como promover chuvas mais intensas. Esses fatores climáticos, agindo sobre um solo frágil, tendem a exacerbar a erosão, assorear os rios e provocar por via de consequências, grandes inundações. Falar em grandes inundações na

¹⁵ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 13. Deve-se ressaltar que o autor desse trabalho foi Presidente da CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, empresa pública paulista pioneira no controle da poluição no País, que juntamente com a FEEMA – Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, constituem dois dos principais pólos de gestação de ciência e tecnologia ambiental no Brasil. Interessante observar que o Governo Federal, historicamente, só despertou para a proteção ambiental institucionalizada em um órgão próprio (SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente –, vinculada ao Ministério do Interior), após a conferência de Estocolmo realizada em 1972. A respeito da evolução da proteção ambiental do Brasil, vide WERNER ZULAUF, op. cit., p. 1 a 9.

bacia do maior rio do mundo em vazão de água é apontar para catástrofes jamais vistas ou sequer imaginadas.

Sinais evidentes da tendência acima, observam-se já hoje em vários rios da bacia. O Rio Acre é um exemplo. No início do século o rio era navegável até Xapuri (a cidade ficou conhecida por ter sido o cenário de vida e da morte trágica de Chico Mendes, o líder seringueiro assassinado por fazendeiros por causa da sua luta contra os desmatamentos na Amazônia), a montante de Rio Branco (capital do Estado do Acre), próximo da divisa com a Bolívia. Hoje, a navegação com barcaças não se dá mais acima da cidade de Boca do Acre, já no Estado do Amazonas, trezentos quilômetros a jusante de Xapuri e duzentos de Rio Branco. Entretanto, sobrevoando-se a região, observa-se que o desmatamento foi relativamente pequeno, não havendo sinais de solo desnudo em extensões grandes. Esse caso serve de alerta, pois, mesmo uma pequena intervenção já produziu impacto de vulto. A fragilidade do solo amazônico pressupõe-lo à desertificação.

Portanto, as características peculiares dessa região fazem que o grande desafio da Amazônia seja desenvolver um modelo socioeconômico adequado com base no extrativismo racional não predador, no ecoturismo, na indústria de transformação dos produtos nativos, na mineração ambientalmente branda, na pesquisa científica e tecnológica, enfim, em atividades que mantenham a maior parte da cobertura florestal, para a preservação do patrimônio genético, para a sustentação do solo e para a manutenção da navegabilidade dos rios.

2.2 A Região Nordeste

A hidrografia é constituída por série de bacias fluviais, onde se destaca a do Rio São Francisco, não só por sua extensão, como também por sua importância na navegação e na economia regional. Suas nascentes estão ao sul da região semiárida, no Estado de Minas Gerais, o que dá, a este rio, a condição de rio perene, ao contrário da maior parte dos rios do Nordeste, que são intermitentes. O São Fran-

cisco é um oásis linear de centenas de quilômetros de comprimento, proporcionando água para irrigação e potenciais notáveis de energia hidroelétrica já em fase final de utilização. Condição semelhante é a do rio Parnaíba, na divisa entre os Estados do Piauí e do Maranhão. Embora hoje rio perene, por força da represa de Boa Esperança, originalmente era também rio intermitente.

As características climáticas do Nordeste estão intimamente associadas à pluviosidade, tanto no que se refere aos seus totais, como à sua distribuição. Dessa forma, os tipos climáticos subdividem-se em úmidos e secos. O tipo climático úmido ocorre no noroeste do Maranhão, na faixa atlântica oriental, desde o norte da Paraíba até o sul da Bahia, e ainda nas manchas úmidas do Agreste e do Brejo Paraibano. O tipo climático seco distribui-se pelo restante da região.

A vegetação reflete a diversidade dos fatores ambientais da região, constituindo-se das formações das planícies litorâneas e das baixadas, que se estendem por quase todo o litoral da região, das florestas perenifólias e estacionais, que ocorrem no litoral oriental e nas porções noroeste e central do Maranhão; das florestas dos cocais que ocorrem no norte deste Estado; das formações até o sul da Bahia, ocupando as depressões planálticas; e das formações de cerrado, que ocorrem nas porções centro-sul dos Estados do Maranhão e Piauí e oeste da Bahia¹⁶.

Como destacam SANTOS e SILVEIRA “é uma área de povoamento antigo, onde a constituição do meio mecanizado se deu de forma pontual e pouco densa e onde a respectiva circulação de pessoas, produtos, informação, ordens e dinheiro era precária”¹⁷.

Junto com a Região Norte, forma a parte mais pobre do País. A maior concentração populacional dá-se nas faixas úmidas, onde se acabam concentrando também os maiores problemas sociais, particularmente nas periferias das grandes cidades. O sertão, ape-

16 IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 17/06/2018.

17 SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 271.

sar das condições climáticas desfavoráveis, ainda assim é habitado, sendo, o sertanejo, um forte por seleção natural. Embora escassas as chuvas de “inverno” (pouco a ver com o frio) e as “trovoadas” do verão são suficientes para a sustentação da população que vive e interage com o meio ambiente. Ciclicamente ocorrem flagelos aos sertanejos, quando não chove na época prevista. Famílias inteiras são obrigadas a migrar para as cidades do litoral ou para o Sul do País, deixando no abandono seus pertences, seu gado e suas pequenas lavouras secas, por absoluta falta de água. O fenômeno dessas migrações tem reflexos profundos nos processos de adensamento das grandes cidades nordestinas, bem como no vertiginoso crescimento das cidades do Sudeste e Centro-oeste, particularmente, São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília.

Sobre o ecossistema dessa região, WERNER ZULAUF¹⁸ tece interessantes comentários, verbis:

O agreste brasileiro é um ecossistema notável, onde ocorre o domínio da “caatinga”, vegetação aclimatada à secura do ar e do solo. Assim como a floresta amazônica, também a caatinga oferece resistências naturais a sua ocupação extensiva, existindo ainda em grandes quantidades graças a essa característica. A irrigação e a tecnologia, embora importantes para amenizar os problemas sociais da região, têm sido utilizadas de forma pouco racional, resultando a destruição da caatinga, apesar de demonstrações claras, através de programas com apoio da FAO, que o manejo sustentado desse ecossistema permite a convivência do homem com aquela natureza diferenciada.

As faixas úmidas do litoral do nordeste são ainda hoje denominadas “zona da mata” por causa da sua cobertura florestal primitiva pela “Mata Atlântica”. Atualmente, quase nada resta dessa “floresta ombrófila densa”, sendo a área totalmente ocupada com a monocultura da cana de açúcar. O turismo é uma das vocações mais fortes da região nordestina, particularmente no litoral, pelo abundante sol, durante o ano inteiro, pela paisagem paradisíaca, e pelos padrões

¹⁸ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 21.

culturais, forjados pela agressividade do meio, com certeza a mais típica e consolidada cultura brasileira, mescla homogeneizada dos precursores indígenas, do negro africano e do europeu remoto dos primeiros tempos da colonização. O turismo tende a ocupar a faixa litorânea, valorizando os empreendimentos imobiliários da orla marítima. Esta tendência é uma ameaça ao ecossistema como os manguezais, as dunas, os complexos lagunares-estuarinos e os poucos remanescentes da mata atlântica.

Dos tempos modernos, além dos confortáveis hotéis, surge mais um ingrediente ambiental capaz de, se bem comercializado, reforçar o appeal do nordeste para o turismo internacional: trata-se da sua localização, em baixa latitude, onde o monitoramento científico não tem detectado reduções na camada de ozônio estratosférico e onde, portanto, ainda é saudável expor-se ao sol sem correr riscos adicionais de se contrair dermatoses malignas ou cataratas.

Importante assinalar que a região nordeste se caracteriza como uma região de grandes movimentos migratórios para as outras regiões do País, na busca pela sua população de melhor qualidade de vida. Esse fato ressalta que a competição entre as unidades federadas de um Estado federal, pode muitas vezes ocasionar fluxos migratórios desordenados que comprometem a própria distribuição espacial urbana gerando graves desequilíbrios urbanísticos e de sustentabilidade ambiental.

3 A POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E O SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (SISNAMA)

A política nacional do meio ambiente brasileira vigente foi estabelecida pela Lei nº 6.938, de 31.8.1981, com fundamento no artigo 8º, inc. XVII, alíneas “c”, “h” e “i”, da Constituição de 1969, que davam à União competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, florestas e águas.

A Lei nº 6.938/81 é norma geral, nacional, porque não se confunde com uma simples lei federal aplicável apenas pela União. Ela, de fato, é uma lei nacional, pois estabelece um sistema nacional do meio

ambiente. Esse sistema, composto por órgãos federais, estaduais e municipais, tem por objetivo ações integradas de proteção ao meio ambiente em um país federativo.

Nesta lei, definem-se as diretrizes, o conteúdo geral, os objetivos, os fins, os mecanismos, o sistema e os instrumentos da Política Nacional do Ambiente. O Artigo 2º da Lei nº 6.938/81 diz textualmente que “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental (...) e à proteção da dignidade da vida humana (...)”.

Sobre a terminologia empregada neste artigo 2º da Lei, JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁹ entende que:

O objeto de uma coisa é a finalidade, o propósito, que a realização de tal coisa visa atingir. Não se trata propriamente de objetivo como consta do art. 2º da Lei nº 6.938/81. Esse dispositivo emprega a palavra objetivo em sentido diferente do mesmo termo usado no art. 4º. O objetivo no art. 2º refere-se ao objetivo último da Política Nacional do Meio Ambiente, o que melhor se exprime pelo termo finalidade como razão de ser de dita Política.

Dir-se-á, então, que a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objeto a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com a finalidade de assegurar, no País, as condições adequadas ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim para atingir tais finalidades, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente brasileiro insere, no seu texto, vários tipos de instrumentos para a proteção ambiental. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, os instrumentos de proteção natural podem ser classificados em **instrumentos de intervenção ambiental, instrumentos de controle ambiental e instrumentos de controle repressivo**²⁰:

Destes instrumentos deve ser destacado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). **Com clara preocupação na diversi-**

19 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-217.

20 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 218.

dade geográfica brasileira e respeitando o modelo federal, o artigo 6º da Lei nº 6.938/81, modificado posteriormente pela Lei nº 7.804 de 18 de julho de 1989, constitui o **Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)**²¹ que é um conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e de fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental sob a direção superior do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

O SISNAMA está composto por órgãos que espelham o modelo federativo de busca de uniformidade com respeito a diversidade. Assim, os órgãos nacionais/federais fornecem uma moldura (Conselho de Governo, CONAMA, Ministério do Meio Ambiente) na qual a atuação dos entes descentralizados (órgãos seccionais e locais) atuam para pintar quadros de acordo com as inúmeras diversidades naturais federativas.

4 OS ENTES FEDERADOS VISTOS COMO LABORATÓRIOS QUE CONCORREM PARA A BUSCA DE NOVOS MODELOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Brasil deve resgatar o conceito fundamental da Lei nº 6.938/81, que é **a abordagem sistêmica na ação de defesa do meio ambiente expressa no Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.**

Isto significa agir, de forma clara e precisa, para a integração dos órgãos federais, estaduais e municipais, delimitando-se as competências de cada um dos níveis de autoridade ambiental com acompanhamento e supervisão colegiada conforme já visto.

21 ZULAUF, Werner E. Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 69, assinala, verbis: "A expressão Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA foi criada em 1981, na Lei Federal no 6.938, mas, na prática, o Sistema já vinha funcionando desde 1972, entre os Estados e a União".

Ademais, a coparticipação de todos os entes federados na atividade de proteção ambiental, destaca a possibilidade de que cada ente federativo experimente novos modelos legislativos e administrativos de gestão ambiental, que poderão ser compartilhados pelos outros entes federativos.

No modelo federal, conforme assinala TORQUATO JARDIM²², analisando a obra de JAMES BRYCE, há a possibilidade de que se façam experiências legislativas e administrativas que não poderiam ser feitas em um país grande e centralizado.

Desse modo, indica *verbis*:

Uma terceira ordem de argumentos indica três benefícios que se podem esperar do federalismo. Primeiro, permite, como já salientei, que um povo faça experiências legislativas e administrativas que não seriam, se tentadas em um país grande e centralizado, realizadas com a necessária segurança. Uma comunidade relativamente pequena, como um Estado-membro, pode, mais facilmente do que uma nação, fazer e desfazer suas leis ou alterar sua política. Dessa experiência só têm a lucrar os demais Estados-membros.

4.1 Os Estados-membros vistos como laboratórios de experimentação ambiental

A Federação permite, aos seus componentes, a possibilidade de se tornarem laboratórios de experiências sociais e econômicas, podendo, as experiências bem sucedidas, serem transplantadas para os outros componentes.

Assim, os Estados-membros (partes da proteção ambiental de todo território nacional) são meios convenientes para multiplicar as opções do povo em assuntos nos quais a uniformidade nacional não seja imperativa, ou não seja desejável.

Nesse diapasão, BERNARD SCHWARTZ²³, citando discurso do

22 JARDIM, Torquato Lorena. "Aspectos do federalismo norte-americano". In Revista de Informação Legislativa, no 82, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1984, p. 77.

23 SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Trad. de Elcio Cerqueira, Rio de Janeiro:

Presidente REAGAN e pronunciamentos do Juiz BRANDEIS e da Juíza O'CONNOR da Suprema Corte, afirma *verbis*:

Em sua fala de 1983 sobre o Estado da União, como já vimos, o Presidente Reagan referiu-se aos estados como “dinâmicos laboratórios de mudança numa sociedade criativa”. Ao fazer isto, apoiou-se no famoso conceito de federalismo exposto há meio século pelo Juiz Brandeis: “É um dos incidentes felizes do sistema federal que um único e corajoso estado possa, se seus cidadãos o quiserem, servir como um laboratório e tentar novas experiências sociais e econômicas sem risco para o resto do País.

O conceito de Brandeis só foi expandido no ano passado pela Juíza O'Connor, a primeira mulher nomeada para a Corte Suprema dos Estados Unidos. Ao discordar da decisão tomada no caso Comissão Federal Regulamentadora da Energia versus Mississipi, ela declarou: “Os tribunais e os comentaristas, frequentemente, têm reconhecido que os 50 estados servem como laboratórios para o desenvolvimento de novas ideias sociais, econômicas e políticas. Esta inovação estadual não é um mito judicial. Ela, então, relacionou algumas inovações estaduais importantes, tais como o sufrágio feminino, o seguro-desemprego, as leis sobre salário-mínimo, o chamado seguro *no-fault* de automóveis (com indenização às vítimas de acidentes segundo suas perdas reais) e as leis de proteção ambiental. Assim, como disse no mês passado o Presidente da Corte Suprema Burger, “a flexibilidade para a experimentação não somente permite que cada estado ache melhores soluções para seus próprios problemas: é o meio pelo qual cada estado pode lucrar com as experiências e as atividades de todo o resto”. (grifo nosso).

Exemplificando, no âmbito ambiental brasileiro a experimentação feita pelos Estados-membros, vistos como laboratórios de pesquisa de eficientes maneiras de ponderação do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental, deve-se citar a legislação paulista como modelo de proteção ambiental pioneiro e que influenciou as demais legislações adotadas, inclusive às federais.

Conforme ensina WERNER ZULAUF²⁴:

(...) a transferência dos serviços de controle da poluição do ar, a cargo da Superintendência de Saúde Ambiental – SU-SAM da Secretaria de Saúde do Estado, para a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB em 1975 e a criação, na mesma CETESB nessa ocasião, de uma unidade de tecnologia de resíduos sólidos, deu início a ação de defesa do meio ambiente em larga escala em São Paulo. Da fusão até o final da administração que a promoveu (governo Paulo Egydio Martins) em 1979, a CETESB cresceu de 600 para 2.000 funcionários. As ações no campo dos recursos naturais, particularmente as políticas de botânica, florestal e de pesca, continuaram na Secretaria da Agricultura, somente se integrando às demais atividades em 1987, no âmbito da então já criada e instalada Secretaria do Meio Ambiente. **Este breve histórico do que ocorre em São Paulo é necessário porque nessa mesma época muitos outros estados desenvolveram seus órgãos próprios, sofrendo forte influência daquilo que acontecia no mais poderoso estado da federação.** (grifo nosso)

Como o *Justice* BRANDEIS sugeriu em 1932, um Estado Federal beneficia-se pelo fato de que “um simples e corajoso estado-membro poder, se a sua população quiser, servir de laboratório e experimentar novos modelos sociais e econômicos sem colocar em risco as outras unidades federativas do país” (tradução nossa)²⁵.

Assim, promovendo a unidade com respeito à diversidade, o federalismo busca não somente a proteção dos direitos fundamentais, mas, também, promover a inovação e a mudança essencial para a manutenção da eficiência do sistema federal às novas circunstâncias fáticas.

4.2 O papel da união na proteção ambiental local

Deve-se ressaltar que a particularidade de determinados ecos-

24 ZULAUF, Werner E. *Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades*. Pesquisas, no 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 53.

25 *New York Ice Co. versus Liebmann*, 285 U.S., 262, 311 (1932).

sistemas nacionais exige a adoção de modelos particulares de desenvolvimento sustentável, apoiados por políticas nacionais, determinando, pois, a adoção setorializada de soluções locais amparadas nacionalmente de forma sistemática, o que pode ser feito a contento no modelo federal de cooperação, conforme já estudado.

Ilustrando tal assertiva, observa-se que as dificuldades para a adoção do desenvolvimento sustentável na Amazônia podem ser entendidas na medida em que se acompanha a cadeia produtiva da borracha nativa da floresta amazônica, que começa pelo seringueiro, passa pelo seringalista (dono do seringal) ou pelo regatão (comerciante embarcado que troca mercadoria de subsistência por borracha), para chegar ao usineiro (beneficiamento e classificação da borracha) e daí para as indústrias do centro-sul, produtoras de artefatos de borracha, com destaque para a indústria de pneumáticos. No último elo da cadeia, o produto tem que competir com a borracha de cultivo das florestas plantadas no próprio território nacional e com a borracha do sudeste asiático, particularmente da Malásia²⁶.

O Professor ANDREAS KRELL, no mesmo sentido, indica que: “não devemos perder de vista que uma lei estadual não é, por sua natureza, mais adequada para resolver um problema do que um ator normativo federal”²⁷.

Sob a necessidade de apoio nacional, por meio de soluções sistêmicas que levem em conta não só os custos econômicos, mas também o desenvolvimento da economia regional e a preservação ambiental do ecossistema, WERNER ZULAUF²⁸ afirma, *verbis*:

Os seringueiros são verdadeiros “guardiões da biodiversidade” e não é justo que exerçam esse papel mediante tão grande sacrifício pessoal, quando os benefícios da sua atuação e do seu modo de vida estendem-se para toda a humanidade, não tanto para esta geração, mas, principalmente e de forma crescente, para as gerações futuras. (...)

26 Consoante ensinamentos de ZULAUF (op. cit., p. 129), ao tratar das dificuldades para a adoção do Desenvolvimento Sustentável na Amazônia.

27 KRELL, Andreas J. Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

28 ZULAUF, Werner E. Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 129 e 130.

A crise da borracha nativa brasileira atinge não apenas o seringueiro – embora seja ele o maior prejudicado – mas estende-se para o seringalista (uma espécie em extinção), ao regatão e ao usineiro, todos empobrecidos com a crise de preços do setor. Uma carga de borracha produzida no município de Cruzeiro do Sul, no Estado do Acre, só tem dois caminhos para chegar ao Centro-Sul: ou é embarcada em avião, o que requer capital para bancar o transporte, ou segue em barças pelo Rio Juruá até o Rio Amazonas, passando por Manaus, capital do Estado do Amazonas, daí subindo o Rio Madeira até a cidade de Porto velho, capital do Estado de Rondônia, sendo daí embarcado por via rodoviária até São Paulo; a viagem de barco demora 25 dias e a de caminhão (mais de 3.000 quilômetros) demora outros 5 a 7 dias, sem contar o tempo de transbordo e eventual armazenamento. Do ponto de vista econômico convencional, a situação seria amenizada com a construção da rodovia Rio Branco/Cruzeiro do Sul. Esta obra, entretanto, provocaria o desmatamento de grande faixa marginal, no norte do Estado do Acre e no sul do Estado do Amazonas, hoje, densa floresta amazônica. **A solução não convencional seria melhorar as condições de transporte fluvial e aéreo, subsidiando-os se necessário por conta da preservação do ecossistema e sua rica biodiversidade.** (grifo nosso).

Portanto, verifica-se, nesse caso concreto do ecossistema amazônico, a efetiva necessidade da busca de soluções sistêmicas (tal qual a apresentada pelo autor) para os problemas de proteção ambiental brasileiro, vistos com suas peculiaridades locais, sem, entretanto isolá-los do conceito unitário de ambiente e da íntima correlação do bem ambiental com o bem econômico, o que muitas vezes exige o lastro da União para a efetiva resolução de um problema local.

Por fim, a necessária unidade de tratamento do problema ambiental (que apresenta permanente interação e interdependência entre todos os elementos) na analogia de ÁLVARO MIRRA, encontra no modelo federal brasileiro excelente instrumento permitindo a transposição das experiências bem-sucedidas a outros membros da Federação ou à própria entidade central do modelo federal.

5 CONCLUSÃO

A grandiosidade da tarefa de proteção do meio ambiente e as enormes desigualdades decorrentes dos diferentes graus de desenvolvimento econômico dos diferentes estados-membros e regiões do Brasil, bem como a diversidade de ecossistemas a serem protegidos tornam o modelo federativo excelente mecanismo institucional de proteção ambiental interna. A adequação do modelo federativo à proteção ambiental interna decorre das seguintes características do modelo federal:

a) a promoção da unidade de proteção, com respeito a diversidade à medida em que concede autonomia aos entes descentralizados na resolução de seus problemas setorializados, não deixando de estabelecer normas mínimas federais invioláveis;

b) a dinamicidade da Federação, que se adequa às mutáveis circunstâncias da complexa ponderação de interesses relativos à proteção ambiental e ao desenvolvimento econômico, em um país com enormes variedades de biomas nas suas cinco regiões geográficas instituídas pelo IBGE e de diferentes graus de desenvolvimento econômico dos entes federados como assinala a classificação de MILTON SANTOS e MARIA LAURA SILVEIRA;

c) a experimentação criativa de novos modelos de proteção ambiental, uma vez que os componentes da federação podem ser laboratórios de novos modelos econômicos e ambientais, que, se bem-sucedidos, poderão ser adotados por outros membros da Federação.

d) a eficiente alocação de recursos para a proteção ambiental, evitando a sobrecarga do poder central e permitindo que o mesmo se concentre no trato dos problemas interestaduais como ocorre na implementação da infraestrutura de desenvolvimento econômico.

A política nacional do meio ambiente, projeção do modelo federal no âmbito de proteção ambiental, institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que é um conjunto articulado de ações

governamentais nos diferentes níveis do Estado federado. O SISNAMA, pois, representa, de forma concreta, a necessária coordenação e cooperação federativa dirigida para a proteção ambiental prevista no artigo 225 da Constituição.

A federação permite, aos seus componentes, a possibilidade de se tornarem laboratórios de experiências sociais, econômicas e ambientais, podendo, as experiências bem-sucedidas serem transplantadas para os outros componentes sem maiores riscos.

Por fim, a necessária unidade de tratamento do problema ambiental e a complexidade de seus elementos formativos encontram no atual modelo federal brasileiro eficiente mecanismo institucional de proteção ambiental.

THE ROLE OF BRAZILIAN STATES IN THE IMPROVEMENT OF ENVIRONMENT'S PROTECTION: HARMONY BETWEEN DIFFERENT RULES AND A RICH BRAZILIAN ENVIRONMENT DIVERSITY

ABSTRACT

This article intends to demonstrate that the Brazilian Federation is a powerful institutional mechanism of environmental protection, as a single state may serve as a laboratory of successful environmental policies using the cooperative federalism who allows the state to build rules regarding environmental protection according to the differences among Brazilian biomes. Furthermore, the federal environment regulation builds unit and a minimum protection standard.

Keywords: *Brazilian federation. Environmental protection. Cooperative federalism. Brazilian biomes.*

REFERÊNCIAS

ALCKMIN anuncia construção de estação de água de reuso. *Jornal de Brasília*. Brasília, 05 novembro 2014. Disponível em: <<http://www.jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/584540/alckmin-anuncia-construcao-de-estacoes-de-agua-de-reuso/>>. Acesso em: 29. jun. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. **“Federalismo e descentralização”**. In *Revista de Informação Legislativa*, nº 87, jul./set., Brasília: Senado Federal, 1985.

FINDLEY, Roger W. **“Descentralização da Proteção do Meio Ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas”**. In *Revista de Direito Ambiental*, nº 02, ano 01, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 17.jun. 2018.

JARDIM, Torquato Lorena. **“Aspectos do federalismo norte-americano”**. In *Revista de Informação Legislativa*, nº 82, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1984.

KRELL, Andreas J. Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **“Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil”**. In *Revista dos Tribunais*, vol. 706, ano 83, agosto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SANTOS, Milton; Silveira, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. México: Editora Nacional, 1981.

SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Trad. de Élcio Cerqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

ZIMMERMANN, Augusto. Teoria Geral do Federalismo Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, nº 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994.

O Poder Regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público: uma releitura à luz da proposta de termo de ajustamento de conduta na seara do direito administrativo sancionatório.¹

André Farah²

RESUMO

O presente artigo retrata o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público. Para verificar como este se dá, foi eleita para estudo a proposta de utilização de termo de ajustamento de conduta no direito administrativo sancionatório. Paralelo a isso, o texto alerta para o necessário respeito ao princípio constitucional da autonomia administrativa do *Parquet*. Com isso em mente e olhando para a referida proposta, sugere-se o uso de parâmetros, a fim de encontrar um equilíbrio entre o citado poder regulamentar e o respeito ao princípio da autonomia. A metodologia utiliza de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental, com investigação de dados secundários produzidos pelo próprio CNMP e pela doutrina jurídica, ancorada em uma abordagem qualitativa.

Palavras-Chave: *Poder Regulamentar; Princípio da Autonomia; Conselho Nacional do Ministério Público.*

¹ Data de recebimento: 03/04/2018; Data de aceite: 18/06/2018.

² Promotor de Justiça do MPRJ e mestre em Direito Público, pela UERJ, com graduação pela PUC-Rio. E-mail: andre_farah@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foi criado a partir da atuação do poder constituinte derivado reformador, através de Emenda Constitucional (E.C. nº 45/2004). Sua competência circunscreve-se ao controle da atuação administrativa e financeira do *Parquet*, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos seus integrantes. Dentro desse guarda chuva abstrato, para o que aqui interessa, consta a nobre função de zelar pela autonomia funcional e administrativa da Instituição, permitindo-se a legisferação respectiva.

O problema que se coloca é se sempre deve o CNMP regulamentar as matérias que entender pertinentes de forma minuciosa e específica. A hipótese a ser testada é que, não poucas vezes, seria interessante o poder regulamentar se exteriorizar pela fixação de parâmetros. Desse modo, o objetivo deste trabalho é verificar a pertinência no uso de *standards*, na regulamentação do poder do CNMP. Para tanto, em primeiro plano, será descrito o poder regulamentar do CNMP, não se esquecendo, porém, de um princípio caro ao *Parquet*, o da autonomia. Após, para dar colorido ao que se escreve, será analisada a proposta de regulamentação do uso de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), na seara do direito administrativo sancionatório. Então, uma visão comparativa, voltada para a fixação de parâmetros, será declinada.

2 O PODER REGULAMENTAR DO CNMP

O poder regulamentar do CNMP tem fonte direta na Constituição de 1988. O próprio art. 130-A, da Carta, o contempla. Assim, as respectivas resoluções possuem força normativa primária, ficando em paridade com a lei (CRUZ; MARTINS, 2013, pp. 32-33). No entanto, é importante afirmar que o CNMP não deve ser equiparado ao legislador democraticamente eleito, podendo, nos atos de fiscalização

administrativa, expedir norma que diz respeito a fatos concretos. Por isso, segundo Streck, Sarlet e Clève, resta impossibilitada a criação de direitos e obrigações; bem como a inovação legislativa (2005). Nesse sentido, o poder regulamentar estaria jungido à colmatação da lei, sendo injurídico atuar “com força ou contra a lei” (ALMEIDA, 2006, p. 21). A par da discussão e em paralelo ao tema, o STF entendeu pela juridicidade na formação do Conselho Nacional de Justiça, no julgamento da ADI nº 3.367/DF.

Portanto, o relevante é trabalhar dentro do que o CNMP tem apresentado. Isso, no entanto, não impede que seja enxergado um ponto sensível e rapidamente explicitado. O CNMP deve zelar pela autonomia funcional e administrativa. Tal significa que a “Instituição está imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística” e que existe a “prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal, à administração e à aquisição de bens” (GARCIA, 2008, pp. 93-94). Como lembra Di Pietro, autonomia é o poder de criar o próprio direito (2002, p. 368). Com essa ordem de ideias, por determinação constitucional, o poder regulamentar do CNMP deve ser pautado na defesa das apontadas autonomias. Como a gestão de pessoal necessariamente engloba eventual punição a membro do *Parquet*, atrai-se para esse campo o direito administrativo sancionatório e aqui se impõe uma atuação do CNMP que proteja e respeite a referida autonomia.

3 A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO TAC NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Apesar do acima dito ter uma forte conotação prescritiva, é preciso averiguar como tem se portado o CNMP. Para tanto, escolheu-se a proposta de minuta de aplicação de TAC em procedimentos disciplinares, formulado pelo CNMP, para estudo (BRASIL; CNMP, 2018).

Ao se analisar essa proposição, verifica-se a tese pela qual se

admite a formalização de TAC quando da prática de condutas que importem em sanções de advertência, censura e suspensão pelo prazo de 30 (trinta) dias, sendo estas consideradas de menor potencial ofensivo. Isso porque, fazendo-se um paralelo com a Lei nº 9.099/95 e com olhos na Lei federal nº 8.112/90 o procedimento disciplinar mais simples abarca a aplicação de advertência e a referida suspensão. Deste modo, são sanções cujas condutas caracterizam-se como de menor potencialidade, merecendo uma consensualidade a fim de mais bem resolver a questão, entregando-se efetividade e evitando-se a prescrição. O instrumento escolhido para tanto foi o TAC.

Diante desse cenário, o CNMP apresentou uma minuta, já contendo os dispositivos específicos para o tema. O que o presente trabalho irá fazer, é analisar alguns desses dispositivos e aferir se respeitam o princípio da autonomia administrativa, especificamente levando-se em conta a legislação do *Parquet* fluminense. A partir disso, na próxima seção, apresentar-se-ão parâmetros que, entende-se, melhor equilibrariam o poder regulamentar do CNMP e sua função de zelar pelo princípio da autonomia administrativa.

3.1 A dificuldade em se considerar a suspensão por 30 (trinta) dias como infração de menor potencial ofensivo

Na justificação e no parágrafo único, do art. 1º, da minuta, com olhos no ordenamento federal, fixou-se que são sanções administrativas que retratam menor potencialidade a advertência, a censura e a suspensão por até 30 (trinta) dias. E assim se fez porque no art. 145, II, da Lei federal nº 8.112/90, tais infrações são processadas através do rito mais abreviado para aplicação de sanção.

Apesar disso, existe um óbice de legalidade. A Lei Complementar (LC) estadual nº 106/2003, que rege o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), no art. 154, afirma que o procedimento mais célere, para apuração de faltas, é o procedimento administrativo dis-

ciplinar sumário. Este só cobre o processamento de advertência e de censura. Assim, sequenciando a lógica da justificação, as infrações de menor potencialidade, no âmbito institucional fluminense, seriam a advertência e a censura.

Partindo para uma visão mais ampla, a questão aqui está situada na órbita do federalismo. Tal é a forma de estado pela qual entes públicos autônomos e não soberanos restam unidos por uma vinculação inquebrantável. Em seu âmbito, goza-se de autoadministração, auto organização e legislação própria (HORTA, 2002, pp. 305-448). Nesse sentido, então, o legislador estadual, na forma do art. 139, §1º, I, da LC estadual 106/2003, previu expressamente que a suspensão deve ser processada por meio de processo administrativo disciplinar ordinário. Isso significa que, no âmbito estadual, dentro da autonomia própria que cada estado da federação possui, a sanção de suspensão não pode ser considerada uma violação de menor ofensividade, não existindo nem mesmo lacuna a atrair aplicação por analogia da lei federal citada (ARAGÃO, 2012, pp. 49-51).

3.2 A eleição do TAC como meio alternativo de solução de conflitos

O CNMP elegeu o TAC como o instrumento a viabilizar, pela via consensual, o problema de efetividade e de prescrição, em procedimentos disciplinares que possam, ao final, aplicar sanções cujas condutas são de baixa ofensividade.

A questão, porém, gira em torno da existência de vários outros institutos que, ao passo que entregam uma solução cooperativa, talvez possuam desenho mais consentâneo com o desejado. Analise-se, pois, a ideia da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Em que pese possuírem raiz comum e ser dito que o TAC funciona à semelhança da transação (CARNEIRO, 2003, p. 119), é importante

distingui-los. Pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo, o suposto autor do fato não assume como sua a conduta sob análise. Já aquele que subscreve o TAC “se obriga a ajustar a sua conduta àquilo que a lei determina” (JATAHY, 2004, p. 241). É dizer, pela transação penal (BRASIL, STJ, 2016) ou pela suspensão condicional do processo (BRASIL, STJ, 2011), que não se assume a culpa, não sendo esta uma característica do TAC.

Daí que surge uma bifurcação. O TAC pula uma etapa, enquanto a transação penal e a suspensão condicional do processo, não. Descumprido um TAC, implementa-se o ajustamento, pela via executiva. Desobedecidas as condições da transação penal ou da suspensão condicional do processo, o caminho, segundo jurisprudência do STJ (2018 A e B), é seguir na busca da cognição em relação ao fato e autoria, percurso, entretanto, positivado no §2º, do art. 8º, da minuta.

O que se demonstra, então, é que o CNMP escolheu a possibilidade de solução consensual de conflito na órbita sancionatória e também qual instrumento pode ser utilizado. Em que pese isso, deu-lhe formato que lembra medidas despenalizadoras penais.

3.3 A escolha de quem acompanha e declara o cumprimento da medida

Outro ponto merecedor de reflexão é a previsão nos arts. 7º e 8º, §1º, da minuta. Por eles, diz-se que a celebração do TAC será comunicada à chefia imediata do membro, que acompanhará o efetivo cumprimento das condições, o qual deverá ser declarado por esta autoridade. O problema é descobrir quem é a chefia imediata do Procurador e do Promotor de Justiça. O Procurador de Justiça não é chefe do Promotor. O contrário também é verdade. Aliás, é repudiado qualquer princípio hierárquico funcional (MAZZILLI, 2000, p. 165).

Especialmente, por causa do princípio da independência funcional, é tarefa assaz difícil afirmar quem é o chefe imediato que a minuta

exige. Talvez uma ajuda possa ser buscada a partir do princípio da unidade. Pelo mesmo, “os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe” (MAZZILLI, 2000, p. 141). Por esse sentido, levando-se em conta que, na estrutura administrativa, a chefia última é o Procurador-Geral de Justiça (PGJ), a única solução é apontar para o PGJ a chefia de todos.

Essa chefia, então, segundo a minuta, teria o encargo de fiscalizar o cumprimento do TAC, sendo claro que essa atribuição pode ser delegada (GARCIA, 2008, p. 174) a um outro órgão na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça.

3.4 O tratamento diferenciado entre membros do MPRJ

Questão importante que surge da opção regulamentadora do CNMP é o tratamento diferenciado entre Procuradores e Promotores de Justiça. Isso se dará no estudo da homologação da solução consensual. Segundo o disposto no art. 3º da minuta, a autoridade competente para instaurar procedimento disciplinar é quem pode celebrar o ajuste, devendo a homologação ser efetuada pela autoridade responsável pela aplicação da sanção.

Partindo-se da afirmação de que se está tratando de conduta infracional, o importante é descobrir qual órgão na estrutura administrativa é competente para instauração e aplicação da sanção. No regime jurídico do MPRJ, em caso de Promotor de Justiça, a instauração de procedimento e a aplicação de advertência e censura, tem atribuição da Corregedoria-Geral do Ministério Público (CGMP). Nessa mesma hipótese, porém, para Procurador de Justiça, a instauração necessita de autorização do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e a aplicação das mencionadas sanções é de atribuição do PGJ. Ou seja, a instauração cabe à CGMP, com prévia autorização do apontado Órgão Especial, classificando-se esse ato como complexo, posto que resultado das vontades conjugadas de

dois órgãos diferentes (MELLO, 2002, p. 378). A aplicação da sanção é de competência do PGJ.

Em vista disso, a celebração e homologação do TAC enfeixam-se nas atribuições da CGMP, se o processado é Promotor de Justiça. Neste caso, pode ser dito que não fará sentido a homologação por quem imediatamente antes celebrou o instrumento. Logo, em verdade, inexistirá homologação.

Porém, uma situação inusitada se dará se o processado é Procurador de Justiça. A celebração do TAC configurar-se-á em ato complexo entre a CGMP, e o Órgão Especial, já que a instauração do processo disciplinar, como visto, tem essa característica. A respectiva homologação, por sua vez, fica nas mãos do PGJ. Ocorre que essa arquitetura normativa leva a uma distinção indevida.

Na exata hipótese descrita, a celebração de TAC com Promotor de Justiça não contará com homologação, ante a impropriedade já destacada. Porém, a situação não é a mesma para Procurador de Justiça. Nesta ocasião, não só a celebração é ato complexo, como deverá existir uma homologação, por parte de terceiro componente da Administração Superior do MPRJ, o PGJ.

Este arranjo normativo empresta maior dificuldade na formalização do TAC, em desfavor do Procurador de Justiça, sem qualquer razão aparente. Se é exigida conjugação da vontade do Órgão Especial, para instauração de procedimento, essa dificuldade vem a favor do Procurador de Justiça. Contudo, um obstáculo a mais incorporado na fixação de homologação do TAC, por parte do PGJ, quando o mesmo não se dá com a figura vizinha do Promotor de Justiça, configura tratamento distinto e não isonômico, sem justificativa para tanto.

3.5 A celebração de TAC com Procurador de Justiça no curso do procedimento

A minuta previu, em seu art. 5º, §1º, a possibilidade de celebração

de TAC no curso do procedimento disciplinar. Parece claro, mas é importante ressaltar, que a interpretação do mesmo deve ser em conjunto com a do art. 3º, o que, no entanto, direciona o estudo também ao explicitado no subitem acima.

O apontado §1º, do art. 5º, dá a entender que a celebração se dá com a autoridade instauradora do procedimento e esta, como dito, é a CGMP. A pergunta que se põe é se a celebração do TAC, no bojo do procedimento em andamento, faz com que o ato administrativo deixe de ser complexo. É dizer, iniciado o feito em desfavor de Procurador de Justiça, no meio do mesmo, pode a CGMP celebrar o TAC, sem o concurso da vontade do Órgão Especial? Um primeiro pensamento poderia seguir a linha no sentido da dispensa, até mesmo pela literalidade do dispositivo citado. Nele, a autorização do Órgão Especial, para iniciar o processo, permite entender que a CGMP pode seguir no processamento como bem lhe aprouver.

O problema nessa lógica é a configuração de tratamento diverso para o mesmo processado, o Procurador de Justiça, que receberá dupla checagem quanto aos termos do TAC, na hipótese do TAC vir logo no momento da instauração do feito administrativo, em comparação ao momento posterior, quando haveria somente uma checagem. Além disso, o tratamento igualitário melhor atende à ideia de transparência e responsividade junto à população, destinatária final das ações administrativas.

Para se evitar qualquer questionamento público sobre porque se celebrou um TAC em determinado momento, mostra-se mais adequado que sempre, nessa hipótese, o ato seja complexo, salvo quando, desde logo, no momento da autorização para processamento, o Órgão Especial expressamente permita uma futura celebração de TAC. Isso, porém, só poderá ocorrer com a exposição de critérios claros que permitam a sindicabilidade do seu raciocínio.

3.6 Apagamento da existência do fato do histórico funcional

A última análise a respeito da regulamentação procedida pelo CNMP diz respeito ao apagamento da conduta irregular, por parte do membro do *Parquet*, na hipótese de avençar medida para se compatibilizar ao direito. Isso tem vez porque o *caput*, do art. 8º, da minuta, afirma que após dois anos da data estabelecida para o término da vigência do TAC, o registro do mesmo será cancelado. Isso tem ligação com o inciso IV, do art. 4º, da minuta, que veda a celebração de TAC, “com o agente público que, nos últimos dois anos, já tenha gozado do mesmo benefício ou possua registro válido e eficaz de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais”.

Mais uma vez constata-se que o CNMP vislumbrou um instituto e já deu o destino a ser caminhado. O raciocínio plasmado na minuta é próprio da transação penal e da suspensão condicional do processo. Nelas não se permite o gozo do mesmo benefício, após certo período de tempo. Tal ocorre porque inexistente assunção de responsabilidade pelo fato do qual se está sendo processado. Assim, há um prazo para que não se desacredite do sistema (NUCCI, 2008, pp. 764-765), bem como para que a anotação na folha de antecedentes criminais fique “invisível” (NUCCI, 2008, p. 766).

Ocorre que, repita-se, o CNMP afirmou a necessidade de um instituto consensual de resolução de conflito e, desde logo, elegeu-o, na forma de TAC. Nele, porém, o membro do *Parquet* assume a prática da conduta, não fazendo sentido o apagamento da anotação. Restam caracterizados o fato e a autoria, com respectiva aplicação de sanção.

4 O USO DE PARÂMETROS

Na seção anterior foi cumprido o escopo de analisar a minuta de proposta de uso de TAC no direito administrativo sancionatório. Pelo estudo, viu-se que o CNMP, forte na ideia da eficácia da resolução

consensual de conflitos, pretende positivar não só uma estrutura genérica, mas também minudenciar características que entende relevantes. Seguindo o itinerário antes previsto, agora é o momento de apontar uma crítica construtiva quanto a essa estratégia. Diz-se isso, enfatizando o que foi pontuado, porque é necessário um fino equilíbrio entre o poder regulamentar e a defesa do princípio da autonomia administrativa do *Parquet*.

Nesse sentido, com olhos voltados para a seção acima, defende-se que o meio do caminho que respeita tanto o poder regulamentar, como a higidez do princípio da autonomia é a fixação de parâmetros. Este mister não é fácil, porém se mostra relevante no desenho constitucional existente. Dessa forma, abaixo serão analisadas as situações dos subitens anteriores e verificadas se havia a possibilidade de indicação de um padrão mais abstrato de atuação, para, com isso, abrir-se a oportunidade de concretização do princípio da autonomia. Este é, então, o padrão de atuação que o presente trabalho propõe.

No primeiro subitem, foi demonstrada a dificuldade em se considerar a suspensão por 30 (trinta) dias como infração de menor potencial ofensivo, frente à legislação do MPRJ. O tema aqui inclusive atrai uma observação quanto à forma de estado federal do Brasil. A par disso, é possível vislumbrar um atuar diverso do CNMP. O mesmo acolheu a ideia de infração administrativa de menor potencial ofensivo. Porém, arrazoando isso em legislação apenas federal, especificar quais as sanções que significam esse conceito poderia ser evitado, abrindo margem para atuação do princípio da autonomia. Ou seja, de forma prescritiva, o CNMP deveria fixar os parâmetros para fixar a infração de menor potencialidade, mas não especificar quais são essas infrações e, portanto, sanções.

O segundo subitem tratou da opção legisferante do CNMP, pelo TAC como meio alternativo de solução de conflitos. Assim, não só foi expressa a necessidade de um instrumento para resolver consensualmente conflitos, na seara do direito administrativo sancionatório,

como se decidiu qual ferramenta é essa. O problema é que uma gama de opções existe ao lado do TAC. Os próprios institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo foram lembrados. Se correta é a eleição da ideia de que um instrumento deve ser confeccionado para tal fim, minudenciá-lo já está no raio de abrangência coberto pelo princípio da autonomia.

O CNMP, como ficou consignado no terceiro subitem, escolheu quem acompanha e declara o cumprimento do ajustado. Pela concepção que aqui está sendo desenhada, o importante aqui teria sido a indicação de que algum órgão deveria cumprir esses papéis. Como explicado, inexistente chefia imediata, no regime jurídico do *Parquet*, só podendo ser vislumbrada uma chefia, o do PGJ. O equilíbrio aqui entre poder regulamentar e princípio da autonomia seria contemplar-se a exigência de um órgão para acompanhamento e declaração do cumprimento do consentido. Entretanto, a especificação de qual seria o mesmo viria através de normatização interna de cada ramo do *Parquet*.

A celebração e a homologação do ajuste não passaram despercebidos pelo CNMP, o que foi visto no quarto subitem supra. E de fato, na engrenagem jurídica isso é imprescindível. Porém, as respectivas atribuições foram vertidas para órgãos próprios. Como evidenciado antes, essa estrutura acabou por conferir tratamentos distintos a membros do *Parquet*, sem justificativa a tanto. Prever a celebração e a homologação, assim como a exigência de órgãos distintos a realizarem tais funções estaria no âmbito do poder regulamentar. Só que a eleição de cada um desses órgãos encontra óbice no princípio da autonomia.

No quinto subitem foi constatada uma dificuldade na celebração de TAC com Procurador de Justiça no curso do procedimento. A celebração mais uma vez foi contemplada, dentro do correto uso do poder regulamentar do CNMP. Não obstante, pelas palavras da proposição, transmite-se a ideia de que somente a autoridade ins-

tauradora do feito cuidará da celebração. Esta especificação não está em conformidade com o princípio da autonomia, sobretudo pela peculiaridade exposta linhas acima, de um procedimento entre CGMP e Órgão Especial, para a formação do ato complexo. Assim, deveria a proposta ter se restringido a contemplar a possibilidade de celebração de TAC no curso do procedimento, para que, dentro da margem de atuação aberta pelo princípio da autonomia, fosse obedecido o procedimento de formação do ato complexo.

O último subitem concebeu o apagamento da existência do fato do histórico funcional do membro do *Parquet*. Na verdade, essa uma consequência da opção por um instrumento desde já formatado pelo CNMP. Como asseverado, tal aproxima-se mais das medidas despenalizadoras penais. O apagamento de anotação na folha funcional poderia ter sido contemplado na proposta, dentro do poder regulamentar. Entretanto, para respeitar o princípio da autonomia, deveria ter sido condicionado às características do instrumento escolhido pela unidade do Ministério Público para viabilizar a ideia de solução consensual de conflitos no direito administrativo sancionatório. Desse modo, teria sido fixado um parâmetro de modo abstrato, para, quando da concreção do princípio da autonomia, haver um caminho a ser seguido.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou comparativamente enxergar o fenômeno regulamentar sob duas perspectivas, a existente e a que se entende deveria ser posta em prática. Não se negou o poder regulamentar do CNMP, em que pese ter indicado pensamentos, na doutrina, que tal deve ser balizado pela lei. Em paralelo a isso, estando inclusive no mesmo dispositivo constitucional, destacou-se o dever de proteção do princípio da autonomia administrativa do *Parquet*, titularizado pelo CNMP.

A partir desse desenho, exigente de um equilíbrio entre as funções regulamentar e de zelo do princípio citado, analisou-se o atuar do CNMP em sua proposta de aplicação de TAC na seara do direito administrativo sancionatório. Ficou demonstrado, por argumentos de índole dialógica – no sentido de inexistir um maior contato entre instituições para a de poder regulamentar mais abrangente ser mais contida em seu atuar – e federativa, que muitos dos dispositivos avançam em seara que deveria estar resguardada aos ramos locais de Ministério Público.

Foi esse o propósito da terceira seção. Com olhos no descrito na segunda seção, parâmetros foram oferecidos, para, um, dar robustez aos argumentados levados a efeito nesta segunda seção; e, dois, mostrar que existe alternativa normativa, para o proceder do CNMP. Neste segundo aspecto, o CNMP, calculando que ultrapassara a concretização do seu poder regulamentar, como desenvolvido na terceira seção, pode dar um passo atrás, agindo de modo a fixar balizas de ação.

Frente a tudo isso, portanto, o trabalho oferece duas conclusões, de maneira didática:

1 havendo espaço normativo para o exercício do princípio da autonomia administrativa, o CNMP, em respeito ao arranjo constitucional existente, deve exercer seu poder regulamentar de forma comedida, zelando pelo mencionado princípio.

2 enxergada essa possibilidade, propõe-se que o CNMP atue, no desempenho de seu poder regulamentar, através da fixação de parâmetros.

THE REGULATORY POWER OF NATIONAL PUBLIC MINISTRY COUNCIL: a re-reading in the light of the proposal of adjustment term of conduct in the field of administrative sanctioning law

ABSTRACT

The following paper reflects the regulatory power of National Public Ministry Council. In the purpose to verify how this is done, the proposal for the use of an adjustment term of conduct in administrative sanctioning law was chosen for study. Parallel to this, the text alerts to the necessary respect of the constitutional principle of Parquet's administrative autonomy. With this in mind and looking at this proposal, the use of parameters is suggested in order to strike a balance between the aforementioned regulatory power and respect for the principle of autonomy. The methodology uses bibliographic and documentary research, with research of secondary data produced by the Council and by the doctrine, anchored in a qualitative approach.

Keywords: *Regulatory Power; Autonomy Principle; National Public Ministry Council.*

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do CNJ e do CNMP. **MPMG Jurídico**, Ano I, n. 4, fev.-mar. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. CNMP. Proposta institui a possibilidade de celebração de TAC em processos disciplinares de membros e servidores do MP. Disponível em: <<http://www.cnpm.mp.br/portal/todas-as-noticias/11233-proposta-institui-a-possibilidade-de-celebracao-de-tac-em-processos-disciplinares-de-membros-e-servidores-do-mp?highlight=WyJ0YWMiLCJ0YWMncyJd>>. Acesso em: 19 de jul. de 2018.

BRASIL. STF. ADI 3367/DF – DISTRITO FEDERAL; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 13/04/2005; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 17-03-2006 PP-00004, EMENT VOL-02225-01 PP-00182, REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029.

BRASIL. STJ. HC 112620/MS; HABEAS CORPUS 2008/0171029-7; Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; Órgão Julgador SEXTA TURMA; Data do Julgamento 09/08/2011; Data da Publicação/Fonte Dje 24/08/2011.

BRASIL. STJ. HC419787/AC; HABEAS CORPUS 2017/0261228-0; Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS; Órgão Julgador QUINTA TURMA; Data do Julgamento 10/04/2018; Data da Publicação/Fonte Dje 17/04/2018.

BRASIL. STJ. REsp 1327897/MA; RECURSO ESPECIAL 2012/0118056-8; Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; Órgão Julgador TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento 06/12/2016; Data da Publicação/Fonte Dje 15/12/2016.

BRASIL. STJ. RHC 49220/MG; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2014/0156656-5; Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS; Órgão Julgador QUINTA TURMA; Data do Julgamento 01/03/2018; Data da Publicação/Fonte Dje 07/03/2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo.** 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Hirlidan Luce Tainá Santos; MARTINS, Erlon Leal. Poder normativo do Conselho Nacional de Justiça: limites constitucionais. **Scientiam Juris**, v. 1, n. 1, p. 25-35, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.** 3ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público.** Rio de Janeiro: Roma Víctor, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público.** 4ª ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14^a ed., ref. ampl. e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, 2005.

“The Role Of Prosecutors In Preventing Torture And Ill-Treatment Of Accused Persons And Proposals For Reform”¹

David Baxter Bakibinga²

ABSTRACT

In the present essay, it is presented an overview of the role of prosecutors in Uganda to prevent torture and ill treatment of accused persons, specifying the duties of the prosecutors in this matter, giving as well some information about the mandate of the Office of the Director of Public Prosecutions and also the types of Prosecutors existing in Uganda in the present time. Lastly, suggests the need of reforms aiming better investigations about torture crimes perpetrated in that country.

Keywords: *Public Prosecution. Uganda. Torture Prevention. Duties and challenges.*

¹ Data de recebimento: 03/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² David Baxter Bakibinga is a Lawyer by training and a holder of a Bachelor of Laws (LLB) (Honours) (MUK), LL.M (MUK), LL.M in International Criminal Law, National University of Ireland, Galway. He holds a Diploma in Legal Practice, LDC and a Diploma in Public Administration and Management, UMI. He is an Advocate of the High Court of Uganda. He has worked as a public prosecutor with the Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP), Uganda for over 18 years. He is currently the Deputy Regional Officer, Nakawa ODPP Regional Office. He is also the President of the Uganda Association of Prosecutors (UAP) an umbrella body that advocates for collective rights of public prosecutors under the ODPP. David manages a number of corporate entities that deal in real property, investment, development, education and public health. David's areas of interest include International Criminal Law and Justice; Counter-Terrorism and Human rights; Arms Management and Regulation; Combating Organised Crime; Law and Governance; Policy Analysis; Sustainable Human Development, International Humanitarian Law and Peace Operations and Transitional Justice.

1 INTRODUCTION

The Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) is a crucial agency of government in ensuring the proper functioning and administration of the criminal justice system in Uganda.³ Uganda is a common law jurisdiction. Under criminal proceedings, the law places the burden of proof on the prosecution to establish the guilt of an offender.⁴ Criminal proceedings in Uganda are instituted in the name of the state.⁵ The DPP is mandated by the 1995 Constitution of the Republic of Uganda to direct and control criminal proceedings on behalf of the public.⁶ The Prevention and Prohibition of Torture Act among many laws enjoin the DPP to prosecute offenders who engage in the practice of torture. The legislation against torture lays emphasis on preventing abuse of authority and or power.

This paper examines the role of DPP in preventing and prohibiting torture against the accused persons.

2 AN OVERVIEW OF THE PROSECUTION SERVICE IN UGANDA

The DPP is the office or official charged with the prosecution of criminal offences in several criminal jurisdictions around the world. The title is used mainly in jurisdictions that are or have been members of the Commonwealth of Nations.

In prosecuting matters, the Director acts on behalf of the community. Prosecutors have strikingly been called “ministers of justice”, a phrase which sums up the unique position of the prosecutor in the criminal justice system.⁷ It has been said that pro-

3 Wagona, V. (2014). Present Situation, Problems and Solutions in the Legal System Related to Corruption Control in Uganda. *8th International Training Course on Corruption Control in Criminal Justice, Resource Material Series*, (71).

4 *Woolmington v DPP* [1935] AC 462 at 481-482.

5 Article 250 (4) of the 1995 Constitution of the Republic of Uganda, Vol. 1 Chapter 1, Laws of Uganda.

6 Article 120 of the 1995 Constitution of the Republic of Uganda, Vol. 1 Chapter 1, Laws of Uganda.

7 Medwed. Daniel S. (2009). *The Prosecutor as Minister of Justice: Preaching to the Unconverted from the Post-Conviction Pulpit*. Wash. L. Rev., 84, 35.

secutors must always act with fairness and detachment with the objectives of establishing the whole truth and ensuring a fair trial.⁸ Although the DPP does not have clients as such, in performing its functions the Office works closely with the Courts, the legal profession, police and other investigators, victim's representatives and other government agencies. This ensures that appropriate consideration is given to the concerns of victims of crime.

In the exercise of their work Prosecutors engage in decision making that is in the context of the law and profoundly subjective.⁹ This is so because the law requires discretionary authority to make it work. In exercising this discretion, the Prosecutor must take public policy into consideration.

3 THE OFFICE OF THE DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS: THE MANDATE

The DPP's mandate¹⁰ includes: to direct the police to investigate any information of a criminal nature and to report to him or her expeditiously; to institute criminal proceedings against any person or authority in any court with competent jurisdiction other than a court martial; to take over and continue any criminal proceedings instituted by any other person or authority;¹¹ to discontinue at any stage before judgment is delivered, any criminal proceedings to which this article relates, instituted by himself or herself or any other person or authority; except that the DPP shall not discontinue any proceedings commenced by another person or authority except with the consent of the court.

8 Green, B. A. (1998). Why should prosecutors seek justice. *Fordham Urb. LJ*, 26, 607.

9 Shermer, L. O. N., & Johnson, B. D. (2010). Criminal prosecutions: Examining prosecutorial discretion and charge reductions in US federal district courts. *Justice Quarterly*, 27(3), 394-430.

10 See Article 120 (3) of the 1995 Constitution of the Republic of Uganda, *Laws of Uganda Chapter 1, Volume 1*

11 Nsereko, D. D. N. (2005). Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals. *Journal of International Criminal Justice*, 3(1), 124-144.

The DPP in the exercise of his or her functional powers is independent and is not subject to directions or control of any person or authority. This ensures that the DPP executes his or her mandates without fear or favour.¹²

3.1 A Prosecutor

This is a government appointed attorney or lawyer or officer who initiates and pursues court cases against suspected criminals or persons who are suspected of breaking the law.¹³ The prosecutor guides police to collect the right evidence. This evidence is compiled into a police file and includes statements, reports, and documents among others. The prosecutor then presents the evidence before court and makes legal arguments.

3.2 Types of Prosecutors

Public prosecutors:

Public prosecutors in Uganda are in two categories namely those appointed by the Public Service as State Attorneys and State Prosecutors. The other category are those provided for under statute but appointed and regulated by the DPP.¹⁴ State Attorneys and State Prosecutors under DPP enjoy a right of audience before the courts under the general practicing license of DPP under the Advocates Act. Under S. 224 Magistrates Courts Act (MCA), public prosecutors are empowered to appear and proceed before any magistrate court without any express written authority. It should be noted that State Prosecutors have no right of audience before the High Court, Court of Appeal and Supreme Court due to the fact that they are not advocates.¹⁵

¹² See Article 120 (6) of the Constitution.

¹³ Zhen, F. A. N. G. (2011). Role Definition of Prosecutor in the Criminal Trial: From the Perspective of Prosecution and Defense Equality [J]. *Journal of Central South University of Forestry & Technology (Social Sciences)*, 1, 011.

¹⁴ See S.223 of the Magistrates Courts Act, 1970 Vol. 2 Chapter 16 Laws of Uganda.

¹⁵ See S.136 of the Trial on Indictments Act, 1970 Vol. 2 Chapter 23 Laws of Uganda.

Private prosecutors:

Private prosecutions are only conducted in Magistrates courts. They are provided for under Sections 42 (3) and 43 of the MCA. They are under the direction and control of the court. This is to ensure that there is no abuse of the legal process and that frivolous and vexatious cases are not instituted. A private prosecutor may be a complainant or a private advocate instructed to lodge a complaint on oath. However, these are limited to non-indictable offences such as torture.

3.3 The role and duties of the prosecutor

Prosecutors play a crucial role in the criminal justice process. They are the lynch pin between the investigating bodies and the judiciary.¹⁶ In doing so they have to be guided by the law and evidence. The prosecutor is enjoined to assist the court in arriving at the truth of the matter in dispute and in securing justice. As was explained in *R v Lucas* [1973] VR 693 at 705 in 1972 by Newton J and Norris AJ:

It is very well established that prosecuting counsel are ministers of justice, who ought not to struggle for a conviction nor be betrayed by feelings of professional rivalry, and that it is their duty to assist the court in the attainment of the purposes of criminal prosecutions, namely to make certain that justice is done as between the subject and the State...We may add that these obligations which attach to prosecuting counsel apply, in our opinion, to officers in the service of the Crown whose function is to prepare the Crown case in criminal proceedings.

A prosecutor's duty of neutrality is encapsulated in a Latin maxim "*pro domina Regina as pro domina Veritae.*", meaning the prosecutor

¹⁶ Davis, A. J. (2007). Racial fairness in the criminal justice system: The role of the prosecutor. *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 39, 202.

is not a minister of the monarch or state but is rather to be viewed as a minister of truth.¹⁷ It follows that a prosecutor must facilitate the justice process to ensure that the truth is the end result.

The duty to ensure that witnesses are protected:

It has been emphasized that it's the prosecutor's duty to ensure that the witnesses who offer to give testimony are protected prior, during and after court.¹⁸ This is done through cooperating with police or the witness protection agencies. The prosecutor is enjoined in conducting a threat assessment to determine the nature of protection to be rendered to a given witness.¹⁹ The protection can range from in court measures including use of pseudonyms, facial disguise, voice distortion, police protection to relocation to other countries.²⁰ The practice in Uganda however is that only witnesses in Domestic violence, Torture, Terrorism and war crime cases are usually afforded protection. There is a Witness Protection Bill in the offing which will provide for the framework protective measures for vulnerable witnesses and victims.²¹ It should be emphasized that as prosecutors execute the duty to protect, witnesses are also obliged to afford maximum cooperation. Otherwise there would be failure and the consequences of failure can be dire.²²

17 Waite, P. B. (1984). An Attorney General of Nova Scotia, JSD Thompson, 1878-1882: Disparate Aspects of Law and Society in Provincial Canada. *Dalhousie LJ*, 8, 165.

18 Goldstein, A. S. (1984). The victim and prosecutorial discretion: The federal victim and witness protection act of 1982. *Law and contemporary problems*, 47(4), 225-248.

19 Yaroshesky, E. (2009). Enhancing the Justice Mission in the Exercise of Prosecutorial Discretion. *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 19, 343.

20 Eikel, M. (2012, September). Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice. In *Criminal Law Forum* (Vol. 23, No. 1-3, pp. 97-133). Springer Netherlands.

21 Moffett, L. (2016). Complementarity's Monopoly on Justice in Uganda: The International Criminal Court, Victims and Thomas Kwoyelo. *International Criminal Law Review*, 16(3), 503-524.

22 Anyeko, K., Baines, E., Komakech, E., Ojok, B., Ogora, L. O., & Victor, L. (2012). 'The Cooling of Hearts': Community Truth-Telling in Northern Uganda. *Human Rights Review*, 13(1), 107-124.

The duty to support victims of crime and ensure they get justice:

The prosecutor has an obligation to ensure that victims of crime are given the necessary support.²³ The office of DPP Uganda established the Department of Victim Support and Witness Protection.²⁴ The victims are referred for psychosocial support and other interventions including medical care. The referrals are made to hospitals or Civil Society Organizations. The ODPP also handles complaints filed by victims of crime and ensure that the interests of justice are served.

The duty to disclose both inculpatory and exculpatory evidence:

Disclosure simply put is the uncovering of evidence and other information between parties of legal proceedings before and during the proceedings.²⁵ The right to disclosure is premised on the minimum standards established by major human rights instruments. It follows that an accused person has a right to information as concerns the charges and must be accorded adequate time and facilities for the preparation of the defence.²⁶ The prosecutor is required to disclose incriminating evidence but this is subject to the protection and privacy of the victims and witnesses.²⁷ Where the safety or privacy of witnesses or victims or if disclosure would be prejudicial to an ongoing investigation²⁸, the prosecutor may disclose summarised evidence or redacted versions of the same.²⁹

23 Mbazira, C., & Mubangizi, J. C. (2014). The victim-centred approach in criminal prosecutions and the need for compensation: reflections on international approaches and the legislative and policy frameworks in Uganda and South Africa. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 47(2), 206-224.

24 <http://www.dpp.go.ug/index.php/component/k2/item/17-victim-s-rights-and-victim-centered-approach> accessed on 30/03/2018.

25 Safferling C., *International Criminal Procedure*, Oxford, 2012, p346.

26 See Articles 14(3)(a) and (b) ICCPR and Article 6(3)(a) and (b) ECHR.

27 Article 68(5) ICC Statute.

28 Rule 81 (2) RPE.

29 ICC Prosecutor v Lubanga, AC, ICC-01/04-01/06-774 (OA6), 14 December 2006, Judgement on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of the PTCl entitled ' Second Decision on the

The US Supreme Court in *Brady v Maryland*³⁰ ruled that: “The suppression by the prosecution of evidence favourable to an accused upon request violates due process where the evidence is material either to the guilt or to punishment, irrespective of the good faith, or bad faith of the prosecution”.³¹

Disclosure of redacted and or summarized evidence is a safety net to protect victims, witnesses and survivors of torture.³² Victims and witnesses to serious crimes are always vulnerable and face a high risk of reprisals.³³ It follows that prosecutors must act candidly and prudently in ensuring their safety.

The duty to prevent injustice, abuse of process and protect the innocent:

The prosecutor’s obligation to prevent injustice, abuse of the legal process and protection of the innocent is provided for by law.³⁴ This obligation is executed through prosecutorial discretion judiciously.³⁵ Offenders or those suspected of committing crime should not be charged premised on the evidence and in accordance with the law. In order to protect the innocent from the excess of the law enforcement agencies, the DPP is granted constitutional powers to enter *Nolle Prosequi* and to consent to charges.³⁶ The power of the DPP is unfettered, that is, not subject to control and directions of any person or authority.³⁷ The failure by DPP and or the prosecutors would result in cruel and degrading treatment of the innocent.

Prosecution Requests and amended requests for Redactions under Rule 81’, para 35.

30 373 U.S 83 (1963).

31 *Ibid* p. 87.

32 Mahony, C. (2010). The justice sector afterthought: Witness protection in Africa.

33 https://www.unodc.org/cld/en/legislation/bih/law_on_protection_of_witnesses_under_threat_and_vulnerable_witnesses/chapter_i-iv/article_1-27/law_on_protection_of_witnesses_under_threat_and_vulnerable_witnesses.html accessed on 29/03/2018 .

34 Article 120 (5) of the 1995 Constitution of the Republic of Uganda. “(5) In exercising his or her powers under this article, the Director of Public Prosecutions shall have regard to the public interest, the interest of the administration of justice and the need to prevent abuse of legal process.”

35 Dong, J. (2009). Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: A Comparative Study. *J. Pol. & L.*, 2, 109.

36 Article 120 (3) *ibid*, Section of the Trial on Indictments Act and Section of the Magistrates Courts Act.

37 Article 120

Torture

Torture was not a crime in Uganda until 2012. Most of the perpetrators of this crime were actors from the public sector especially law enforcement and security.³⁸ The unique innovation under the Prevention and Prohibition of Torture Act is that it covers also private perpetrators. The perpetrator need not be a person in authority as it were. The Act does criminalize torture and proscribes penalties.³⁹ Previously Uganda used to rely on the common criminal offences such as assault, causing grievous harm and unlawful wounding to punish acts of torture. This was deemed by the international human rights community as a lack of action against the vice of torture until 2012 when the Act was enacted.

Under the Act, torture means any act or omission, by which severe pain or suffering whether physical or mental is intentionally inflicted on a person by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of any person whether a public official or other person acting in an official or private capacity for such purposes as —

(a) obtaining information or a confession from the person or any other person;

(b) punishing that person for an act he or she or any other person has committed, or is suspected of having committed or of planning to commit; or

(c) intimidating or coercing the person or any other person to do, or to refrain from doing, any act.⁴⁰ The definition encompasses torture perpetrated by both public and private actors. There had been a school of thought that focused on only the public actors.

³⁸ <https://www.hrw.org/report/2004/03/29/state-pain/torture-uganda> accessed on the 28/03/2018
³⁹ See Sections 4- criminalization of torture which proscribes a penalty of 15 years imprisonment or a fine of 7,200,000/= Ugx.

⁴⁰ Section 2. Definition of torture of The Prevention and Prohibition of Torture Act, 2012

The legal framework to combat torture

The Torture Act provides for the offence of Aggravated Torture.⁴¹ The aggravating circumstances include where the victim of torture dies; where the victim is infected with HIV/AIDS; offender uses or threatens to use or used a deadly weapon; offender uses or used sex as a means of torture; victim was a person with a disability; victim was pregnant or becomes pregnant; the victim was subjected to medical experiments; victim was under the age of 18 years; the victim is incapacitated; the act of torture is recurring; offender commits any act which court considers aggravating.

The Act also criminalizes cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.⁴² The most reported violations were in police custody and remand prisoners.⁴³ This was a positive step to prevent this form of abuse.

The procurement, aiding and abetting, inciting, financing of torture among others is criminalized.⁴⁴ This is meant to deter especially the private actors in using torture to pursue their agenda.

Accessories after the fact of torture are also punishable under the law.⁴⁵ The accessories are those who enable one escape punishment or enable the offender elude law enforcement actors.

The provision on superior responsibility for offences of subordinates is meant for commanders in the armed forces or the security agencies.⁴⁶ The superiors are responsible to ensure discipline among their rank and file. Where there are torture allegations and no action is taken then they are liable for the offences by their subordinates.

41 Section 5 of the PPTA and the maximum sentence for the offender is life imprisonment.

42 Section 7 of the PPTA and the maximum penalty is 7 years imprisonment and or a fine of Three Million three hundred and sixty thousand Uganda shillings.

43 <http://www.monitor.co.ug/News/National/Torture-cases-on-the-rise/688334-3215752-q7h9jjz/index.html>

44 Section 8 of the Act and the maximum penalty is 7 years imprisonment and or a fine of Three Million three hundred and sixty thousand Uganda shillings.

45 Section 9 of the Act and the maximum penalty is 7 years imprisonment and or a fine of Three Million three hundred and sixty thousand Uganda shillings.

46 Section 10 of the Act.

The Act prohibits the use of information obtained by torture.⁴⁷ This is meant to cover investigators, prosecutors and judicial officers. They are required to reject evidence obtained through torture.

Other laws prohibiting torture in Uganda

The Anti-Terrorism Act 2002 was the first legislation to specifically criminalize torture, inhuman and degrading treatment, and illegal detention or intentionally causes harm or loss to property.⁴⁸ This was meant to prevent the counter terrorism investigators from using torture as a technique.

The Penal Code Act also prohibits unlawful wounding and similar acts by persons in authority.⁴⁹ These are offences endangering life or health of a person. Some officers for instance the police are mandated to use reasonable force in effecting arrests. Where excessive or unnecessary force is used then they would be liable for unlawful wounding.

In *Gäfgen v Germany*,⁵⁰ the deputy chief of the Frankfurt police and the detective officer who had threatened Gäfgen with torture were prosecuted and convicted for coercion and sentenced to a suspended fine.

Further illustration by the courts in opposing the practice of torture was made by the House of Lords, in *Al Skeini and Others v Secretary of state for defence and Others*,⁵¹ where the killing of Baha Mousa led to the House of Lords ruling that the provisions of the ECHR extended to UK detention facilities abroad and as a result a comprehensive public inquiry was held. The inquiry found that there were corpo-

47 Section 15 of the Act and the maximum penalty is 2 years imprisonment and or a fine of Nine hundred and Sixty thousand shillings only

48 See Section 21 (e) of the Anti-Terrorism Act: Any authorised officer who engages in torture, inhuman and degrading treatment, illegal detention or intentionally causes harm or loss to property commits an offence.

49 Section 222 of the Penal Code Act and the maximum penalty is 5 years imprisonment.

50 Application no. 22978/05.

51 [2007] UKHL 26.

rate failures within the Ministry of Defence over the use of banned interrogation techniques.⁵² A subsequent ECtHR decision found that the UK's Convention obligations extend to alleged unlawful killings even if they take place outside of detention facilities.⁵³

The specific role of the DPP in protection of accused persons

In the forth place, the DPP must uphold the constitutional rights such as the 48 hour rule of those suspected of committing crime.⁵⁴ This is through exercising control over investigations by guiding police to ensure that there is respect and promotion of rights of suspects. Proactive policing and investigations should be advocated for in place of reactive investigations. This would ensure that arrests are made when there is reasonable and probable cause to enable the suspect to appear before court within the 48 hours.

Also, the DPP exercises control over private prosecutions even in cases related to torture.⁵⁵ Private prosecutors can prosecute individuals who commit torture crimes. However, the law enjoins DPP to take over where the particular case requires adequate resources for appropriate investigations. This is to ensure that the interests of justice are safeguarded and prevent abuse of the process.

Also, the DPP is enjoined to reject illegally obtained evidence through torture.⁵⁶ Evidence obtained through torture cannot be a basis of prosecution. The rationale is that by permitting evidence obtained through torture, compromises the credibility and fairness of the criminal justice process. Prosecutors are the gatekeepers for

52 Baha Mousa Public Inquiry available at: <http://www.bahamousainquiry.org/report/index.htm>

53 *Al Skeini and Others v United Kingdom* (Application no. 55721/07), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e2545502.html>

54 Gershman, B. L. (2005). *Prosecutorial Ethics and Victim's Rights: The Prosecutor's Duty of Neutrality*. *Lewis & Clark L. Rev.*, 9, 559.

55 See Section.13 of the Prevention and Prohibition of Torture Act (PPTA).

56 Section 14 PPTA.

the rights of suspects and accused persons⁵⁷, when such evidence is rendered illegal, this acts as a deterrence to the practice of torture by law enforcement actors.

Fourthly prosecutor must handle complaints from alleged tortured suspects and accused persons. This is a constitutional obligation bestowed upon the office of the DPP to prevent the abuse the legal process and protect the public interest.⁵⁸ The ODPP has established a Complaints Desk to ensure the fulfilment of the mandate.

Fifthly the DPP is obligated to prosecute torture suspects. This must be done based on the evidence and in accordance with the law. The prosecution of law enforcement actors whereas it is a challenge but has to be done without fear or favor. Any compromise would render the criminal justice process impotent and partial.

As well, the DPP is empowered to terminate cases where accused persons were tortured by entering Nolles or Withdrawal Forms.⁵⁹ The powers to terminate cases by the DPP are unfettered but must be exercised in the public interest. This gives the DPP the flexibility in managing such cases.

Lastly, the DPP must consent to charges under the Torture Act against non-citizens.⁶⁰ The requirement for consent is ensure that it is the DPP to authorize the prosecution in respect of torture allegations. This may serve the purpose of preventing false allegation against non-citizens with serious diplomatic ramifications in their countries. The other reason is to ease the pressure on the police and prosecutors ensuring justice for the victims.

57 Hodgson, J. S. (2009). The future of adversarial criminal justice in 21st century Britain. *NCJ Int'l L. & Com. Reg.*, 35, 319.

58 Article 120 (5) of the 1995 Constitution of the Republic of Uganda.

59 Article 120 (3) of the Constitution. See also Section 134 of the Trial on Indictments Act and S. 121 of the Magistrates Court Act

60 Section 19 of the PPTA

Challenges faced by DPP in executing its mandate

The biggest challenge is the reported use of torture during criminal investigations and in counter-terrorism. This follows the practice of enhanced interrogation techniques by the US and UK post 9/11. The practices of torture seemed to have been rationalized. Uganda has since converted the Nalufenya police station into a Guantanamo Bay of sorts.⁶¹ The mere mention by an accused person that he was interviewed from Nalufenya immediately raises a red flag. The mayor for Kamwenge Town Council who had been arrested on allegations of treason was literally butchered as chunks of his flesh were cut off his knees and ankles.⁶²

The other challenge is that the DPP has no control over Police Professional Standards Unit (PSU). When citizens report cases including those of torture to the PSU, many are never investigated and errant officers punished.⁶³ Even cases referred to PSU are often given the due attention. Officers are often only transferred from one location to another or sent for further training to allow passage of time.

The Uganda police is militarized.⁶⁴ Military personnel are simply given police uniform and deployed without undergoing police training. For the last 16 years, military officers have and continue to operate at the helm of the police leadership. This has fomented an environment of human rights abuse against suspects and those from the political opposition. The presence of military officers presents a unique or even queer situation for DPP to have the effective control of prosecutions and investigations when their mandate orientation is different.

The prosecution of torture victims before the court martial⁶⁵ pla-

61 <http://allafrica.com/stories/201705220034.html> accessed on the 25/03/2018.

62 <https://www.independent.co.ug/nalufenya-innocents-tortured-confess/2/> accessed on the 25/03/2018.

63 <https://ugfacts.com/uganda-police-professional-standards-unit/> accessed on 20/03/2018.

64 Kagoro, J., & Biecker, S. (2014). For whom do the police work? The Ugandan police between militarization and everyday duties. Institute for Intercultural and International Studies, University of Bremen.

65 <https://www.hrw.org/report/2011/07/27/righting-military-injustice/addressing-ugandas-unlawful-prosecutions-civilians> accessed on 21/03/2018.

ces their plight out of reach of the DPP. The DPP has a constitutional limitation of not pursuing matters before the court martial or military courts. The practice is that where a person has been tortured but there is no basis to prosecute them, then allegations that they have in their possession items meant for the military are preferred. This would technically qualify them to be subject of military law. DPP is estopped from pursuing such matters.

The lack of an enabling ODPP Law impacts on its operations.⁶⁶ The office executes its mandate under one constitutional provision and scattered provisions in a number of legislations. The absence of a legislation impacts on how the institution is facilitated in order to execute its mandate. It follows that there is partial functionality in pursuing abuse of the legal processes and protecting the public interest.

There is limited reporting of torture cases to ODPP. Many torture victims for fear of reprisals do not report cases. The DPP Complaints Desk is not well equipped to pursue most of the cases as there is reliance on the same institutions accused of the abuse to investigate and furnish reports.

The DPP lacks a monitoring unit for detention facilities such as Nalufenya. This denies it the privilege of having firsthand information as regards the situation that prevails in the detention facilities.

Proposed Reforms

There is need for an independent Police Professional Standards body comprised Uganda Police, ODPP - Office of the Director of Public Prosecutions, Inspector General of Government, Judiciary, Uganda Human Rights Commission to deal with torture investigations.

There is need to amend the Evidence Act to remove confessions from the mandate of police officers.⁶⁷ The mandate should

⁶⁶ <https://ugandaradionetwork.com/story/dpp-wants-autonomy-chibita> accessed on 01/04/2018.

⁶⁷ The Charge and Caution Statements: Sections 23 and 25 Evidence Act, Chapter 6 volume II, Laws of Uganda 2000 and The Chief Justice's Rules 1970.

be given to a quasi-judicial authority under the Justice ministry who should be well trained in criminal investigations akin to *Juge d'instruction* or investigating magistrate⁶⁸ under Napoleonic Code or Civil Law countries.

The need for enactment of an enabling law for the ODPP to enable its proper fulfilment of its mandate.

There is need for staff reorientation on separation of powers in the Rule of Law sectors, re-skilling middle to senior staff in Police on civilian-police relations and the removal of a military officers from the police.⁶⁹

The ODPP must have an outreach program to deal with prevention of torture. The public must be empowered through engagement with the communities, education and media campaigns.⁷⁰ This would enable the public to report torture.

Lastly, there is the need for an ODPP monitoring unit of detention centres to ensure that there is compliance with the law during interviews, duration of detention and treatment of suspects since it has an impact on the credibility and functionality of the criminal justice system.⁷¹

RESUMO

Neste trabalho, é apresentado um panorama do papel dos promotores de justiça em Uganda para a prevenção da tortura e maus tratamentos de pessoas acusadas de crimes, especificando as obrigações dos promotores nesta questão, bem como trazendo informações sobre o

68 Hodgson, J. (2001). The police, the prosecutor and the juge d'instruction: Judicial Supervision in France, theory and practice. *British Journal of Criminology*, 41(2), 342-361.

69 Baker, B. (2007). Conflict and African police culture: the cases of Uganda, Rwanda and Sierra Leone. In *Police Occupational Culture* (pp. 321-347). Emerald Group Publishing Limited.

70 Kira, I. A. (2002). Torture assessment and treatment: The wraparound approach. *Traumatology*, 8(2), 54.

71 Payne-James, J., Beynon, J., & Vieira, D. (Eds.). (2017). *Monitoring Detention, Custody, Torture and Ill-treatment: A Practical Approach to Prevention and Documentation*. CRC Press.

mandato do Gabinete do Diretor dos Promotores de Justiça e também os tipos de Promotores existentes em Uganda atualmente. Por fim, sugere a necessidade de reformas visando a melhoria das investigações sobre crimes de tortura no país.

Palavras-chave: *Ministério Público. Uganda. Prevenção da tortura. Atribuições e desafios.*

REFERENCES

Books

Safferling C., **International Criminal Procedure**. Oxford, 2012

Articles

ANYEKO, K., Baines, E., Komakech, E., Ojok, B., Ogora, L. O., & Victor, L. (2012). 'The Cooling of Hearts': Community Truth-Telling in Northern Uganda.

Human Rights Review, 13(1), 107-124.

BAKER, B. (2007). **Conflict and African police culture: the cases of Uganda**, Rwanda and Sierra Leone. In **Police Occupational Culture** (pp. 321-347). Emerald Group Publishing Limited.

DAVIS, A. J. (2007). Racial fairness in the criminal justice system: The role of the prosecutor. **Colum. Hum. Rts. L. Rev.**, 39, 202.

DONG, J. (2009). Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: **A Comparative Study. J. Pol. & L.**, 2, 109.

EIKEL, M. (2012, September). Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice. In **Criminal Law Forum** (Vol. 23, No. 1-3, pp. 97-133). Springer Netherlands.

GERSHMAN, B. L. (2005). Prosecutorial Ethics and Victim's Rights: The Prosecutor's Duty of Neutrality. **Lewis & Clark L. Rev.**, 9, 559.

GOLDSTEIN, A. S. (1984). The victim and prosecutorial discretion: The federal victim and witness protection act of 1982. **Law and contemporary problems**, 47(4), 225-248.

GREEN, B. A. (1998). Why should prosecutors seek justice. **Fordham Urb. LJ**, 26, 607.

HODGSON, J. S. (2009). The future of adversarial criminal justice in 21st century Britain. **NCJ Int'l L. & Com. Reg.**, 35, 319.

HODGSON, J. (2001). The police, the prosecutor and the juge d'instruction: Judicial Supervision in France, theory and practice. **British Journal of Criminology**, 41(2), 342-361.

KAGORO, J., & Biecker, S. (2014). For whom do the police work? The Ugandan police between militarization and everyday duties. **Institute for Intercultural and International Studies, University of Bremen**.

KIRA, I. A. (2002). Torture assessment and treatment: The wraparound approach. **Traumatology**, 8(2), 54.

MAHONY, C. (2010). The justice sector afterthought: Witness protection in Africa.

MBAZIRA, C.; MUBANGIZI, J. C. (2014). The victim-centred approach in criminal prosecutions and the need for compensation: reflections on international approaches and the legislative and policy frameworks in Uganda and South Africa. **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, 47(2), 206-224.

MEDWED, Daniel S. (2009). The Prosecutor as Minister of Justice: Preaching to the Unconverted from the Post-Conviction Pulpit. **Wash. L. Rev.**, 84, 35.

MOFFETT, L. (2016). Complementarity's Monopoly on Justice in Uganda: The International Criminal Court, Victims and Thomas Kwoyelo. **International Criminal Law Review**, 16(3), 503-524.

NSEREKO, D. D. N. (2005). Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals¹. **Journal of International Criminal Justice**, 3(1), 124-144.

PAYNE-JAMES, J., BEYNON, J., & VIEIRA, D. (Eds.). (2017). **Monitoring Detention, Custody, Torture and Ill-treatment: A Practical Approach to Prevention and Documentation**. CRC Press.

SHERMER, L. O. N., & Johnson, B. D. (2010). Criminal prosecutions: Examining prosecutorial discretion and charge reductions in US federal district courts. **Justice Quarterly**, 27(3), 394-430.

WAGONA, V. (2014). Present Situation, Problems and Solutions in the Legal

System Related to Corruption Control in Uganda. **8th International Training Course on Corruption Control in Criminal Justice, Resource Material Series**, (71).

WAITE, P. B. (1984). An Attorney General of Nova Scotia, JSD Thompson, 1878-1882: Disparate Aspects of Law and Society in Provincial Canada. **Dalhousie LJ**, 8, 165.

YAROSHEFSKY, E. (2009). Enhancing the Justice Mission in the Exercise of Prosecutorial Discretion. **Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.**, 19, 343.

ZHEN, F. A. N. G. (2011). Role Definition of Prosecutor in the Criminal Trial: From the Perspective of Prosecution and Defense Equality [J]. **Journal of Central South University of Forestry & Technology (Social Sciences)**, 1, 011.

Cases

Al Skeini and Others v Secretary of state for defence and Others [2007] UKHL 26

Al Skeini and Others v United Kingdom (Application no. 55721/07)

Brady v Maryland 373 U.S 83 (1963)

Gäffgen v Germany Application no. 22978/05

ICC Prosecutor v Lubanga, AC, ICC-01/04-01/06-774 (OA6), 14 December 2006, Judgement on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision of the PTCI entitled 'Second Decision on the Prosecution Requests and amended requests for Redactions under Rule 81'

R v Lucas [1973] VLR 693

Woolmington v DPP [1935] AC 462 at 481-482

Legislation

The Advocates Act

The Anti-Terrorism Act 2002

The Constitution of the Republic of Uganda 1995

The Evidence Act 1943

The Magistrates Court Act, 1970

The Penal Code Act 1950

The Prevention and Prohibition of Torture Act 2012

The Trial on Indictments Act 1971

Cybercrime Prosecutors And Non-Retroactivity Of The Nigerian Cybercrimes Act 2015: Implication For The Administration Of Cybercrime Justice¹

*Felix E. Eboibi*²

ABSTRACT

The role of cybercrime prosecutors in the quest to eradicate the proliferation of cybercrime and enhance the administration of cybercrime justice in Nigeria cannot be overemphasized. However, the recent enactment of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 which ordinarily should be a tool in the hands of cybercrime prosecutors, raises pungent questions as to the legality or otherwise of bringing pending cybercrime matters before courts and the prosecution of perpetrators of cybercrime prior to the commencement of the Act under the Nigerian Cybercrimes Act 2015. The dilemma that this portends for the administration of cybercrime justice is that in the absence of proper appreciation of the legal implications, a cybercrime prosecutor would amend ongoing cybercrime charges and arraign perpetrators of cybercrime for offences committed before the commencement of the Nigerian Cybercrimes Act 2015. This paper consequently analyses, from the perspective of legal inclinations, the appropriate role of a cybercrime prosecutor in respect to ongoing cybercrime proceedings prior to the commencement of the Nigerian Cybercrimes Act 2015. It

¹ Data de Recebimento:03/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Felix E. Eboibi, Ph.D(Law), LL.M(Nig.), LL.B(Cal.), B.L(Nigerian Law School), Senior Lecturer, Faculty of Law, Niger Delta University, Wilberforce Island, Nigeria; Consultant on cybercrime prosecutions. E-mails: felixeboibi@mail.ndu.edu.ng or lixboibi@yahoo.com; Tel:+2348033175431.

unravels the apposite action for a cybercrime prosecutor when faced with an opportunity to arraign perpetrators of cybercrime prior to the commencement of the Act before the courts to enhance the effective administration of cybercrime justice.

Key words: *Cybercrime Prosecutors, Non-retroactivity, Nigerian Cybercrimes Act 2015, Administration of Cybercrime Justice, Cybercrime perpetrators.*

1. INTRODUCTION

Cybercrime entails a crime perpetrated in which a computer is used either as a tool or target or it involves elements of information technology infrastructure.³ For an effective administration of cybercrime justice, the Nigerian cybercrime prosecutors being public authorities, whose acts are carried out in order to safeguard the society and in the interest of the public must endeavor to apply cybercrime law and its attendant penalties where it is observed in breach while putting into consideration the enshrined rights of cybercrime perpetrators.⁴ Undoubtedly, the determination of the initiation or continuation of cybercrime prosecutions, conducting cybercrime prosecutions before courts and appealing or conducting appeals in respect to court judgments are within the purview of cybercrime prosecutors. In specific circumstances, cybercrime prosecutors engage in the conduct and supervision of investigations, gives assistance to victims, proffer alternative measures to cybercrime prosecution, and to national cybercrime policy implementation with the attendant adaptations to regional and local situations when the need arises and supervision of the execution of court judgments.⁵

3 F. E. Eboibi, *Cybercrime Prosecution and The Nigerian Evidence Act, 2011: Challenges of Electronic Evidence* (2011) 10 *Nigerian Law and Practice Journal*, 139 at 140 - 141.

4 Council of Europe, *The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System, Recommendation Rec (2000)19* Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000 and Explanatory Memorandum, 4, 14-15, Available at < <https://rm.coe.int/16804be55a>> Last accessed 23 March 2018.

5 *Ibid.*

Considering the aforementioned germane roles of cybercrime prosecutors in the administration of cybercrime justice, it is discernable that the onus and discretion to charge a cybercrime perpetrator for any cybercrime offence lies on a cybercrime prosecutor. Constitutionally, it is the Attorney-General and Minister of Justice of Nigeria, including law officers, under his supervision and special prosecutors permitted under enabling statutes or laws.⁶ Based on the limitations placed on the review of this discretion, i. e, on bad faith or constitutional grounds, the cybercrime prosecutor's determination of preferring charges against cybercrime perpetrators impinges on their lives and liberty. Consequently, utmost care and diligence must be the watch word. Seeking and achieving justice and not deliberate attempt to convict at all cost should be the cybercrime prosecutors' role.⁷

The Nigerian Cybercrimes Act 2015 which commencement date is 15 May 2015 is a comprehensive cybercrime law put in place by the Nigerian government to regulate the conduct of users of cyberspace and perpetrators of cybercrime. The Act covers a broad spectrum of cybercrime offences punishable with penalties and fines in Part III, which includes; - Offences against critical national information infrastructure;⁸ Unlawful access to a computer;⁹ System Interference;¹⁰ Interception of Electronic messages, e-mails, electronic money transfer;¹¹ Tampering with critical infrastructure;¹² Willful misdirection of electronic messages;¹³ Unlawful interceptions;¹⁴ Computer related

6 Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999(As Amended), s.174; Cybercrimes (Prohibition, Prevention etc) Act 2015, s.41(2)(c) & 47; Economic and Financial Crimes Commission 2004, s.7.

7 Steven Chong, The Role And Duties Of A Prosecutor – The Lawyer Who Never “Loses” A Case, Whether Conviction Or Acquittal, being a paper delivered Legal Service Officers and Assistant Public Prosecutors, 2-5, Available at <https://www.lawsociety.org.sg/.../Law%20Gazette/.../SLG_APR_20> Last accessed 24 March 2018.

8 Cybercrimes (Prohibition, Prevention, etc) Act, 2015, s.5; see generally F.E Eboibi, A review of the legal and regulatory frameworks of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 (2017) 33 Computer Law & Security Review, 700 - 717

9 *Ibid.*, s.6.

10 *Ibid.*, s.8.

11 *Ibid.*, s.9.

12 *Ibid.*, s.10.

13 *Ibid.*, s.11.

14 *Ibid.*, s.12.

forgery;¹⁵ Computer related fraud;¹⁶ Theft of electronic devices;¹⁷ Unauthorised modification of computer systems, network data and system interference;¹⁸ Cyber-terrorism;¹⁹ Fraudulent issuance of e-instructions;²⁰ Identity theft and impersonation;²¹ Child pornography and related offences;²² Cyberstalking;²³ Cybersquatting;²⁴ Racists and xenophobic offences;²⁵ Importation and fabrication of e-tools;²⁶ Breach of confidence by service providers;²⁷ Manipulation of ATM/POS terminals;²⁸ Phishing, spamming, spreading of computer virus;²⁹ Dealing in card of another;³⁰ Purchase or sale of card of another;³¹ Use of fraudulent device or attached e-mails and websites.³²

However, prior to the enactment of the Act, cybercrime prosecutors in an attempt to curtail the menace of cybercrime proliferation in Nigeria, applied the Advance Fee Fraud and Other Fraud Related Offences (AFF) Act 2006 to prosecute perpetrators of cybercrime. It must be noted that the AFF Act was not repealed by the Nigerian Cybercrimes Act 2015. In this regard, there are pending cybercrime proceedings before the courts and also charges are yet to be preferred against other cybercrime perpetrators whose acts were committed prior to the commencement of the Nigerian Cybercrimes Act 2015. The question that arises is whether or not part heard charges on cybercrime offences under the AFF Act can be altered, amended and/or brought under the Nigerian Cybercrimes Act 2015 by cybercrime

15 *Ibid.*, s.13

16 *Ibid.*, s.14

17 *Ibid.*, s.15.

18 *Ibid.*, s.16

19 *Ibid.*, s.18.

20 *Ibid.*, s.20

21 *Ibid.*, s.22

22 *Ibid.*, s.23

23 *Ibid.*, s.24.

24 *Ibid.*, s.25.

25 *Ibid.*, s.26.

26 *Ibid.*, s.28.

27 *Ibid.*, s.29.

28 *Ibid.*, s.30.

29 *Ibid.*, s.32.

30 *Ibid.*, s.34.

31 *Ibid.*, s.35

32 *Ibid.*, s.36

prosecutors? On the other hand, can perpetrators of cybercrime offences committed before the commencement of the Nigerian Cybercrimes 2015 be charged under the Nigerian Cybercrimes Act 2015 by cybercrime prosecutors?

Basically, the answer to these questions is the crux of this research paper. This culminates in a determination whether in the cybercrime prosecutor's quest to administer cybercrime justice, is the cybercrime perpetrator not entitled to the right to be prevented from retroactive cybercrime laws. In which case, is the Nigerian Cybercrimes Act 2015 a retroactive cybercrime legislation? What then is the implication or otherwise of a retroactive cybercrime legislation and its effect on the administration of cybercrime justice?

A lack of appreciation of the foregoing, presents the likelihood of cybercrime perpetrators of denial of their constitutional right to prevention from retroactive laws and justice; possibility of being tried, convicted and sentenced under an unwritten and wrong cybercrime law; unwarranted amendment of part heard charges against cybercrime perpetrators by cybercrime prosecutors. This paper becomes very germane in order to avoid these.

Structurally, this paper, apart from introducing the role of a cybercrime prosecutor as it relates to the administration of cybercrime justice, it examines the development of cybercrime prosecution in Nigeria; the basis for prosecuting cybercrime perpetrators prior to the enactment of a comprehensive law on cybercrime. It thereafter examines the non-retroactivity of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 and the role cybercrime prosecutors should play when faced with a new enactment. This paper ends with deductions and conclusion.

2 DEVELOPMENT OF CYBERCRIME PROSECUTION AND THE NIGERIAN CYBERCRIMES ACT 2015

The absence of a comprehensive law on cybercrime is one reason that contributed to the proliferation of cybercrime in Nigeria. Howe-

ver, Nigeria prior to the enactment of the Nigerian Cybercrimes Act 2015, saw the popular fraudulent email scam attributed to the “yahoo boys” as a variant offence of obtaining property by false pretence proscribed under section 419 of the Criminal Code Act (now covered by the Advance Fee Fraud Act 2005 as amended in 2006, section 1 thereof). In this regard, cybercrime prosecutors could only prosecute perpetrators of advance fee fraud on the internet (online fraud) under the AFF Act 2006.

The establishment of the Economic and Financial Crimes Commission (EFCC) through the Economic and Financial Crimes Commission (Establishment) Act, 2004 attributed the power to investigate and prosecute all economic and financial crimes to EFCC. Section 1 of the AFF Act, 2006 is specifically against the perpetration of economic crime,³³ EFCC being the institution empowered to enforce the law.³⁴

Based on the foregoing, prior to the enactment of the Nigerian Cybercrimes Act 2015, the EFCC (Establishment) Act 2004 specifically empowered the EFCC with particular reference to the AFF Act 2006 to investigate and prosecute perpetrators of cybercrimes in Nigeria. Thus, section 7(2) of the EFCC (Establishment) Act 2004, equipped the Commission with the responsibility of enforcing the provision of ‘... (b) *The Advance Fee Fraud and Other Fraud Related Offences Act 2006.*’³⁵ Typical instances of cybercrimes prosecuted in the form of online fraud in Nigeria by the EFCC are; Advance Fee Fraud Scam, Contract Scam, Inheritance or transfer Scam, Romance and Dating Scam, Employment Scam, Identity/Phishing Scam, Charity Scam, Lottery Scam, Crude oil/Mineral Resources sales Scam, Scholarship Scam, Car Auction Sale Scam, Immigrant/Visa Scam etc.

In *Mike Amadi v. Federal Republic of Nigeria*³⁶ where the Appellant (Mike Amadi) was charged before the High Court of Lagos

33 Economic and Financial Crimes (Establishment) Act, 2004, s. 1

34 *Ibid.* s. 7(2)

35 *Ibid.*

36 (2008) 12 SC (pt.III) 55 or 36.2 NSCQR 1127

State holden at Ikeja by EFCC *inter alia* with attempt to obtain the sum of US\$125,000.00 (One Hundred and Twenty Five Thousand United States Dollars from one Fabian Fajans by sending fake e-mails through his mail box princemike2001@yahoo.com, registered websites efcc-nigeria.com, Reddiff.com.India Limited, multilink telephone number 017946846 in respect to a forged Central Bank of Nigeria payment schedule containing false pretence by requesting for money to process the transfer of Two Million, Five Hundred Thousand United State Dollars (\$2.5 million USD) being the contract sum for the generators Fabio Fajans purported to have supplied the Federal Government of Nigeria for the All African Games 2003 and by falsely representing to Fabio Fajans that the said sum of US\$125,000.00 represent the five percent(5) processing fees of the total sum of USD 2.5 million contrary to sections 5(1), 8(b) and 1(3) of the Advance Fee Fraud and Other Related Offences Act Cap. A6 Vol. 1, Laws of the Federation of Nigeria 2004 now 2006. On 20 May 2005 the High Court found him guilty and sentenced him to 16 years imprisonment. Aggrieved with the judgment of the High Court, the Appellant appealed to the Court of Appeal. The Court of Appeal affirmed the judgment of the High Court. On further appeal to the Supreme Court, the Supreme Court while dismissing the appellant's appeal, the judgment and sentences of the High Court and the Court of Appeal were affirmed.³⁷

³⁷ See also Harrison Odiawa vs Federal Republic of Nigeria (2008) All FWLR (pt.439) 436; (2008) LPELR-CA/L/124/2006; Federal Republic of Nigeria (FRN) vs Benjamin Otoriomuo, Suit No. LCD/87C/2013, Judgement delivered on 8 October 2013 (Unreported); FRN v Ibiba Jack, Suit No. FHC/149C/2007, Judgement delivered on 13 February 2014 (Unreported).

Table one representation of cybercrime cases filed, convictions and pending cases between 2010 – 2014 based on available data (efcc)³⁸

YEAR	NUMBER OF CASES FILED IN COURT	NUMBER OF CONVICTIONS RECORDED	P E N D I N G CASES
2010	151	17	134
2011	200	38	162
2012	187	49	138
2013	96	33	63
2014	106	59	47
TOTAL	740	196	544

The aforementioned cybercrime cases took place or are pending before the Nigerian Federal High Courts; States High Court and the High Court of the Federal Capital Territory (FCT) because according to the EFCC (establishment) Act and AFF Act 2006, the jurisdiction to the try cybercrime offenders is particularly granted to the Federal High Court or the High Court of a State or the High Court of the Federal Capital Territory (FCT).³⁹

Pursuant to the enactment of the Nigerian Cybercrimes Act 2015, as stated earlier in this paper, comprehensive cybercrime offences punishable with penalties and fines are contained in Part III. Moreover, sections 41 (2), 47 and 50 of the Act empowers the Attorney General of the Federation and relevant law enforcement agencies to ensure effective prosecution of cybercrimes and cybersecurity matters under the Act, specifically before the Federal High Court located in any part of Nigeria, regardless of the location where the offence is committed.

The problem that this development poses is that cybercrime prosecutors can decide to amend, alter and add to the charges of the

38 EFCC 2013 Annual Report, 21; Prince Madojemu Interview with Mr. C. A Ajah, staff EFCC policy, planning and strategy Department, Abuja, 25 April 2015.

39 EFCC (Establishment) Act, 2004, s. 19 (1); Advance Fee Fraud and Other Fraud Related Offences Act, 2006, s.14.

cybercrime cases pending before the various courts to reflect offences and penalties under the new Nigerian Cybercrimes Act 2015 definitely not covered by the AFF Act 2006. This is hinged on the ground that the alteration, amendment and addition in respect to any criminal charge in any criminal matter can be made at any time before judgment is given in the case.⁴⁰ Moreover, the cybercrime prosecutor may also decide to prefer charges against perpetrators of cybercrime for offences committed prior to the enactment of the Nigerian Cybercrimes Act 2015. Does these not contravene the constitutional right of non-retroactivity of crime or is the Nigerian Cybercrimes Act 2015 retroactive?

3 NON-RETROACTIVITY OF THE NIGERIAN CYBERCRIMES ACT 2015 AND THE ROLE OF CYBERCRIME PROSECUTORS

In the exercise of the administration of cybercrime justice by cybercrime prosecutors, it is important for them to note that their role is subject to the constitutional right of a cybercrime perpetrator to be prevented from retroactive or retrospective cybercrime statutes or legislations. A cybercrime statute is deemed to be retroactive if it removes rights vested on a cybercrime perpetrator by a prior statute/law or makes a fresh responsibility, establishes a fresh obligation, or adds a fresh disability, bothering on already past events or activities.⁴¹ Retroactive legislations also refers to *ex post facto* laws which by implication underscores laws that operates expressly or impliedly in order to impinge on acts perpetrated before they were enacted. In this regard, retroactivity simply makes an act a cybercrime which ordinarily was not a cybercrime as at the time it was committed.⁴²

40 Young Ukauwa v. The State (2002) LPELR – 3325(SC).

41 Landgraf v. USI Film Products, 511 U.S. 244, 270 (1994); George Schoenwaelder, Retroactive Change in the Law to Punish a Defendant (November 2014) 30(4) Touro Law Review, 961–965.

42 Daniel Oran and Mark Tosti, Oran's Dictionary of the Law, (3rd Edition, West Legal Studies, New York, 2000), p. 178 cited in Bereket Alemayehu Hagos, (Non)retroactivity of Ethiopian Criminal Law, september 2015, 1, available at <www.abysinnialaw.com> Last accessed 23 March 2018.

The right to be protected from retroactive cybercrime statutes is discerned from two common law maxims: *Nullum crimen sine lege*: This maxim denotes that “no act is criminal except that defined to be so by the law” and *Nulla poene sine lege*: This maxim denotes that “no citizen can be made to suffer any punishment except in accordance with the law.”⁴³ The corollary is that cybercrime statutes should ordinarily be non-retroactive to ensure that cybercriminals or cybercrime perpetrators are not deprived of the fruits of natural justice. Hence, cybercrime prosecutors should apply the Nigerian Cybercrimes Act 2015 to acts of cybercrime committed after the Act came into force.

Generally, criminal statutes are enacted to operate prospectively on the premise that the legislature does not intend what is unjust.⁴⁴ This position is legalized under section 4(9) of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 (As Amended) – (The Nigerian Constitution) by stating unequivocally that the National Assembly or a House of Assembly shall not, in relation to any criminal offence whatsoever, have power to make any law which shall have retrospective effect. Section 36(8) of the Nigerian Constitution lays credence to the non-retroactivity of cybercrime legislations when it stated that no person shall be held guilty for any act or omission whatsoever that did not at the time the act or omission took place, constitute a crime, and no penalty should be given to an act unless the penalty that was in force at the time of the crime was committed. Moreover, section 36(12) of the Nigerian Constitution, expresses the fact that no person should be convicted for any crime except the crime is stated in a law and the punishment also provided. The crime in question should be known to law or expressly stated in an existing law.

Thus, in the case of *Omoju v. Federal Republic of Nigeria*,⁴⁵the

43 Olanrewaju Olamide, The Basic Principles or Concepts of Criminal Law, available at <<https://www.djetlawyer.com/basic-principles-concepts-criminal-law/>> Last accessed 25 March 2018.

44 *Omatseye v. FRN* (2017) LPELR-42719(CA)

45 (2008) 7 NWLR pt. 1085, 38; see also, *George v. FRN* (2011) ALL FWLR pt 587, 664; *Amadi v. FRN* (2011) ALL FWLR pt. 561, 1588; *Aoko v. Fagbemi* (1961) 1 All NLR 400; In *Udokwu v Onugha* (1963) 7 ENLR 1, the act complained of was committed 6 months before they were prohibited by legislation.

appellant was arrested at the Nnamdi Azikiwe International Airport in Abuja by the NDLEA officials. Later, while in detention the appellant excreted 118 wraps of substances later confirmed to be heroine. The appellant was arraigned for the offence of exporting heroine and unlawful exportation of the said drug contrary to section 10 (b) of the Nigerian Drug Law Enforcement Agency Act. At the trial, the appellant pleaded guilty to the charges and was accordingly convicted and sentenced to two years imprisonment. Aggrieved by the judgment the appellant appealed to the Court of Appeal which dismissed the appeal. He later appealed to the Supreme Court wherein it was contended on behalf of the appellant that he was convicted under a non-existing Law in the section 10 (b) of the Nigerian Drug Law Enforcement Agency Act. In determining the appeal the Supreme Court considered the provision of section 36 (8) and (12) of the constitution and held; section 36 (8) and (12) of the 1999 constitution provides against retro-activity in legislation and punishing accused persons for offences not provided by the statute. In other words, under section 36 (8) and (12), a person cannot be punished for an offence which is not written.

However, a cybercrime prosecutor has the herculean task of determining whether a particular cybercrime legislation is a substantive law or procedural law. This is hinged on a fundamental principle of law that except it is expressly stated, no statute in respect to substantive law shall be construed so as to have retrospective or retroactive operation, unless it pertains to matters of procedure.⁴⁶ For instance, in *Elias v. Federal Republic of Nigeria & Anor.*,⁴⁷ the appellant was found guilty, convicted and sentenced contrary to Sections 1(2)(b) and 3(2) of the Miscellaneous Offences Act Cap M17 Laws of the Federation of Nigeria, 2004 and was ordered to refund the sum of N51.5 million

The court held that the accused had committed no offence by virtue of s.22(10), 1963 Constitution. 46 Afolabi V Gov. of Oyo State (1895) LPELR-196(SC) 1 at 54; Elias V Federal Republic of Nigeria & Anor, Suit No: CA/YL/141C/2015, Court of Appeal, Yola Judicial Division, Judgment delivered on Wednesday, the 29th day of June, 2016

47 Ibid

to the Adamawa State Local Governments Joint Account Committee Fund in accordance to Section 319 of the Administration of Criminal Justice Act (ACJA), 2015 by the Federal High Court, Yola. On appeal, the appellant contended that the provisions of the ACJA are not applicable as they cannot be applied retrospectively since the offence was committed in 2002. The Court of Appeal recognized that ACJA commencement date was 15 May 2015 and the offences for which the appellant was charged was committed in 2002 and 2003, and convicted in December 2015. The court held that “while substantive laws cannot be interpreted to have retrospective operation, when it comes to rules of procedure, it is permissible. Thus, the ACJA, being rules guiding the procedure of criminal trials in Federal High Courts and FCT High Courts, are capable of retrospective effect. The trial Court therefore acted rightly when it applied Section 319 of the ACJA to make an order on the Appellant to refund the sum of N51.5 million to the Adamawa State Local Governments Joint Account Committee.”⁴⁸

Against the backdrop of the Nigerian Cybercrimes Act 2015, it must be noted that contrary to the *Elias* decision above, the Nigerian Cybercrimes Act 2015 is a substantive law which made provisions for cybercrime offences and penalties therein. Since the commencement date of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 is 15 May 2015 and there are about 544 pending or part heard cybercrime matters before the courts prior to the commencement of the Act, cybercrime prosecutors cannot add, alter or amend the charges against the cybercrime perpetrators standing trial and introduce offences under the Nigerian Cybercrimes Act 2015. This would be contrary to sections 36(8) & (12) of the Nigerian Constitution and no cybercrime prosecutor should subject a cybercriminal through arduous and humiliating ordeal of cybercrime prosecution and to be so wrongfully convicted and punished for an on existing offence as at the time it was committed.⁴⁹

48 Ibid

49 *Omatseye v. FRN (2017) LPELR-42719(CA)*

In the same vein, cybercrime prosecutors must resist the temptation of preferring charges against cybercriminals for cybercrime acts committed before 15 May 2015 pursuant to the Nigerian Cybercrimes Act 2015, especially where there is no express provision in the Act making it retroactive.

Cybercrime prosecutors must not allow the Nigerian Cybercrimes Act 2015 to affect pending cybercrime proceedings prior to the Nigerian Cybercrimes Act to deprive cybercriminals of their right to be prevented from retroactive cybercrime laws. The legal position is that it is the law in force or which is operational when the offence was committed that ought to be or is the applicable law.⁵⁰ In this regard, it is the Economic and Financial Crimes Commission (Establishment) Act, 2004 and Advance Fee Fraud and Other Fraud Related Offences Act, 2006. Any cybercrime trial and consequent conviction in breach of sections 36(8) & (12) of Nigerian Constitution and the principle of non-retroactivity of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 is unconstitutional and any conviction thereon is liable to be set aside.⁵¹

The right to protection from retroactive cybercrime law underscores the fact or notion that individuals are entitled to such a right. It gives stability and certainty impetus to the justice system thereby facilitating the administration of cybercrime justice. The lack of accessibility and intelligibility of the Nigerian Cybercrimes Act 2015 is anchored on injustice against cybercrime perpetrators whose acts were not proscribed by the Act at the time they were committed. Obviously, at the time of commission of the cybercrime offence prior to the Nigerian Cybercrimes Act 2015, the Act was not accessible or knowable to cybercrime perpetrators. Most importantly, if cybercrime

50 Orgi v. FRN (2007) 13 NWLR (PT. 1050) 58 at 94; Kalango v Gov. Bayelsa State (2002) 17 NWLR (PT. 797) 617; Aremu v. Adekanye (2004) 13 NWLR (PT. 891) 972
51 Aoko v. Fagbemi (1961) All NLR 400; Council Asake v. Nigerian Army Council (2007) 1 NWLR (Pt. 1015) 408; Udoku v. Onugha (1963) 2 All NLR 107; Prince Joshua Paulson V. The State (2011) LPELR - 4875 (CA); FRN & Anor. V. Lord Chief Udensi Ifegwu (2003) 15 NWLR (Pt. 542) 113; Major Adebayo V. Nigerian Army & Anor. (2012) LPELR - 7902 (CA); Hon. Hembe v. FRN (2014) LPELR - 22705 (CA)

prosecutors are allowed to alter, add or amend charges in respect to part heard cybercrime matters to reflect offences under the Nigerian Cybercrimes Act 2015 or charge cybercrime perpetrators for acts committed prior to the commencement of the Act, it will encourage abuse of individual rights.⁵²

4 CONCLUSION

Cybercrime prosecutors cannot detach the rights of cybercrime perpetrators to be prevented from non-retroactive cybercrime laws in their quest to administer cybercrime justice. Considering, the recent enactment of the Nigerian cybercrimes Act 2015 and the 544 cybercrime cases pending in various courts, cybercrime prosecutors in charge of the cases are constitutionally prevented from altering, adding or amending on going charges in order to smuggle in cybercrime offences unavailable in the Advance Fee Fraud & Other Related Fraud Offences Act 2006, although prescribed under the Nigerian Cybercrimes Act 2015. In the same vein, it is unlawful for them to charge a cybercrime perpetrator under the Nigerian Cybercrimes Act 2015 for acts of cybercrime committed before 15 May 2015 when the Act commenced. Invariably, a cybercrime perpetrator can only be tried, convicted and sentenced for a cybercrime offence created and known to law at the time the act was committed.

REFERENCES

IKPANG, Aniedi J. Assessing the Principle of Legality in Nigerian Criminal Jurisprudence (2017) 58 **Journal of Law, Policy and Globalization**, 119 – 125.
PISARI, Milana. Specialization of Criminal Justice Authorities in Dealing with

⁵² James Popple, The right to protection for retroactive criminal law (August 1989) 13(4) *Criminal Law Journal*, 251 – 254; George Schoenwaelder, Above, note 39.

Cybercrime (2017) 2 *VARSTVOSLOVJE*, **Journal of Criminal Justice and Security**, 230-242.

OKENE, Ovunda V. C. Effective administration of Justice in Nigeria, Available at <https://Works.Bepress.Com/Ovunda_V_C_Okene/36/> Last Accessed 24 March 2018

WEAVER, Russell L. Retroactive Regulatory Interpretations: An Analysis of Judicial Responses (1986) 61(2) **Notre Dame Law Review**, 167-219.

SPIGA, Valentina. Non-retroactivity of Criminal Law (2011) 9 **Journal of International Criminal Justice**, 5 – 23.

La Convicción, Un Arma Imprescindible En La Protección De Niñas Y Niños Víctimas¹

Lic. Ubelexis Rondón Cantero²

RESUMEN

En este artículo se valora la convicción como imprescindible a las víctimas específicas de niños y niñas, observando cómo esto es tratado en el Derecho Penal. Resalta también para la Fiscalía y también para Cuba como un país que tiene como prioritario este punto. Valora la defensa a los infantes víctimas como una tarea de todos, además el deber de tener como prioridad. Aborda el concepto de víctima como cualquier persona que haya sufrido daño físico, psíquico, financiero o de sus derechos como persona a consecuencia de una acción u omisión regida en Ley como delito.

Palabras clave: *Convicción. Víctimas. Protección de los niños y niñas.*

1 INTRODUCCIÓN

En Cuba la protección a la niñez y la juventud tiene carácter prioritario, establecida desde los postulados constitucionales y desdobladas en no pocas normativas incluida la relativa al Derecho Penal. Resulta especialmente interesante la tutela penológica que brinda el Estado para aquellos que vulneran los derechos proclamados por los

¹ Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 18/06/2018.

² Fiscal. Fiscalía Provincial Cienfuegos. E-mail: relaciones@fgr.gob.cu

organismos internacionales y acogidos por varios de nuestros cuerpos legales. No obstante la Justicia se enfrenta a la delicada tarea de emitir un juicio de credibilidad respecto del testimonio de una víctima, muchas veces constituida como la prueba principal.

Para los operadores del Derecho ello implica realizar un esfuerzo en dependencia de la posición que le corresponda en el proceso para alcanzar la convicción y convencimiento objetivo del hecho investigado o juzgado. Para los jueces, el desafío de emitir un juicio de valor debiendo pronunciarse y explicitar circunstanciadamente cada uno de los supuestos fácticos y argumentaciones jurídicas esgrimidos en estrados por las partes resulta una alta responsabilidad a la que el fiscal tiene que contribuir de manera efectiva.

Según la UNICEF (Abril 2002) se calcula que cada año un millón de menores de edad, la mayoría niñas, están en las redes del comercio sexual. A los niños más vulnerables se les traslada dentro y fuera de las fronteras para someterlos a la prostitución, la pornografía y a formas intolerables de trabajo infantil. En Cuba la realidad es diferente.

Con independencia de los esfuerzos, en los últimos tiempos, se aprecia una incidencia nada despreciable de la comisión de delitos de Abusos Lascivos, Corrupción de Menores y Otros Actos Contrarios al Normal Desarrollo del Menor. Esto unido a la constante evaluación de estos temas para lograr un perfeccionamiento en las investigaciones nos ha motivado al análisis del contexto actual y nos llevan a emitir consideraciones al respecto.

2 DESARROLLO

El niño víctima de la violencia delictiva forma parte de la problemática del delito y de la violencia en general, así como es parte de la Victimología. No obstante es ineludible que dentro de estos sectores de la población y cuando se trata de niños, se hiere más la sensibilidad humana de todos los ciudadanos. Aún así se estudia

y se conoce más profundamente sobre los victimarios del infante que sobre el propio niño víctima y en ocasiones esto forma parte de un acicate más para hacerlos vulnerables dentro de un determinado proceso.

Defender a los infantes víctimas es una tarea obligada de todos, por lo que no es soberanía exclusiva del Estado; el Doctor Luis Rodríguez Manzanera en su ensayo "Victimología y Derechos Humanos" lo resumió de la siguiente manera: "Sentimos que la atención de los especialistas se ha centrado en los derechos de los delinquentes, olvidando en mucho los de las víctimas" (1996:10).

Entre los actos que la población concibe como los más siniestros, está el de los delitos sexuales, cuyo origen se explica con raíces milenarias y que constituye un fenómeno que no es privativo de algún lugar del mundo, convirtiéndose en un tema de prioridad para análisis e investigación criminológica, y si estos delitos sexuales se realizan contra menores son mucho más repudiados y provocan incalculables consecuencias en el futuro adulto. En Cuba también se valora de forma especial la responsabilidad de la familia en su educación, formación y cuidado.

Para la sistemática de la normativa patria es considerado menor al sujeto con edad de 15 años o menos, es decir, inferior a la mayoría de edad penal de 16 años. Lo anterior está ligado evidentemente a patrones relacionados con el desarrollo físico, intelectual y emocional que requieren edades específicas apropiadas para definir al niño.

Por su parte la víctima podemos considerarla desde el punto de vista gramatical como el ser destinado al sacrificio personal que se expone a un grave riesgo en obsequio de otra, padecer por culpa ajena o por causa fortuita (Diccionario ARISTOS, 1985:16). Para la Victimología, víctima es todo aquel sujeto que sufre por la comisión de una conducta antisocial aunque no sea detentador del derecho vulnerado. El más universal y aceptado de todos los conceptos de víctimas que conocemos, y que es sustentado por la Declaración

de la Organización de las Naciones Unidas (año 1985-1989), es:

Se entenderá por víctima las personas que individual o colectivamente hayan recibido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas financieras o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que violan la legislación penal vigente en los estados miembros, incluido lo que prescribe el abuso de poder” (Instrumentos Jurídicos Para la Infancia, 1996: 23).

Podrá considerarse víctima a una persona, independientemente a que se identifique, aprehenda en juicio o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En la expresión Víctima se incluye, además, en su caso, a las familias o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Así, en materia penal es considerada víctima a toda persona que ha sufrido daño físico, psíquico, financiero o de sus derechos como persona a consecuencia de una acción u omisión regida en Ley como delito. Bajo ese concepto debemos considerar a la víctima en su rol con el derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo.

Las formas clínicas del maltrato son muy variadas, existiendo el maltrato físico, el cual tiene múltiples formas de presentación que incluyen: la golpiza, quemadura, heridas por armas blancas, sofocación, abuso sexual cada una con sus rasgos distintivos. Es importante, sobre todo, considerar que una conducta es abusiva cuando es vivida y sentida de este modo por el niño o la niña, cuando miran, tocan, o cuando son mirados o tocados de un modo que les daña.

Durante los últimos años ha existido una significativa ocurrencia de ellos que tienen como blanco niñas y niños, lo que obliga a un análisis de todo lo relacionado con ello, tanto desde el punto de vista criminológico, como preventivo o investigativo. Para la Fiscalía la

protección de la infancia constituye una prioridad.

Para quienes investigan la comisión de actos delictivos y entre ellos aquellos en los que resultan víctima los infantes, la indagación implica realizar un esfuerzo de convicción y convencimiento antes los tribunales. Por su parte, a los magistrados corresponde el desafío de emitir un juicio de valor debiendo pronunciarse y explicitar circunstanciadamente cada uno de los supuestos fácticos y argumentaciones jurídicas esgrimidos en estrados por las partes. Hoy se fortalecen los esfuerzos por lograr resultados más locaces con intervenciones mínimas, sin embargo no siempre se reciben o interpretan adecuadamente, en nuestro criterio.

La investigación y tratamiento penal a eventos en los que resultan victimizados niños suelen ser especialmente complejos, la posibilidad de los menores de describir el propio hecho en el que fueron victimizados es a veces cuestionada, a la vez que en muchos casos, paradójicamente, no se cuenta sino con su testimonio como pieza fundamental para intentar demostrar su ocurrencia, como sucede con frecuencia en los casos de los delitos sexuales.

Para los jueces resulta que el juicio de valor incide directamente en la evaluación que realizan respecto de la víctima y su contexto e historia personal: ¿dice la verdad un menor cuando relata haber sido víctima de tocamientos?, ¿pudo haber sido objeto de influencias para denunciar?, ¿porqué denunció ahora y no antes?, ¿se observa un menor afectado psicológicamente por los hechos que resalta?, etc. Las respuestas no son sencillas, no basta el análisis racional, la pasión o el sentido común si uno de ellos excluye al otro, pero se requiere para ello de sapiencia, confianza y de un adecuado argumento investigativo. Corresponde al fiscal convertirse en el sostén que requiere el niño para ser escuchado y protegido ante un hecho vivido con toda certeza.

Desde finales del siglo pasado autores que dedicaron su obra al estudio de la Psiquiatría y la Psicología Judicial incluyeron en

los mismos aspectos relativos a la peritación de la víctima. En los últimos años toma auge en el estudio de las causas y condiciones que determinan el delito como fenómeno social, el análisis de los factores victimales. En este contexto hay un punto en que se acentúa aún más esta semiexclusión bibliográfica, el referido al testimonio de los niños víctimas de delitos (Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio, 2008).

El testimonio no es más que la huella de un hecho que aunque subjetivamente, puede resultar útil para establecer las características esenciales del fenómeno, en este caso hecho delictivo, que lo determinó y que a la vez se refleja en él. La experiencia indica que la prueba pericial que analiza el testimonio de la víctima es un aporte fundamental a la decisión del juez en la medida que provee elementos de convicción que pueden servir de base al pronunciamiento de una sentencia, especialmente en cualquier delito que trascurra con pocos elementos criminalísticos de otro carácter.

Tal es el caso de los delitos sexuales que se producen contra menores, los cuales muchas veces no van a dejar otra huella, ni otra oportunidad de abordaje criminalístico, que el recuerdo del niño, aún cuando las sinuosidades psicológicas propias de las edades tempranas de la vida hagan difícil su interpretación. Incluso en determinados casos donde existen algunos elementos objetivos o testificales que demuestran la ocurrencia del delito contra el menor, la exploración de su testimonio permitirá complementar a estos en aspectos tales como, el modus operandi, lugar, circunstancias, o presiones psicológicas.

La importancia del testimonio de la víctima de abuso sexual, por mencionar aquellos de mayor incidencia en el estudio criminológico radica que es la única fuente para poder obtener algunas variables de interés del grupo delictivo, además de ser una de las vías para establecer si estamos en presencia de una víctima real o falsa.

Las principales deficiencias investigativas, de acuerdo a las valo-

raciones realizadas por especialistas en distintos escenarios, recaen hoy en lo siguiente:

Falta de profundidad, multilateralidad y objetividad en la investigación de estos ilícitos, ocasionada por la falta de preparación de los actuantes para enfrentar estos hechos, lo que motiva:

1. Demora en radicar la denuncia por el desconocimiento sobre la calificación legal del hecho, con trascendencia a la competencia.

2. Declaración del denunciante omisa y poco profunda, lo que impide la realización correcta y oportuna del llamado “primer ataque”.

3. No se practican diligencias y acciones de instrucción necesarias para la probanza del hecho (ILH, declaración de testigos de presenciales y de referencia, experimentos de instrucción).

4. En ocasiones no se realiza el reconocimiento médico legal del menor.

5. Generalmente se omite el examen físico del acusado.

6. Investigaciones complementarias formales y poco profundas.

7. No se explotan las posibilidades que ofrece la criminalística (peritajes de odorología, biológicos, grafológicos, etcétera)

8. No se acompaña evaluación del centro estudiantil sobre el explorado (cuando se trata de niños en edad escolar y adolescentes) sobre los cambios de conducta y actitud, posibles variaciones en los resultados académicos, etcétera)

9. Dilación innecesaria en la tramitación del proceso, especialmente en la realización de la exploración del menor.

10. Confusión entre el examen exploratorio del menor y la validación del testimonio.

11. Falta de preparación previa para la realización de la exploración del menor.

En cuanto a la investigación debemos añadir también que pueden obstaculizar la obtención del testimonio de un infante la presencia del representante legal en el momento que se toman las declaraciones, ya que puede producir una distorsión descriptiva, cuando el menor

trate de evitar la comunicación de situaciones que pueden acarrearle sensación de culpa o temor al castigo, lo que desde su posición puede subjetivamente equipararse a situaciones previstas para los casos en los que el declarante es un adulto.

Con respecto a la declaración de la víctima se debe coordinar el trabajo con la policía, de tal manera, que si ésta efectúa la denuncia, en el parte policial se consignen las circunstancias del hecho, pero que no proceda este órgano a tomar una declaración adicional a la víctima, reservándola para que la diligencia se efectúe en presencia del fiscal, aunque no sea un requisito sine qua non, o ser entrevistado exclusivamente por los especialistas quienes brindarán su informe o su criterio de utilidad o no para el Proceso Penal.

Por su parte son varias las posibles tareas periciales a cumplir en la víctima, con las diligencias periciales y en menor o mayor grado, resulta imprescindible el enfoque interdisciplinario, ese al que se encaminan los esfuerzos y así evitar reiterados exámenes que agudicen los efectos del acto. En este estilo de trabajo, las tareas periciales propiamente psicopatológicas a cumplir en la víctima serán las siguientes:

1. Estado mental de la víctima en el momento del hecho delictivo: De especial interés en determinados delitos, los cuales incluso pueden ser tipificados todo en base a ese elemento. Resulta de especial importancia en delitos como la Violación, Pederastia con Violencia y Abusos Lascivos.

2. Estado mental de la víctima con posterioridad al hecho delictivo. A determinar en delitos en los que se prevé la posibilidad de – secuelas psíquicas, como delito de lesiones y la violación, o – enfermedad grave derivadas del hecho.

3. Validación del testimonio en víctimas de delitos. Cada una de estas tareas está determinada por requerimientos judiciales específicos dentro del proceso penal concreto. Toda demanda de pericia proveniente del sistema se origina mediante una solicitud formal al

perito para que, en virtud de sus especiales conocimientos, pueda intentar aclarar o aportar sobre algún punto materia de controversia o litigio.

¿Qué es la Validación del testimonio en víctimas de delitos?

- Procedimiento pericial médico-legal.
- No hay que realizarla en todos los casos, solo en los que resulte dudoso algún aspecto de la exploración.
- No se hace inmediatamente después de la denuncia, pero sí lo más cercano posible a la exploración.
- Su objetivo es analizar el contenido del testimonio infantil, para lo cual pueden emplearse maniobras de comprobación y explicar aparentes irregularidades.
- Califica lo que el menor describe, pero nunca si es veraz o no, tan solo confiable o útil para el proceso.

Empero los informes sobre validación de testimonios de los menores víctimas pueden resultar solicitudes omisas, donde no se concreta lo que se quiere obtener del peritaje o dejar de comprender elementos esenciales, tampoco aportar para este momento la exploración que se le tomó con anterioridad al menor, sino una síntesis de los hechos, con un valor incalculable, es una herramienta directa con que cuenta el perito a la hora de realizar su trabajo. Así mismo en la síntesis de los hechos se requiere mencionar el lugar donde fueron ejecutados, la fecha, edad del menor y el acusado, y relaciones que unen a víctimas y victimarios, aspectos que determinan la calidad del informe y dan muestra de la confianza del actuante en resultado al que aspira con su búsqueda.

En el caso de solicitarse el análisis pericial o validación del testimonio de niñas, niños o adolescentes de menos de 16 años de edad, será también imprescindible la remisión escrita del contenido de su exploración y los puntos de duda que explican la solicitud de esa pericia (Ídem). No debemos olvidar que, el origen de esta consulta que se hace desde el mundo jurídico al psicológico, se encuentra

asentada en la necesidad tanto del fiscal como del juez, de valorar aspectos que no son estrictamente jurídicos.

Debemos valorar en su justa medida que por la naturaleza y principios del proceso judicial, el informe y sus conclusiones no son vinculantes a la decisión que va a tomar el tribunal colegiado, que se erige en perito superior. La fuerza probatoria será estimada por los jueces teniendo en cuenta la competencia de los peritos, la unidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos o técnicos en que se fundan, y la concordancia de su aplicación con las reglas de su sana crítica.

El informe pericial psicológico tiene que estar debidamente fundamentado y carecerá de eficacia probatoria si no fuese claro y sus explicaciones aparecieran contradictorias o deficientes. En este punto podemos plantear que es necesario que un informe pericial se baste a sí mismo, es decir, contenga en su cuerpo todos los elementos de juicio suficientes para que sus conclusiones sean el resultado natural y esperado de su desarrollo (Ídem).

La evaluación pericial psicológica de la credibilidad del testimonio, y más específicamente el interés judicial por determinar la credibilidad de una declaración en el marco de una investigación criminal, se remonta a comienzos de siglo pasado. Un claro ejemplo de ello es que, de acuerdo a Steller y Köehnken, “en los años 30 aparecieron por primera vez en la literatura alemana psicológica y judicial los criterios de realidad” (Ídem).

Cuándo debe solicitarse la Validación.

- Cuando el Instructor o Fiscal dudan de la confiabilidad del testimonio.
- Cuando existen contradicciones en el propio testimonio del menor.
- Cuando hay indicios de inducciones en el mismo.
- Cuando no es lógico o coherente.
- Cuando aparecen elementos fantásticos.

- Cuando el afecto es contrario a lo que narra el menor.
- Cuando utiliza un lenguaje propio del adulto y reacomodos en su narración.
- Cuando no es espontáneo y fluido.
- A veces cuando es el único elemento que existe para fundamentar el delito.

Admitir que el testimonio del niño carece totalmente de valor, dejándolos sin protección con relación a su victimización en abusos sexuales, es una absurda manera de hacerlos responsables de su desgracia e incapaces de defenderse. Puede haber ausencia de elementos demostrativos del delito, ya sea porque no suelen producirse en muchos de ellos huellas identificables en los exámenes médicos legales y criminalísticos, o porque el delincuente los ejecuta en ausencia de testigos que harán materialmente imposible su probanza en nuestro medio. Conocedor de todo esto, el acusado dará un testimonio que se caracterizará, en la mayoría de los casos, por la negación confiada de los hechos que se le imputan e incluso por exacerbar rasgos de la conducta de niño o de la familia en su cuidado y educación.

La mayor parte de los infantes víctimas provienen de hogares disfuncionales, promiscuos, deformantes. Restar credibilidad al testimonio del niño(a) argumentando que su medio es anormal, inductor, interesado en el lucro, resulta contradictorio. Comparar la buena trayectoria social, impecable incluso, como aval a favor del acusado, opuesta a la procedencia de un medio más rechazable de la víctima, cuando en el proceso de cálculo del autor tal gradiente pudo ser decisivo para que pasara el acto delictivo, por sentirse poseedor de una fiabilidad social más ventajosa, resultaría absurdo.

Razonar que porque un niño(a) sea mentiroso habitualmente, miente también al razonar sobre el hecho delictivo que fue objeto, pudiera calificarse de absurdo, cuando se razona que precisamente es más seleccionable que cualquier otro para ser victimizado, por esa misma razón garantizadora de impunidad y también reflejo de

condiciones psicosociales favorecedoras de la victimización.

Todos estos niños se examinan mediante un control semántico discutido en equipo para llegar a conclusiones uniformes en cuanto a validación de testimonio y conducta a seguir, obteniendo como resultado la clasificación del testimonio en tres tipos: a) testimonio confiable cuando las declaraciones del menor no presentan contradicciones, la narración es coherente y con el estado afectivo que corresponde a este hecho, coincidieron la víctima y el victimario en el lugar y el tiempo en que se desencadenan los hechos, tiene valor judicial; b) testimonio dudoso si han existido contradicciones en las declaraciones que no permiten pensar con nitidez los hechos acaecidos, presenta contradicciones esenciales en el fondo del testimonio el cual es real, pero presenta determinados adornos que denotan influencien el niño y c) testimonio no confiable ya que los elementos que se manifiestan en las declaraciones y los hechos no se corresponden con la posibilidad real de hubiesen ocurrido en el tiempo y espacio que se describe, no significa que no ocurrió el hecho sino que su testimonio no puede ser o no tiene valor judicial.

La Instrucción No. 173, del 7 de mayo de 2003, se pronuncia por la participación del menor víctima en el juicio solo si es imprescindible, atendiendo al, "interés superior del niño".

La revisión de los estudios empíricos actualizados con relación a la temática de las capacidades testificales infantiles permite concluir que es posible obtener testimonios por parte de los niños(as) que sean concordantes con los hechos vivenciados (Instrucción No. 173/03). Los niños presentan mayores capacidades para testificar de lo que el sentido común podría suponer hasta ahora y que más bien, el supuesto general se basa en prejuicios poco fundamentados empíricamente. Esto puede resultar riesgoso, si los agentes administradores de justicia se basan en prejuicios más que en evidencias al valorar la credibilidad del relato del niño(a). Por ello no debe resultarnos suficiente aplicar y transmitir una adecuada técnica jurídica,

se requiere lograr convicción para transmitir certeza.

CONCLUSIONES

Los infantes sufren el hecho de ser cuestionados al describir el hecho en el que fueron víctimas de delitos sexuales y en un significativo número de oportunidades su testimonio es el medio de prueba fundamental con el que contamos para demostrar su existencia.

La protección de los derechos de los(as) niño(a)s durante la investigación de delitos sexuales, requieren un elevado nivel de profesionalidad de los fiscales para lograr efectividad en el ejercicio de la acción penal y aún subsisten deficiencias que demandan de una constante preparación y perfeccionamiento de los procedimientos.

A CONVICÇÃO, UMA ARMA IMPRESCINDÍVEL NA PROTEÇÃO DE MENINAS E MENINAS VÍTIMAS

RESUMO

Neste artigo se valora a convicção como imprescindível ao tratamento às vítimas específicas de meninos e meninas, observando como isto é tratado no Direito Penal. Resalta para a Fiscalía, também para Cuba como um país que tiene como prioritário este ponto. Valora a defesa aos infantes vítimas como uma tarefa de todos, ademais deve se ter como prioridade. Aborda o conceito de vítima como qualquer pessoa que tenha sofrido dano físico, psíquico, financeiro ou de seus direitos como pessoa a consequência de uma ação ou omissão regida na Lei como delito.

Palavras-chave: *Convicção. Vítimas. Proteção dos meninos e meninas.*

REFERENCIAS

CUBA. **Constitución de la República de Cuba.** 1992. Editora Política, La Habana.

BARRIOS, Crespo; IVIS, Ana; CANTOS, Iván Cruz Álvarez. 1999. **Maltrato en la Adolescencia. Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud del adolescente.** MINSAP, La Habana, Cuba.

Diccionario ilustrado de la lengua española ARISTOS. 1985. Editorial científico técnica.

CHILE. **Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio.** 2008. Documento de Trabajo interinstitucional. Santiago de Chile.

GÓMEZ PÉREZ, Ángela. **Ponencia "Aspectos puntuales acerca de la victimología".** Departamento Ciencias Penales.

Instrucción No. 173/03, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Instrumentos Jurídicos Para la Infancia. 1996. Convención Internacional de los Derechos del Niño. Editorial La Primera Prueba C. A UNICEF, Venezuela.

CUBA. **Ley No. 1289, Código de Familia.** 1989. Universidad de La Habana.

CUBA. **Ley No. 59, Código Civil.** 1998. Ministerio de Justicia, La Habana.

CUBA. **Ley No. 87, Código Penal anotado y concordado con Instrucciones y sentencias del Tribunal Supremo Popular.** 1998. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.

Presentación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación General de la Niñez en México y Centroamérica.

Por Bruce Harris. Director Regional para América Latina de Casa Alianza. 11 de octubre del 2000. Tomado de Internet.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología y Derechos Humanos.** Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina. 1996.

ROQUE, Juan Carlos. 20-6-2001. **Nuevos enfoques en la formación de los niños.** A iniciativas de 18 premios novel de la paz, la ONU ha presentado en Viena, Austria, la "Década internacional para una cultura de paz y renuncia a la violencia para los niños del mundo". Radio Nederland. Tomado de Internet.

**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

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