

Ano 10 - Nº 2
Jul./Dez. 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*



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 2
(Jul./Dez. 2018)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo – CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 10, nº2 (Jul./Dez. 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).

CDD 340

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

Flávia Soares Unneberg

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlastic

Nicholas Cowdery

Rasmus Wandall

Silvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara

André Araújo Barbosa

André Luiz Tabosa de Oliveira

André Zech Sylvestre

Cassius Guimarães Chai

Claude Girard

Douglas Fschler

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

Suziane Holanda Fernandes Vieira

Biblioteca

Josimar de Jesus Lemos

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo

CRB3 – 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português e inglês ou espanhol



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

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

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713

www.mpce.mp.br/institucional/esmp

Sumário

APRESENTAÇÃO08

ARTIGOS NACIONAIS

VIDAS PRESERVADAS: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ PELA PREVENÇÃO DO SUICÍDIO

Anna Gabriela Pinto da Costa..... 11

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Débora Tomé de Sousa

Dairton Costa de Oliveira

Raquel Coelho de Freitas.....25

A ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO INTERESSADO NO RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

José Wagner Rodrigues Longuinho..... 41

COMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: IMPLEMENTAÇÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Leydomar Nunes Pereira.....61

MINISTÉRIO PÚBLICO, VÍTIMA E INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE DO PLS N.º135/2018

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira.....77

A CONCESSÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEI 11.804/2008

Marina Girão de Oliveira Machado.....91

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SAÚDE E O NECESSÁRIO

DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE AS FUNÇÕES ESTATAIS

Rodrigo de Luna Lima..... 111

A LACUNA JURÍDICA EM RELAÇÃO AO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO
AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RE-
LATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

Denisson Gonçalves Chaves

Mágila Martins Furtado..... 133

ARTIGOS INTERNACIONAIS

EMERGING DISCLOSURE REGIME IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN NIGE-
RIA: ISSUES AND PROSPECTS

Akeem Olajide Bello..... 155

PROSECUTORIAL DISCRETION AND INDEPENDENCE OF THE ICC PRO-
SECUTOR: CONCERNS AND CHALLENGES

David Baxter Bakibinga..... 177

LA FLAGRANCIA COMO PROCEDIMIENTO EXPEDITIVO Y EL RESGUAR-
DO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Fernando M. Rodrigo..... 195

QUAL A IDENTIDADE DAS CRIANÇAS NASCIDAS DE EXPLORAÇÃO
SEXUAL E ABUSO DE FORÇAS DE PAZ (CAPACETES AZUIS)? CASO DAS
CRIANÇAS MONUSCO

Michel Mugaruka Kaboyi..... 215

RESEARCH ON MULTIPLE HOMICIDE IN HUNGARY

Nagy László Tibor

Orsolya Bolyky..... 225

THE ETHICS AND MORAL STATUS UNDER THE RULE OF LAW OF PRO-
SECUTERS

Talat Faruq Lone..... 243

Apresentação

Apresentamos a nova Edição da Revista Acadêmica do Ministério Público relativamente ao segundo semestre de 2018, tendo a grata satisfação de registrar o recebimento de número recorde de colaborações.

Este canal de interlocução tem foco na atuação do Ministério Público e abre espaço para um diálogo de ideias que visa produzir conhecimento dentro da perspectiva de abordagens tanto teóricas como práticas.

Como em volumes anteriores, recebemos contribuições acadêmicas internacionais, e, nesta edição, foram selecionados artigos jurídicos de autores de Argentina, Uganda, Nigéria, Paquistão, Hungria e República Democrática do Congo.

Não é demais lembrar que nossa Revista conta com duas versões, eletrônica e impressa, possibilitando democratizar o acesso ao seu conteúdo.

O horizonte desta caminhada nos convida a permanecer na jornada de disseminação do saber, do rompimento de limites e no desenvolvimento de um espaço de excelência para a troca de reflexões e vivências.

Agradecemos a todos os articulistas que tanto engrandeceram esta Revista com seus estudos e pesquisas.

Ao digno leitor(a), esperamos sua contribuição para as edições vindouras.

Boa leitura!

Fortaleza, 14 de dezembro de 2018.

Flávia Soares Unneberg

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Presentation

We are presenting the second semester of 2018 edition of the Academic Journal of the Public Ministry and have the great satisfaction to receive a record number of contributions.

This channel of interlocution focuses on the functioning of the Public Ministry and opens space for a dialog of ideas that produces knowledge of approaches, theories and practices.

As in earlier volumes, we have international academic contributions, and in this edition, we selected juridical articles from authors from Argentina, Uganda, Nigeria, Pakistan, Hungary and the Democratic Republic of Congo. Let us also remind you that, in order to democratize access and content, our Journal exists both in a printed and an electronic version.

Our aim is that the Journal can contribute to the dissemination of knowledge, help us break limits and be a space of excellence for the exchange of reflections and experiences. Thus, we are grateful to all the writers who have made this Journal so great with their studies and researches.

To the honorable reader: we look forward to your contribution to the upcoming issues.

Enjoy!

Fortaleza, December 14th, 2018.

Flávia Soares Unneberg

General Director of the Public Ministry of Ceará's Superior School

Presentación

Presentamos la nueva Edición de la Revista Académica del Ministerio Público para el segundo semestre de 2018, teniendo la grata satisfacción de registrar la recepción de número récord de colaboraciones.

Este canal de interlocución tiene foco en la actuación del Ministerio Público y abre espacio para un diálogo de ideas que busca producir conocimiento dentro de la perspectiva de enfoques tanto teóricos como prácticos.

Como en volúmenes anteriores, recibimos contribuciones académicas internacionales, y en esta edición se seleccionaron artículos jurídicos de autores de Argentina, Uganda, Nigeria, Pakistán, Hungría y la República Democrática del Congo.

Importante recordar que nuestra Revista cuenta con dos versiones, electrónica e impresa, posibilitando democratizar el acceso a su contenido.

El horizonte de esta caminata nos invita a permanecer en la jornada de diseminación del saber, del rompimiento de límites y en el desarrollo de un espacio de excelencia para el intercambio de reflexiones y vivencias.

Agradecemos a todos los articulistas que tanto engrandecen esta Revista con sus estudios e investigaciones.

Al digno lector(a), esperamos su contribución a las ediciones venideras.

¡Buena lectura!

Fortaleza, 14 de diciembre de 2018.

Flávia Soares Unneberg

Directora General de la Escuela Superior del Ministerio Público de Ceará

Vidas Preservadas: a atuação do Ministério Público do Estado do Ceará pela prevenção do suicídio¹

Anna Gabriela Pinto da Costa²

RESUMO

Este artigo apresenta a atuação do Ministério Público do Estado do Ceará na prevenção do suicídio, por meio do Projeto “Vidas Preservadas”, cujo objetivo é a sensibilização e conscientização da sociedade e dos gestores municipais da importância do tema. Demonstra que, por intermédio dos crescentes índices de suicídio no Brasil e no Mundo, o suicídio é considerado uma questão de saúde pública, exigindo-se uma atuação intersetorial capacitada e bem informada para garantir sua prevenção. Conclui-se que o Ministério Público, como instituição de defesa da ordem pública e de efetivação de direitos fundamentais tem papel fundamental na no diálogo, e fomento do debate sobre a prevenção do suicídio.

Palavras-chave: *Prevenção. Suicídio. Ministério Público.*

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é apresentar o projeto “Vidas Preservadas: MP e a sociedade pela prevenção do suicídio”, idealizado pelo Ministério Público do Estado do Ceará, após os crescentes e alarmantes índices de suicídio no Estado do Ceará, atualmente considerado como uma questão de saúde pública mundial, de acordo

¹Data de recebimento: 30/06/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

²Técnica Ministerial, lotada no Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude do Estado do Ceará (CAOPIJ). E-mail: anna.costa@mpce.mp.br

com a Organização Mundial de Saúde.

O tema apresenta complexidade, pois o suicídio, além de ter recebido concepções diferentes ao longo dos anos, apresenta diversos fatores de riscos (sociais, culturais, biológicas, etc), e ainda é visto com preconceito pela sociedade, sendo o seu debate considerado um “tabu”.

Este trabalho apresenta um breve histórico do suicídio, expondo a evolução de suas concepções ao longo dos anos, além de demonstrar a importância do debate por meio dos dados estatísticos da Organização Mundial de Saúde.

Em seguida, discorre sobre o Projeto “Vidas Preservadas”, que conta com estratégias de atuação dos Promotores de Justiça e participação de diversos parceiros e estudiosos que trabalham na prevenção e posvenção do suicídio, cujo objetivo é conscientizar a população e os gestores públicos da importância da prevenção do suicídio.

Por fim, conclui pela importância da atuação do Ministério Público no fomento do debate sobre a prevenção do suicídio, uma vez que é ator na defesa da ordem pública e dos direitos fundamentais.

2 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DO SUICÍDIO

A palavra suicídio origina-se do latim (*sui*, que significa “a si mesmo” e *coedere*, que quer dizer “ação de matar”), e pode ser definido como um ato produzido pelo homem com o objetivo de cessar sua própria vida, tendo sido utilizado pela primeira vez por Desfontaines (em 1734 ou 1737) para significar o assassinato ou a morte de si mesmo (MELEIRO, MELLO-SANTOS, & WANG, 2007, p. 475).

Segundo Venco e Barreto (2010), a percepção do suicídio recebeu novos conceitos com o passar dos anos. Na Grécia Antiga, era considerado como morte voluntária, e não como um ato condenável, desde que houvesse motivações justificáveis.

Posteriormente, na Idade Média, o suicídio passou a ser con-

denado pela Igreja como pecado, e pelo Estado, como crime (MENDES, 2011).

A partir de Santo Agostinho, aprofundou-se a interpretação do 5º Mandamento “não matarás” para “não matarás e interdita o suicídio”. Seguindo sua linha de pensamento, São Tomás de Aquino reafirmou a proibição do suicídio, uma vez que enxergava o homem como pertencente à sociedade, de modo que retirar a própria vida afetava toda a comunidade.

Como punição estatal, o suicidado não teria direito às honras fúnebres, seus herdeiros não receberiam bens materiais, pois seriam transferidos para a Coroa, e o cadáver era exposto, publicamente, nu, queimado ou em pedaços.

A criminalização do suicídio se lastreia em longa tradição cultural, filosófica e religiosa. A influência ética e política do cristianismo nas leis civis do Estado constitucional moderno, diferentemente de outros povos – como japoneses, chineses e indianos –, criminalizou o suicídio no Ocidente, alinhando-se à ética de sacralização da vida de outras antigas religiões. (BARREIRA, 2017, p. 303-304).

Com a separação da Coroa e da Igreja, o suicídio ocupou os estudos da medicina, saindo da seara do pecado e passando a ser considerado como uma patologia, qualificado como loucura (BERENCHTEIN NETTO, 2013).

A filosofia também abordou o tema do suicídio, como sendo uma temática pertinente, e que exigia uma reflexão filosófica (TORO, 2013), sendo tal temática o ponto de partida de “O Mito de Sísifo”, principal obra filosófica de Albert Camus que inicia seu primeiro capítulo com a seguinte reflexão: “Só existe um problema filosófico realmente sério: o suicídio. Julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida é responder à pergunta fundamental da filosofia. O resto, se o mundo tem três dimensões, se o espírito tem nove ou doze categorias, vem depois”. (CAMUS, 2010, p. 19).

Schopenhauer entendia o suicídio como uma liberdade moral

de tirar a própria vida, mas se opunha ao suicídio, por se tratar de um desejo de não sofrer do indivíduo, e não uma renúncia à vida, enquanto Nietzsche, embora defendesse o *amor fati*, traduzido como amor ao destino, amor à vida, também aceitava que o homem tivesse o direito de tirar sua própria vida (PUENTE, 2008).

Em 1846 e 1897, respectivamente, Karl Marx e Émile Durkheim enfrentaram o tema do suicídio mediante um viés sociológico.

Marx (2006) lançou um ensaio baseado em investigações de Jacques Peuchet, um policial estatístico que documentou 4 (quatro) suicídios, sendo 3 (três) mulheres e 1 (um) homem. Além de enfatizar males como miséria, desemprego e injustiça social como males que causam suicídio, o autor também propôs críticas à tirania familiar imposta às mulheres:

A conclusão em Marx é clara: para as mulheres francesas, marcadas pelo controle dos homens e da família, presas a regras morais que lhe imputavam todos os deveres morais e nenhuma proteção efetiva, o suicídio era a materialização da liberdade negada, a única forma de fugir de uma sociedade indiferente aos seus gritos de socorro. Somente a emancipação dos seres humanos permitiria às mulheres recuperar sua humanidade, libertar-se dos grilhões da opressão masculina. Somente a emergência do comunismo faria com que as mulheres não precisassem recorrer ao suicídio como método de libertação. (VIEIRA;ARAÚJO, 2016, p. 136).

Já Durkheim discutiu o suicídio como um fenômeno social, demonstrando, cientificamente, com dados estatísticos, que pode haver determinação social externa ao indivíduo para o cometimento do suicídio:

Em suma, o que esses dados estatísticos expressam é a tendência ao suicídio pela qual cada sociedade é coletivamente afligida. [...] Cada sociedade se predispõe a fornecer um contingente determinado de mortes voluntárias. Essa predisposição pode, portanto, ser objeto de um estudo especial, que pertence ao domínio da sociologia [...], o que este

último busca são as causas por cujo intermédio é possível agir, não sobre os indivíduos isoladamente, mas sobre o grupo. Por conseguinte, entre os fatores dos suicídios, os únicos que lhe concernem são os que fazem sentir sua ação sobre o conjunto da sociedade. (DURKHEIM, 2011, p. 24-25).

Assim, após um estudo baseado na regularidade das estatísticas, fazendo a devida exclusão dos transtornos mentais, Durkheim demonstrou que situações sociais poderiam levar ao aumento ou diminuição do suicídio, a depender do tipo de sociedade (egoísta, altruísta ou anômica).

Atualmente, o suicídio encontra-se inserido no campo de transtornos mentais, relacionado a psicopatologias, estudado e tratado pela medicina e psicologia. Não é mais considerado crime, sendo criminalizada apenas a conduta de quem induz, instiga ou auxilia o suicídio de outrem, conforme artigo 122 do Código Penal.

Embora o fenômeno do suicídio seja complexo e multicausal, pois há uma combinação de fatores sociais, econômicos, biológicos e culturais, “não existe uma causa para o suicídio, uma vez que trata-se de um evento que ocorre como culminância de uma série de fatores que vão se acumulando na biografia do indivíduo” (CASSORLA, 1991, p. 20).

2.1 Suicídio como questão de saúde pública mundial

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, aproximadamente 800.000 (oitocentas mil) pessoas se suicidam a cada ano no mundo, o que significa uma pessoa a cada 40 (quarenta segundos), excedendo, assim, a soma do número de mortes por homicídio e ocorridas durante guerras (World Health Organization – WHO, 2017).

O suicídio está entre as 3 (três) principais causas de morte entre indivíduos de 15 (quinze) a 44 (quarenta e quatro) anos, e a segunda principal causa de morte de indivíduos entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos no mundo.

No Brasil, aproximadamente 11.000 (onze mil) pessoas tiram a própria vida anualmente, havendo maior taxa de mortalidade nos seguintes grupos: jovens entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, idosos com idade acima de 70 (setenta) anos e indígenas.

Nos últimos 5 (cinco) anos, aproximadamente 3.000 (três mil) pessoas tiraram sua própria vida somente no Estado do Ceará, que, atualmente, ocupa o 5º (quinto) lugar no ranking nacional no período 2011-2015, havendo um aumento de 51,7% dos casos de suicídio no Nordeste, segundo o Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde – DATASUS.

Esses dados decorrem de registros oficiais de casos de suicídio. Entretanto, as estatísticas podem ser consideradas minimizadas, e não confiáveis devido às subnotificações.

Braga e Dell’Aglío (2013) cita como exemplos de subnotificação o inadequado preenchimento das notificações compulsórias de violência autoprovocada, a omissão e negação da realidade, por parte da família de quem cometeu suicídio.

Também se fala na ausência de autópsia psicológica em acidentes automobilísticos e na falta de preparo dos profissionais responsáveis pelos registros:

A subestimação das estatísticas sobre atos suicidas deve-se a vários fatores, principalmente, às dificuldades de conceituação. Dentre estas, por exemplo, destacam-se as de identificar com precisão: quando um acidente automobilístico foi uma fatalidade ou tentativa de suicídio; ou quando um usuário de drogas falece por over dose; assim como, quando um paciente nega-se a realizar o tratamento de suas patologias; ou quando se recusa a comer, podendo ser compreendido como abandono da vida. (ARAÚJO; VIEIRA; COUTINHO, 2010, p. 48).

Há um “tabu” intrínseco no tema, fazendo surgir a falsa impressão de que falar sobre suicídio pode influenciar, ou induzir o chamado “Efeito Werther”³.

³ Termo utilizado para designar a imitação de suicídios, como ocorreu em 1774 quando, após a publicação do livro “Os sofrimentos do Jovem Werther”, do alemão Goethe, uma grande onda de suicídios

A Organização Mundial de Saúde defende que o tema deve ser falado abertamente, noticiado sem sensacionalismo, omitindo detalhes quanto ao método utilizado, destacando alternativas e indicando centros especializados e rede de apoio para o cuidado e a prevenção do suicídio (World Health Organization – WHO, 2010).

Dados alarmantes e crescentes como estes demonstram que o suicídio, apesar de ser considerado como uma questão de saúde pública, não ocupa a atenção dos gestores públicos ou da própria sociedade.

O psiquiatra Fábio Souza, coordenador do Programa de Apoio à Vida - PRAVIDA⁴, cita, como exemplo, toda a preocupação Poder Público no combate à dengue com políticas públicas, por meio de campanhas sistemáticas e material educativo. A dengue matou apenas 30 pessoas no ano de 2016, no Estado do Ceará, enquanto mais de 1.000 (mil) pessoas cometeram suicídio no mesmo período, não havendo nenhuma iniciativa do Poder Público, com a mesma intensidade, na prevenção do suicídio (informação verbal)⁵.

Diante deste cenário, o Ministério Público do Estado do Ceará buscou estratégias para prevenir o suicídio, conforme será abordado a seguir.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO E A PREVENÇÃO DO SUICÍDIO

O Ministério Público é uma instituição constitucionalmente escolhida para proteger direitos e interesses da sociedade.

Sendo o suicídio uma temática que está diretamente ligada ao direito à vida, o Promotor de Justiça pode (e deve) atuar como um verdadeiro agente de transformação social com medidas judiciais, extrajudiciais e estratégias de conscientização que propiciem e efetivem este direito.

foi registrada na Europa, entre os jovens que se identificaram com o personagem principal.

4 Projeto de extensão da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Ceará vinculado à Pró-Reitoria de Extensão, formado por acadêmicos de Psicologia, Medicina e Serviço Social da UFC, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Gomes de Matos e Souza.

5 Informação fornecida pelo Dr. Fábio Souza no lançamento do Projeto “Vidas Preservadas”, em Abril de 2018.

Na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é considerado uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo a incumbência de defender a ordem pública, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, como escrito no art. 127.

Nesse contexto, não há que se questionar que o Ministério Público é órgão e instituição. É órgão independente, sem qualquer vinculação ou subordinação a qualquer dos Poderes do Estado, e é instituição, devido a sua “estrutura arquitetada para o desempenho da função social essencial, visando à satisfação de necessidades humanas vitais, consistente na distribuição de justiça” (MARTINS JUNIOR, 2015, p. 24)

Em sua estrutura organizacional, de acordo com o art. 4º da Lei Complementar nº 72/2008, o Ministério Público compreende: órgãos de Administração Superior, órgãos de Administração, órgãos de execução e órgãos auxiliares, incluindo-se, neste último, os Centros de Apoio Operacional, responsáveis por estimular o intercâmbio entre os órgãos de execução (Promotorias) e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados à sua atividade.

Dentre suas atribuições, a Constituição Federal elegeu o Ministério Público como guardião da sociedade, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis, conforme mencionado anteriormente.

Aguiar (2009, p. 05) explica detalhadamente cada função:

No conceito de **ordem jurídica**, encontram-se situados os direitos fundamentais, verdadeiras cláusulas péticas protegidas contra a erosão legislativa[...].No que diz respeito à defesa do **Regime Democrático**, a atuação do parquet abrange todas as fases do processo eleitoral, velando pelo respeito à vontade popular na escolha dos seus mandatários, o que habilita a Instituição a receber o título de fiadora da democracia. [...] Quanto à **defesa dos interesses sociais**, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas causas que envolvam **direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos**, área na qual são constantes os conflitos que alcançam bens jurídicos de grupos menos favorecidos, discriminados, em condição de hipossuficiência ou ainda em situação de risco. (grifos nossos).

Dessa forma, percebe-se a importância do papel do Ministério Público na satisfação nas necessidades do indivíduo e da sociedade, garantindo a efetivação de direitos fundamentais.

4 PROJETO “VIDAS PRESERVADAS”

O Ministério Público do Estado do Ceará, por intermédio dos Centros de Apoio Operacional da Infância, Juventude e Educação (CAOPIJ), do Meio Ambiente (CAOMACE), da Cidadania (CAO-CIDADANIA) e Criminal (CAOCRIM), após ter acesso aos dados estatísticos alarmantes referentes ao suicídio no Estado do Ceará, desenvolveu o Projeto “Vidas Preservadas: MP e a sociedade pela prevenção do suicídio”⁶.

Esse projeto conta com a participação de diversos parceiros, que têm auxiliado e contribuído para o crescimento e divulgação da iniciativa, dentre eles: Associação para o Desenvolvimento dos Municípios do Estado do Ceará – APDMCE, Corpo de Bombeiros do Estado do Ceará, Instituto Bia Bote, Instituto Dimicuida, Rede CUCA, UFC, UECE, etc.

O principal objetivo do projeto é conscientizar a sociedade e os gestores municipais para a prevenção ao suicídio, consistindo num conjunto de ações voltadas para o desenvolvimento de uma política de prevenção do suicídio, com atuação intersetorial das diversas secretarias municipais, e capacitação de profissionais de diversas áreas para a detecção de ideias suicidas e a correta abordagem e devidos encaminhamentos.

Buscando ampliar o alcance do projeto, os 50 (cinquenta) municípios com os maiores índices de suicídio foram convidados a conhecer a iniciativa do Ministério Público, sendo formalizada a adesão de 34 (trinta e quatro) municípios por via de um Termo de Adesão, assinado pelo Prefeito e Secretário de Saúde ou de Assistência Social, com

⁶ <http://www.mpce.mp.br/caopij/projetos/vidas-preservadas/>

a devida fiscalização do cumprimento pelo Promotor atuante nos respectivos municípios, com o auxílio dos Centros de Apoio.

Aqui, cumpre salientar que a adesão ao projeto implica na participação dos gestores municipais, ou quem os mesmos indiquem nas capacitações e seminários promovidos pelo Ministério Público. A ausência não acarreta qualquer punição ao gestor, uma vez que o propósito do projeto é sensibilizar por meio do diálogo, para que seja dada a devida importância à prevenção ao suicídio.

O projeto “Vidas Preservadas” engloba 3 (três) os eixos de trabalho: capacitações, seminários e reconhecimento.

As capacitações intituladas “Guardiões da Vida” tem por finalidade levar informações relacionadas ao suicídio de maneira segura, clara, sensibilizando os agentes públicos a conhecerem fatores de risco, formas de abordagem e corretos encaminhamentos, tendo como público alvo: servidores do Ministério Público, profissionais da mídia e da segurança pública, Conselheiros Tutelares e profissionais da área a saúde.

Merece destaque a capacitação voltada para psicólogos que atuam na área da educação escolar, tendo em vista o alto índice de suicídio no público jovem. Aqui, os psicólogos serão capacitados para aplicar um instrumental que identifique o risco de ideação suicida da criança ou adolescente para, posteriormente, ser iniciado um protocolo de atendimento aos que apresentarem alto risco. Nesta capacitação, o Ministério Público conta com a ajuda da Dra. Alessandra Xavier, psicóloga que defendeu seu doutorado na Espanha, cujo tema foi a criação do referido instrumental e protocolo de atendimento.

As capacitações “Planejamento Estratégico dos Municípios” objetivam instruir os gestores municipais para a elaboração de um plano municipal de prevenção ao suicídio que se adéque à realidade de cada território.

Os seminários abrangem temas específicos, dentre eles, a Prevenção do Suicídio como política indutora do Código de Obras e Posturas

do Município, a necessidade de criação de ambulatórios psiquiátricos em emergências, Código do Desarmamento e o descarte de armas de quem possua ideação suicida, dentre outros.

Por fim, o reconhecimento é a visibilidade e constatação dos municípios que aderirem ao projeto, e participarem de todos os eixos de trabalho, desenvolvendo seu próprio plano municipal de prevenção ao suicídio, e trabalhando, efetivamente, em busca de redução dos índices do seu território.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, o suicídio é considerado um problema de saúde pública, com índices alarmantes e crescentes anualmente, o que exige uma atuação intersetorial (saúde, assistência, judicial, etc.) para sua prevenção e intervenção eficaz em situações de crise.

Também o suicídio é um fenômeno multifacetado, uma vez que sua estrutura ultrapassa os limites de um único campo do conhecimento, implicando desde fatores sociais (credos religiosos, família, política, grupos sociais), disposições organopsíquicas, características do ambiente físico, culminando em processos cognitivos de imitação [...] (Kuczynski, 2014, p. 247).

Há necessidade de uma atuação mais efetiva por parte do Poder Público na prevenção do suicídio, mediante políticas, sendo papel do Ministério Público não apenas fiscalizar a atuação estatal, mas também dialogar e sensibilizar os gestores para a realidade social.

A partir desse cenário, o Ministério Público do Estado do Ceará desenvolveu o Projeto “Vidas Preservadas” para efetivar a proteção do direito à vida, conscientizando os gestores para a importância do desenvolvimento de uma política voltada para a prevenção do suicídio, bem como estreitando laços com a sociedade para que se tenha um cuidado com o próximo.

PRESERVED LIVE'S PROJECT: AN ACT OF THE PUBLIC PROSECUTION OF THE STATE OF CEARÁ FOR THE PREVENTION OF SUICIDE

ABSTRACT

This article presents the action of the Public Prosecution of the State of Ceará in the prevention of suicide, through the "Preserved Live's Project", whose objective is to sensitize and raise awareness of society and municipal managers about the importance of the theme. It demonstrates that, through the increasing rates of suicide in Brazil and in the world, suicide is considered a public health issue, requiring a well-informed capacited intersectoral action to guarantee its prevention. It is concluded that the Public Prosecution, as an institution that defends public order and protects fundamental rights, plays a fundamental role in the dialogue and promotion of the debate on suicide prevention.

Keywords: *Prevention. Suicide. Public Prosecution.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luciene da Costa; VIEIRA, Kay Francis Leal; COUTINHO, Maria da Penha de Lima. **Ideação suicida na adolescência: um enfoque psicossociológico no contexto do ensino médio.** Psico-USF (Impr.), Itatiba , v. 15, n. 1, p. 47-57, Apr. 2010, Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2018.

BARREIRA, Marcelo Martins. **Suicídio como autodeterminação da cidadania perante o Estado.** Rev. Bioét., Brasília , v. 25, n. 2, p. 301-310, ago. 2017 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000200301&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Ceará. **Vade Mecum/Ministério**

Público do Estado do Ceará. 2ª ed. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

BERENCHTEIN NETTO, Nilson. **Suicídio: uma questão de Saúde Pública e um desafio para a Psicologia Clínica.** In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. O suicídio e os desafios para a Psicologia. Brasília: CFP, 2013.

BRAGA, Luiza de Lima; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Suicídio na adolescência: fatores de risco, depressão e gênero. Contextos Clínic, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 2-14, jun. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo.** 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010. 158 p. Tradução de Ari Roitman, Paulina Watch.

CASSORLA, Roosevelt M. **Suicídio: estudos brasileiros.** Campinas: Papi-rus, 1991.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo de sociologia.** Trad.: Monica Stahel. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARX, Karl. **Sobre o suicídio.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

MELEIRO, A.M.A.S., Mello-Santos, C. & Wang, Y.P. **Suicídio e tentativa de suicídio.** In M.R. Louzã Neto & E. Elkis, **Psiquiatria básica** (2ª ed, pp. 475-496). Porto Alegre, RS: Artes Médicas.

MENDES, Iba. **O suicídio na Idade Média.** Disponível em: <http://www.ibamendes.com/2011/03/o-suicidio-na-idade-media.html> Acesso em: 29 de Jun. de 2018.

Organização Mundial de Saúde (OMS). **Prevenção do Suicídio: um manual para profissionais da mídia.** Genebra: OMS, 2000. Disponível em http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/en/suicideprev_media_port.pdf Acesso em: 30 de Jun. de 2018.

PUENTE, Fernando Rey (Org.). **Os Filósofos e o Suicídio.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

TORO, Giovana Vidotto Roman et al. **O desejo de partir: um estudo a respeito da tentativa de suicídio.** Psicol. rev. (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v.19, n.3, p.407-421, 2013 Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682013000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VIERIA, Fernando e ARAUJO, Thiago. **Karl Marx: Sobre o suicídio**. Entropia, Rio de Janeiro. Vol 1, nº 1, Julho/Dezembro/2016.

World Health Organization. Mental health. **Suicide data**. Disponível em: http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/. Acesso em: 29 de Jun. de 2018.

O Papel do Ministério Público na Efetivação do Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes¹

Débora Tomé de Sousa²

Dairton Costa de Oliveira³

Raquel Coelho de Freitas⁴

RESUMO

O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes encontra previsão legal em normas e princípios constitucionais, este direito tem como fundamento material o princípio da Proteção Integral, que só se mostrará atingido, quando garantido ao infante seu desenvolvimento físico, mental e social em ambiente familiar adequado. Desse modo, cabe ao Ministério Público, em prisma constitucional, a função de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nestes se encaixando a defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. Para garantia desse direito específico, o Ministério Público pode agir em nome próprio, como substituto processual, tendo a atribuição, por ser órgão de responsabilização, de ajuizar Medidas Protetivas, Ações Cíveis Coletiva ou Individual e a Ação de Destituição do Poder Familiar. Ressalta-se que não apenas os pais, ou os responsáveis, devem ser sujeitos de responsabilização pelo órgão ministerial, o

1 Data de recebimento: 17/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Promotora Acadêmica da Infância em Fortaleza-Ceará. E-mail: deboratomedesousa@gmail.com

3 Promotor de Justiça. Especialista Interdisciplinar em Direito da Criança e do Adolescente. E-mail: dairton35@yahoo.com.br

4 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Federal do Ceará. E-mail: rlcesar@gmail.com

Estado, por seus diversos entes, que é solidariamente responsável pela proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, tem-se mostrado vilipendiador desses direitos, quando não garante ao infante em proteção uma resposta útil em tempo razoável de duração de seu processo. Neste sentido, o objetivo do artigo é apresentar as medidas e ações de atribuição do Ministério Público que podem efetivar o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em situação de institucionalização.

Palavras-chave: *Ministério Público. Crianças e Adolescentes. Direito à Convivência Familiar e Comunitária.*

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Brasil deu início formal à era da Doutrina da Proteção Integral em superação à era da Doutrina Menorista. Crianças e adolescentes, que antes eram considerados “objeto” de direito dos adultos, como se consubstanciassem um “patrimônio de sangue” de seus pais biológicos, passaram a ser considerados “sujeitos de direitos”, aos quais se reconheceram, constitucionalmente, todos os direitos que já eram de titularidade dos adultos e outros direitos fundamentais exclusivos, ou melhor, específicos e com prioridade absoluta sobre os de outrem, dentre eles, os de adultos, pais biológicos ou terceiros interessados, em conflitos eventuais, em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Nesse contexto, um dos direitos fundamentais específicos reconhecidos a esses indivíduos é o direito à convivência familiar e comunitária, o qual expressa a relevância da família e da comunidade para o sadio desenvolvimento físico, mental e social de crianças e adolescentes.

Em 1990, atendendo a determinação constitucional que obrigava

o legislador ordinário a dispor sobre a Doutrina da Proteção Integral em todos os seus termos e nuances, editou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dentre inúmeros princípios, direitos materiais e processuais, disciplinou em seu Título II, capítulo III, o direito à convivência familiar e comunitária, estabelecendo ainda como dever da família, da comunidade e do Estado, este a partir da corresponsabilidade dos três entes federados, a garantia desse direito específico, conforme consta também na Constituição Federal.

Ao Ministério Público, cuja autonomia funcional nasceu em conjunto com a doutrina da proteção integral, coube a importante função constitucional de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, nestes se encaixando os direitos de crianças e adolescentes, sendo dele a atribuição de ajuizar medidas protetivas em favor de crianças e adolescentes, medidas de responsabilização dos pais ou responsáveis, ações civis públicas – visando à promoção e efetivação de direitos individuais e coletivos – e a ação de destituição e suspensão do poder familiar em graves de necessária intervenção provisória ou definitiva do Estado sobre o poder familiar, conforme previsões legais do ECA, Código de Processo Civil e Lei de Ação Civil Pública.

Para se verificar toda a sorte de ações e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa e promoção dos direitos de crianças e adolescentes, afastados de sua família de origem à convivência familiar e comunitária, utilizou como método científico tanto a pesquisa bibliográfica, com auxílio de doutrina especializada como Maria Regina Fay de Azambuja e Ângela Pinheiro, quanto a pesquisa documental a partir de registro de distribuição de ações ajuizadas pelo Ministério Público da Infância e Juventude de Fortaleza, destinadas a promover esse direito específico.

No primeiro tópico será abordado o direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes. Já no segundo tópico, será apresentado o papel do Ministério Público como garantidor desses

e de outros direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Por fim, no terceiro tópico, serão apresentadas as ações judiciais de atribuição do Ministério Público que visam efetivar o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em situação de institucionalização.

Com o estudo verificou-se que o Ministério Público tem importante função na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária, garantindo que as crianças e os adolescentes afastados de sua família de origem, em virtude de violação de direitos, possam ter suas situações resolvidas no tempo razoável previsto em lei, e para que haja a devida responsabilização dos atores envolvidos nos casos concretos como pais, responsáveis, sociedade e Estado.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A Constituição Federal de 1988 foi responsável pela mudança de paradigma com relação ao tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, uma vez que ao adotar a doutrina da proteção integral, estes indivíduos passaram a ser considerados sujeitos de direitos, sendo titulares de direitos fundamentais igualmente aos adultos, podendo exigí-los em face dos demais particulares e do Estado (PINHEIRO, 2004, p. 351).

Nesse contexto, pelo fato de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, as quais necessitam de proteção especial e integral para a garantia e efetivação de seus direitos, a Constituição Federal reconheceu-lhes, ainda, direitos fundamentais específicos, ou seja, exclusivos, de modo a favorecer o seu pleno e sadio desenvolvimento (ROSSATO; LEPORE; CUNHA, 2017, p. 61). Deste modo, um desses direitos específicos é o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, o qual está previsto no artigo 227, da Constituição Federal de 1988.

5 Ressalta-se que o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes também

Corroborando com a norma constitucional, o Estatuto protetivo ratifica, em suas disposições preliminares e fundamentais, que crianças e adolescentes possuem o direito de crescerem e se desenvolverem em ambiente familiar, o qual a neurociência já demonstrou ser o melhor local para que os indivíduos possam desenvolver suas potencialidades, relacionarem-se com afeto, amor e segurança, sendo ambiente de formação do caráter com base em valores morais e éticos (O Começo da Vida, O Filme 2016).

Esta convivência familiar deve estar atrelada à convivência comunitária, que se relaciona com o fato de crianças e adolescentes participarem da vida social, seja na escola, no lazer, no acesso à saúde e, principalmente, participando das decisões políticas das quais são destinatários, exercendo suas cidadanias. Assim sendo, em razão da imprescindibilidade da família e da comunidade no desenvolvimento dos sujeitos, Maria Regina Fay de Azambuja afirma que o direito à convivência familiar e comunitária “integra a condição humana” dos indivíduos, não podendo ser negligenciado ou menosprezado (2006, p. 428).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, teve a importante missão de regular o direito à convivência familiar e comunitária, e fez isto de forma bastante coerente com os princípios da doutrina da proteção integral e da absoluta prioridade. Neste sentido, o ECA dedicou o Capítulo III “Do direito à convivência familiar e comunitária”, do Título II “Dos direitos fundamentais”, inteiramente para normatizar as diversas situações que envolvem o direito à convivência familiar e comunitária, observadas a relevância de tal direito fundamental para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, e a necessidade de se buscar efetivar e promovê-lo.

Uma das previsões importantes trazidas pelo ECA diz respeito ao caráter excepcional e temporário das medidas protetivas, que

está previsto na Declaração de Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1959 e na Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, ambos os documentos internacionais foram ratificados pela República Federativa do Brasil e inspiraram a Constituição Federal de 1988.

colocam a criança ou o adolescente em família substituta, em família acolhedora, ou em instituição de acolhimento, haja vista que é direito destes indivíduos serem criados e educados no seio de uma família, preferencialmente, de sua família de origem e, excepcionalmente, em família substituta, conforme caput do artigo 19, porém sempre se atentando para a existência de um ambiente familiar “adequado” ao seu desenvolvimento integral.

Nesse contexto, louvável foi a alteração promovida pela Lei 13.509/2017 ao § 1º, do artigo 19, do ECA, que reduziu de seis para três meses o tempo de reavaliação da situação de crianças e adolescentes inseridas em programa de acolhimento institucional ou familiar, visando a fornecer dados sempre atualizados à autoridade judiciária, para que esta possa acompanhar de perto o fortalecimento de vínculos com a família ou, em caso de impossibilidade deste, que seja tomada uma atitude mais rápida, para que o direito à convivência familiar e comunitária dos acolhidos seja respeitado, e as crianças e adolescentes não permaneçam nos acolhimentos por mais de dezoito meses, nos moldes da também louvável alteração do § 2º, do mesmo artigo de lei, que reduziu para os referidos dezoito meses o prazo anterior máximo de dois anos de institucionalização.

O ECA afirma e apresenta algumas medidas que devem ser tomadas para garantia do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, devendo inclusive esse direito ser respeitado pelas instituições de acolhimento, com relação aos indivíduos sob sua guarda e proteção, que vai desde a sua organização e estrutura, que deve ser semelhante a uma casa familiar, até o acompanhamento das famílias de origem de modo a favorecer o fortalecimento de vínculos “afetivos” familiares para o retorno dos acolhidos à família.

Portanto, são exemplos de medidas que privilegiam a convivência familiar e comunitária o fortalecimento de vínculos com a família de origem, por meio de medidas de apoio a essa família, que a ajudem a se organizar e reestruturar, fazendo cessar a causa

que gerou o afastamento da criança ou do adolescente de seu seio; a colocação do infante afastado em família extensiva ou ampliada, a partir da certificação de existência pretérita de vínculos de convivência, afetividade e afinidade da criança ou adolescente para com seus parentes legais; guarda subsidiada; colocação em família substituta, mediante guarda excepcional, tutela ou adoção; colocação em programa de acolhimento familiar e, por fim, participação em programa de apadrinhamento.

Estudar, capacitar-se e desenvolver propriedade de conhecimento sobre o processo e a essência de todas essas possibilidades citadas de efetivação do direito à convivência familiar e comunitária, para crianças e adolescentes em situação de institucionalização, é o papel do agente Ministerial que labuta na área protetiva, disponibilizando-lhe a lei toda uma sorte de atos jurídicos e políticos capazes de promover e garantir esse direito, com prazos processuais e materiais bem distintos, estabelecidos em favor dos infantes institucionalizados, e que precisam ser respeitados pelo sistema de justiça, sob pena de se estar tratando esses “sujeitos de direito” como “objetos de direito” de adultos, que se mostram familiarmente negligentes e, muitas vezes, a própria fonte de violação do direito ao desenvolvimento sadio da criança ou adolescente em proteção.

3 A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição Federal de 1988 positivou, com autonomia orgânica em suas diretrizes, a criação de diversas instituições com funções essenciais à justiça e ao exercício pleno da cidadania por cada integrante do povo, dentre elas o Ministério Público. De acordo com referida codificação, artigo 127, ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, a proteção aos direitos fundamentais individuais ou coletivos.

Nesse contexto, é atribuição constitucional do Ministério Público a defesa dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, uma vez que os direitos destes, por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, são individuais indisponíveis (DI MAURO, 2017, p. 115).

Além disso, a Lei nº 8.625, a qual institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu artigo 25, expressa diversas funções que o órgão possui com relação aos direitos de crianças e adolescentes, como promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção, prevenção e reparação dos direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos, e exercer a fiscalização de estabelecimentos de acolhimento de crianças e adolescentes.

Verifica-se, portanto, que além do Ministério Público poder ajuizar ações civis públicas em favor dos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos de titularidade de crianças e adolescentes, ele pode investigar, por meio do procedimento de inquérito civil, e deve fiscalizar as instituições de acolhimento institucional, cabendo-lhe, por substituição processual, a titularidade para exigir e reivindicar tais direitos, falando em nome próprio, pelos “infans” em proteção, tendo em vista a falta de representação, ou incapacidade legal, de tais indivíduos para o exercício regular ou para busca judicial de seus direitos em violação.

Nesse sentido, observa-se que a Lei Complementar nº 75/93, a qual versa sobre a organização e atribuição do Ministério Público, foi mais específica ao regular a atribuição do órgão ministerial na defesa dos direitos dos citados indivíduos, conforme artigo 6º, VII, “c”:

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

[..]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

Ademais, no que tange à atuação do Ministério Público na proteção e promoção do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, estabelece, no seu artigo 88, VI, como diretriz de atendimento, a integração entre os diversos atores de proteção, incluindo o Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e outros, para agilizar o atendimento de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento institucional ou familiar, visando à rápida reintegração à família de origem ou a colocação em família substituta.

Ressalta-se, ainda, que o ECA em seu artigo 201, III, previu que cabe ao Ministério Público ajuizar ação de destituição de poder familiar nos casos de impossibilidade de retorno da criança ou do adolescente acolhido à sua família de origem, ou sua inserção em família extensa, acolhedora ou substituta mediante guarda. A ação de destituição do poder familiar visa a oportunizar a inserção de criança ou adolescente no cadastro de adoção, possibilitando que ela possa ser adotada, e possa conviver no ambiente familiar saudável e apropriado ao seu desenvolvimento pleno.

Ademais, o Ministério Público é um dos órgãos que possui acesso ao cadastro, mantido pela autoridade judiciária, referente a crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, devendo se verificar, regularmente, se nele constam as informações atualizadas acerca da situação jurídica de crianças e adolescentes, com o escopo de acompanhar e tomar as providências necessárias para a reintegração familiar ou colocação em família substituta, em privilégio ao direito à convivência familiar e comunitária, conforme artigo 101, §§11º e 12º, do ECA.

Percebe-se, portanto, que as ações do Ministério Público orientadas à proteção dos direitos e garantias de crianças e adolescentes possuem respaldo constitucional e infraconstitucional, não podendo tal órgão se eximir de suas funções sem que cause prejuízos a estes

indivíduos, que não conseguem sozinhos reivindicar seus direitos, influenciar a agenda política por mais políticas públicas voltadas a eles, e responsabilizar quem acabe por violar seus direitos fundamentais, constando entre estes atores de violação principalmente os entes estatais (município, estado e união), quando se omitem na construção de políticas e serviços públicos expressos no ECA como formas de garantia de direitos.

4 AÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE EFETIVAM O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O Ministério Público possui a relevante função de defender os direitos das crianças e dos adolescentes. Nesse contexto, foi dito, no tópico anterior, que ele detém legitimidade para ajuizar, em nome próprio, medidas protetivas diversas, dentre elas, as de acolhimento familiar e institucional, a ação civil pública, e as ações de suspensão e de destituição do poder familiar, além de quaisquer ações ordinárias que visem garantir tais direitos. Tais ações são de uso recorrente do cotidiano jurídico ministerial da infância em que se verificam ocorrer múltiplas violações de direitos de crianças e adolescentes, dentre elas, a negligência alimentar, higiênica, de cuidados de saúde, o abandono intelectual, material, afetivo e/ou a violência, que podem acontecer ou não, dentro do ambiente familiar, sendo, por vezes, necessário que a criança ou adolescente em proteção seja afastada desse convívio familiar que se mostra nocivo ou inadequado ao seu desenvolvimento sadio.

Verifica-se, porém, que a atribuição de promover e efetivar tais direitos, em especial, o direito à convivência familiar, não é apenas do Ministério Público, mas de toda a rede de proteção e atendimento, a qual envolve o Poder Judiciário, Defensoria Pública, Conselho Tutelar, Poder Executivo e sociedade civil organizada, por meio das instituições de acolhimento privadas (SILVA; MELLO; AQUINO, 2004, p. 1).

Nesse contexto, age o Ministério Público como órgão de fiscalização e responsabilização, em essência, sendo essa sua natureza constitucional, destinando o órgão judiciário ao controle do mérito dos pedidos principais e cautelares, bem como das expedições das ordens de cumprimentos de sentenças e decisões; cabendo ao executivo a realização e construção das políticas públicas e serviços necessários ao gozo e garantia dos direitos buscados; o órgão tutelar a ação preventiva de ponta, agindo como os olhos, braços e pernas do sistema protetivo; o órgão defensorial com a assistência judiciária das famílias necessitadas, agindo, assim, na defesa dos interesses dos adultos necessitados, quando em contraposição com os dos infantes em proteção; e a sociedade civil organizada age na completação e corresponsabilidade político-seletiva de implemento de políticas públicas para o cumprimento do dever social que todos temos de cuidar dos nossos jovens, futuro e maior tesouro do país.

Assim, ao agir o Ministério Público, parte-se do primado de que a criança ou adolescente teve seu direito violado por ação ou omissão da sociedade, do Estado ou dos pais e responsáveis, e por isso merece ser protegida, sendo preferidas aquelas ações e medidas que visem ao fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, e os agentes da violação precisam ser responsabilizados (BORDALLO, 2016, p. 594).

Desse modo, de acordo com o ECA artigo 101, § 2º, cabe ao referido órgão ajuizar as medidas de acolhimento institucional, em razão de grave violação de direitos, como abuso sexual ou violência, tal medida é excepcional e provisória, e visa à proteção da criança ou adolescente, enquanto sua família se reestrutura para reintegrá-la, ou para colocação em família substituta.

Por sua vez, a ação de destituição de poder familiar (DPF) pode ser ajuizada pelo Ministério Público, nos termos do artigo 155, do ECA, sendo necessária, quando não há possibilidade de reintegração de criança ou adolescente acolhido a sua família de origem ou extensa (DI MAURO, 2017, p. 106). Tal ação tem como propósito destituir os

pais do poder familiar, e possibilitar a inclusão de criança ou adolescente no cadastro de adoção, para colocação em família substituta, e assim favorecer o direito à convivência familiar e comunitária.

Ressalta-se que o legislador, diante de uma violação grave, fundamento das ações de DPF, estabeleceu em no máximo 120 (cento e vinte) dias o prazo para conclusão da referida ação, nos moldes do artigo 163, caput, do ECA, privilegiando, assim, o direito do infante a uma família que não lhe viole direitos, e não o direito de seus familiares ao exercício do poder familiar sobre o infante, que teve seus direitos fundamentais gravemente violados.

Além das medidas citadas, contra os pais ou responsáveis, cabe ao Ministério Público ajuizar ações civis públicas individuais e coletivas em face do Município, tendo como objeto a responsabilização do ente federado em razão de sua conduta omissiva ou abusiva, no que tange à efetivação e garantia do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar. Nesse sentido, verifica-se que pode o parquet ajuizar ACP em face do Município, em virtude deste não manter acolhimentos institucionais em seu território, em quantidade e qualidade suficientes ao atendimento de sua demanda social, ocasionando o acolhimento de indivíduos em municípios diversos do domicílio de sua família de origem ou extensa, fato este que prejudica o fortalecimento de vínculos familiares diante da distância física, já que os familiares que ficam distantes do infante acolhido, geralmente não possuem ou recebem apoio que lhes propicie condições adequadas de visitar o infante, e as equipes dos acolhimentos também não fazem visitas ou outras intervenções técnicas em municípios diversos dos de suas jurisdições.

Ademais, é possível também o ajuizamento de ACP individual em face do Município com a finalidade indenizar criança ou adolescente pelo desrespeito ao seu direito à convivência familiar e comunitária, quando este fica em situação de institucionalização por tempo superior aos prazos legais estabelecidos em seu favor, sem uma resolução de sua situação por omissão ou demora por parte do Poder Público,

conscientes as partes sobre os danos da permanência prolongada e injustificada de crianças e adolescentes em acolhimentos, o que, inclusive, lhes causa perda de oportunidades de viverem em famílias substitutas por adoção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se pelo presente artigo que o direito à convivência familiar e comunitária de titularidade de toda criança e adolescente decorre da doutrina da proteção integral, e da constatação científica de que somente em uma família, e participando da comunidade, os indivíduos conseguem se desenvolver de forma plena e saudável, relacionando-se uns com os outros de forma afetuosa.

Além disso, verificou-se que o Ministério Público foi constitucional e infraconstitucionalmente incumbido das atribuições de defesa e promoção dos direitos indisponíveis de crianças e adolescentes, sendo o titular prioritário de ações de medidas protetivas, ações civis públicas e da ação de destituição do poder familiar, as quais visam de diferentes modos efetivar e garantir o direito à convivência familiar e comunitária.

Observou-se que o Ministério Público, por participar e fiscalizar a rede de proteção e atendimento, deve envidar esforços para ajuizar demandas com a finalidade de garantir direitos e cobrar, para que crianças e adolescentes acolhidas possam ter suas situações resolvidas no prazo legal previsto no ECA, produzindo ainda a devida responsabilização dos atores envolvidos nos casos, como pais ou responsáveis e, também, os entes federados, máxime o Município, uma vez que o prolongamento exagerado do período de acolhimento institucional, e o acolhimento em lugar diverso do domicílio da família acarreta a diminuição da possibilidade de retorno à família de origem ou extensa, por enfraquecimento dos vínculos e da perda da possibilidade de adoção, pelo avanço da idade.

THE ROLE OF THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTION IN ENSURING THE RIGHT TO FAMILY AND COMMUNITY COEXISTENCE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

ABSTRACT

The right to family and community coexistence of children and adolescents is legally established in constitutional norms and principles, this right is based on the principle of Integral Protection that will only be shown when guaranteed to the infant his physical, mental and social development in a family environment appropriate. In this way, it is the role of the Public Prosecution Service, in a constitutional prism, to defend social and individual interests that are unavailable, in which the defense of the right of children and adolescents to family and community coexistence. In order to guarantee this specific right, the Public Prosecution Service may act in its own name, as a procedural substitute, with the attribution, being the body responsible for filing protective measures, Collective or Individual Civil Actions and Action for Dismissal of Family Power. It should be stressed that not only the parents or guardians should be subject to responsibility by the ministerial body, the State, by its various entities, which is jointly responsible for the protection of the rights of children and adolescents, has been a vilification of these rights, when does not give the infant protection a useful response in a reasonable time for the duration of his or her process. In this sense, the objective of the article is to present the measures and actions of attribution of the Public Prosecutor that can effect the right to family and community coexistence of children and adolescents in a situation of institutionalization.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Children and Adolescents. Right to Family and Community Living.*

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A violência sexual intrafamiliar**: interfaces com a convivência familiar, a oitiva da criança e a prova da materialidade. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 852, p. 424-446, set., 2006.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Kátia Regina Lobo Andrade Maciel (Coord.). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 29 jun. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm> Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm> Acesso em 29 jun. 2018.

BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: CONANDA; Conselho Nacional de Assistência Social; Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 343-355, set./dez., 2004. Disponível em: <[www.scielo. br/pdf/%0D/](http://www.scielo.br/pdf/%0D/)

pe/v9n3/v9n3a02.pdf> Acesso em: 13 fev. 2018.

ROSSATO, Luciano; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estaduto da criança e do adolescente**: comentado artigo por artigo. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Enid Rocha de Andrade da; MELLO, Simone Guerresi; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: Enid Rocha de Andrade Silva (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA, 2004.

A análise das condições pessoais do interessado no reconhecimento da necessidade no benefício de prestação continuada¹

José Wagner Rodrigues Longuinho²

RESUMO

Ao realizar o trabalho sobre o tema proposto, inicialmente faz-se uma breve abordagem acerca do conceito de Seguridade Social. Em seguida, é feita uma explanação sobre o Benefício de Prestação Continuada, como parte das medidas adotadas pelo Estado no âmbito da Assistência Social, conceituando-o, indicando sua previsão legal e apresentando uma breve introdução na temática referente ao critério de aferição da miserabilidade, enfoque deste trabalho. Para finalizar, é feita uma análise descritiva da jurisprudência pátria no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca do requisito da miserabilidade, visto o amplo desenvolvimento crítico-doutrinário envolvendo a temática, e como se desenvolveu essa discussão, até se chegar a um pensamento flexibilizado desse requisito em questão. Após essa explanação, conclui-se, analisando a importância do surgimento de novas medidas legislativas, com a finalidade de melhoria de vida das pessoas com deficiência, e da pessoa idoso com mais de 65 anos no seio da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, importante instrumento de concretização dos objetivos constitucionais da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Palavras-chave: *Assistência Social. Requisitos Benefício de Pres-*

¹ Data de recebimento: 30/06/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogado. E-mail: wagneroadv@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as desigualdades sociais fizeram parte de toda evolução civilizatória da humanidade. Dessa forma, essa realidade não poderia ser diferente no Brasil. Historicamente, a colonização do país se deu por intermédio da burguesia portuguesa, que obtinha lucros por meio da cultura do plantio, o que, para tanto, necessitava de mão de obra escrava, fazendo com que uma grande população africana fosse trazida para cá com este fim. Com o fim da escravidão, em 1888, e o aumento emigratório de pessoas de classes inferiores portuguesas para nossa nação, entre outros povos, essas desigualdades se tornaram mais frequentes e visíveis a cada passo evolucionário que era dado, tendo em vista que toda a legislação de amparo criada - e assim o é ainda nos dias atuais - se destinava à burguesia dominante.

Nesse viés é que foi consagrado, no contexto da Constituição Brasileira de 1988, como forma de objetivos garantidores de erradicação da pobreza e das diferenças sociais (artigo 3º), o dever constitucional social, juridicamente imposto, de amparar o idoso com mais de 65 anos de idade e a pessoa com deficiência, principalmente, ao se entender que estas se encontram sem condições de prover sua própria manutenção, ou sequer podem tê-la provida por familiares, uma vez que se encontram diante de barreiras que os impedem de participar de forma plena e efetiva na sociedade em condições igualitárias às demais pessoas.

Diante de toda a problematização social que acometia essas pessoas, e diante do que foi consagrado no artigo 203 da Constituição Federal de 1988, o Legislativo, ao perceber as necessidades que deficientes e idosos apresentavam, resolveu criar o Benefício de Prestação Continuada, abrangido como uma prestação de caráter

assistencial, estando incurso na Assistência Social, dentro do leque de abrangências da Seguridade Social, com a finalidade de amenizar as desigualdades que os acometiam, procedendo, para tanto, na criação da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93), conhecida como LOAS.

Entretanto, a regulamentação dos requisitos para a efetivação do artigo 203 da Constituição, por si só, não foi suficiente para pôr fim a este impasse social. Logo se iniciaram discussões a respeito da inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da referida lei, o qual diz respeito ao critério de aferição da miserabilidade do requerente para concessão do benefício, instituindo que a renda máxima familiar per capita não poderá ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente.

Entendeu-se, e se entende até os dias atuais, que a renda máxima per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo exigida pela Lei representa óbice à efetivação da intenção constitucional de erradicar as desigualdades sociais, visto que deixa de envolver todas as situações fáticas causadoras das desigualdades sociais no país.

Verificada toda essa problemática em torno desse requisito para constatação da miserabilidade da pessoa deficiente e idosa, foram intentadas duas ações com maior repercussão acerca da discussão sobre o tema: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF e, recentemente, a Reclamação nº 4.374/2013 do Estado de Pernambuco.

2 DA SEGURIDADE SOCIAL

O conceito de Seguridade Social, embora pareça simples, detém certa dificuldade, visto sua carga histórica e sua evolução social. Assim, este conceito foi bem definido nas palavras de Martins (2007, p.19) como sendo o conjunto de princípios, regras e instituições destinados a criar um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências sociais, que os impeçam de prover suas necessidades

personais básicas, assim como de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, visando a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No Brasil, a Seguridade Social foi bem delimitada, nos moldes atuais, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo uma definição mais abrangente do conceito de seguridade social, visto seu enfoque social e cidadão. A mesma estabeleceu um sistema integrado de saúde, previdência e assistência social, estabelecendo benefícios e serviços a serem prestados pelo Poder Público, haja vista a necessidade de se estabelecer proteção aos segurados e às demais pessoas contra as contingências sociais, assim como ao impacto financeiro que estas, por ventura, possam representar.

A Seguridade Social constitui um conceito amplo que abrange a proteção a todos, sendo prestada a qualquer pessoa, independente de contraprestações diretas, ou exigência de enquadramento em certas condições, dependendo da área de atuação da previdência social. Vale destacar que, diferentemente da previdência social, onde essa prestação não se dará sem uma contraprestação prévia por parte do segurado, a saúde e a assistência social, de forma ampla, independem dessas contraprestações, ao passo que a própria Constituição Federal, em seu Art. 203, garante a assistência a quem dela necessitar, e no seu Art. 196, institui que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Dessa forma, tem-se a previdência social, que tem por objetivo superar as contingências sociais que possam acometer o segurado, como doenças, incapacidades, ou até a morte, o que, neste último caso, compreende amparar os familiares, que por ventura dependiam do segurado para prover sua subsistência. Podemos ver esta percepção de forma acertada na visão de Lopes (2010, p. 12):

O conceito de previdência social relaciona-se com a vontade do homem, desde os tempos antigos, em prover seu futuro e de seus familiares, preocupando-se sempre em deixar condições mais confortáveis para os seus descen-

dentes, bem como porque sabe que certos eventos como a velhice, as doenças e a morte são inevitáveis. A previdência abrange a proteção contra as contingências futuras, as quais podem ensejar situações de necessidade, carência de recursos suficientes para a sobrevivência digna.

Estando a República Federativa do Brasil, assim como a Constituição vigente, ancorados à Dignidade da Pessoa Humana, o Estado presta compromisso formal em assegurar o mínimo existencial aos seus cidadãos, dando-lhes uma vida digna por meio dos direitos sociais prestados pelas ações públicas de Seguridade Social, mais especificamente prestados pela Assistência Social. Sarlet (2006, p. 60) propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa forma é que se entende o papel de extrema importância de ter a Seguridade Social inserido a Assistência Social em seu âmbito de abrangência.

De igual modo, coaduna com esse pensamento garantista Sarlet e Marinoni (2015, p. 614), quando afirmam que a garantia efetiva de uma existência digna abrange, de acordo com a compreensão que prevalece, mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não devendo buscar apenas a superação da pobreza absoluta e redução à mera existência física, ou seja, aquilo que alguns denominam como mínimo existencial fisiológico, mas se deve alcançar, também, a ga-

rantia de um mínimo de integração social, bem como, de modo geral, acesso aos bens culturais e participação na vida política, aspectos que, segundo os autores, dizem respeito a um mínimo existencial sociocultural.

Embora maior destaque a esse contexto, a seguridade, como já mencionado, não é composto apenas pela previdência, ou seja, não tem caráter apenas contributivo. Por sua vez, a concepção distributiva não irá se embasar na realização de atividade laborativa, ou mesmo mediante contraprestações facultativas, visto seu caráter assistencialista pressupondo uma solidariedade natural, conforme as palavras de Costa (2005, p. 17):

Para a seguridade social distributiva, o fundamento do direito da própria seguridade social não se embasa no exercício de uma atividade profissional e no aporte de cada indivíduo para com a sociedade, mas se encontra nas suas necessidades, levando em conta a existência de uma solidariedade natural entre os membros da mesma coletividade.

A concepção distributiva manifesta-se, principalmente, por meio das áreas a saúde e da assistência, nas quais objetiva-se o amparo aos necessitados e a redução das desigualdades sociais, surgindo aqui uma solidariedade, intimamente ligado à distributividade. É a coletividade que, por meio das contribuições, custeia e cede uma parte de seus direitos individuais futuros para beneficiar a todos, principalmente àqueles que se encontram em um estado de extrema carência social.

3 DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Assistência Social, conforme já conceituada, consiste no sistema da seguridade destinado a qualquer pessoa que dela necessitar, independente de contraprestação prévia.

Segundo Ibrahim, citado por Balera (2008, p. 53 apud PEREIRA,

2014, p. 81), a assistência social nasce de uma iniciativa mútua do Estado, tanto inicialmente quanto posteriormente, na qual, em primeiro plano, reúne integrantes que guardam entre si alguma forma de afinidade, como profissionais, religiosos, ou mesmo geográfica, enquanto em um segundo momento, esteve contida na iniciativa denominada “socorro mútuo”, estabelecida dentro do contexto da Constituição Imperial de 1824, de acordo com os parâmetros da expressão tradicional da Revolução Francesa, desenvolvendo-se até o final do século XIX.

3.1 Conceito

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), foi criado com o objetivo de sanar as desigualdades sociais que acometem a população do país, especificamente, aquelas pessoas atingidas por doenças incapacitantes de forma permanente e aquelas que atingiram 65 anos de idade, sem que tenham tido condições de exercer qualquer função pretérita a esta condição e, conseqüentemente, não verteram quaisquer ou suficientes contribuições para o sistema da previdência.

Desse modo, tendo por base o objetivo constitucional de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, enraizado no inciso III do artigo 3º desta, foi conferido a esse nicho populacional específico um benefício no valor de um salário mínimo mensal, desde que o beneficiário atinja os requisitos para a concessão. Conforme previsão do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, criou-se a Lei nº 8.742 de 1993, a qual se encarregou de regular a concessão dos benefícios de prestação continuada, estipulando, assim, quais requisitos deverão ser preenchidos.

Ainda, observa Somariva (2003, p. 797) que este benefício visa exclusivamente a que as pessoas com deficiência ou idosas, que não possuem os meios de prover sua subsistência ou tê-la provida por seus familiares, tenham condições de verem atendidas suas ne-

cessidades mais básicas e urgentes, como alimentação e vestuário com o mínimo de dignidade, até que estas pessoas estejam aptas a exercer alguma função no mercado de trabalho.

Assim, pode-se dizer que o benefício de prestação continuada foi criado pelo Estado como forma de garantir a uma parcela distinta da população mais vulnerável, a seu ver, formas de obter um mínimo existencial, proporcionando igualdade de direitos a todos os cidadãos, efetivando, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aproximando-se de ver concretizado, mesmo que em média escala, o objetivo constitucional da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais no país.

3.2 Previsão normativa

A previsão normativa do referido benefício encontra-se na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V, ao garantir à pessoa com deficiência e ao idoso, impossibilitados de prover sua própria subsistência, ou tela provida por seus familiares, o valor de um salário mínimo mensal, conforme dispuser a lei.

Desse modo, com base no mencionado artigo, foi criada a Lei nº 8.742, de 1993, que dispõe, detidamente em seu artigo 20, os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

3.3 Critérios legais autorizadores da concessão

Como se pode observar, a Lei nº 8.742/93, detidamente em seu artigo 20, trouxe um rol com critérios legais para autorização da concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Assim, tem-se que as pessoas com deficiência ou o idoso com 65 anos ou mais, farão jus à concessão se, para a pessoa com deficiência, esta condição incapacitante for considerada de longo prazo, compreendida como de natureza física, intelectual e sensorial, a qual, em

interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (§ 2º do artigo 20 da Lei), sendo considerada para fins de condição incapacitante de longo prazo aquela que perdurar pelo prazo mínimo de 2 anos (§ 10).

Em relação a ambos, deve restar comprovada a situação fática da condição de impossibilidade dessas pessoas em suprir seu próprio sustento, ou de tê-lo suprido por seus familiares (*caput*), sendo considerado, para efeitos dessa impossibilidade, a família com renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente (§ 3º).

Diante disso, mostra Barros Júnior (2010, p. 196-197) que a comprovação da renda se dará mediante Declaração de Composição e Renda Familiar, em formulário instituído para esse fim, assinado pelo requerente do benefício, ou por seu representante legal, confrontada com os documentos pertinentes, ficando o declarante sujeito às penas previstas por falsidade ideológica ou declaração falsa. As pessoas que não possuem renda, ou que estejam impossibilitadas de comprovar sua renda, devem informar sua situação de rendimento na referida declaração.

3.3.1 Do Critério de aferição da miserabilidade

Como já dito, a condição de miserabilidade será demonstrada pela renda *per capita* familiar, que não deverá ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente.

Dito isso, a problemática em torno do requisito para constatação da miserabilidade da pessoa com deficiência e idosa deu origem a duas emblemáticas ações como o fulcro de se discutir a flexibilização ou não do requisito mencionado, à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, e, em 2013, foi levado a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a Reclamação 4.374/PE, que também buscou analisar o critério de aferição da miserabilidade em sem pa-

tamar de $\frac{1}{4}$ aplicável em todos os casos de concessão do benefício de prestação continuada, sendo certo que o julgamento dessa última reclamação trouxe diversas mudanças positivas.

Deve-se ressaltar que a abordagem acerca desses julgados de forma mais aprofundada será feita no próximo capítulo.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO LEGAL DA RENDA

O capítulo anterior fez uma sucinta abordagem acerca do Benefício de Prestação Continuada, detidamente no que se refere a seus moldes conceitual e legal. Viu-se, também, os critérios utilizados pela Lei nº 8.742/93 para concessão do referido benefício àquele que pretender requerê-lo, seja na seara administrativa, seja na seara judicial.

Entretanto, garantir esse benefício está longe de ser uma solução eficaz para concretização dos objetivos mencionados, tendo em vista que o próprio significado da palavra “eficaz” remete à ideia de algo que obtêm êxito, que é concluído com sucesso. E como se sabe, ou não, o Estado se vale do princípio da eficiência administrativa, ou seja, fará aquilo da “melhor maneira possível”, visto que é improvável que este detenha plenas condições de concretização dos objetivos. Dito isso, é que se pode falar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que cercam a concessão do Benefício de Prestação Continuada de forma geral, recaindo sobre o requisito da miserabilidade a maior gama de discussões.

O artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 estipulou que a família será considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e da pessoa com deficiência, se a renda mensal *per capita* for inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente à época do requerimento. A discussão se instaurou justamente nesse quantitativo de $\frac{1}{4}$, visto que muitos consideram esse valor-base como um verdadeiro “entrave social” à concretização dos objetivos de erradicação da pobreza e das desi-

gualdades sociais vislumbradas pela constituição.

Dessa forma, deve-se dar maior notoriedade a duas discussões jurisprudenciais específicas, responsáveis por difundir as divergências em torno do requisito mencionado, haja vista ter dado início a duas linhas de pensamentos antagônicas na aplicação deste requisito pelo Judiciário pátrio. Assim, tem-se, inicialmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão; e a Reclamação 4.374/PE, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, a qual buscou analisar o critério de aferição da miserabilidade em sem patamar de $\frac{1}{4}$, onde se encontra a maior carga de importância dessa discussão, tendo em vista que rediscutiu o entendimento proferido na ADI, mudando completamente o entendimento pretérito do Supremo Tribunal Federal.

4.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF

Conforme mostrado anteriormente, muito se discutiu no âmbito de Supremo Tribunal Federal a respeito do critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* utilizado pelo parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93. Nesse ponto, se faz vênha tecer uma breve análise individualizada de dois julgados tidos como destaques entre todos: A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF e a Reclamação nº 4.374/PE.

De relatoria do Ministro Ilmar Galvão, este defendeu que o mencionado parágrafo não é inconstitucional, argumentando que a Lei, ao instituir que a aferição da miserabilidade do idoso e da pessoa com deficiência seriam aferidos levando-se em consideração que a renda mensal *per capita* não ultrapasse $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Afirmou que, embora o texto legal tenha tratado de uma forma objetiva de requisito, esta, por sua vez, não limita a comprovação da miserabilidade da pessoa com deficiência e do idoso.

Ao ser a demanda julgada no Pleno em 27 de agosto de 1998, a

Procuradoria-Geral da República restou vencida, onde o relator julgou procedente a ação, em parte, para o efeito de seu voto. Acompanharam-no os Ministros Nelson Jobim, afirmando que “compete a Lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei”; Ministro Maurício Corrêa, acompanhando o anterior; O Ministro Sepúlveda Pertence, onde declarou que “o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição” (sic). Ainda afirmou de forma expressiva que:

A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. (1998, p. 105).

Este julgamento, conforme já abordado anteriormente, conferiu ao cerne da questão uma interpretação concretista do texto legal objetivo, de forma que, até meados do ano de 2005, esta interpretação foi utilizada com muito rigor na grande maioria dos julgamentos envolvendo o tema.

4.2 Da flexibilização do critério de aferição de renda e a Reclamação nº 4.374/2007

Passa-se, agora, a uma breve síntese a respeito da flexibilização dessa aferição e do que foi decidido em sede de Reclamação nº 4.374/2007.

Diante de tudo isso, o Juízo Especial Federal, na maioria de suas decisões, adotou a forma de concessão do benefício levando-se em consideração outros meios de comprovação da condição de misera-

bilidade exigido pela Lei nº 8.742/93, baseando-se no surgimento de novas Leis que tratavam de concessão de benefícios assistenciais, as quais traziam, a exemplo, a consideração, para fins de aferição da miserabilidade, a família com renda per capita de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, extraído de algumas Leis, a exemplo da nº 10.219/2001, que criou a Bolsa Escola.

Não menos importante, Dias e Macêdo (2012, p. 399-400) lembram a Súmula nº 11 da Turma de Nacional de Uniformização, órgão responsável por firmar entendimentos reiterados no âmbito dos Juizados Especiais Federais, declarava em seu teor que “a renda mensal, per capita, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Entretanto, esta Súmula restou cancelada pelo órgão, em sede de julgamento do Pedido de Uniformização nº 2004.70.95.009545-6/PR, de relatoria do Juiz Federal Hélio Silvio Ourem Campos, rendendo-se ao posicionamento concretista do Supremo Tribunal em julgamento da ADI nº 1.232/DF.

Assim, embora a Súmula nº 11 da Turma de Nacional de Uniformização não tenha vigorado, o entendimento da flexibilização não deixou de ser utilizado pelo Judiciário de maneira geral e, por esta prática recorrente, chegou ao Supremo Tribunal Federal a Reclamação nº 4.374/PE, de 01 de fevereiro de 2007, oriunda do julgamento prévio dos Recursos Extraordinários nº 580.963 e 567.985, definido como relator o Ministro Gilmar Mendes, o qual definiu a questão como “uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre letra objetiva da lei e a vontade da Constituição”.

O Ministro Gilmar Mendes se baseou na análise do advento das Leis nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola, nº 9.533, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem

programas de garantia de renda mínima associados a ações socio-educativas, e tendo por base o comportamento reiterado dos Juízes Federais em conceder o Benefício de Prestação Continuada. Em muitos casos, foi utilizado os critérios de miserabilidade dessas Leis, por serem mais flexíveis aos postulantes de requerimentos via judicial.

Decidiu, por fim, pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto do parágrafo em questão, haja vista a decisão proferida em sede de ADI nº 1.232-1 não ter limitado a interpretação extensiva do referido parágrafo para conceder o benefício assistencial o que, sem sombra de dúvidas, vem como forma eficiente de realização dos objetivos consagrados pela Constituição Federal em seu artigo 203.

Dessa forma, reconheceu-se a possibilidade de os juízes, nos casos concretos, poderem aferir a miserabilidade com base em outros requisitos. Posteriormente, foi realizada alteração na Lei nº 8.742/1993, efetuada pela Lei nº 13.146/2015, que acrescentou o § 11 ao art. 20 do diploma citado, com o objetivo de prever que regulamento, ainda não editada, poderá estabelecer outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade. Esse reconhecimento representou a efetivação dos direitos sociais fundamentais, como um mínimo de segurança social, conforme apontado por Amaral (2014, p.459):

A efetivação dos direitos sociais fundamentais não se reduz à garantia do mínimo existencial, esse deve ser compreendido como garantia fundamental, como um mínimo de segurança social cujo conteúdo é flexível, variável, devendo-se analisar a necessidade de cada pessoa e o contexto familiar, social, econômico, cultural no qual está inserida, compreendido como condições basilares para uma existência com dignidade.

Conforme visto, o julgamento da Reclamação nº 4.374/2013 foi de suma importância para o avanço da concretização das políticas de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais idealizadas

pela Constituição Federal de 1988. Acima disso, representou um marco ao efetivar de forma mais eficiente o que fora idealizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22, e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 9º, os quais versam sobre a Seguridade Social em um âmbito Internacional. Veja-se, abaixo, o que foi instituído por ambos:

Artigo XXII

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 9º.

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais.

5 CONCLUSÃO

A evolução do entendimento jurisprudencial no Brasil, acerca da temática de concessão do Benefício de Prestação Continuada, sendo este uma garantia da consolidação da Assistência Social, prevista no artigo 6º da Constituição de 1988, tem contribuído para o combate e diminuição da pobreza e das desigualdades sociais no país, sendo certo que a população idosa e deficiente é a que mais sofre com essas desigualdades, ao passo que o Estado, muitas vezes, não a ampara a contento.

Diante disso, sendo certo que o legislador, na Lei 8.742 de 1993, apenas atribuiu um requisito de significado objetivo, deixando de levar em consideração todas as demais situações fáticas que acometem aqueles que postulam o requerimento de concessão do benefício nas vias administrativas. Desse modo, recaiu sobre o Supremo Tribunal Federal a tarefa atípica de, indiretamente, legislar sobre aquilo que restou lacunoso, utilizando-se de suas prerrogativas de interpretador

hermenêutico constitucional, a fim de dar novo entendimento ao dispositivo criado.

Não se pode falar em uma Lei extremamente abrangente, haja vista a imparável mutação social que ocorre diariamente, situações em que se exige do Legislativo mudanças periódicas de curto tempo de apreciação. Como bem se sabe, ou não, a mudança ou criação de legislações que possam acompanhar essas mudanças, em tempo real, são praticamente impossíveis, uma vez que todo o processo legislativo a que se submete uma Lei é bastante complexa e dependente de um pensamento igualitário por parte da maioria dos legisladores.

Nesse viés é que foi julgada a Reclamação nº 4.374/PE, entendo que a legislação, objetiva, não seria capaz de abranger todas as situações fáticas dos casos concretos e, ao fim, tendo decidido pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/1993, sob a alegação de que a decisão concretista adotada em sede de julgamento da ADI nº 1.232/DF não tinha limitado a utilização de outros meios de provas para aferição do requisito da miserabilidade, uma vez que esta decisão decidiu apenas sobre a constitucionalidade do referido parágrafo.

Entretanto, muito ainda precisa ser feito, por parte do Estado, para que as pessoas em situação de vulnerabilidade, em específico, as pessoas com deficiência e o idoso, consigam ter, definitivamente, condições igualitárias no meio social em que vivem.

Por tudo isso, é que se chega à conclusão de que o Estado, diante de sua figura legislativa, deve se utilizar dos elementos de flexibilização e amparo já disponíveis, alterando, decerto, a Lei nº 8.742/1993, inserindo em seu texto medidas que visem de forma concreta, à (re) inserção dos beneficiários do Benefício de Prestação Continuada, uma vez que, acima de qualquer raciocínio lógico legal, essa medida assistencialista tem um viés constitucional garantista do Princípio maior que a rege, o da Dignidade da Pessoa Humana, e, dessa maneira, o Estado deve buscar garantir-lhes, não apenas mera forma

de subsistência, mas, sobretudo, uma vida digna sem ansiar pelo socorro estatal, cheia de felicidades, condições de usufruir de um bom serviço de saúde e educação, entre outras garantias previstas no texto pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º.

THE ANALYSIS OF THE PERSONAL CONDITIONS OF THE INTERESTED PARTY IN THE RECOGNITION OF THE NEED FOR THE CONTINUED BENEFIT OF BENEFIT

ABSTRACT

When carrying out the work on the proposed theme, initially a brief approach is made to the concept of Social Security. Next, an explanation is given about the Continuous Benefit Benefit, as part of the measures adopted by the State in the Social Assistance area, conceptualizing it, indicating its legal prediction and presenting a brief introduction on the subject regarding the criterion of measurement of miserability, focus of this work. Finally, a descriptive analysis of the legal precedents of the country in the scope of the Federal Supreme Court on the requirement of miserability is made, considering the wide critical-doctrinal development involving the subject matter, and how this discussion was developed until one arrives at a flexible thought of this requirement in question. After this explanation, we conclude by analyzing the importance of the emergence of new legislative measures, with the purpose of improving the lives of people with disabilities and the elderly person over 65 in society, on equal terms with other people, an important instrument for achieving the constitutional objectives of eradicating poverty and reducing social inequalities.

Keywords: Social assistance. Requirements Continuous Benefit Benefit. Jurisprudential Analysis of LOAS Requirements.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico:** benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **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: 23 maio 2017.

_____. **Lei nº 13.146**, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm> Acesso em: 23 maio 2017.

_____. **Lei nº 8.472**, de 07 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm> Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Ementário n. 2033-1. **Diário da Justiça** 1º.6.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.374/PE. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico** - 173 4.9.2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806757/reclamacao-rcl-4374-pe-stf>>. Acesso em: 22 maio 2017.

COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. **Um paralelo sobre a aposentadoria, por idade, dos trabalhadores:** urbano e rural. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5621/1/Dissertacao%20Valeria%20F%20Izar%20D%20da%20Costa.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES, Cinara Cecília Mendonça. **Proteção Previdenciária na União Estável e no Concubinato**. Fortaleza, UNIFOR, 2010, 71p. Monografia (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, Viena, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm> Acesso em: 21 abr. 2017.

PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. Benefício Assistencial de Prestação Continuada – O Conceito de Família. **Revista Síntese: direito de família**. São Paulo, v. 15, n. 84, p. 79-94, jun./jul.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOMARIVA, Maria Salute. O Benefício de amparo assistencial como garantia das necessidades básicas do cidadão carente. **Revista de previdência social**. São Paulo, v. 27, n. 274, p. 796-798, set. 2003.

Composição no âmbito da improbidade administrativa: implementação no Ministério Público do Ceará¹

Leydomar Nunes Pereira²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de se realizar Composição/Acordo na seara da Improbidade Administrativa, em que pese à vedação expressa no § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429/93. Abordou-se que, em face da morosidade no julgamento das ações civis públicas por ato de improbidade, o interesse público fica prejudicado, considerando a ausência de ressarcimento ao Erário dos valores desviados, ou apropriados ilicitamente. Buscou-se explicitar que um acordo celebrado previamente (fase pré-processual), ou durante o curso da ação (judicial), pode se constituir em ferramenta e instrumento eficaz, em casos de improbidade administrativa, de modo a assegurar um rápido ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário, resguardando-se, assim, o interesse público. Demonstrou-se que o § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429/93 foi revogado, implicitamente, pelo art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação). Concluiu-se que, nos últimos anos, ocorreu uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, que privilegia o modelo de autocomposição de conflitos, com institutos postos à resolução alternativa (adequada) de conflitos, dentro do sistema de multiportas (art. 5º,

1 Data de recebimento: 30/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

2 Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela UNIFOR. Especialista em Criminologia e Direito penal pela URCA. Especialista em Gestão e Direito Ambiental pela FACINTER. Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Iguatu/Ce. E-mail: leydomar@yahoo.com.br

LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, instituiu o princípio da celeridade e duração razoável do processo; Código de Processo Civil, ao estabelecer novos marcos conciliatórios, norteadores da instrumentalização do processo. Inclusive, constatou-se a implementação de acordo em outros Ministérios Públicos dos Estados, propondo-se sua implementação no Ministério Público Cearense.

Palavras-chave: *Improbidade administrativa. Composição. Acordo.*

1 INTRODUÇÃO

Por força da Lei nº 8.429/92, conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa, mencionada lei, milhares de ações civis públicas foram ajuizadas em face de gestores públicos desonestos, que se apropriaram ou desviaram dinheiro público, enriquecendo-se ilicitamente e desprestigiando os princípios da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dentre outros.

Todavia, em que pese ao número excessivo de ações civis públicas ajuizadas (milhares), o certo é que continuam a proliferar-se, nas Administrações públicas, atos de improbidade administrativa, com grandes impactos sociais e ingentes prejuízos ao Erário, sendo difícil, em muitas situações, se conseguir a punição dos agentes corruptos e ímprobos, em face da dificuldade na colheita de provas e elucidação dos casos, haja vista que os gestores se utilizam de interpostas pessoas (laranjas), e empresas de fachadas, alegando, muitas das vezes, em suas defesas, desconhecerem a ilicitude praticada, restando, assim, impunes.

Fato é que a morosidade³ no julgamento das ações civis públicas,

³ Segundo pesquisa da ABJ – Associação Brasileira de Jurimetria realizada no banco de condenados por Improbidade Administrativa mantido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ: “Os tribunais brasileiros levam mais de seis anos, em média, para julgar ações de improbidade administrativa, aponta pesquisa divulgada nesta terça-feira (29) pelo INAC (Instituto Não Aceito Corrupção). A demora em julgar se servidores cometeram atos ilegais ou contrários à administração pública dificulta a recuperação do dinheiro

por ato de improbidade, gera impunidade e estimula a continuação das práticas corruptivas, notadamente por frustrar a licitude de processo licitatório.

Como visto “os tribunais brasileiros levam mais de seis anos, em média, para julgar ações de improbidade administrativa”, mas há inúmeros casos que as ações se arrastam interminavelmente por 10 (dez), 12 (doze) anos.

Destarte, a realidade demonstra que a judicialização, pura e simples, dos casos de improbidade administrativa não tem alcançado os resultados almejados com as demandas deduzidas em juízo, qual seja, coibir a corrupção entranhada na Administração Pública.

Em alternativa a esse modelo vigente, pretende-se demonstrar como um acordo celebrado previamente (fase pré-processual), ou durante o curso da ação (judicial), definido em critérios objetivos, e submetido a um prévio controle pelo Conselho Superior do Ministério Público e com homologação posterior pelo Judiciário, pode se constituir em ferramenta e instrumento eficaz para a solução célere das controvérsias, máxime no que tange aos casos de improbidade administrativa, de modo a assegurar um rápido ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário, resguardando-se, assim, o interesse público.

O problema esbarra na vedação prevista no § 1º, do art. 17, da Lei nº 8429/92, ao determinar que a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público, ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar (Art. 17), sendo vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (§ 1º).

Fundamenta-se que a impossibilidade de acordo em sede de improbidade administrativa se dá por duas razões: a primeira, é a

desviado e colabora para o congestionamento de processos na Justiça do país... Entre janeiro de 1995 e julho de 2016, a Justiça brasileira aplicou 11.607 condenações definitivas, sem possibilidade de recursos, por improbidade administrativa em 6.806 processos, aponta a pesquisa. Porém, este número deveria ser maior. -- Veja mais em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm?cmpid=>

indisponibilidade da ação – Ministério Público e demais legitimados não podem abrir mão da ação civil pública posta à disposição nestes casos; a segunda, seria a do interesse público subjacente no ressarcimento dos danos causados à Administração Pública.

O fundamento da indisponibilidade da ação civil pública, como instrumento de combate aos atos de improbidade administrativa, não mais se sustenta em face da nova sistemática legal e processual advinda no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos.

De fato, nos últimos anos, houve uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o movimento de outros países, e na constatação da morosidade e ineficácia do processo judicial, no sentido de se criar uma cultura jurídica baseada na resolução alternativa de conflitos⁴ (Alternative Dispute Resolution – ADR), também denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESCAs, que privilegia o modelo de autocomposição de conflitos, com institutos postos à resolução alternativa de conflitos, dentro do sistema de multiportas.

Com efeito, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, instituiu o princípio da celeridade e duração razoável do processo. A Lei nº 12.850/2013 estabeleceu a delação premiada na seara criminal. Por sua vez, os acordos de leniência foram previstos na Lei nº 12.846/2013. Já a Lei nº 13.140/2015 possibilitou a realização de Mediação e, ainda, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Por fim, o Código de Processo Civil estabe-

⁴ Para Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, em excelente artigo, cujo título: Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”, publicado na Revista de Processo, “Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.” Acessado em (https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIACAO_DIRETA_OU_RESOLUCAO_COLABORATIVA_DE_DISPUTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIACAO_SEM_MEDIADOR).

leceu novos marcos conciliatórios – mediação e conciliação-, como fator fundante e norteador da instrumentalização do processo.

Assim, em face do que denominamos marcos conciliatórios, tendo a mediação e conciliação como fundamentos fundantes, introduzidos no cenário legal e jurídico brasileiro, há que se concluir que o § 1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, encontra-se superado, obsoleto, vetusto, afigurando-se o mesmo eivado de inconstitucionalidade por força do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

2 COMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92, a denominada Lei de Improbidade, trouxe no bojo de seu texto, máxime no § 1º, do art. 17, uma vedação expressa a quaisquer tipos de acordo, transação ou conciliação nas ações que tratem de casos de improbidade administrativa.

De fato, em face dessa proibitiva, restaram impossibilitadas, desde o ano de 1992, quando da entrada em vigor da lei, quaisquer tratativas de acordo em sede de ações de Improbidade Administrativa.

Destarte, constata-se que a praxe é, em demandas de improbidade administrativa, o Ministério Público, por via de imposição legal, ajuizar a ação civil pública por ato de improbidade administrativa buscando a solução judicial da causa, o que, em muitos casos, torna a demanda deveras morosa, frente a um Judiciário brasileiro cada vez mais assoberbado de ações, e sem estrutura condigna para a solução célere do caso, tornando o processo, muitas das vezes, moroso e ineficaz.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça⁵ realizou pesquisa em

⁵ A pesquisa realizou diagnóstico com o objetivo de investigar quais questões legais e processuais poderiam representar entraves à eficácia da Lei de Improbidade Administrativa. A metodologia contemplou a pesquisa quantitativa dividida em duas dimensões. Na primeira, foi elaborado o Perfil das Ações de Improbidade no país. Para tanto, foram analisados dados obtidos por Estados, com base no Cadastro Nacional de Improbidade, fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Já na segunda dimensão, a investigação empírica, analítica, prospectiva e de encaminhamento de propostas a partir dos resultados revelados, definiu-se, inicialmente, pelo critério de regionalidade, indicando a realização

processos que trataram de casos de improbidade administrativa. A pesquisa deu-se por amostragem, em 132 processos com trânsito em julgado das respectivas sentenças, considerado o recorte temporal 2010-2013, em Tribunais nas cinco regiões do país: a pesquisa foi feita junto aos seguintes tribunais: STJ (ações originárias e amostra de Recursos Especiais), TRF4 (apelações), TJMT (apelações), TJRN (apelações) e TJSP (apelações).

De acordo com a pesquisa mencionada supra, o Ministério Público é o maior promovedor de ações de improbidade administrativa, face aos demais legitimados, pois, “Entre os Tribunais de Justiça pesquisados, mais de 70% dos processos tiveram processos iniciados pelo Ministério Público, com exceção do TRF4, em que 54,55% dos processos tiveram instauração de investigação pelo MP”. (grifamos)

Todavia, a mesma pesquisa, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, revela um alto índice de improcedência das ações de improbidade administrativa ajuizadas, demonstrando que nem sempre demandar judicialmente é meio mais eficaz para o combate à corrupção administrativa.

Em termos de acórdãos de segundo grau, foi verificado que em 45% dos processos analisados foi observada a improcedência de todos os pedidos, sendo que no TJRN quase 89% dos processos analisados estão nesta situação.

Os maiores resultados dos processos considerados com pedidos improcedentes foram registrados no TRF4 (65,22%), TJMT (64,71%) e TJRN (46,67%).⁶

Em alternativa a esse modelo vigente, pretende-se demonstrar como um acordo celebrado previamente (fase pre-processual) ou

junto a tribunais das cinco regiões do país.(...) De acordo com este planejamento, foram coletados dados de 132 processos junto aos tribunais indicados. O quantitativo é apresentado...sempre levando em consideração o aspecto temporal (transitado em julgado entre os anos de 2010 a 2013). Para acesso aos dados completo da pesquisa ver: in.:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fb3c1597.pdf>

6 in.:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fb3c1597.pdf>

durante o curso da ação (judicial), definido em critérios objetivos e submetido a um prévio controle pelo Conselho Superior do Ministério, e com homologação posterior pelo Judiciário, pode se constituir em ferramenta e instrumento eficaz no que tange aos casos de improbidade administrativa, de modo a assegurar um rápido ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário, resguardando-se, assim, o interesse público.

De fato, a realidade demonstra que, além de assoberbar ainda mais o Judiciário com número excessivo de processos, em muitas situações, a Ação Civil Pública não atinge seu objetivo, máxime quando não se tentou resolver o conflito consensualmente, em que se respeitasse a vontade das partes em estabelecer um acordo, o que prescindiria da imposição da ação judicial com seus custos e lapso temporal demasiado.

Oportuno, nesse sentido, trazer à lume, o posicionamento abalizado de Nicolau Dino (2002, p. 379-380), que espousa entendimento no sentido de se permitir a formalização de acordo em matéria de improbidade quando a avença, antes do ajuizamento da ação, ou no curso do processo, assegurar o ressarcimento do dano causado ao erário, pois,

...não há de ser entendida como fator impeditivo à formalização de acordo de transação com vistas ao ressarcimento do erário. Com efeito, todo esse sistema é voltado para a defesa do patrimônio público, devendo ser, pois, interpretada teleologicamente a vedação, no sentido de impedir a disposição da ação (que é de natureza pública), mas nunca a celebração de medidas de recomposição do erário, antes ou no curso do processo.

Na realidade, há que se buscar uma alternativa de resolução consensual como procedimento prévio, ou mesmo no curso da ação de improbidade administrativa já instaurada como forma de se assegurar, sobretudo o ressarcimento ao erário dos valores apropriados ilicitamente de forma mais célere e eficaz, dentro do contexto e dos

princípios que se propõe a gestão de conflitos.

Destarte, considerando o ajuizamento de dezenas de ações de improbidade administrativa anualmente no Brasil, principalmente pelo Órgão Ministerial, a implementação de um acordo poderá trazer ganhos substanciais, prevenindo-se demandas judiciais e ressarcindo atempadamente o erário.

Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, coordenada por GOMES JUNIOR (2015, p.85), inobstante um grande número de ajuizamento de ações de improbidade, revelou que há um baixo índice de ressarcimento dos danos causados ao Erário, demonstrando-se a não efetividade dos processos, que em muitos casos levam décadas para serem julgados:

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos.

As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos.⁷

Ora, por analogia, se ao Ministério Público cabe firmar acordos em delação premiada na seara criminal, mediante controle homologatório do Judiciário, inclusive abrindo mão de ajuizar a ação penal, é possível, igualmente, ser assegurado ao Órgão Ministerial fazer o juízo da necessidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em hipóteses análogas, máxime quando há previsão em eventual acordo de ressarcimento do Erário, em decorrência dos prejuízos ocasionados com o ilícito administrativo.

Ademais, o novo Código de Processo Civil de 2015 determina,

7 in.:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>

em vários de seus dispositivos, a autocomposição como resolução positiva do conflitos. Com efeito, o artigo 3º, § 2º reza que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Dentro desse contexto de instrumentos postos à resolução alternativa de conflitos, há que se destacar ainda a Lei de Mediação - Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 -, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Com efeito, à luz de uma interpretação evolutiva e de todas as normas legislativas estudadas, pode-se dizer que, nos últimos anos, ocorreu uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro que privilegia o modelo de autocomposição de conflitos, com institutos postos à resolução alternativa e adequada de conflitos, dentro do sistema de multiportas, conforme exposto ao longo do presente estudo, máxime considerando o disposto no Código de processo Civil, ao estabelecer novos marcos conciliatórios, norteadores da instrumentalização do processo.

Destarte, há que se concluir, então, que não se justifica mais a vedação contida no § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429/92, de modo que é possível a formalização de acordo, seja numa fase anterior ao processo, em sede de Inquérito Civil Público, ou mesmo durante as ações de improbidade já em curso.

Inobstante entendimentos em contrário, na realidade a celebração de acordo na improbidade administrativa se constitui, sim, na efetivação do interesse público, em face da possibilidade de um rápido ressarcimento ao Erário dos valores apropriados ilicitamente, em contraste com a morosidade dos processos judiciais, que se arrastam por décadas sem resolutividade esperada.

De fato, a Lei nº 11.340/2015 – Lei da Mediação – no art. 36, § 4º prevê, no âmbito federal, expressamente a possibilidade de conciliação nas ações de improbidade administrativa, desde que submetida à homologação judicial, regulamentando a matéria e, destarte, con-

trastando com o art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/1992.

Luciano Godoy⁸, comentando o art. 36, § 4º da Lei de Mediação, esclarece acerca da revogação implícita incidente sobre o artigo 17, § 1o, da Lei 8.429/1992, abrindo espaço para a formalização de acordo nas ações de Improbidade Administrativa, verbis:

É certo que o dispositivo referido menciona a “conciliação de que trata o caput”, fazendo referencia às hipóteses de composição de litígios entre órgão da Administração Pública Federal, quer direta, quer indireta. No entanto, certo é que a nova Lei da Mediação trouxe expressamente a possibilidade de composição, acordo, transação e mediação no âmbito das ações de improbidade administrativa, revogando implicitamente o artigo 17, § 1o, da Lei 8.429/1992.

Há que se destacar, ainda, porque relevante, o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, elencado dentro das garantias fundamentais, acrescido pela emenda Constitucional nº 45/2004, o qual instituiu o princípio da celeridade e duração razoável do processo, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Acresce que a Corregedoria Nacional do Ministério Público, as Corregedorias Gerais dos Ministérios Públicos Estaduais e da União aprovaram, em data de 22 de setembro de 2016, a denominada Carta de Brasília, que dentre outras diretrizes, a serem cumpridas pelos Membros do Ministério Público, estabelece a “Utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas”.⁹ (sem grifos no original).

8 GODOY, Luciano de Souza. Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa. Disponível em: <http://jota.info/acordo-e-mediacao-na-acao-de-improbidade-administrativa> Publicado 3 de Agosto, 2015: acessado em 28/05/2017.

9 cf. In: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRASILIA.pdf.

Poder-se-ia concluir pela inconstitucionalidade do art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92, na medida em que se torna um estorvo para o cumprimento e a efetividade do princípio da duração razoável do processo, nos termos previstos no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, pois “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Recentemente, o Ministério Público dos Estados, mais precisamente, o Ministério Público do Amapá, editou a Resolução nº 002, de 28 de março de 2017, e o Ministério Público do Paraná editou a Resolução nº 001, de 15 de maio de 2015, ambos regulando a celebração de acordo em casos de Improbidade Administrativa.

Registre-se que, recentemente, em data de 29 de junho de 2018, O Ministério Público de São Paulo, por meio da sua Escola Superior, realizou workshop cujo tema: “Possibilidade de Composição em casos de Improbidade Administrativa”, que contou com a participação de membro de Ministério Público de 13 Estados. (conferir em: www.mpsp.mp.br)

Há que se concluir, portanto, que o acordo, em matéria de Improbidade Administrativa, é caminho sem volta. De fato, a efetivação de acordo em ato de improbidade administrativa, celebrado com pessoas físicas, ou jurídicas, pelo Ministério Público é uma realidade materializada por meio de Resoluções autorizadoras da formalização de acordo por seus membros.

São essas, portanto, as razões, sem prejuízo de outros fundamentos, para análise de possibilidade de implementação no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará de Resolução, para fins de regulamentação de Acordo em casos de Improbidade Administrativa, seja na fase extrajudicial, ou mesmo no curso de ações já em tramitação, com critérios bem objetivos e delineados.

3 CONCLUSÃO

Ao término do presente trabalho e, debruçando-se sobre a problematização proposta, qual seja, a composição na Improbidade Administrativa, há que se concluir que, em face da morosidade de ações civis públicas, que se perpetuam em trâmites intermináveis no Judiciário, cada vez mais assoberbado e com pouca estrutura, o referido acordo pode se revelar numa alternativa de resolução consensual, de modo a resolver a conflito de forma célere e com ingentes ganhos para o Erário, resguardando-se, portanto, o interesse público subjacente no ressarcimento dos valores desviados e/ou apropriados ilicitamente.

A Lei de Improbidade Administrativa deve se adequar aos novos tempos e importantes instrumentos de negociação postos à disposição de resolução de conflitos, introduzidos na legislação brasileira nos últimos anos, *pari passu*, com o movimento mundial de adoção das chamadas ADRs – *alternative dispute resolution*.

Ora, sem essa adequação, não haverá interesse público resguardado e protegido na improbidade administrativa, porque a realidade demonstra a morosidade e baixa eficácia das centenas de ações ajuizadas, razão pela qual a negociação como um processo de comunicação, com o objetivo de se chegar a uma decisão bilateral e conjunta, trará ganhos para ambas as partes e, por conseguinte, para o interesse público.

Destarte, a exemplo de outros Ministérios Públicos, afigura-se premente a regulamentação da matéria, qual seja – o acordo na Improbidade Administrativa – com a implementação de resolução pelo Conselho Superior no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, de forma a se autorizar a todos os Órgãos de execução da Instituição que atuam na área, a estabelecerem negociação com os gestores considerados ímprobos, e conseqüentemente, firmar termos de acordo com a submissão, a posteriori, para a chancela (ou não) do referido Conselho Superior.

Todavia, há que se ter a consciência que as mudanças de paradigmas no direito, inobstante necessárias, nem sempre são fáceis, enfrentam objeções e nunca acontecem de uma única vez: “novas construções teóricas e práticas erigem-se sempre sobre os escombros do passado,” daí a necessidade de acreditar e provocar o novo alicerçado nos métodos de resolução alternativa de conflitos.

COMPOSITION IN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY: IMPLEMENTATION IN THE PUBLIC PROSECUTION OF CEARÁ

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate the possibility of exceptionally making an composition/Agreement in the area of Administrative Improbability, in spite of the prohibition expressed in § 1 of art. 17 of Law 8,429 / 93. It was considered that, due to the delays in the judgment of public civil actions by an act of impropriety, the public interest is impaired, considering the absence of reimbursement to the Public Treasury of values misappropriated or appropriated illicitly. It was sought to make explicit that an agreement previously concluded (pre-procedural phase) or during the course of action (judicial), can constitute an effective tool and instrument, in cases of administrative improbity, so as to ensure a quick compensation of the damages caused to the public purse, thereby protecting the public interest. It was demonstrated that Paragraph 1 of art. 17 of Law 8,429 / 93 was implicitly revoked by art. 36, § 4 of Law No. 13.140/2015 (Law on Mediation). It was concluded that, in recent years, there has been a paradigm shift in the Brazilian legal system that favors the conflict-self-modeling model, with institutes for alternative conflict resolution within the multiport system (article 5, LXXVIII of the Federal Constitution of 1988, established the principle of celerity and reasonable duration of the process, Code of Civil Procedure, establishing

new conciliatory benchmarks, guiding the instrumentalization of the process. In addition, it was verified the implementation of agreement in other Public Ministries of the States, proposing its implementation in the Cearense Public Ministry.

Keywords: *Administrative improbity. Composition. Agreement.*

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Conselho Superior do Ministério Público do Amapá. **Resolução nº 002**, de 28 de março de 2017. objetivando o ressarcimento dos danos aos cofres públicos autorizando a seus membros firmar **termo de intenção de acordo** com pessoas físicas, investigadas ou processadas, por atos de improbidade Administrativa; Disponível em: < www.mpap.org.br >. **Acesso em: 25 abril de 2017.**

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Publicada no DJ-e no 219/2010, em 01/12/2010, 2010b, p. 2-14. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de março de 2017.

CABRAL, Antonio do Passo e DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 471 - 489 | Set / 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIACAO_DIRETA_OU_RESOLUCAO_COLABORATIVA_DE_DISPURTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIACAO_SEM_MEDIADOR. Acesso em 19 de fevereiro de 2018

CARTA DE BRASÍLIA. http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Brasilia-2.pdf, acessado em 10 de janeiro de 2018.

COSTA NETO, Nicolao Dino e Castro. Improbidade administrativa – 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GODOY, Luciano de Souza. **Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa**. 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/acordo-e-mediacao-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 28 out. 2016.

PARANÁ. Conselho Superior do Ministério Público do Paraná. **Resolução nº 001**, de 15 de maio de 2015. Estabelecendo parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa.

CARTA DE BRASÍLIA. http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Brasilia-2.pdf, acessado em 10 de janeiro de 2018.

Ministério Público, vítima e inquérito policial: uma análise do pls n.º 135/2018¹

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira²

RESUMO

Este artigo faz uma análise jurídica do Projeto de Lei do Senado n.º 135/2018, que atribui ao Ministério Público a responsabilidade de investigar crimes atribuídos a agentes de segurança pública e confere à vítima poderes de intervenção na investigação policial.

Palavras-chave: *Projeto de Lei. Senado Federal. Ministério Público. Vítima. Inquérito Policial.*

1 INTRODUÇÃO

O presente texto se propõe a promover uma análise jurídica do Projeto de Lei do Senado - PLS n.º 135/2018, de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa daquela Casa.

O referido PLS tem como objeto o Título II, do vigente Código de Processo Penal - CPP, que trata do inquérito policial. Desse modo, inclui um dispositivo e acrescenta parágrafos a outro artigo do CPP. Muito embora relacionados entre si, procederemos a análise das duas proposições em separado.

O PLS busca atender uma determinação da Corte Interamericana

¹Data de recebimento: 12/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

²Promotor de Justiça no MPCE – Ministério Público do Estado do Ceará, Professor na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, e na UNIFANOR-Wyden, ambas em Fortaleza, Brasil, e Doutorando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: profmarcusamorim@gmail.com

de Direitos Humanos - CIDH no Caso “Favela Nova Brasília”, que emitiu uma sentença definitiva e inapelável³, cujo não cumprimento pode acarretar uma responsabilização internacional do Estado Brasileiro⁴.

Em 19 de maio de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (“Favela Nova Brasília”) contra a República Federativa do Brasil. A ação teve como peticionários o Centro pela Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e o Instituto de Estudos da Religião - ISER, representantes das vítimas. O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”, uma comunidade incrustada no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro. Alegou-se que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “autos de resistência à prisão”. Sustentou-se também que, na incursão de 18 de outubro de 1994, três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Finalmente, afirmou-se que a investigação dos fatos mencionados teria sido realizada supostamente com o objetivo de estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força⁵.

Os inquéritos relacionados às duas chacinas foram enviados ao Ministério Público do Rio de Janeiro - MPRJ e posteriormente arquivados. Atendendo à recomendação da Comissão Interamericana, em

3 Nestes termos, o art.67, da CADH, mais conhecida por estas bandas como Pacto de São José da Costa Rica: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”.

4 Nesse sentido, o art.65, da CADH: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

5 Cf. Relatório da Sentença da referida Corte, datada de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf.

2012 o MPRJ efetivou o desarquivamento do inquérito da chacina de 1995 e, no ano seguinte, o do caso anterior. Em maio de 2013, o MPRJ denunciou seis policiais – quatro civis e dois militares – pelas treze mortes de 1994. Em 2015, o MP arquivou o inquérito sobre a chacina de 1995, por entender que as mortes foram decorrentes de tiroteio.

Depois de quinze anos tramitando na Comissão, o caso recebeu sentença da Corte em fevereiro de 2017. Pela decisão, o governo brasileiro teve prazo de um ano após sua cientificação, e esgotado em 11 de maio de 2018, para reabrir as investigações sobre as duas chacinas ocorridas em 1994 e 1995 na comunidade Nova Brasília, durante operações policiais no Rio de Janeiro⁶. Além disso, terá que pagar indenização a cerca de 80 pessoas. Em cada chacina foram mortos treze jovens. Consta que esta é a primeira sentença em que o Brasil é condenado pela Corte da OEA por violência policial⁷.

Por sua vez, a iniciativa legislativa parece ter sido motivada pelo conteúdo dos itens 16 e 19 da Sentença, como adiante se vê:

16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319

6 Como é bastante comum no Brasil, após o esgotamento do prazo surgiu a notícia da reabertura das investigações. Cf. nota divulgada no dia 9.7.2018 pelo MPRJ em seu website: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62510>. Ainda de acordo com o documento: “A comissão analisou as medidas a serem adotadas para a execução da sentença, naquilo que é de atribuição da instituição. Também está em análise o aperfeiçoamento da atuação ministerial no controle externo da atividade policial, especialmente, em relação à apuração de delitos cometidos por forças de segurança do Estado. As ações adotadas serão informadas ao Ministério de Direitos Humanos (MDH). O procurador-geral de Justiça designou o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP/MPRJ) para conduzir as investigações”.

7 Cf. Agência Brasil, em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/estado-brasileiro-e-condenado-na-corte-idh-por-chacinas-na-favela>. Acessado em 9.jul.2018.

da presente Sentença.

(...)

19. O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença.

O PLS vem à tona num momento em que se avançam os debates na Câmara dos Deputados em torno do texto do Anteprojeto de um novo CPP, oriundo do Senado Federal, com base no trabalho de uma comissão de juristas. Nesse cenário, torna-se relevante avaliar como o PLS se enquadra não somente no arcabouço legislativo atual como também no que se está arquitetando.

2 INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CRIMES ATRIBUÍDOS A AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

O PLS insere o art.5º-A no CPP, com a seguinte proposta de redação:

Art.5º-A. A investigação da infração penal será atribuída ao órgão do Ministério Público competente se houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções.

§1º. O Ministério Público poderá requisitar os exames periciais necessários à apuração do fato diretamente à polícia técnico-científica.

§2º. Caso a suspeita de que trata o caput deste artigo se verifique após iniciado o inquérito, a autoridade policial encaminhará os autos, em até quarenta e oito horas, ao Ministério Público, que assumirá a investigação.

§3º. Caso, na hipótese do §2º, não ocorra o encaminhamento, o Ministério Público avocará a respectiva investigação e a autoridade policial responderá pela omissão.

É louvável a preocupação do legislador em enfrentar uma das grandes mazelas na segurança pública brasileira: a criminalidade

que historicamente contamina a atuação dos órgãos de segurança pública e que vai de corrupção e prevaricação alcançando condutas extremamente graves como abusos, torturas e homicídios. Este também é um dos pontos em que o controle externo da atividade policial desempenhado pelo Ministério Público não tem alcançado os resultados desejados.

Entretanto, o projeto de lei não é o modo mais operoso para alcançar esse objetivo. É que a redação do caput abre espaço para uma interpretação restritiva do poder investigatório do MP, isto é, os Tribunais podem passar a entender que o poder investigatório do MP estará limitado a casos de infrações penais atribuídas a agentes dos órgãos de segurança pública, excluindo, portanto, todos os demais. É bem certo que o STF, em reiterados julgados, tem não só sedimentado a legitimidade constitucional do poder investigatório do MP como também apontado que os crimes praticados no contexto indicado pelo PLS merecem a concentração de esforços do MP⁸, porém, isso não pode constituir-se no único campo de atuação investigativa da instituição e a isso o STF não se reportou. Priorizar, ou que seja, dar mais atenção está longe de significar qualquer espécie de exclusividade. Outras tantas manifestações de criminalidade, como as de corrupção em outros setores da administração pública, e que de qualquer maneira até podem estar relacionadas a violência policial, viriam a ser afastadas da atuação investigatória do MP. Trata-se, enfim, de um grande risco de retrocesso para o MP e, sobretudo, para a sociedade brasileira.

Para além do problema de gênese, capaz de gerar uma violação à prerrogativa constitucional do MP de promover uma investigação criminal direta, emergem outras questões laterais, desta feita, de matiz técnico-jurídica. Nesse cenário, tem-se que o §1º se revela

8 Nesse sentido, vejam-se: HC 84.965/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 85.419/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 87.610/SC, Rel. Min. Celso de Mello; HC 90.099/RS, Rel. Min. Celso de Mello; HC 91.613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 93.930/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 94.173/BA, Rel. Min. Celso de Mello; HC 97.969/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 107.066-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 468.523/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, dentre outros.

desnecessário, isto porque a Lei n.º8625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e outras normas correlatas já dispõem sobre o poder de requisição do MP⁹. Outrossim, o trecho em que se diz que o MP “assumirá a investigação” não deve significar que o IP passará a ser conduzido pelo MP, sob pena de aprofundar-se – quiçá de modo irremediável – a distorção sistêmica. O IP é um procedimento típico da polícia judiciária. Caberá ao MP promover uma espécie de arquivamento indireto do IP, utilizando os documentos ali contidos, no todo ou em parte, para instaurar o seu próprio procedimento interno, conhecido como Procedimento Investigatório Criminal – PIC (art. 1.º, Resolução CNMP n.º181/2017).

Por sua vez, os §§2º e 3º parecem de difícil aplicação. Como a discricionariedade na condução do IP ainda é a tônica na investigação criminal produzida pela polícia judiciária, vê-se que é um tanto difícil identificar, salvo nos casos de flagrante delito, o momento em que uma mera suspeita sobre um agente de segurança pública pode surgir na investigação. Nem sempre suspeitas se registram em atos documentados, isto é, elas permanecem como uma cogitação da autoridade responsável pela investigação. Uma menção a um agente de segurança pública feita por uma testemunha, por exemplo, não implica automaticamente em suspeita sobre ele.

Cuida-se aqui, em verdade, de uma hipótese eventualmente elaborada pela autoridade que dirige a investigação. Nestes termos, ao fim e ao cabo, caberá à própria autoridade policial explicitar de alguma maneira a suspeita que ela alimenta sobre qualquer investigado. E no entanto, não se pode esquecer que inexistente qualquer mecanismo de controle sobre esse ato, razão pela qual, reforçamos, os dois parágrafos parecem de difícil aplicação prática. Não há, pois, qualquer garantia de que a avocação a cargo do MP possa ocorrer em momento oportuno. Tal como elaborados, os dois dispositivos têm potencial de acirrar ainda mais as zonas de atrito nas relações

9 A propósito, veja-se o art.26, inciso I, alínea “b”, da LONMP.

institucionais-funcionais entre o MP e as polícias judiciárias.

O texto se reporta genericamente a “agentes dos órgãos da segurança pública”. A referência expressa ao exercício das funções como requisito para a intervenção do MP, é certo, se mostra pertinente. Entretanto, também parece seguro esperar que se questione se ali devem ser incluídos os agentes das guardas municipais. É que as guardas municipais não estão arroladas nos incisos do art. 144, da Constituição Federal, como órgão da segurança pública, mas o mesmo dispositivo a elas se dirige no §8º, “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”. E seja como for, sabe-se que, desde algum tempo, as guardas municipais tem se imiscuído nas atribuições das polícias militares e até mesmo das civis.

E por último, uma questão de ordem prática. Pode surgir algum problema na definição do órgão do Ministério Público responsável pela continuidade da investigação. A avocação e a efetiva continuidade da investigação podem ser atribuições de órgãos distintos dentro do MP. Afinal, a primeira está ligada ao exercício do controle externo da atividade policial ao passo que a segunda tem que ver com a de investigação criminal direta.

3 INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO INQUÉRITO POLICIAL

Outro ponto do PLS acrescenta parágrafos ao art. 14, do CPP, com a seguinte proposta de redação:

Art. 14. ...

§1º. O ofendido poderá participar de maneira formal e efetiva da investigação, podendo, por meio de seu defensor, examinar os autos, oferecer informações, juntar provas, formular alegações, entre outras providências que julgarem úteis à investigação criminal.

§2º. No caso de morte do ofendido, o direito de que trata o §1º deste artigo poderá ser exercido pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§2º. O direito de examinar os autos em andamento não

abrange o acesso a peças e procedimentos declarados sigilosos, por ordem judicial¹⁰.

De início, nota-se o erro técnico na sequência numérica dos parágrafos. De qualquer sorte, como se tratam de parágrafos, sua interpretação deve levar em conta sua posição dentro do dispositivo, isto é, a primazia da redação do caput, que permanece inalterada¹¹. Assim, tem-se que as indicações do ofendido descritas no §1º continuarão à mercê do julgamento de conveniência da autoridade policial, segundo um critério de discricionariedade¹² pautado pela utilidade da diligência para a investigação. Logo, não é o ofendido, mas a autoridade policial que deverá julgar a utilidade da providência para a investigação. Dito isto, vê-se que o texto apresenta uma contradição interna muito perigosa, permitindo interpretações dissonantes: uma primeira, e que nos parece mais acertada, a de que permanece intacta a discricionariedade da autoridade policial na condução da investigação no IP; uma segunda, que pode surgir com a entrada em vigor do texto tal como proposto, a de que o ofendido passa a ter um verdadeiro “direito de intervenção” na investigação, anulando, quanto às diligências requeridas, o juízo de discricionariedade da autoridade que investiga.

Neste último caso, a investigação policial se transmutará numa figura jurídica à imagem e semelhança do processo criminal, com impactos importantes na atividade judicial. E no entanto, diversamente dos países onde a investigação é conduzida pelo MP e se constitui uma etapa inicial do processo judicial, o inquérito policial

10 Há um erro gramatical de concordância entre “ofendido” e “julgarem”. Além disso, uma impropriedade técnica ao referir-se ao advogado do ofendido como “defensor”.

11 Diz o caput, do art. 14, do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

12 AVENA define discricionariedade no inquérito policial da seguinte maneira: “a persecução, no inquérito policial, concentra-se na figura do delegado de polícia que, por isso mesmo, pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos. Isto quer dizer que, uma vez instaurado o inquérito, possui a autoridade policial liberdade para decidir acerca das providências pertinentes ao êxito da investigação” (in AVENA, Norberto. Manual de Processo Penal. 3ª ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6717-8/>).

permanecerá um procedimento administrativo e terá uma autoridade policial, desprovida daquele grau de independência almejado pela CIDH, a gerir uma atividade com forte influência e mesmo um direcionamento feito pelos intervenientes – ofendido e investigado. Finalmente, considerando que o PLS, neste ponto, está alcançando todo e qualquer inquérito policial, surgirá um descompasso de poderes de intervenção quando se tratar de apuração de crimes vagos. Ou caberá ao MP cumprir esse papel quando o bem jurídico for transindividual?

A propósito, o PLS também traz repercussões no exercício do controle externo da atividade policial pelo MP. Passando a investigação policial a um formato de verdadeira gestão compartilhada, envolvendo a autoridade policial, o ofendido e o investigado – mas sem o Ministério Público!, certamente se levantarão outros tantos questionamentos acerca daquele a ser responsabilizado por ações ilícitas e danos causados no âmbito da investigação.

A subsistência do juízo de discricionariedade da autoridade policial não significa que a intervenção da vítima esteja inviabilizada, da mesma maneira que a implantação de um verdadeiro contraditório, e antes disso, um “direito de prova”¹³ na etapa de investigação não garante resultado prático algum. Afinal, esse juízo de conveniência e necessidade não pode ser compreendido como simples vontade do agente responsável pela investigação¹⁴. O que se deve ter em vista, no fim das contas, é o bom andamento da persecução criminal, e que precisa estar sempre direcionada à elucidação dos fatos. Sob o

13 A expressão merece vir aspeada porque, no modelo de investigação criminal adotado entre nós, no qual o inquérito policial é uma atividade de natureza administrativa e pré-processual, não cabe falar em prova. A melhor doutrina se refere às evidências (evidences) coletadas na investigação como elementos de informação ou de convicção.

14 Discricionariedade, afinal, não se confunde com arbitrariedade. Nesse sentido, a lição de SANTOS: “Discricionariedade, é bom que se diga, nada tem que ver com arbitrariedade. A primeira é a possibilidade conferida ao agente público para, havendo vários caminhos distintos e amparados por lei, escolher aquele que melhor atenda ao interesse público e percorrê-lo. Não há qualquer reserva relativamente ao ato discricionário, eis que a própria lei autoriza o agente público a fazer um juízo de valor sobre sua conveniência e legalidade” (in SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4303-5/>).

horizonte normativo atual, para FISCHER e PACELLI, não há

razão alguma para o indeferimento, de plano, sem qualquer reflexão desapaixonada, de medidas investigatórias apontadas, tanto pelo ofendido quanto pela defesa do investigado. O contraditório não pode ser entendido unicamente como um entrave ao bom andamento das investigações; ao contrário, conhecer-se, desde logo, um mais amplo arcabouço probatório, poderá facilitar sobremaneira o exercício da função estatal de persecução criminal (...) Embora, nos termos da Lei, caiba à autoridade policial deferir ou não a indicação de providências pela defesa e pelo ofendido, pensamos que o sistema de direitos fundamentais deduzido da Constituição da República autoriza entendimento em sentido contrário, desde que e sempre que a providência não causar tumulto ou embaraço às atividades de investigação¹⁵.

Convém registrar que outros projetos legislativos prevêem uma participação igualmente efetiva do investigado, e sob essa perspectiva, somando-se a este projeto, corre-se o sério risco de transformar o IP em algo muito parecido com um juizado de instrução, porém, sem a figura do juiz. Em seu lugar, teríamos a autoridade policial, não mais como responsável pela investigação, mas reduzido a um gestor ou mero executor das diligências investigatórias indicadas pelo investigado e pelo ofendido, e assim, apequenando o papel da autoridade policial.

O §2º é um consectário do §1º, do art.24, do CPP. Portanto, sua inclusão se mostra também redundante.

Por sua vez, o §3º tem uma redação tortuosa. É que muitas diligências são sigilosas por força de lei, isto é, independentemente de declaração judicial. E já existe uma jurisprudência satisfatoriamente consolidada sobre a dinâmica do segredo e da publicidade em investigações criminais¹⁶.

15 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 9ª ed., [Minha Biblioteca], Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010916/>

16 Com efeito, merece destaque nesse ponto a Súmula Vinculante n.º14, do STF.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art.27 do Anteprojeto do CPP, em sua redação originária do Senado Federal, deixa claro que “a vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade”. E na hipótese de rejeição, “o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público”. Eis aqui um aspecto relevante. Ao mesmo tempo em que se preservava a discricionariedade da autoridade policial na condução do IP, que passa a ser orientada pelo “reconhecimento da necessidade da diligência”, uma avaliação que deverá ser explicitada pelo delegado de polícia, esse juízo de valor poderá ser revisto pelo MP, que doravante contará com uma ferramenta de intervenção na investigação antes de sua conclusão, e pela autoridade policial hierarquicamente superior. Afinal, como em qualquer ato de natureza administrativa, o juízo de discricionariedade não é absoluto.

Além disso, de acordo com o Anteprojeto, o MP permanecerá com sua prerrogativa de proceder a investigações criminais diretas, sem previsão de restrição por matéria, podendo fazê-lo independentemente da instauração prévia de um IP, seguida de uma imprevisível avocação, algo que estaria longe de agilizar uma intervenção de um órgão estatal diverso do organismo policial envolvido no episódio.

A sentença da Corte Interamericana mencionada no início deste trabalho aponta, no seu item 329¹⁷, que a legislação brasileira não teria nenhum dispositivo que garanta à vítima participação efetiva

17 Na íntegra: “329. No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações de crimes decorrentes de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado dispõe de normas que garantem a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo do exposto, não oferece nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação pela polícia ou pelo Ministério Público. Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal, 338 a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos”.

na investigação criminal. Discordamos dessa avaliação. A discricionariedade da autoridade policial não inibe uma formal e concreta participação da vítima. Entretanto, anular essa discricionariedade, como consequência de uma das interpretações possíveis com base no texto do PLS, é lançar o inquérito policial, e a investigação criminal como um todo, num terreno ainda desconhecido e com o qual o sistema judicial brasileiro não está familiarizado, daí decorrendo, como se pode presumir, consequências imprevisíveis.

Sem promover distorções no sistema, isto é, resguardando a característica de discricionariedade que deve permear uma investigação criminal, o Anteprojeto atende as determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no “Caso Favela Nova Brasília”, parecendo-nos uma solução técnica e socialmente mais adequada para o enfrentamento do grave problema levantado, o drama da precariedade de investigação de episódios de violência policial.

A efetividade de uma participação da vítima e mesmo do investigado na investigação criminal tem muito mais que ver com a oportunização de acesso dos interessados à autoridade policial, por meio de uma assistência jurídica mais presente - isto é, algo como uma “democratização” do acesso às polícias - do que propriamente uma perigosa modificação no arranjo da estrutura da investigação criminal. E na hipótese de indeferimento injustificado da diligência sugerida, haja vista que a discricionariedade não é numa nota de natureza absoluta, a Carta Magna garante o acesso à justiça, como já tem ocorrido¹⁸.

Ao invés de contribuir para o propósito almejado, o PLS n.º135/2018, de uma só vez, traz um sério risco de engessar ainda

¹⁸ Com esse entendimento, o STJ concedeu habeas corpus instando que a autoridade policial atendesse o requerimento de diligências feito por investigados. Em determinado trecho do acórdão, em referência ao inquérito policial, registrou-se o seguinte: “A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc.” (STJ, 6ª t., HC 69405/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j.23.10.2007).

mais o burocrático e não raras vezes ineficiente IP bem como restringir o poder investigatório do MP, motivos mais do que suficientes para que venha a ser rejeitado.

**PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE, VICTIM
AND POLICE INQUIRY: AN ANALYSIS
OF SENATE BILL N.º135/2018**

ABSTRACT

This paper provides a legal analysis of Senate Bill No. 135/2018, which assigns to the Public Prosecutor's Office the responsibility of investigating crimes attributed to law enforcement agents and confers on the victim powers of intervention in the police investigation.

Keywords: *Bill of Law. Federal Senate. Public Prosecutor's Office. Victim. Police Inquiry.*

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença no Caso "Favela Nova Brasília vs. Brasil"**, de 16 de Fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 29 jul. 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n.º 135/2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132702>. Acesso em: 09 de jul. 2018.

A concessão de alimentos gravídicos: uma análise crítica sobre a lei 11.804/2008¹

Marina Girão de Oliveira Machado²

RESUMO

O presente artigo trata da importância da Concessão de Alimentos Gravídicos pela lei nº 11.804/2008, evidenciando a sua constitucionalidade, mesmo diante das possíveis falhas técnicas existentes, demonstrando que a finalidade a que se destina é de crucial relevância para a manutenção da vida do ser humano desde a sua concepção, o que a torna uma tutela jurídica que está em plena consonância com o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Além de sua importância no ordenamento jurídico pátrio, serão abordados os aspectos materiais e processuais acerca da aplicabilidade dos Alimentos Gravídicos, sob uma perspectiva constitucional com o escopo de demonstrar que a Lei nº 11.804/2008 é um instrumento eficaz na tutela dos direitos fundamentais do nascituro.

Palavras-chave: *Direito Civil. Família. Alimentos Gravídicos.*

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o ordenamento jurídico pátrio restou silente no tocante à obrigação de alimentar interposta em favor dos nascituros. Muito embora o Código Civil tenha resguardado direitos desde

¹ Data de recebimento: 17/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² Advogada, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará – ESMP/CE. E-mail marinagiraoadv@gmail.com

a concepção, não havia, desde então, um respaldo legal que tratasse de maneira específica a referida tutela. A indubitável necessidade de haver regulamentação para resguardar os alimentos gravídicos ensejou a atuação do Senado Federal no que se refere à apresentação do Projeto inicial de Lei nº 62/2004, que buscava a real disposição em lei da evidente obrigação de prestar alimentos desde a concepção do ser humano, pautado, incondicionalmente, no princípio basilar da Constituição Federal – A Dignidade da Pessoa Humana.

A abordagem do estudo acerca dos alimentos gravídicos se faz relevante por adentrar no campo do direito que protege e garante a manutenção da vida do ser humano em formação frente aos possíveis abandonos, que venham a ser praticados pelo genitor na fase gestacional da mãe. Portanto, é de importância elementar analisar o conjunto normativo inerente à prestação de alimentos gravídicos, no sentido de explorar as garantias nela contidas, bem como demonstrar como ocorre o trâmite processual na prática, destacando a sua importância no fortalecimento estrutural do seio familiar como base da sociedade.

O principal objetivo, portanto é analisar a lei nº 11.804/2008, em todos os seus aspectos materiais e processuais, demonstrando, por intermédio de jurisprudências e doutrinas pátrias, a melhor solução dessas questões, objetivando, ainda, evidenciar a eficiência do texto normativo, mesmo diante dos vetos sofridos.

A partir desta abordagem, será feita uma análise apurada da lei de alimentos gravídicos, explicitando-se o conteúdo de cada dispositivo e de seus respectivos vetos. Em seguida, será trazido a lume o marco inicial da personalidade civil do nascituro em conformidade com as teorias doutrinárias existentes, para logo mais adentrar nos limites e possibilidades para a prestação de alimentos gravídicos, ocasião em que serão expostos os aspectos processuais pertinentes para efetivação do direito à luz da Constituição Federal de 1988. Em continuidade, dar-se-á o estudo da responsabilidade civil da genitora

que venha burlar a lei com o objetivo de prejudicar um terceiro que não o legítimo pai.

2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO

A palavra nascituro deriva do latim *nasciturus* e é conceituada, formalmente, como o ser humano já concebido no ventre da mãe, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo³. Assim expõe: “é o ente humano já concebido, mas ainda não nascido”.

Cientificamente, haverá vida intrauterina, quando da ocorrência da nidação. A nidação é a fase em que ocorre a implantação do blastocisto (massa de células carregada de informações genéticas próprias) na parede uterina, considerando-se concebido a partir desse momento.

O Código Civil de 2002 faz alusão ao nascituro em seu artigo 2º, dispondo que a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida, pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Portanto, tal redação leva a entender que o nascituro só terá personalidade jurídica quando do seu nascimento com vida, muito embora a lei resguarde os seus direitos desde a sua concepção.

O artigo 2º do Código Civil deu ensejo a várias correntes teóricas acerca do início da personalidade civil do homem. No caminho inverso aos alimentos gravídicos, tem-se a teoria Natalista⁴, pela qual o nascituro ainda irá nascer, e o exercício de seus direitos fica condicionado ao nascimento com vida, cuja condição já o exclui da titularidade de direitos, sendo descabido buscar alimentos contra o indigitado pai, como bem assevera Flávio Tartuce⁵: “A teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacio-

3 RUSSELL, Roberto John; WEGTER-McNELLY, Kirk. *Ciência e Teologia: interação mútua*. In: PETERS, Ted; BENNETT, Gaymon (Orgs.). Trad. Luís Carlos Borges. *Construindo pontes entre a ciência e a religião*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 317.

4 CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

5 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

nados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.

Doutra banda, a teoria Concepcionista sustenta que, biologicamente, inicia-se a vida a partir da concepção, ou seja, na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, tornando-se viável com a nidação, mas já sendo considerado um novo ser humano individualizado, por apresentar carga genética própria, que não se confunde com a da gestante, nem com a de seu genitor. Dessa forma, o conceito científico atribuído à concepção influi diretamente no mundo jurídico⁶.

O escopo do artigo 2º do Código Civil busca tutelar os direitos nos nascituros, conforme o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves:

Essa situação deu origem a uma divergência doutrinária em torno do início da personalidade, surgindo então a teoria concepcionista, sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.⁷

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da sensatez da teoria Concepcionista, aponta uma tendência pela aceitação desta corrente pelo fato de estar em consonância com os preceitos constitucionais de direito à vida, à saúde, à alimentação, quando todas essas necessidades coincidirem com a concepção, e não apenas do nascimento com vida.

É de salutar importância trazer à baila o recente informativo 547/2014, por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria Concepcionista em um julgamento que dizia respeito ao direito, ou não, de uma mãe receber o seguro DPVAT, tendo em vista aborto sofrido em razão do acidente de trânsito. O referido benefício

⁶ ALMADA, Renato de Mello. Alimentos Gravídicos: breves considerações. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=464>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 6.

foi deferido pelo Eminentíssimo Ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.415.727-SC⁸, o qual assim manifestou-se: “O ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”.

Nesse prisma, a teoria Conceptionista se tornou a mais adequada para tratar do início da personalidade civil, servindo de fundamento para a lei nº 11.804/2008, por garantir, desde a concepção, a concessão dos alimentos gravídicos, destacando sua importância para o nascimento e desenvolvimento saudável do nascituro.

2.1 Conceito de Alimentos Gravídicos

No entendimento de José Carlos Teixeira Giorgis “Alimentos gravídicos são as prestações necessárias para suportar as despesas da prenhez. Que se estende da concepção ao parto.”⁹

Para Leandro Soares Lomeu¹⁰, os alimentos gravídicos podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro, e, percebidos pela gestante, ao longo da gravidez, sintetizando, tais alimentos abrangem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

9 GIORGIS, José Carlos Teixeira. Alimentos Gravídicos. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=465>. Acesso em: 28 jun. 2018.

10 SOARES, Leandro Lomeu. Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467>. Acesso em: 28 jun. 2018.

Partindo do conceito adotado por Rolf Madaleno¹¹, é importante destacar que:

Os alimentos provenientes da lei estão assentados sobre uma relação familiar, de parentesco ou de conveniência afetiva. Entre os membros de uma família, existe um forte vínculo social de solidariedade alimentar e é dentro desse grupo familiar que se apresenta o espaço da garantia da subsistência das pessoas, não só na primeira etapa da vida, quando a dependência é absoluta e as crianças e adolescentes são indefesas e inteiramente dependentes, como posteriormente, quando certas vicissitudes da vida impedem que a pessoa faça frente às suas requisições materiais por seus próprios esforços e recursos.

Assim, definem-se alimentos gravídicos como aqueles devidos ao nascituro, e percebidos pela gestante ao longo da gravidez, da concepção até o parto, e que se destinam a cobrir as despesas adicionais que normalmente ocorrem durante a gestação, e que são dela diretamente decorrentes.

3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº 11.804/2008

O supedâneo normativo dos Alimentos Gravídicos está incorporado na Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008. O artigo 1º da Lei de Alimentos Gravídicos trata claramente do objeto a ser tutelado. O referido dispositivo tem a finalidade de explicitar o teor da norma, como é visivelmente perceptível pela leitura do texto normativo adiante transcrito: “Art. 1º - Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

O artigo 2º, da Lei nº 11.804/2008 delimita a sua abrangência no que se refere à natureza das prestações devidas pelo suposto pai. A atual redação conferida ao artigo 2º já foi objeto de Emenda, decor-

11 MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=483>. Acesso em: 28 jun. 2018.

rente da necessidade de haver uma ampliação no que diz respeito às despesas realizadas no período gestacional, deixando de se limitar ao rol contido anteriormente. Assim, os alimentos de que trata essa lei compreenderão os valores suficientes para arcar com as despesas de exames médicos, pré-natal, medicamentos, alimentação especial, entre outras indispensáveis a uma gravidez saudável. Após a emenda, ganhou o Art. 2º a seguinte roupagem:

Art. 2º - Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos. (grifou-se).

As normas contidas do artigo 3º ao 10º compreendem os aspectos processuais inerentes aos alimentos gravídicos. Nesse diapasão, o Art. 3º foi objeto de reforma no que tange à fixação do foro competente para o ajuizamento da ação. Ocorre que foi atribuído, inicialmente, o foro do domicílio do alimentante, conforme prelecionava o artigo 94 do Código de Processo Civil de 1973, hoje, artigo 46 do CPC/2015; atualmente, o foro competente segue os ditames do Art. 53, inciso II, do CPC vigente, sendo a antiga redação adequadamente vetada e substituída pelo domicílio do alimentando.

Regulamentava o artigo 4º da lei de alimentos gravídicos quais os requisitos indispensáveis na exordial, asseverando que a mesma deveria ser instruída com Laudo Médico, que comprovasse a efetiva gravidez e as condições em que se encontra, devendo a gestante dispor nos autos de informações íntimas de como se deu a concepção,

indicando as provas para se comprovar o alegado. Por ser bastante polêmico, o Art. 4º, da Lei de Alimentos Gravídicos, foi vetado, diante do constrangimento causado à intimidade da parte autora.

O artigo 5º da lei nº 11.804/2008 tinha a seguinte redação: “recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de justificação onde ouvirá a parte autora e apreciará as provas da paternidade em cognição sumária, podendo tomar depoimento da parte ré e de testemunhas, e requisitar documentos”. Desse modo, levando-se em consideração que a audiência de justificação não é obrigatória para nenhuma outra ação de alimentos, a imposição dessa fase iria tão somente procrastinar o processo. Assim, foi emitido Parecer pelo Ministério da Justiça e pela Advocacia Geral da União, posicionando-se no sentido de vetar o dispositivo, sendo esta alegação aceita, concluindo-se pelo veto do referido artigo em observância aos princípios da celeridade e economia processual.

Ao analisar o artigo 6º, observa-se que ele estabelece os benefícios concedidos pela Lei, caso seja comprovado os indícios de paternidade, indícios estes que são facilmente detectados com a apresentação de provas que levem o magistrado a presumir pela existência de um vínculo afetivo entre os genitores, podendo ser comprovado mediante apresentação de fotografias, depoimentos, bilhetes, testemunhas, e-mails, etc. Assim dispõe o texto da lei:

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão. (grifou-se)

A comprovação feita mediante a presunção da paternidade deixa lacunas ensejadoras de insegurança jurídica para a parte demandada, tendo em vista a possibilidade de infidelidade da mulher na relação

entre os genitores, tornando duvidosa a vinculação biológica, enquanto não realizado o exame de DNA, ou enquanto judicializadas outras provas admitidas em direito. Nesses moldes, assevera Madaleno¹²: “A incerteza probatória não exclui o reclamo dos alimentos, até porque o devedor, a quem falsa ou equivocadamente for atribuída a paternidade, sempre poderá buscar o ressarcimento moral ou material ao ser descartada a sua paternidade”. É de bom alvitre salientar que no próprio dispositivo é possível encontrar os critérios adotados para a estipulação da referida prestação alimentícia: trata-se da necessidade da parte autora versus as possibilidades financeiras dos genitores, contrariando o entendimento sugerido pela letra da lei. Isto posto, o parágrafo único do artigo 6º encontra respaldo no parágrafo único do artigo 2º, o qual apregoa que o dever de prestar alimentos deve ser rateado entre os genitores. Portanto, cuida o artigo 6º da regular a duração do benefício, que obviamente será exercido até o nascimento da criança, sendo ele, automaticamente, convertido em pensão alimentícia em favor do menor e passível de revisão quando solicitado por uma das partes.

O artigo 7º disciplina que, após a citação do réu, este terá 05 (cinco) dias para apresentar sua defesa. O presente artigo não sofreu nenhuma emenda nem veto presidencial, permanecendo intacta a sua redação.

Por conseguinte, uma vez válida a citação deverá o pai devedor apresentar defesa, ou pagar os alimentos a ele fixados, sob pena de sofrer as sanções legais previstas para quem se nega a prestar alimentos, salientando que o silêncio do suposto pai enseja a presunção de paternidade.

Com a entrada em vigor da Lei de Alimentos Gravídicos, vem à tona a polêmica do exame de DNA intrauterino, o que é considerado uma agressão ao feto, pondo em risco a gravidez da gestante, por se tratar de um método invasivo.

Ponderando por critérios mais justos para ambas as partes,

12 MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=483>. Acesso em: 28 jun. 2018.

seria inviável a utilização desse meio probatório, pois além de ser prejudicial à gravidez, sua utilização geraria gastos a serem pagos pelo Estado, que, por sua vez, não possui capacidade e eficiência de amparar tamanha demanda, tendo em vista a urgência de se obter o resultado do exame visando a sanar as dúvidas acerca da paternidade do nascituro.

Também foi objeto de veto o artigo 8º da lei de alimentos que atrelava a oposição de paternidade à realização obrigatória de exame pericial. Nesse sentido, entende-se que não mais há a necessidade de haver a presença do exame como requisito para a procedência da ação, fazendo com que o exame seja visto apenas como elemento de prova. A justificativa exarada nas razões do veto foi que o referido dispositivo condicionava a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoava da sistemática processual atualmente existente, em que a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento de prova necessário sempre que ausentes outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia, como se pode aferir do julgado a seguir:

Apelação cível. Alimentos gravídicos. Fixação. Exame de DNA. Desnecessidade. Meros indícios de paternidade. Cabe ao juiz decidir sobre a fixação de alimentos gravídicos com base em meros indícios de paternidade sendo desnecessária a realização de exame de DNA. A fixação de alimentos gravídicos não comporta majoração se não demonstrado nos autos a possibilidade do alimentante. (Apelação, Processo nº 0007967-10.2014.822.0102, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 18/08/2016)

Em consonância com o texto do vetado artigo 9º da lei 11.804/2008, percebe-se que este sequer entrou em vigor, por contrariar matéria processual. A antiga redação do artigo regulava a prestação alimentícia desde o momento da citação do suposto pai,

causando grande controvérsia no âmbito processual, no sentido de que haveria possibilidades de o réu se esquivar de cumprir as determinações judiciais que lhe fossem impostas, utilizando-se de manobras estratégicas capazes de evitar o cumprimento da citação.

Ocorre que o supracitado artigo foi objeto de veto, por expressar em qual momento processual em que incidiria a prestação alimentícia, restando como consequência lacunas no entendimento da lei. Nesse sentido, faz-se necessário a utilização de jurisprudências e entendimentos doutrinários, para suprir o vazio em que se encontra a lei. Por sua vez, os entendimentos hodiernos acolhem o momento do despacho da petição inicial pelo juiz como o marco inicial do dever de prestar a pensão gravídica.

O último artigo vetado da Lei de Alimentos Gravídicos foi o 10º. Ele versava sobre a responsabilização da parte autora no tocante à incidência de danos morais, quando do resultado negativo da paternidade. Por impor uma responsabilidade que poderia ser atribuída objetivamente, o legislador, acertadamente, supriu o presente artigo, evitando, com isso, possíveis injustiças. Nesse diapasão, é válido trazer à baila o entendimento de Rolf Madaleno¹³:

Originariamente estava prevista a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu pelo resultado negativo do exame pericial de paternidade, cujo dispositivo foi vetado por se tratar de norma intimidadora, eis que criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de a ação dos alimentos gravídicos não ser exitosa, importando, portanto, na possibilidade de devolução dos valores pagos, dentre outras responsabilidades. Contudo, tal veto não descarta ser apurada a responsabilidade subjetiva da autora da ação, uma vez provado o dolo ou a culpa ao apontar o réu indevidamente como sendo o genitor do nascituro.

Assim, o veto em comento elidiu a incidência da responsabilidade

13 MADALENO, Rolf. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=483>. Acesso em: 28 jun. 2018.

civil objetiva da genitora, porém, deixou à salvo o direito do indigitado pai a ajuizar a pertinente ação objetivando a reparação pelos danos materiais e morais sofridos, desde que apurada a responsabilidade subjetiva da genitora que irresponsavelmente se utilizar de meios ardis para se beneficiar mediante a aplicação da Lei de Alimentos Gravídicos, resguardando o genitor de possíveis injustiças.

Portanto, não estará o indivíduo apontado dolosamente como pai desprovido de proteção legal, podendo ele pleitear em juízo a reparação dos danos que lhe foram causados tanto na esfera patrimonial como na extrapatrimonial.

Conclui-se que o texto do art. 11 da lei 11.804/2008 é autoexplicativo, regendo-se pelo disposto, in verbis: “Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nos 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”. Assim sendo, rege-se a presente lei de modo subsidiário pela Lei de Alimentos (Lei 5.478) e pelo Código de Processo Civil.

Por derradeiro, o art. 12 estabelece que a lei de alimentos gravídicos foi sancionada aos 5 (cinco) dias do mês de novembro de 2008. Tendo entrado em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, de 06 de novembro de 2008, tratando de normas materiais e procedimentais para o exercício do direito a alimentos no caso de gravidez.

4 OS PRINCÍPIOS REGENTES DA LEI 11.804/2008

Em uma perspectiva constitucional a Lei de Alimentos Gravídicos pode ser considerado um instrumento eficaz no protecionismo dos direitos fundamentais do nascituro, o qual norteia-se pelos seguintes princípios constitucionais:

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No que tange a Lei em análise, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser a base que rege todas as relações jurídicas, repercute na inegável necessidade na manutenção da vida do ser humano em formação através da prestação dos alimentos gravídicos, promovendo uma gestação sadia até o nascimento com vida, competindo ao Estado a concretização da dignidade daquele ser em potencial por meio da concessão de alimentos, o que se coaduna com a ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Ademais, a ideia nuclear da Lei de Alimentos Gravídicos é a proteção da vida, de maneira efetiva e concreta, prezando pela garantia ao mínimo existencial necessário, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade familiar, como bem assevera Sílvio de Salvo Venosa¹⁴:

Em linha fundamental, quem não pode prover a própria subsistência nem por isso deve ser relegado ao infortúnio. A pouca idade, a velhice, a doença, a falta de trabalho ou qualquer incapacidade pode colocar a pessoa em estado de necessidade alimentar. A sociedade deve prestar-lhe auxílio. O Estado designa em primeiro lugar os parentes para fazê-lo, aliviando em parte seu encargo social. Os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos e os cônjuges devem-se mútua assistência. A mulher e o esposo, não sendo parentes ou afins, devem-se alimentos com fundamento no vínculo conjugal. Também os companheiros em união estável estão na mesma situação atualmente. Daí decorre, igualmente, o interesse público em matéria de alimentos. Como vemos, a obrigação alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família.

É possível então falar em dignidade da pessoa humana quando se dá a ele condições reais de tornar-se um cidadão completo digno de sua própria existência. Não há que falar em dignidade da pessoa humana, quando nem mesmo uma vida digna com o mínimo necessário lhe é oportunizado¹⁵.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6, p. 357.

15 SILVA, Elizabet Leal da; ZENI, Alessandro Severino Vallér. Algumas considerações sobre o princípio

4.2 Princípio da solidariedade familiar

Tem a função de equiparar as obrigações inerentes à formação do seio familiar; como assegura Maria Berenice Dias¹⁶: “Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, o que compreende a fraternidade e a reciprocidade”. Tal princípio é aplicável desde a concepção do nascituro, atribuindo a seus genitores os deveres e obrigações pertinentes a um crescimento digno e saudável.

4.3 Princípio da proteção integral e do Melhor Interesse da Criança

O Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente está previsto no artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Por este princípio, fica assegurado à criança não só os direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, mas também aqueles que atentam às especificidades da infância, sendo salutar a necessidade de cuidar da criança não só combatendo violações como também promovendo direitos.

Foi dado a este princípio status de prioridade absoluta, o que ocasionou o surgimento de uma vasta gama de meios de proteção a tal garantia constitucional. Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Eliane Araque Santos¹⁷:

Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da crian-

da dignidade da pessoa humana. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, p. 216.

16 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

17 SANTOS, E. A. Criança e adolescente - sujeitos de direitos. Inclusão Social, v. 2, n. 1, p. 130-134, 2007. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/v/a/4427>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ça e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

No que tange ao princípio do melhor interesse da criança, o qual se traduz na ideia de que, quando as instituições públicas ou privadas, autoridades, tribunais ou qualquer outra entidade estiverem diante da possibilidade de tomar decisões sobre as crianças, devem considerar aquelas que sejam mais favoráveis a estas.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança estabeleceu em seu princípio 2º que:

A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

O art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, também trouxe a declaração do princípio do melhor interesse da criança, dispondo que: “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”.

Tal princípio foi incorporado pela legislação brasileira no art. 227 da Constituição Federal de 1988 que, orientada pela doutrina da proteção integral, determinou a aplicação do princípio do melhor interesse de forma ampla, a todo o público infante-juvenil. O Estatuto da Criança e do Adolescente seguindo as determinações da Constituição de 1988 e da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, também garantiu de forma ampla a aplicação do referido

princípio, inclusive para obtenção da pretensão em liça.

5 CONCLUSÃO

A lei de alimentos gravídicos tem o escopo de amparar o mais valioso direito consagrado por nossa Constituição Federal, qual seja, a vida, pautada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O legislador pátrio teve a preocupação de regulamentar a concessão de alimentos aos seres humanos em fase embrionária, envoltos por mecanismos eficazes na obtenção dos benefícios necessários à manutenção da vida intrauterina, dispostos na Lei 11.804/2008. A finalidade da lei vai além de garantir o apoio financeiro para a manutenção da fase gestacional das mulheres que se encontram abandonadas moral e financeiramente por parte dos responsáveis da gravidez, pois, mais que zelar pelo perfeito desenvolvimento do nascituro, para que este venha a nascer com vida, a lei de alimentos gravídicos busca dar estabilidade ao seio familiar, pois sabe-se que esta é a base da sociedade.

Seria um retrocesso ignorar a teoria concepcionista como a mais adequada para apadrinhar a concessão dos alimentos gravídicos, posto que a mesma defende que o início da personalidade do nascituro começa desde a concepção humana, o que torna a lei 11.804/2008 um instrumento eficaz na garantia destes direitos. A concepção é o marco do início da vida intrauterina, caracterizando o nascituro como um detentor de direitos, o que afasta a condição de nascer com vida para a aquisição do direito de pleitear alimentos, conforme versam os entendimentos incongruentes trazidos pela teoria natalista.

A concessão de alimentos gravídicos compreende os valores suficientes para arcar com as despesas de exames médicos, pré-natal, medicamentos, alimentação especial, entre outros indispensáveis a uma gravidez saudável. O momento processual para a prestação da pensão alimentícia se dá após a comprovação da gravidez, bem

como dos indícios de paternidade, ao juiz competente, que, convencido da presunção de paternidade, concederá desde o despacho da inicial a concessão dos benefícios necessários à manutenção daquela gravidez.

A problemática trazida na lei de alimentos gravídicos reside no fato de dar espaço para a ocorrência da má-fé por parte da genitora ao apontar o suposto pai da criança, o que levaria a uma injusta atribuição de obrigações sem que o indigitado tenha a possibilidade de comprovar materialmente a negativa de paternidade mediante a feitura de exames de DNA, tendo em vista que a realização do exame intrauterino é vedado, uma vez que põe em risco a vida da criança em formação. Nesse sentido, o suposto genitor seria compelido a cumprir com a obrigação de fornecer os alimentos necessários à manutenção da gravidez até que a criança nasça, sujeitando-se, inclusive, às consequências advindas da prisão civil, caso não o faça. Ocorre que, para ingressar com a Ação de Investigação de Paternidade, o indigitado deverá esperar pelo nascimento da criança. Caso seja comprovado que o suposto pai na realidade não é o verdadeiro genitor, o mesmo não poderá de imediato reaver os valores pagos durante o período de gravidez, mesmo que indevidamente, em razão da irrepetibilidade da prestação alimentícia.

Neste contexto, urge salientar que, após a comprovação da negativa de paternidade, mediante apresentação de exame pericial (DNA), poderá o injustiçado fazer uso da Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais em face da genitora, buscando com isso recuperar a quantia indevidamente paga à título de alimentos gravídicos, além dos danos extrapatrimoniais suportados em função da prestação que lhe foi imputada indevidamente.

Observa-se, que, embora a tutela jurídica da lei de alimentos gravídicos resida na manutenção da vida do ser humano em formação, fator este que eleva a sua importância no ordenamento jurídico pátrio, a lei 11.804/2008 abre precedentes para ocorrência de falhas

na fase instrutória, visto que a imputação do dever de alimentar recairia tão somente em meros indícios de paternidade, o que levaria o suposto pai a arcar com os prejuízos patrimoniais decorrentes do pagamento da obrigação. Todavia, devem ser sopesados os valores e princípios deduzidos em Juízo, sendo imprescindível a sensibilidade do magistrado na apuração dos fatos. Assim sendo, é preferível estar vulnerável a possíveis riscos de responsabilização errônea da paternidade a deixar sem proteção legal a manutenção da vida do ser humano em formação.

É de reluzente clareza que o desenvolvimento sadio do nascituro impõe uma série de cuidados para que este venha a nascer com vida, o que não pode ser imposto de maneira integral para a gestante que se vê abandonada por um homem que busca friamente se esquivar de custear os encargos inerentes à gravidez. Neste sentido, não é razoável que a genitora venha a suportar sozinha todos os gastos decorrentes da gestação, sem a devida contribuição de seu companheiro.

Conclui-se que a lei 11.804/2008 constitui um eficaz instrumento na tutela dos direitos do nascituro, sendo de grande valia para o ordenamento jurídico pátrio, que até então encontrava-se desprovido de regulamentação legal. Além de zelar pela manutenção da vida, a lei também busca evitar o abandono precoce, fortalecendo, com isto, o melhor interesse da criança e a base familiar.

CONCESSION GRAVIDIC FOOD: A CRITICAL ANALYSIS ABOUT THE LAW 11.804/2008

ABSTRACT

The present study addresses the importance of Concession Gravidic Food 11.804/2008 by law, showing its constitutionality in the face of possible technical problems that may exist, showing that the intended

purpose the law is of crucial importance for the maintenance of life the human from conception, which makes it a legal protection that is fully consistent with the fundamental principle of Human Dignity. The methodological approach and free exploration on the topic presented and the type of literature using relevant laws and doctrines. Address the issues and procedural matters concerning the applicability of Food Law in the Brazilian legal gravidic tying its legal basis to the existing constitutional principles, what makes an effective guarantee of the rights contained therein. Concluding the position in defense of Law 11.804/2008 pressing forward the need arising from the human being in formation, consolidating itself as a measure of full justice.

Keywords: *Civil Law. Family. Gravidic Food.*

REFERÊNCIAS

ALMADA, Renato de Mello. **Alimentos Gravidicos:** breves considerações. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=464>. Acesso em: 28 jun. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.415.727-SC.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o código civil brasileiro. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro:** direito de família. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Alimentos Gravídicos.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=465>. Acesso em: 28 de jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 6.

MADALENO, Rolf. **A execução de alimentos e o cumprimento de sentença.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=483>. Acesso em: 28 de jun. 2018.

RUSSELL, Roberto John; WEGTER-McNELLY, Kirk. **Ciência e Teologia:** interação mútua. In: PETERS, Ted; BENNETT, Gaymon (Orgs.). Trad. Luís Carlos Borges. Construindo pontes entre a ciência e a religião. São Paulo: Loyola, 2003. p. 317.

SANTOS, E. A. Criança e adolescente - sujeitos de direitos. **Inclusão Social**, v. 2, n. 1, p. 130-134, 2007. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/v/a/4427>>. Acesso em: 30 Jun. 2018.

SILVA, Elizabet Leal da; ZENI, Alessandro Severino Vallér. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, Maringá, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, p. 216.

SOARES, Leandro Lomeu. **Alimentos Gravídicos:** Aspectos da Lei 11.804/08. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=467>. Acesso em: 28 de jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de família 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 6. p. 357.

O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais¹

Rodrigo de Luna Lima²

RESUMO

O presente artigo discorre sobre a possível existência do Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública do Brasil. Para tanto, apresenta o conceito de direito fundamental e o analisa sob a ótica de suas dimensões objetiva e subjetiva, discute sobre a discrepância entre previsão normativa e realidade fática como espécie de inconstitucionalidade, discorre sobre aspectos da titularidade do direito à saúde, apresenta o conceito e requisitos do Estado de Coisas Inconstitucional e discute a possível existência dessa inconstitucionalidade na saúde pública do Brasil. Por fim, pondera a necessidade dos Diálogos Institucionais com o objetivo de solucionar omissões estatais e deficiências nas políticas públicas em saúde. Para tanto, este trabalho sustenta-se numa pesquisa exploratória, utilizando-se a abordagem qualitativa para evidenciar a análise valorativa acerca do objeto de pesquisa. Para subsidiar o corpus teórico para discussão da temática, lançou-se mão da pesquisa bibliográfica, em artigos, sites jurídicos, livros e outros.

Palavras-chave: *Direito à saúde. Estado de Coisas Inconstitucional. Diálogos Institucionais.*

¹ Data de recebimento: 29/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² Técnico Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará, lotado na Secretaria-Executiva das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde Pública de Fortaleza. Graduado em Direito pela Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza - FAMETRO. E-mail: rodrigolima06@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Revelam-se fatos notórios e corriqueiros os problemas na saúde pública do Brasil. A título de exemplo, no Ceará, no ano de 2017, mais de dezoito mil pessoas estavam em fila de espera de procedimentos cirúrgicos, dentre estas, quase oito mil pacientes no aguardo de cirurgias oculares, cerca de quatro mil esperando a realização de cirurgias no aparelho digestivo, e quase mil e setecentos pacientes aguardando a realização de cirurgias osteomusculares (G1 CE, 2017). Em consequência a essa conjuntura, usuários do Sistema Único de Saúde buscam o Poder Judiciário como alternativa para garantirem o acesso de suas demandas de saúde, o que eleva, exponencialmente, o número de lides judiciais individuais. Contudo, será que uma sentença ou uma concessão de liminar estaria apta a garantir o real acesso à saúde ou, pelo contrário, tal fenômeno não poderia estar criando uma espécie de acesso desigual ao “furar filas”, já que algumas vezes podem não levar em consideração que existem pacientes que aguardam a mais tempo na fila do que aquele que ingressou com a demanda judicial?

Em decorrência a essa indagação, o presente artigo, de forma sintética, coaduna as seguintes pretensões na sua operacionalização: analisar o direito à saúde à luz das características dos direitos fundamentais, e refletir sobre o descompasso entre previsão normativa e realidade fática como espécie de inconstitucionalidade; questionar aspectos da titularidade judicial do direito à saúde; apresentar o Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial baseado no diálogo, e na mudança estrutural como ferramenta para superação do possível Estado de Coisas Inconstitucional da saúde pública.

Em relação à finalidade metodológica, este trabalho se propõe a ser uma pesquisa básica estratégica, porquanto busca apresentar o Diálogo Institucional como uma possível alternativa para as problemáticas do direito à saúde. A pesquisa possui cunho bibliográfico,

tendo em vista que se fundamenta em doutrina jurídica, periódicos científicos, dissertações e teses, sites jurídicos, entre outros que estejam relacionados ao tema, tendo como base autores como Carlos Alexandre de Azevedo Campos, George Marmelstein, Vanessa Gomes Leite, Élide Graziane Pinto e Camila Andrade Pacheco de Borba.

2 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, CLASSIFICAÇÕES E DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Marmelstein (2008) distingue os direitos do homem dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Para o autor, os direitos do homem apesar de serem denominados como direitos, com estes não se confundiriam, pois surgiriam antes mesmo da ideia de Direito, mas como justificativa deste. Já os direitos humanos seriam as proteções asseguradas aos indivíduos que são positivadas no âmbito do direito internacional por meio de tratados e convenções, por exemplo. Por fim, o autor afirma que os direitos fundamentais são: “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2008, p. 20).

Após a 2ª Guerra Mundial, houve a necessidade de observância da dignidade da pessoa humana como fundamento para dar validade ao ordenamento jurídico vigente. Se antes o positivismo puro de Kelsen era usado para legitimar sistemas jurídicos autoritários e para lhes dar validade, depois de 1945, essa teoria, da forma como era interpretada, já não bastava diante da realidade fática. Foi necessário estabelecer uma nova interpretação do direito, sem negar o positivismo de Kelsen, mas lhe observando sobre uma nova ótica. A legitimidade dos instrumentos jurídicos deveria ser baseada, não

apenas na lei, mas nos princípios que permeiam o ordenamento jurídico. Dessa forma, fica claro que positivar uma norma não é simplesmente adicionar letras frias a textos de leis, mas observar que toda norma deve, prioritariamente, fundar-se em direitos fundamentais para ter legitimidade (MARMELSTEIN, 2008). Portanto, os direitos fundamentais servem tanto para limitar a atuação estatal quanto para dar efetividade à dignidade dos indivíduos. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 assegura os direitos fundamentais no seu Título II, que compreende os artigos 5º ao 17º, bem como ao longo de seu texto constitucional, seja de forma explícita, ou como decorrência de interpretação sistêmica.

Marmelstein (2008), em determinado momento, categoriza os direitos fundamentais segundo suas dimensões. Para o autor, em relação à dimensão subjetiva, os direitos fundamentais gerariam o direito de pretensão ao indivíduo titular de tal garantia, podendo até mesmo se valer do Poder Judiciário para assegurar sua efetivação. Já em relação à dimensão objetiva, os direitos fundamentais são a razão de ser de todo o ordenamento jurídico. Campos (2016, p. 77) corrobora que os “[...] direitos fundamentais, na dimensão objetiva, vinculam as ações de todas as esferas de poder – a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico [...]”. Nesse sentido, o autor assevera que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi desenvolvimento teórico do Tribunal Constitucional Alemão, nos anos 50, o qual ressaltou que as garantias fundamentais dariam aos indivíduos não apenas o direito destes exigirem do Estado uma abstenção, mas também o direito de exigirem do Estado uma atuação objetiva na proteção -dever de proteção-, aos direitos fundamentais diante de todo o ordenamento jurídico, até mesmo nas relações privadas. Nessa perspectiva, surge o fenômeno denominado eficácia irradiante dos direitos fundamentais, uma vez que caberia ao Estado assegurar a proteção aos direitos fundamentais, não apenas nas relações entre Estado-indivíduo, mas também nas

relações entre particulares. Dessa forma, Campos (2016, p. 81) aduz que: “O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, mediante lei, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda a sorte de limitações fático-jurídicas presentes”. (grifo original).

Isto posto, Campos (2016) conclui que, diante do dever de proteção, o Estado estaria obrigado a não apenas elaborar leis e criar políticas públicas para a proteção e promoção de direitos fundamentais, mas também fazer que essas medidas sejam suficientemente eficazes e capazes de garantir a efetividade do ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, mesmo existindo uma lei ou uma política pública voltada para proteção de um direito fundamental, mas que não fosse efetiva, haveria, portanto, uma omissão inconstitucional.

3 DESARMONIA ENTRE PREVISÃO NORMATIVA E REALIDADE FÁTICA COMO ESPÉCIE DE INCONSTITUCIONALIDADE

A falta de correspondência entre previsão legal e realidade fática corrobora para o questionamento acerca da ideia de aplicabilidade e de eficácia dos direitos fundamentais. Tendo em mente a classificação proposta por José Afonso da Silva acerca da norma constitucional quanto a sua eficácia, ou seja, a capacidade desta de produzir os efeitos a que se propõe, temos as normas de eficácia plena, que são as que produzem seus efeitos imediatamente, as normas de eficácia contida, que também produzem seus efeitos de pronto, mas podem ter seus efeitos restringidos pela legislação infraconstitucional, e as normas de eficácia limitada, que são aquelas que tratam de normas organizativas (criação de órgãos, por exemplo), e princípios programáticos (apontam objetivos e diretrizes para o poder público). Nestas, a efetividade dependeria de atuação do legislador ordinário (SILVA, 2014).

Entretanto, Campos (2016) considera a classificação supracitada insuficiente. Para o autor, até mesmo aqueles direitos ditos autoaplicáveis necessitam da atuação do legislador para sua concretização. Dessa forma, o legislador não é somente obrigado a editar leis para dar efetividade às normas limitadas, mas também é obrigado a legislar para dar efetividade aos direitos fundamentais ditos autoaplicáveis. Diante da dimensão objetiva do dever de proteção aos direitos fundamentais, em que pese à importância a estes imputada pelo constitucionalismo moderno, o Estado tem a obrigação de garantir a efetividade da norma constitucional, seja ela autoaplicável ou não. Nessa visão, pouco importa se o direito a ser protegido é derivado de uma norma de eficácia plena ou limitada: identificada a não proteção ou proteção insuficiente aos direitos fundamentais, estaria caracterizada uma espécie de omissão inconstitucional. Sendo assim, a “[...] omissão inconstitucional não é só legislativa, nem tampouco apenas administrativa – é sempre normativa” (CAMPOS, 2016, p. 94).

Em suma, se a inconstitucionalidade pode decorrer da ausência de leis ou atos administrativos que regulamentassem direitos fundamentais, pode ocorrer também “[...] da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, o que resulta, em última análise, na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos regulada e cuja concretização se impõe” (CAMPOS, 2016, p. 58). Nesse sentido, o autor assevera ainda que quando a situação passa da ausência de efetivação das garantias fundamentais para “[...] um quadro de violação massiva desses direitos [...]”, derivado de adversidades políticas ou institucionais, ficaria demonstrada a existência de falhas estruturais e que tal fenômeno caracterizaria a evolução da inconstitucionalidade por omissão para o estado de coisas inconstitucional, assunto que será detalhado mais adiante.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

No Brasil, a cada dia cresce o número de ações no sentido de garantir o direito à saúde por parte do Poder Judiciário diante da ineficácia das políticas públicas. O problema é que algumas vezes essas ações individuais acabam não “privilegiando” indivíduos que mais necessitam da intervenção judicial, o que corrobora ainda mais para não otimização dos direitos sociais. Nesse sentido, Marmelstein (2005, p. 69) discorre:

O grande paradoxo é que justamente aqueles que mais necessitariam do Judiciário, por estarem em um patamar muito baixo de pobreza, são os que menos condições possuem de acessar a Justiça, seja por lhes faltar consciência de seus direitos, por não possuírem uma assistência judiciária minimamente satisfatória, por não acreditarem no Judiciário e por não terem confiança nas instituições estatais como um todo. E esse é o grande dilema: geralmente quem aciona o Judiciário pedindo a concretização de um direito socioeconômico não necessita tanto da ajuda estatal, ao passo que os mais necessitados sequer têm condições de saber que possuem direitos.

Mesmo em um mundo ideal em que os indivíduos mais carentes teriam condições igualitárias de acesso ao Judiciário em busca da proteção de seus direitos, ainda assim persistiria o problema da atuação do Poder Judiciário na esfera individual em relação a um direito que leva em consideração fatores coletivos e a questão orçamentária. O julgador, ao atuar isoladamente em uma causa específica, pode não levar em conta que suas decisões, apesar do elevado grau técnico em relação ao Direito, podem não observar questões de ordem administrativas. Nessa esteira, Amaral (2001, p. 146-147) aduz que:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, orçamentos da União, de cada um

dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’.

Para Lins (2008), a legitimidade para ingressar com ações judiciais no sentido de garantir os direitos sociais seria meramente residual, em decorrência da não titularidade de direito social por um único indivíduo, mas derivada de uma co-titularidade desse direito, devendo a proteção dos direitos sociais ser feita de forma “coletiva, difusa ou individual homogênea”, a priori.

O conceito de cotitularidade de direito social se aproxima do conceito de macrojustiça, cada vez mais discutido no tempo em que uma decisão judicial, muitas vezes, fura filas de espera do SUS, ou faz que o Executivo realize gastos não previstos no orçamento do SUS apenas para uma pessoa em detrimento de destinação orçamentária a políticas públicas que envolvam a coletividade. Entende-se por macrojustiça e microjustiça que esta “[...] consiste na chamada justiça do caso concreto”, “[...] na justiça realizada individualmente, no contexto da questão que é levada ao conhecimento do juiz” enquanto que aquela “[...] se relaciona à resolução de determinadas questões sociais e políticas no universo da coletividade, função esta notadamente imputada aos Poderes Legislativo e Executivo” (ALVAREZ, 2015, p. 9).

Diante dessas breves considerações, abre-se a necessidade de se discutir sobre ações que privilegiem decisões que alcancem um maior número de pessoas. Nesse trabalho, abordaremos sobre a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como possível ferramenta apta a promoção da macrojustiça no direito à saúde.

5 BREVE HISTÓRICO SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Para fazer valer o dever de proteção aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva numa conjuntura de violação dessas garantias, principalmente decorrente da ausência ou ineficiência de políticas públicas estatais, que objetivem dar exequibilidade aos direitos sociais positivos, e de problemas na estrutura, que busca dar efetividade às normas constitucionais, surge o denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Esse instituto nasceu como um procedimento decisório da Corte Constitucional Colombiana, no final dos anos 1990. Campos (2016, p. 21) conceitua o ECI com as seguintes palavras:

[...] técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Para Marmelstein (2015, online) o ECI surge para “[...] permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público”. Para o autor, na decisão que reconhece o ECI, o Judiciário convoca os responsáveis pelos problemas a se comprometerem em apresentar soluções reais para contornar a situação.

As decisões que declararam o ECI na Colômbia passaram por evoluções jurisprudenciais que iniciaram com julgamentos que apenas reconheciam a existência do estado de coisas até desembocar em

ações que visavam, além do reconhecimento, conceder efetividade ao instituto. Segundo Marmelstein (2015), a origem do ECI encontra-se no ano de 1997, resultado de problemas previdenciários de um grupo de 45 professores que tiveram seus direitos previdenciários mitigados. No ano seguinte, em decorrência da crise no sistema penitenciário colombiano, o qual era conhecido como um sistema que não respeitava os direitos fundamentais mínimos ligados à dignidade da pessoa humana dos presos, mais uma vez fora adotado o instituto do ECI na Sentencia de Tutela (ST) 153. Num terceiro momento, em decorrência da situação vivida no país onde pessoas eram obrigadas a migrar de território por causa da violência das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), a Sentencia T 025 de 2004, conhecida como o caso do deslocamento forçado, diferenciou-se da decisão do caso das penitenciárias, pois, em 2004, a Corte passou a adotar posições mais flexíveis, mantendo um diálogo institucional duradouro entre os atores sociais e acompanhou a execução de sua decisão ao longo do tempo, o que proporcionou maior efetividade ao ECI³.

O ponto chave do ECI é o Diálogo Institucional, pois essa ferramenta tira os responsáveis pela concretização das garantias fundamentais da inércia, propõe o acompanhamento das soluções, e fixa prazo para que as autoridades competentes cumpram aquilo que já deveriam estar cumprindo para a solução do problema. Nessa perspectiva, Marmelstein (2015, online) aduz que:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os

³ Cabe ressaltar de existiram várias decisões que declararam o ECI na Colômbia, mas para fins do presente trabalho destacamos apenas três.

responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema.

6 PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA CONJUNTURA DA SAÚDE PÚBLICA DO BRASIL

Marmelstein (2015, online) listou os 6 pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional os quais a Corte Colombiana se referiu na decisão T 025/2004:

(1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (5) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (6) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica.

Com base nos critérios solidificados na decisão T 025/2004, busca-se mostrar, a seguir, alguns exemplos que podem demonstrar que o atual quadro de saúde pública no Brasil, potencialmente, preenche os requisitos acima expostos, o que pode servir de fundamento para o possível ajuizamento de uma ADPF similar à ADPF 347. Em relação ao critério (1): após levantamento em treze estados do Brasil realizado pelo Conselho Federal de Medicina, até o meados de 2017, novecentas e quatro mil pessoas estavam em fila de espera de cirurgia eletiva no SUS. Entre os procedimentos mais comuns estão as cirurgias de

catarata, com pouco mais de cento e treze mil pacientes, de hérnia, com quase noventa e seis mil pacientes, de vesícula, com cerca de noventa mil pacientes, e de varizes, com aproximadamente setenta e oito mil pacientes (G1 CE, 2017). A demora na fila de espera para realizar procedimentos faz que aqueles problemas apresentados se tornem cada vez maiores: o que poderia ser previamente diagnosticado por meio de exames, ou resolvido rapidamente com cirurgia simples, evolui-se para problemas maiores, dificultando o tratamento, agravando problemas de saúde e gerando mais custos ao Estado; quanto à condição (2): a União não vem gastando efetivamente o que fora ordenado pelo texto constitucional, bem como alguns Estados-membros vêm computando informações falsas no orçamento. De acordo com Pinto (2017) desde 2003, a União computa gastos com saúde que não são efetivamente realizados, deixando de cumprir sua obrigação. Ressalta-se que algum dos entes acaba “pagando pela conta”. Nesse caso, os municípios sofrem com o aumento dos gastos diante das ações judiciais em matéria de saúde pública no Brasil. Desse modo, deve-se buscar uma responsabilização pelo cumprimento efetivo do valor empenhado;

Em relação às condições (4) e (5): Fernandes e Rodrigues (2018, online) informam que o valor gasto na saúde no ano de 2017 foi de R\$ 107,2 bilhões, enquanto que o piso estabelecido era de R\$ 109 bilhões, contudo, o que realmente valeu foi o valor empenhado, ou seja, R\$ 114,7 bilhões. Em face ao camuflado aumento de gastos em saúde, os autores aduzem, a título de exemplo, que conforme informações do Presidente da Confederação Nacional dos Municípios, Paulo Ziulkoski, ações em assistência farmacêutica caíram 18,7% e 7,7% na atenção primária.

Já quanto às condições (3) e (6): no ano de 2017, foram contabilizados no Brasil 1.346.931 processos judiciais relacionados à matéria de saúde, dentre os quais se destaca o número de 312.147 de ações que buscaram o fornecimento de medicamentos pelo SUS e 98.579

ações acerca de Tratamento médico-hospitalar pelo SUS, os quais cresceram na ordem de 56% e 62%, respectivamente, em relação ao ano de 2016 (SANTOS, 2017). A autora Vanessa Gomes Leite (2017) relata a situação da escassez de leitos de UTI no Estado do Ceará, e aponta que essa situação faz com que as pessoas busquem cada vez mais no Judiciário liminares para internação. Contudo, para a autora, a concessão de liminar não resolve o real problema, que é a falta de vagas em leitos de UTI, bem como cria a situação de duas filas de espera: a comum e a fila de liminares. No mesmo sentido, percebe-se também que usuários do SUS recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário, para terem direito a medicações que apesar de estarem previstas pelo SUS, não são dispensadas ao paciente de forma adequada. Diante das reflexões acima expostas, conclui-se que seja plenamente possível o ajuizamento de uma ADPF que busque o reconhecimento do ECI na saúde pública no Brasil.

Há, entretanto, quem defenda a não aplicação da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública do Brasil, sob o argumento de que para haver o estado de coisas, deve existir uma ausência total de políticas públicas estatais, não sua má execução, uma vez que mesmo que mal geridas, ainda assim, existem essas políticas públicas. Nesse sentido, Campos (2015a, online) aduz:

Por essas razões, e como bem ressaltado pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 347, ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta, não estão configurados pressupostos próprios do ECI a fim de promover-se uma intervenção estrutural do STF.

Não se concorda com a posição do autor supracitado, nesse caso, porquanto não nos parece prevalecer o argumento de que existindo

“qualquer coisa” ela serviria como justificativa para uma não atuação por parte do Poder Judiciário, uma vez que em razão ao dever de proteção, o Estado deve além de adotar providências legislativas, administrativas e orçamentárias, fazer com que estas medidas sejam capazes de dar efetividade real aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o que caracteriza o ECI não é apenas a ausência de políticas públicas, mas também a omissão inconstitucional decorrente da desproporcionalidade entre previsão normativa e realidade fática resultante de falhas nas estruturas estatais responsáveis pela não adoção de medidas minimamente suficientes para que sejam evitadas violações aos direitos fundamentais. Dessa forma, a existência de agenda política para políticas públicas em saúde não impede a configuração do ECI, uma vez que, em muitos casos, políticas públicas podem não ser capazes de adequar a realidade aos ditames normativos da Constituição.

7 INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO DIALÓGICO

Para Leite (2017), as políticas públicas podem ser definidas como um “conjunto articulado de programas” oriundos da Administração Pública que busca a efetivação de algum direito fundamental, pautando-se em metas, prazos e resultados, que podem ou não ter a ajuda da sociedade. As políticas públicas detêm um elevado grau de especificidade. Existem diversas ferramentas que objetivam o planejamento da gestão do SUS nas três esferas de governo, as quais estabelecem metas e prioridades para atuação do gestor de saúde, definem as responsabilidades de cada um, bem como as questões orçamentárias relativas ao Plano Plurianual, Lei Orçamentária Anual e Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ocorre que nem sempre as políticas públicas se mostram eficientes no atendimento aos anseios sociais. Daí o fato de que as pessoas buscam alternativas para verem efeti-

vados seus direitos fundamentais e encontram no Poder Judiciário um catalisador de sua problemática.

Nessa esteira, abre-se a discussão acerca da postura intervencionista do Poder Judiciário em políticas públicas – fenômeno denominado de Ativismo Judicial –, tendo em vista o caráter eminentemente administrativo e legal destas, uma vez que em respeito ao princípio da separação dos poderes não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir na seara dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dentre as críticas mais comuns ao Ativismo Judicial, destacam-se a questão da separação dos poderes, a invasão do campo da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo e fatores de ordem orçamentária (LEITE, 2017). Vieira Júnior (2015) acentua a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da intervenção deste tribunal nas políticas públicas. Num primeiro momento, o autor fala que o STF pautava-se pela autocontenção, ou seja, a suprema corte em nada interferia nas políticas públicas. Num segundo momento, a Corte passou a adotar uma posição excepcionalmente intervencionista em preservação do mínimo existencial, desde que a Administração Pública, por ação ou omissão, deixasse de efetivar direitos constitucionalmente garantidos até os limites da Reserva do Possível. Já num terceiro e mais recente momento, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.851 e da ADPF 347, determinou à Administração Pública uma série de medidas administrativas e orçamentárias, ou seja, impondo obrigações de fazer ao Poder Executivo, colocando de lado até mesmo a ideia da reserva do possível, quando se tratar de direitos fundamentais ao mínimo existencial.

Inúmeras são as críticas acerca da decisão liminar do STF em sede da ADPF 347, no tocante à decisão que determinou o manejo orçamentário de recursos do fundo penitenciário, uma vez que o orçamento fora constitucionalmente atribuído ao Poder Executivo. Argumentos contrários a essa invasão como o respeito ao princípio

da separação dos poderes merecem destaque, ao mesmo tempo que o argumento da defesa dos interesses dos direitos fundamentais prevalece frente à separação dos poderes, numa técnica clara de ponderação dos princípios, também. Apesar dessas discussões, vê-se que a Corte na decisão liminar da ADPF 347 já caminha no sentido de superação do antigo ativismo judicial para uma nova dimensão deste, menos interventor, e que busca efetivar a comunicação entre os atores responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, de forma que o Poder Judiciário atue como força impulsora da criação do diálogo, e da corresponsabilidade da concretização das garantias fundamentais, apresentando soluções estruturais mais benéficas a todos.

Em decorrência disso, o ativismo baseado no dialógico entre os poderes como pressuposto para realizar mudanças estruturais, nas palavras de Borba (2017) e de Campos (2016), o chamado 'Ativismo Judicial Estrutural Dialógico (AJED)', surge como um novo modelo de atuação judicial que busca superar as críticas recorrentes das decisões judiciais que permeiam as políticas públicas, como forma de superação dos entraves na estrutura política do Estado, objetivando o diálogo entre os órgãos responsáveis pela política pública, a fim de solucionar os problemas existentes nessa estrutura. Para Borba (2017, p. 48), o AJED:

Trata-se de importante mecanismo suplementar (e excepcional) para a proteção dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal e que se destina a retirar os responsáveis públicos do seu estado de inação e impulsioná-los na adoção das políticas públicas a que estão legitimados constitucionalmente a concretizar, dada a situação emergencial apresentada.

Campos (2015b) afirma que no Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios na Colômbia – Sentencia de Tutela (T) 153-, a Corte deste país apresentou ordens rígidas, deixou de acompanhar o que

fora por ele mesmo fixado e deixando de dialogar com os responsáveis no momento da efetivação das políticas ordenadas. Para o autor, a falta do diálogo institucional inviabilizou o sentido do Estado de Coisas Inconstitucional, gerando críticas a esse modelo, mas que, contudo, a Corte Colombiana superou esse modelo e, mais à frente, na decisão no caso dos deslocados –Sentencia T-025–, emanou ordens mais flexíveis, fixando prazo para metas, mas deixando que os responsáveis escolhessem a melhor forma de atuação, o que tornou o caso um paradigmático na defesa dos direitos fundamentais por meio do ativismo estrutural dialógico.

Nessa lógica, uma decisão da Suprema Corte, em sede ADPF, que questione o ECI na saúde pública deve levar em consideração os mecanismos decisórios que levam em consideração o diálogo entre as instituições. Não caberia ao Judiciário impor decisões mandamentais, mas dialógicas, sem, contudo, deixar de estabelecer parâmetros mínimos para tirar os responsáveis da inércia, nesse sentido, sendo legítimo o estabelecimento de prazos. Para Alô (2016. p. 110):

Não caberia ao STF formular políticas diretamente, mas apenas fixar parâmetros, prazo e finalidades de superação, deixando aos demais poderes públicos a definição das medidas a serem tomadas. A Corte não subjugaria os outros poderes, mas os tiraria da inércia, não havendo que se falar em violação à separação de poderes. Pelo contrário, a separação contemplada no texto constitucional pressupõe que os poderes devem dialogar, compartilhando autoridade. Estes não são estanques, não são adversários, mas sim parceiros na promoção de direitos fundamentais. Verdadeira violação seria anuir com a inércia e a violação de direitos fundamentais, conferindo imunidade jurisdicional e concentração de poderes aos demais, principalmente ao Poder Executivo.

Nessa esteira, a decisão judicial que reconheça o ECI deve: a) identificar o quadro de violações massivas ao direito fundamental; b) atestar que essas violações decorrem de omissões constitucionais

derivadas das falhas estruturais; c) declarar o descompasso entre os comandos normativos e a realidade fática; d) expedir ordens que retirem os órgãos responsáveis da estagnação, para que estes formulem ações necessárias para superação do quadro, por meio de fixação de metas e objetivos claros o suficiente a demonstrarem que se cumpridos, fariam ou começariam a fazer desaparecer o estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2016).

Nesses termos, o que se deve buscar com o possível ECI da saúde pública do Brasil é o Ativismo Judicial Estrutural Dialógico como um passo além do ativismo judicial interventor, que proporcione o diálogo entre diversos atores sociais para o enfrentamento do problema da saúde pública do Brasil, tendo a Corte Suprema como impulsionadora desse processo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito à Saúde é direito fundamental social. Como qualquer direito fundamental, sua efetivação exige contraprestação orçamentária por parte do Ente Federado. Ocorre que, em um mundo em que os recursos são finitos, é mais do que necessária a delimitação dos gastos, a escolha com o que gastar, com quem gastar e quando gastar. Por isso, é importante uma maior transparência acerca dos gastos públicos em saúde, tornando a população mais ciente dos recursos alocados, mais participativa das decisões dessas alocações de recursos e mais ciente de que a escolha por direcionar recursos em uma área implica necessariamente a diminuição desses recursos em outra.

É preciso, cada vez mais, priorizar ações coletivas, com o objetivo de obter uma decisão uniforme, e que atenda o maior número de pessoas. Cabe ressaltar que a opção por essas ações não tiraria o direito do sujeito interpor ações individuais, quando necessário. Contudo, a adoção de medidas que envolvam o diálogo entre as instituições não é possível por meio de lides individuais, incapazes de analisar

o contexto fático da questão orçamentária ou de prioridades, por exemplo. Por isso, a ideia da decretação do ECI na Saúde Pública do Brasil é plenamente plausível, a uma, tendo em vista o potencial preenchimento dos pressupostos da declaração do estado de coisas estarem presentes na realidade brasileira e, a duas, tendo em vista a potencialidade que tem o instituto do Ativismo Judicial Estrutural Dialógico de ser uma ferramenta apta à resolubilidade da temática em questão. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pode promover uma ação coordenada das três esferas de poderes por meio de uma decisão do STF mais flexível, que fixe metas e prazos e acompanhe a execução dos programas, sem, contudo, intervir nas escolhas necessárias na esfera de atribuição de cada ator social.

Por último, cabe ressaltar que nem todas as mudanças acontecem na velocidade desejada. A possível decretação do ECI na saúde pública não necessariamente seria o remédio mágico para a solução de todos os problemas, mas representaria um passo importante no processo de mudanças necessário aos poderes e à sociedade: mudança na forma de agir do Poder Executivo, ao criar políticas públicas capazes de atender à necessidade preexistente, por meio da adoção de critérios transparentes; mudanças na forma de elaboração de leis pelo Poder Legislativo, para elaboração de normas mais eficazes diante do contexto fático; mudanças na forma de sentenciar do Poder Judiciário, devendo este buscar soluções capazes de atender a macrojustiça nos direitos sociais a partir de uma intervenção dialógica; mudanças na sociedade como um todo, para entender que as mudanças não ocorrem de um dia para o outro, mas sim, de um processo gradual, talvez lento, mas, em última análise, eficaz.

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF HEALTH AND THE NECESSARY INSTITUTIONAL DIALOGUE BETWEEN STATE FUNCTIONS

ABSTRACT

This article discusses the possible existence of the Unconstitutional State of Affairs in the Brazil's public health. In order to that, it presents the concept of fundamental right and analyzes it from the perspective of its objective and subjective dimensions, it discusses about the discrepancy between normative prediction and factual reality as a kind of unconstitutionality, it discusses aspects of entitlement to health, it presents the concept and requirements of the Unconstitutional State of Affairs and it discusses the possible existence of this unconstitutionality in the Brazil's public health. Finally, it ponders the need for institutional dialogues with the objective of resolving state omissions and deficiencies in public health policies. Afterwards, this work is based on an exploratory research, using the qualitative approach to evidence the value analysis about the research object. In order to subsidize the theoretical corpus for the discussion of the subject, we also used bibliographical research, through articles, legal websites, books and others.

Keywords: *Right to Health. Unconstitutional State of Affairs. Institutional Dialogues.*

REFERÊNCIAS

- ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o Direito à Saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016.
- ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. Ativismo judicial: o conflito entre a microjustiça e a macrojustiça no contexto do direito fundamental à educação.

Direito UNIFACS, v. 2015, n. 178, p. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3593/2534>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BORBA, Camila Andrade Pacheco de. **O estado de coisas inconstitucional (ECI) e o ativismo judicial estrutural dialógico como instrumento de proteção do direito fundamental à saúde**. 2017. 68 f. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/700/1/O%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20%28ECI%29%20e%20o%20ativismo%20judicial%20estrutural%20dial%C3%B3gico%20como%20fundamental%20%20C3%A0%20sa%C3%BAde.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?** [online]. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural** [online]. 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERNANDES, Adriana; RODIGUES, Eduardo. **O Estado de S. Paulo. Gastos do governo federal com saúde e educação caem 3,1% em 2017** [online]. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gastos-do-governo-federal-com-saude-e-educacao-caem-3-1-em-2017,70002179425>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

G1 CE. **Ceará tem mais de 18 mil pacientes na fila por uma cirurgia não urgente no Sistema Único de Saúde**. Fortaleza: G1 – O Portal de Notícias da Globo [online], 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/ceara-tem-mais-de-18-mil-pacientes-na-fila-por-uma-cirurgia-nao-urgente-no-sistema-unico-de-saude.ghtml>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em Juízo**: O excesso do judiciário e a escassez dos leitos de UTI no estado do Ceará. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito do Estado**, n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, p. 223-261, out-dez. 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? [online]**. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

PINTO, Élide Graziane. **Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira [online]**. Rio de Janeiro: CEBES, 2017. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2017/07/estado-de-coisas-inconstitucional-na-politica-publica-de-saude-brasileira/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SANTOS, Caroline Regina dos. **Judicialização da saúde no Brasil em números**. Blog IPOG [online], 2017. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>> Acesso em: 08 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

A Lacuna Jurídica em Relação ao Ato Infracional Análogo ao Crime de Estupro de Vulnerável e a Possibilidade de Relativização da Vulnerabilidade da Vítima¹

Denisson Gonçalves Chaves²

Mágila Martins Furtado³

RESUMO

O presente trabalho analisa a adequabilidade dos entendimentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais a respeito da vulnerabilidade da vítima nos casos de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando o ato sexual for cometido entre adolescentes de forma consentida. Para tanto, utilizou-se o método qualitativo, tendo em vista que se trata de um estudo exploratório feito através de profunda pesquisa bibliográfica. Constatou-se que há uma lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável que exige dos operadores do direito uma análise específica dos casos envolvendo o relacionamento sexual consentido entre adolescentes. Como solução para a lacuna jurídica defende-se que seja adotada no Brasil uma cláusula semelhante à exceção de Romeu e Julieta, utilizada em alguns estados dos Estados Unidos da América para descriminalizar o relacionamento sexual

¹Data de recebimento: 18/06/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

²Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor na Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA); Professor na Faculdade de Imperatriz - FACIMP WYDEN; Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade; Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI). E-mail: denissongoncalves@gmail.com

³Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Advogada na seccional do Maranhão. E-mail: denissongoncalves@gmail.com

entre adolescentes quando a idade entre eles for igual ou inferior a cinco anos.

Palavras-Chave: *Estupro de vulnerável. Ato infracional. Vulnerabilidade. Lacuna jurídica. Exceção de Romeu e Julieta.*

1 INTRODUÇÃO

Em 7 de agosto de 2009 o código penal brasileiro (CPB) sofreu uma grande reforma com o advento da Lei nº 12.015, dentre os artigos modificados estava o art. 224, o qual previa hipóteses em que os crimes sexuais seriam presumidos. Contudo, a palavra presunção gerava muitas discussões sobre a sua natureza quando a vítima fosse menor de 14 anos, se esta seria absoluta ou relativa. Neste sentido, buscando pacificar a questão o legislador optou por criar o tipo autônomo intitulado de: estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do código.

Tal alteração, para muitos, veio para pacificar a questão da vulnerabilidade da vítima, contudo, ainda hoje é possível ver entendimentos doutrinários e decisões judiciais contrárias a essa presunção absoluta. Ocorre que recentemente o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu na enunciado de súmula 593, que deve ser desconsiderada qualquer análise subjetiva sobre o crime, diante disso, dificilmente ainda haverá decisões no sentido de considerar a vulnerabilidade da vítima como relativa.

O presente trabalho visa analisar os reflexos dessa súmula e dos demais entendimentos sobre a vulnerabilidade da vítima em relação ao ato sexual consentido praticado entre adolescentes, quando um deles ou ambos forem menores de 14 anos. Pois, considerando-se a vulnerabilidade como absoluta poderiam ambos os adolescentes serem punidos criminalmente. A partir disso, surge o seguinte questionamento:

É adequada a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no

ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando ambos os sujeitos forem adolescentes (maiores de 12 anos) e o ato sexual ocorra de forma consentida?

Diante disso, o trabalho tem como objetivo analisar a adequabilidade normativa, doutrinária e jurisprudencial a respeito da presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima nos crimes de estupro de vulnerável quando cometido por adolescentes de forma consentida.

O tema se mostra atual em razão da súmula recentemente editada pelo STJ, pois demonstra a necessidade de uma maior reflexão sobre o tema quando o ato sexual ocorrer entre adolescentes com idades próximas de forma consentida, de modo que não haja a criminalização desmedida.

Utiliza-se neste trabalho o método qualitativo, tendo em vista que não há a consideração de dados estatísticos, tratando-se de um estudo exploratório feito através de profunda pesquisa bibliográfica, em que foram analisados aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, cujo escopo é analisar a vulnerabilidade da vítima quando o ato sexual é cometido de forma consentida entre adolescentes, e um deles ou os dois envolvidos sejam menores de 14 anos, considerando se o entendimento normativo, doutrinário e jurisprudencial é adequado para solucionar esses casos. Além disso, pretende-se identificar a lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável e apresentar uma proposta para solucioná-la.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A ATUAL CONVERGÊNCIA LEGAL E JURISPRUDENCIAL

O crime de estupro de vulnerável está tipificado, atualmente, no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, e dispõe que:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato

libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1^a Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

[...]

§ 3^o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4^o Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O referido artigo foi inserido no CPB com a edição da lei nº. 12.015/2009 que teve como objetivo proteger crianças e adolescentes de abusos sexuais. É certo que no mundo globalizado os criminosos sexuais se valem de inúmeros artifícios para praticarem ato sexual com menores de idade. Neste contexto, o legislador adotou o critério etário para determinar a vulnerabilidade⁴ desses indivíduos e assim evitar que eles fossem coagidos a ter relações sexuais, considerando-os incapazes até mesmo de consentirem com o ato.

Além do critério etário, o legislador também considerou como vulnerável aquele que possui alguma deficiência física ou mental que o impeça de ter o necessário discernimento para a prática do ato, e aquele que, por qualquer outra causa, não poder oferecer o consentimento válido, conforme redação acima transcrita.

Por sua vez, o debate acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade prevista no crime de estupro de vulnerável também se estendeu ao âmbito dos tribunais. São inúmeros os julgados sobre o tema. Contudo, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 539, nos seguintes termos:

Súmula 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso

⁴ Vulnerável, segundo Capez (2012, pg. 103): é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.

com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2017).

A súmula veio para pacificar de vez as divergências relacionadas ao crime de estupro de vulnerável. Isto porque as súmulas são o resultado da jurisprudência dominante nos tribunais superiores e servem para proporcionar maior estabilidade jurídica e simplificar o julgamento das questões que são mais submetidas ao Judiciário (STRECK apud PINHEIRO, 2007).

Como visto, o art. 217-A do código penal, ratificado pela Súmula nº 593 do STJ, criminaliza todo ato sexual praticado com menores de quatorze anos. Segundo o entendimento minoritário da doutrina e do posicionamento pacífico da jurisprudência⁵, trata-se de tipo objetivo, sendo irrelevante se houve violência ou o consentimento da vítima para a prática do ato.

Nesse sentido, questiona-se, e se o ato sexual ocorresse entre adolescentes em idade próxima, dentro de um relacionamento amoroso reconhecido pelos pais, ainda assim, a conduta deveria ser criminalizada? E se for entre dois adolescentes menores de quatorze anos, ambos serão punidos?

Sendo o tipo penal de natureza absoluta, a resposta só pode ser positiva, vez que não se admite a análise das particularidades do caso concreto. Assim, aplicando-se literalmente o ECA, os adolescentes responderiam por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Pela análise feita sobre a vulnerabilidade da vítima percebe-se que os julgadores e os doutrinadores ao defenderem a presunção absoluta analisaram o tema a partir da perspectiva da violação sexual de crianças e adolescentes por adultos. Entretanto, poucos são

⁵ Nesse ponto, percebe-se uma clara distinção entre o posicionamento jurisprudencial e doutrinário. De acordo com este último, a análise da vulnerabilidade dar-se caso a caso. Enquanto a jurisprudência tende por uma perspectiva geral e absoluta da vulnerabilidade.

os debates relativos ao ato sexual praticado entre adolescentes de forma consentida.

Nesse sentido, Aleixo (2010, apud NUCCI, 2014) defende que a aplicação do dispositivo penal refuta maior reflexão quando aplicado contra atos de adolescentes, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento, sob pena de criminalizar a natural experiência sexual, proibindo a autoderminação dos menores de 14 anos.

Inicialmente, é necessário reconhecer que há diferença entre o ato sexual realizado de forma consentida entre adolescentes e o sexo entre estes e o adulto. Viu-se que o legislador instituiu-o a figura do vulnerável para pacificar a dicotomia entre a presunção prevista no revogado art. 224 do CPB. Contudo, como demonstrado, a doutrina e a jurisprudência nunca se afinaram unicamente em um posicionamento.

Sendo que agora a discussão permanecia sobre a figura da vulnerabilidade (NUCCI, 2009). Sobre isso, Budó (2015, p. 1052) declara que: “A vulnerabilidade não existe ontologicamente, ela existe em relação a algo. Crianças e adolescentes podem ser vulneráveis, por exemplo, aos adultos, ou mesmo ao sistema de controle penal”.

Diante do disso, defende-se que a vulnerabilidade prevista pelo legislador no tipo penal em estudo refere-se à relação destes com os adultos. É o que se infere dos fundamentos utilizados para defender a presunção absoluta.

Greco (2015), por exemplo, pontua que o tipo penal objetivo se justifica em razão do mundo globalizado está cada vez mais sujeito a atuação de pedófilos que se valem de inúmeros artifícios para seduzir suas vítimas. Nesse mesmo sentido, consistem os fundamentos utilizados pelos juízes na defesa da reprimenda penal de natureza objetiva, senão vejamos:

Não é por outra razão que a regra do art. 224, ‘a’ do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo um dever geral de abstenção (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os

adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais (Recurso especial nº 1.021.634 – SP, voto: Min. Dilson Dipp, Dje: 27/06/2014).

O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais (Recurso Especial n. 1.480.881/PI, Rel. Rogério Schietti Cruz, Dje: 10/09/2015).

Portanto, o parâmetro da vulnerabilidade não pode ser aplicado em todos os casos, tendo em vista que só irá existir em relação a algo ou alguém, e no caso previsto em lei, considera-se o menor de quatorze anos vulnerável ao adulto. Diante disso, nas relações sexuais envolvendo adolescentes não há que se falar em vulnerabilidade quando o ato ocorrer de forma consentida.

Isto porque os jovens estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, emocional e psíquico, que exige dos operadores do direito uma maior habilidade na condução do caso (SARAIVA, 2009). Ademais, a desconsideração destes aspectos pode ocasionar a criminalização do ato sexual entre adolescentes e causar danos irreversíveis na vida daquele que estará sujeito ao sistema penal juvenil.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de uma análise específica pelos legisladores, doutrinadores e julgadores em relação aos casos envolvendo adolescentes. Entende-se que não seria justa a utilização de uma mesma regra para adultos e adolescentes, sem que ao menos pudessem ser analisadas as particularidades relativas a estes últimos, as quais serão analisadas nos próximos tópicos.

3 CONTEXTUALIZANDO COM O ATO INFRACIONAL

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente

“considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990). Portanto, ato infracional é toda ação violadora dos tipos penais quando praticada por menores de dezoito anos.

Segundo Sposato (2013) adotou-se no Brasil a tipificação delegada, a qual consiste na aplicação dos mesmos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil. Desta forma, para configuração do ato infracional são necessários os mesmos requisitos do crime, ou seja, o ato deve ser típico, antijurídico e culpável.

Todavia, considerando o estado peculiar das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, o legislador optou pela impossibilidade deles praticarem crimes, definindo-os como penalmente inimputáveis. A respeito disso, esclarece Barros:

Considerando que a imputabilidade compõe o elemento ‘culpa’, conclui-se, portanto, que adolescentes não cometem crime e sim conduta análoga, chamada de ato infracional, comportando medidas diversas daquelas dadas ao crime ou contravenção (2013, apud CORREA, 2016, p. 22).

Pode-se dizer que a inimputabilidade penal é um avanço na política criminal brasileira, pois, apesar da polêmica a respeito do tema, há de se considerar que os adolescentes são mais propensos a mudarem seu comportamento do que os adultos. Sobre o assunto, Moraes e Ramos (2014) defendem que os adolescentes devem ter um sistema compatível com o seu grau de responsabilização, devendo-lhes ser aplicada medida de caráter pedagógico, tendo em vista que o sujeito de dezoito anos ainda é passível de ser educado.

Além de diferenci-los dos adultos, o ECA ainda diferencia o tratamento dado às crianças e aos adolescentes. Segundo o disposto no art. 2º do diploma legal, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aqueles que possuem entre doze e dezoito anos de idade. Em se tratando de ato infracional praticado

por crianças aplica-se medidas de proteção, caso seja um adolescente, este ficará sujeito às medidas socioeducativas⁶ (BRASIL, 1990).

Trata-se de rol não taxativo, podendo o julgador aplica-las isolada ou cumulativamente, da forma que melhor atenda às necessidades do caso concreto. Além disso, insta mencionar, que o estatuto não estabeleceu procedimentos específicos em relação à apuração e julgamento do ato infracional praticado por crianças, somente determinou a competência do Conselho tutelar para aplicação das medidas (BRASIL, 1990).

Por outro lado, a persecução penal do ECA em relação aos adolescentes se assemelha em muitos aspectos ao processo penal dos adultos. Na apuração do ato infracional, ao contrário das medidas de proteção aplicadas às crianças, há três fases distintas, sendo a primeira a investigação policial, na qual há a apuração dos fatos e colhimento de depoimentos nos moldes previstos no Código de Processo Penal.

Após essa fase, tem-se início a atuação do Ministério Público. Cabe, inicialmente, esclarecer que todos os atos infracionais são de ação pública incondicionada, desta forma, o parquet sempre será o titular da ação contra adolescentes. No entanto, embora pareça ser um contrassenso o maior rigor em relação ao sistema dos adultos, a imposição da exclusiva atribuição ministerial, encontra respaldo na possibilidade do membro do parquet fazer um maior juízo de valor acerca da propositura da representação (MORAES; RAMOS, 2014).

Ao contrário da seara criminal, que é regida pelo princípio da indisponibilidade, na área da infância e juventude é possível que o

⁶ As medidas de proteção a serem aplicadas as crianças são as previstas no art. 101 do ECA: Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

Ministério Público após a oitiva prévia do adolescente, possa pedir o arquivamento da ação ou aplicar-lhe a remissão. Desta forma, tem o promotor de justiça a faculdade de escolher a melhor opção para efetivar a ressocialização do menor.

Já em caso de representação pelo ato infracional, tem-se início a terceira fase que é a judicial. Nesta o juiz poderá condenar o adolescente nas medidas socioeducativas previstas no rol taxativo do art. 112 do ECA7 (BRASIL, 1990).

As medidas socioeducativas serão aplicadas de acordo com a infração cometida, cabendo ao juiz o dever de analisar a capacidade do adolescente em cumprir a medida, bem como as circunstâncias e a gravidade do ato infracional, de modo que se possa aferir a adequação e a proporcionalidade da reprimenda estatal (FULLER; DEZEM; JÚNIOR, 2012). Desse modo, além da punição, a medida aplicada deve ser aquela que seja mais eficaz na reeducação do infrator.

Fica claro que os jovens apesar de receberem sanções diferentes das aplicadas aos adultos, em razão de sua condição de ser em desenvolvimento, não deixam de ser responsabilizados pela sua conduta. Longe disso, a eles são aplicadas medidas que são verdadeiras sanções jurídico-penais, vez que se assemelham em muitos aspectos as penas tradicionais, resultando, inclusive, em privação de liberdade, como no caso da internação (SPOSATO, 2013).

Desta forma, impõe-se a incidência restrita e limitada das medidas socioeducativas aos casos de extrema necessidade. De modo que se impeça qualquer prejuízo ao desenvolvimento e formação da criança e do adolescente que estão sobre o manto da proteção estatal, comunitária e familiar.

4 UMA POSSÍVEL SAÍDA: EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

7 In verbis: Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A definição de uma idade mínima para a validade do consentimento sexual é importante para proteger crianças e adolescentes do abuso e da exploração sexual, bem como das consequências que possam resultar de um ato prematuro, como a gravidez ou transmissão de doenças sexuais. Contudo, a manutenção da idade de 14 anos como limite objetivo não pode continuar a ser utilizada como mesmo parâmetro para as relações entre o adulto e o adolescente e entre adolescentes em idade próxima.

Nesse sentido, alguns estados⁸ dos Estados Unidos da América, que costumam punir rigorosamente os crimes sexuais, criaram a chamada *Romeo and Juliet Law*, que pode ser traduzida para o português como “exceção de Romeu e Julieta”. A lei consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os personagens seja igual ou inferior a cinco anos. Com isso, busca-se evitar a punição da descoberta sexual (SARAIVA, 2009).

A norma norte-americana em comento surgiu em 2007, e foi inspirada na obra *Romeu e Julieta* de William Shakespeare. A história narra o romance entre dois jovens, os quais se presumem, que possuíam a idade de dezesseis anos e treze anos, respectivamente. Assim, caso o romance ocorresse no Brasil, Romeu seria considerado estupro nos termos do art. 217-A do CPB.

Sobre o assunto João Batista Costa Saraiva (2009, p. 63), declara que:

(...) exagera a norma ao fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”.

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.

⁸ Exemplos de estados norte-americanos que adotam a *Romeo and Juliet law*: Connecticut, Flórida, Indiana, Texas, Hawaii, Alabama, Colorado, New Jersey, New Mexico, entre outros. Fonte: Legal dictionary. Disponível em: <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Acesso em: 18/11/2017.

O autor defende, ainda, que a norma penal deveria acompanhar a idade estabelecida no ECA para diferenciar crianças e adolescentes, tendo em vista que a estes últimos a lei considera diversas prerrogativas, como viajar desacompanhado, ser privado de sua liberdade, direito de ser ouvido, entre outras. Contudo, afirma que caso permaneça a limitação etária em 14 anos, deveria ser criada uma regra de exceção como a *Romeu and Juliet law*. Frisa-se que a referida cláusula só seria aplicada aos jovens maiores de 12 anos, tendo em vista que não há possibilidade de relativização, em razão do próprio limite previsto pelo ECA.

Entretanto, observa-se, que a manutenção da natureza absoluta da presunção de violência pode levar ao juizado da infância e juventude adolescentes que estão descobrindo a sua sexualidade, e que não poderiam ser penalizados criminalmente por tal ato. Pois, a condução equivocada dessa situação pode ocasionar prejuízos irreversíveis na vida dos adolescentes envolvidos (SILVA, 2014).

Com efeito, a aplicação da exceção de Romeu e Julieta visa a corrigir as injustiças legais que ao invés de proteger os adolescentes terminam por criminaliza-las. Sobre isto, insta destacar um julgado norte-americano paradigma que revelou as injustiças que podem surgir a partir da consideração estrita da lei e a importância da criação de uma regra de exceção.

Trata-se do caso do jovem Garnalow Wilson, de 17 anos de idade, condenado pelo Estado da Georgia (cuja legislação proíbe o sexo entre adolescentes) a 15 anos de prisão por ter praticado sexo oral com uma menina de quinze anos de idade. No julgamento restou claro para todos que o ato havia sido consentido e que não houve qualquer abuso por parte do garoto, inclusive havia imagens que mostravam claramente o ocorrido. Contudo, mesmo diante dos fatos ele foi condenado e somente foi liberado em 9 de junho de 2007, após cumprir dois anos na prisão, por decisão da Suprema Corte do

Estado da Geórgia que aplicou a exceção de Romeu e Julieta ao caso.⁹

No Brasil, alguns tribunais estaduais também vêm aplicando a teoria para solucionar questões envolvendo o relacionamento sexual entre pessoas de idade próxima. Por exemplo, cita-se o Tribunal de Justiça de Goiás que entendeu que a conduta dos jovens deveria ser relativizada em razão da proximidade etária, bem como reconheceu a liberdade dos adolescentes em consentir com o ato.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEU E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO.

Na esteira do direito comparado, o direito brasileiro deve adotar orientação semelhante, de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico (art. 386, inciso VI, Código Processual Penal)¹⁰.

Assim também seguiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da apelação: 20110983973, que tratava de relacionamento sexual entre primos, com idades de 13 e 15 anos. No qual o relator desembargador Ricardo Roesler, considerando a exceção de Romeu e Julieta, votou pela absolvição do representado.

A violência ficta contra menor de 14 anos, que alicerça o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP), pressupõe a incapacidade de plena autodeterminação e de defesa do menor, em contrapartida à previsível maturidade do adulto. Bem por isso, tratando-se de prática sexual entre adolescentes - uma com 13 anos (vítima) e outro com 15 anos (autor) - não incide livremente a presunção para caracterizar o fato como ato infracional análogo ao crime

9 TUCK, Angela. Genarlow Wilson's journey from prison to Morehouse. Atlanta Journal Constitution. Atlanta, 18/05/2013. Disponível em: < <http://www.myajc.com/news/crime-law/genarlow-wilson-journey-from-prison-morehouse/BSmOzTV5gU4sjRvAgsuEBM/>>. Acesso em: 02/02/2018.

10 APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-GO - APR: 03471174020138090095, Relator: DES. Leandro Crispim, data de julgamento: 02/05/2017, 2A Camara Criminal, data de publicação: DJ 2316 de 27/07/2017.

de estupro; é necessário que se evidencie que o adolescente tinha exata compreensão das circunstâncias e, principalmente, o intuito deliberado de satisfazer a própria lascívia, contando com a prematuridade e a inexperiência da vítima. (...) Bem porque a presunção de violência é tomada a partir da suposição de experiência de um (o adulto) e da imaturidade do outro (a vítima); a mesma conclusão não pode ser simplesmente tomada quando em jogo a prática de ato sexual entre dois menores (grifo nosso). (...) Se não somos capazes de admitir a nós mesmos nossas limitações, que tenhamos apenas alguma sensibilidade com a alma humana, e tomemos como paradigma o exemplo hoje adotado nos Estados Unidos - país notoriamente reconhecido pela repreensão a crimes sexuais cometidos por jovens (notadamente os homossexuais), mas que tem admitido a atipicidade da conduta quando a relação sexual ocorre entre adolescentes. É o que se convencionou chamar *Romeo and Juliet Law*. O dispositivo, de inspiração shakespereana, tem se firmado como forma de impedir o apenamento de jovens que mantenham relações sexuais, cuja diferença de idade não ultrapasse cinco anos. (...) O direito, sobretudo o direito penal há de se ocupar necessariamente daquilo que deva ser submetido à sua correção. E para identificar o que é passível de intervenção pelo Judiciário do que não é se exige mais, bem mais do que a burocracia e a arrogância dos protocolos jurídicos: exige-se sensibilidade, atenção com o outro; requer-se alguma ampliação de horizontes da sensibilidade. A solução de todas as misérias humanas não é tarefa do Judiciário, que quando muito tem figuração coadjuvante. Quando os papéis se invertem, quando o Judiciário intervém para além de suas cercanias, sem cuidado e cautela, o resultado pode ser desastroso. Soluções que possam parecer, num olhar desavisado, um sintoma de justiça poética (belíssima nas obras literárias, mas de regra patética como pauta de julgamento) podem, na prática, desdobrar efeitos colaterais muito mais perniciosos do que a efetiva inércia judicial. Eis um caso cuja alguma solução deve ser buscada longe, muito longe da intervenção direta do Judiciário (Grifado).

As decisões apresentadas mostram a necessidade do aplicador do direito poder em alguns casos excepcionais relativizar a vulnerabilidade da vítima, observando as peculiaridades do caso concreto. Tendo como finalidade evitar decisões desproporcionais.

Nesse sentido, defende-se que a idade mínima para o consenti-

mento sexual entre adolescentes, leve em consideração a diferença de idade e a possibilidade de equilíbrio de poder para determinar se o consentimento será válido. Sendo assim, é fundamental que enquanto não ocorra uma reforma legal que defina uma exceção nos termos da Romeo and Juliet law, os julgadores possam continuar a analisar o aspecto material para caracterizar o ato infracional.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a legislação, os doutrinadores e os julgadores compreendem a natureza da presunção de vulnerabilidade da vítima no crime de estupro de vulnerável. A partir disso, permitiu-se uma reflexão sobre as dificuldades encontradas para solucionar casos envolvendo o relacionamento sexual consensual entre adolescentes e a importância de uma análise específica sobre o tema.

De um modo geral, os entendimentos acerca da vulnerabilidade da vítima são no sentido de atribuir-lhe a natureza absoluta, ou seja, se houve o fato, há o crime, portanto, entende-se que a lei não permite a verificação de outras circunstâncias presentes no caso concreto. No entanto, verificou-se que o mesmo posicionamento não poderia ser aplicado aos adolescentes que praticam ato sexual consensual, quando um ou ambos forem menores de quatorze anos, sob pena de criminalizar a sua descoberta sexual.

Percebeu-se que na atual sistemática adotada pelo Brasil é possível que adolescentes respondam por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável mesmo que vítima e acusado estejam em situação de proximidade etária e grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Diante disso, demonstrou-se que há fundamentos que justificam a possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima nesses casos específicos.

As considerações sobre os aspectos do crime de estupro de

vulnerável permitiram a compreensão sobre os conceitos e características do tipo em estudo. Viu-se que o legislador adotou o critério etário para determinar a vulnerabilidade da vítima, definindo a idade mínima de 14 anos para que o indivíduo possa consentir com o ato sexual. Além disso, em relação ao bem jurídico protegido pôde-se esclarecer que há diferenças entre o adulto e o adolescente, sendo que ao primeiro considera-se bem mediato a liberdade sexual, e ao último o desenvolvimento sexual, tendo, ambos, como bem imediato a dignidade sexual.

Por ser um crime de extrema gravidade e de alta reprovabilidade social a penalidade atribuída ao tipo é consideravelmente alta, estando o crime previsto no rol dos crimes hediondos. Diante disso, o legislador na reforma do código penal com o advento da lei 12.015/2009, resolveu tratar a vulnerabilidade etária como absoluta, de modo que não houvesse margem para qualquer interpretação que pudesse levar a impunidade do agressor ou mesmo na desqualificação da vítima. Apesar disso, os debates doutrinários não são uníssonos, pois, embora todos reconheçam a escolha do legislador, a maioria dos autores pesquisados, ainda, defende a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima diante das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, analisou-se o entendimento dos tribunais acerca da dicotomia em relação à vulnerabilidade: absoluta x relativa. Observou-se que antes da reforma, os tribunais superiores divergiam nos seus entendimentos, enquanto o STF argumentava em favor da presunção absoluta em quase todos os seus julgados, o STJ não tinha assumido uma posição pacífica sobre o assunto. Após a reforma, o STF consolidou de vez o entendimento pela vulnerabilidade absoluta. Por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, permaneciam os debates.

Somente no ano de 2014, o STJ pacificou o seu entendimento, passando a considerar a vulnerabilidade prevista no art. 217-A como de natureza absoluta, sendo que recentemente, firmou sua posição na súmula 593. A súmula teve como finalidade garantir a segurança

jurídica aos cidadãos, tendo em vista que, mesmo após os tribunais superiores adotarem posicionamento pacífico sobre o tema, os tribunais estaduais julgavam ora considerando a vulnerabilidade como absoluta, ora como relativa.

Buscou-se demonstrar a existência de uma lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, onde foi possível observar que a súmula e os demais julgados relativos ao tema em sua maioria analisam somente os crimes, considerando a relação entre o adulto e o menor de quatorze anos, e que poucos são os debates relativos à existência de relacionamento sexual consentido entre adolescentes.

A partir disso, abordou-se as particularidades relativas à criança e o adolescente. Inicialmente, foi explicado que os adolescentes também são punidos por sua conduta, na medida de sua responsabilidade, e que, em razão do seu estado de desenvolvimento, estas deveriam ser aplicadas somente nos casos mais necessários, respeitando-se os direitos previstos no ECA e na legislação penal.

Diante disso, defendeu-se a aplicação da teoria de Romeu e Julieta, segundo a qual se admite a relativização da vulnerabilidade quando os participantes da relação tiverem uma diferença de idade igual ou inferior a cinco anos, ou pelo menos a criação de uma regra semelhante no Brasil. Assim, seria possível relativizar a conduta sexual consentida entre adolescentes, sem deixar de assegurar à proteção as crianças e aos adolescentes.

A partir dessas reflexões, evidencia-se a necessidade de um debate maior sobre o tema pelos operadores do direito, principalmente por aqueles que fazem e aplicam as leis, com o fim de se construir uma doutrina jurídica sólida capaz de trazer pacificação e justiça social.

LEGAL GAP RELATED TO THE INFRACTION ACT ANALOGOUS TO THE CRIME OF RAPE OF VULNERABLE AND THE POSSIBILITY OF RELATIVIZATION OF THE VICTIM'S VULNERABILITY

ABSTRACT

The present work analyzes the adequability of the legal, doctrinal and jurisprudence understandings related to victim's vulnerability in cases of infraction act analogous to the crime of rape of vulnerable when the sexual act is committed between adolescents with consent. For this purpose, it was used the qualitative method, considering that this is an exploratory study done through a deep bibliographical research. It could be verified that there is a legal gap related to the infraction act analogous to the crime of rape of vulnerable, which requires of the operators of the Law a specific analysis of cases involving consenting sexual intercourse among adolescents. As a solution to the legal gap, it is advocated that should be adopted in Brazil a similar clause to the exception of Romeu and Juliet, used in some states of the United States of America to decriminalize the sexual relationship among adolescents when the age difference between them is equal to or less than five years.

Keywords: *Rape of vulnerable. Infraction act. Vulnerability. Legal gap. Romeu and Juliet law.*

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral.** Boletim IBCCRIM, pp. 08-09, 20/04/2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/246-209-Abril-2010>. Acesso em: 09 jan. 2018.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia Regina F. L. A. (coord.), **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 52-57.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. **Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia?** Psicol. clin., Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652009000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais.** Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17215>>. Acesso em: 6 de jan. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal Vol. 03.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREA, Felipe Martins. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E A “ROMEO AND JULIET LAW”.** Monografia. Unesc. Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/5072>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade.** Dissertação (Mestrando em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6011>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São

Paulo: RT, 2012.

FULLER, Paulo. H.; DEZEM, Guilherme. M.; JUNIOR, Flávio. M. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte especial Vol. III**. 12ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Katia Regina F. L. A. (coord.), **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 972-1090.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009**. Guilherme Nucci, 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-0152009>>. Acesso em 03 jan. 2018.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SILVA, Andréia Antunes da. **Uma abordagem jurídica e social do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável**. Dissertação em Direito - Univali, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andreia%20Antunes%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SOUZA, Sergio Augusto G. P. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

SPOSATO, Karina Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos. **Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, volume 18, número 18, pg. 275-291, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/661>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal**. Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus>>.

br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. **Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodvim, 2014.

Emerging disclosure regime in criminal proceedings in Nigeria: issues and prospects¹

Akeem Olajide Bello²

ABSTRACT

This article reviews the emerging disclosure regime in criminal proceedings in Nigeria and its future prospects. Until recently the Laws governing the administration of criminal justice in Nigeria contain very little provisions governing disclosure in criminal proceedings. The recent reform of the Administration of Criminal Justice Laws in Nigeria have also not addressed the need to provide adequate rules governing disclosure in criminal proceedings. The paper examines the provisions on disclosure obligations in criminal trials in Practice Directions of two Courts exercising criminal jurisdiction in Nigeria. The examination reveals that the provisions of the Practice Directions are designed to address case management issues and not specifically to regulate disclosure obligations of the prosecution and defence. The article charts the direction that the regulation of disclosure obligations in criminal proceedings in Nigeria should follow.

Keywords: *Disclosure. criminal proceedings. equality of arms. fair hearing.*

¹ Data de recebimento: 08/06/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² Akeem Olajide Bello, LLB. Hons. (Benin), LL.M. & Ph.D. (Lagos), BL. Nig., Senior Lecturer, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Lagos. Dr Bello was a former Senior Special Assistant to the Attorney General, Lagos State, Lagos, Nigeria between 2007 and 2011, E-mail: abello@unilag.edu.ng or jidekate@hotmail.com

1 INTRODUCTION

Nigeria operates a federal system of Government with a national federal government and 36 federating units known as States. The country operates a dual system of criminal justice with federal courts trying offences under federal law and State courts trying offences under State laws. A common feature of both system is the paucity of rules governing disclosure obligations in criminal proceedings. Existing laws in Nigeria contain very little regulation of disclosure obligations in criminal proceedings. The recent Administration of Criminal Justice Law Repeal and Re-enactment Law 2011 of Lagos State and the Federal Administration of Criminal Justice Act 2015 did not address the regulation of disclosure obligations. The adoption of Practice Directions by two Federal Criminal Courts, the Federal High Court Practice Directions 2013 and the Practice Direction on the Implementation of Criminal Justice Act 2015 in the Court of the Federal Capital Territory 2017 imposed limited disclosure obligations on the prosecution and defence.

This article reviews the emerging disclosure regime in criminal proceedings in Nigeria and its future prospects. The article is arranged in five parts. The first part is the introduction. The second part examines the justification for disclosure obligations and its constitutional foundations. The limited disclosure obligations under existing laws is the focus of the third part. The fourth part examines the regulation of disclosure obligations in England and identifies lessons that Nigeria can draw from the law and practice of disclosure in England. The fifth part concludes the article.

2 JUSTIFICATION OF DISCLOSURE OBLIGATIONS AND ITS CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS

Disclosure in criminal trial refers to the surrendering of relevant

evidence such as confessions, statements, witness lists or scientific evidence to the defendant before trial.³ The justification for disclosure can be traced to constitutional rights of defendants in criminal trials. The adversarial criminal justice system practiced in Nigeria and in countries with common law background is underlined by constitutional rights of defendants which provide a basis for disclosure obligations. A defendant standing criminal trial is presumed to be innocent until proven guilty.⁴ This presumption imposes on the prosecution the obligation to adduce evidence to establish the guilt of the defendant beyond reasonable doubt. This presumption in Nigeria is part of the constitutional right of defendants to fair hearing. In Nigeria, a defendant is also guaranteed the right to fair hearing within a reasonable time by a court established by law and constituted in a manner to secure its independence and impartiality.⁵ The right to fair hearing guaranteed under section 36 of the Nigerian Constitution is substantially similar to article 6(1) of the European Convention on Human Rights (Convention). Then the European Commission on Human Rights⁶ in Kaufman v. Belgium has interpreted article 6 (1) of the Convention to require the observance of the principle of “equality of arms” under which the defendant in criminal proceedings must have “a reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him at a substantial disadvantage *vis a vis* his opponent.”⁷

In Jaspers v. Belgium⁸, the European Commission held that the “equality of arms” principle imposes on prosecuting and investigating

3 Duhaime's Law Dictionary, available online at <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/D/Disclosure.aspx> (accessed on 1 July 2018).

4 Section 36(5) of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999 (hereafter (CFRN).

5 Section 36(1) of CFRN.

6 The European Commission on Human Rights became obsolete in 1998 with the restructuring of the European Court of Human Rights, it held an important role in assisting the European Court of Human Rights from 1953 to 1998.

7 50 D.R. 98 at 115, quoted from Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 2008 at pp. 1740 para. 16-64.

8 27 D.R. 61, Quoted from Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 2008 at pp. 1755, para. 16-63.

authorities an obligation to disclose any material in their possession, or to which they could gain access, which may assist the accused in exonerating himself or in obtaining a reduction in sentence. This principle extends to material which might undermine the credibility of a prosecution witness.

The importance of the above pronouncements by the European Commission on Human Rights is that the right to fair trial imports an obligation on the part of the prosecution to disclose any material under their control which may exculpate the defendant. This is an obligation which applies by constitutional force whether it is expressly provided in any other legislation or not. The constitutional foundations of the right underscores its importance.

Furthermore section 36(6) (b) of the Constitution guarantees the right of a person charged with a criminal offence to be given adequate time and facilities for the preparation of his defence. In *C.O.P. v. Okoye*⁹ the Court Appeal in interpreting the meaning of facility for the purpose of section 36(6)(b) adopted the meaning of facility as: "Something that permits the easier performance of an action, course of conduct, etc., to provide someone with every facility for accomplishing a task, (...). The quality of being easily or conveniently done or performed". (at page 417 para. B-C).

The court held that evidence against the accused, including statements of witnesses for the prosecution, necessary for the preparation of an accused defence are facilities within the meaning of the provisions. The court also defined defense for the purpose of section 36(6)(b), as accused person's stated reason while the prosecutor has no valid case.

3 DISCLOSURE OBLIGATIONS IN EXISTING LAWS

3.1 Rules of Professional Conduct for Legal Practitioners

⁹ (2012) 14 NWLR (Pt. 1320) 390.

The Rules of Professional Conduct for Legal Practitioners in Nigeria (the Rules)¹⁰ imposes certain obligations on prosecutors in relation to public prosecution. Rule 37(4) imposes a duty on the prosecution to promote justice, not conviction. The primary duty of a lawyer engaged in public prosecution is not to convict but to see that justice is done.¹¹ Commenting on this aspect of the duty of the prosecution, the Nigerian Supreme Court observed in *Atanda v. Attorney General*¹² that: “We have to remind prosecuting counsel that they ought to look on themselves not as advocates but as ministers of justice, and their task is not to secure convictions but to help in the administration of justice”.

The duty to seek justice and not conviction is arguably the basis of the duty imposed on the prosecution by Rule 37(6) not to suppress but to disclose exculpatory evidence. The Rules provide that a prosecutor shall not suppress facts or secrete, witnesses capable of establishing the innocence of the accused persons; but he shall make timely disclosure to the lawyer for the defendant, or to the defendant if he has no counsel, of the existence of evidence known to the prosecution or other government lawyer that tends to negate the guilt of the accused, mitigate the degree of the offence or reduce the punishment.¹³ The duty to disclose exculpatory evidence favorable to defendants is also reinforced by the National Policy on Prosecution.¹⁴

10 Made under section 12(4) of the Legal Practitioners Act.

11 C. Ferguson-Gibert, “It is Not Whether You Win or Lose, It is How You Play the Game: Is the Win-Loss Scorekeeping Mentality Doing Justice for Prosecutors?” (2001) 38(1) *California Western Law Review*, 1. 12 (1965) *NMLR* 225 at p. 232.

13 In the US case of *Alcorta v State of Texas* 355 U.S. 28, 28(1957) the prosecutor was aware that its star witness was sexually involved with the defendant’s wife-whom the defendant was prosecuted for killing after he came upon her and the star witness in a parked car. This fact was not disclosed to the defence. The judgment in the case was reversed and fresh trial was ordered.

14 The Body of Attorneys-General of Nigeria comprising of the Attorney General of the Federation and State Attorneys General adopted three documents setting out the National Policy on Prosecution and regulating the professional conduct of prosecutors. These are the National Policy on Prosecution, Guidelines for Prosecutors in the Federal Republic of Nigeria and a Code of Conduct for Prosecutors in Nigeria.

3.2 Administration of Justice Acts/Laws

The Criminal Procedure Act and the Criminal Procedure Code which was adopted¹⁵ to govern administration of criminal justice in the Southern and Northern States in Nigeria respectively did not contain any specific provisions guiding disclosure in criminal proceedings. The practice however, evolved of the prosecution attaching “proof of evidence” to Information filed in the High Court in the Southern States or a Charge filed in the High Court in the Northern States.¹⁶ This practice required the prosecution to attach to the Information and Charge, copies of witness statement and any other evidence that the prosecution intends to rely on at the trial. Recently in *Akwuobi v. The State*¹⁷ the Supreme Court held that it was not mandatory to attach witness statement to a Charge in the High Court under the Criminal Procedure Code in Benue State (a Northern State). This limited disclosure practice was not available in criminal trials before inferior courts of record known as Magistrates’ Courts in the South and Area Courts in the North. In these inferior courts defendant are tried summarily¹⁸ with the particular of offence stated on a document known as the “charge sheet.”

The recently enacted Federal Administration of Criminal Justice Act 2015 (ACJA) and the Administration of Criminal Justice Law Repeal and Re-enactment Law 2011 of Lagos State (ACJL) slightly improved on the State of the Law. Section 251 of the ACJL requires that an information filed in the High Court should be accompanied with the following: (i) proof of evidence; (ii) list of witnesses; and (iii) list of exhibits. Section 77(2) of ACJL extends the limited disclosure

15 The legislations were initially Federal Acts, but were later adopted in the course of Nigerian constitutional history as State Laws when Nigerian changed from a unitary to a federal system of government.

16 The provision of section 338 of the Criminal Procedure Act, Cap C41 Laws of the Federation of Nigeria 2010 and Section 185 of the Criminal Procedure Code does not contain any requirement for attaching proof of evidence to information or charge.

17 [2017] 2 NWLR (Pt. 1550) 421.

18 This is the procedure adopted for the trial of minor offences and misdemeanors involving punishment of not more than three years imprisonment.

to trials in Magistrates' Courts involving a felony by providing that the prosecution shall, on request, give the defendant statements of witnesses and report of experts that the prosecution intends to rely on at the trial, before or at the commencement of the trial.

The ACJA contains provisions on disclosure of proof of evidence by the prosecution. It requires that an information shall include proof of evidence consisting of: (i) the list of witnesses; (ii) the list of exhibits to be tendered; (iii) summary of statements of the witnesses; (iv) copies of statement of the defendant; (v) any other document, report, or material that the prosecution intends to use in support of its case at the trial; (vi) particulars of bail or any recognizance, bond or cash deposit, if defendant is on bail; (vii) particulars of place of custody, where the defendant is in custody; (viii) particulars of any plea bargain arranged with the defendant; (ix) particulars of any previous interlocutory proceedings, including remand proceedings, in respect of the charge; and (x) any other relevant document as may be directed by the court.¹⁹ The provisions of the ACJA is broader than the ACJL and provides specific issues which should be disclosed in an information. The provision allowing the court to direct the production of "any other relevant document" would enable the defendant to request for the disclosure of any other document which may be in possession of the prosecution and may be relevant to exculpating the defendant. In summary trials before a Magistrate Court or Tribunal, section 350(2) of ACJA, requires the prosecution to provide the defendant with all materials that are intended to rely on at the trial, before or at its commencement.

3.3 Practice Directions

The Federal High Court Practice Directions²⁰ (FHC Direction) issued

¹⁹ Section 379(1)(a) of ACJA.

²⁰ The Practice Directions were issued by the Chief Judge of the Federal High Court under section 254 of CFRN to regulate the practice and procedure of the Federal High Court in criminal proceedings.

on 30th June 2013 was designed to fast track criminal trials in the court and to ensure that delays in criminal trials are largely eliminated.²¹ Rules 4 and 5 of the FHC Directions relate to disclosure obligations. Rule 4 obliges the prosecution to disclose the followings:

- (I) to serve the defence with copies of the statement of evidence and documentary exhibits 7 days before the arraignment hearing;
- (II) to provide the defence with written case summary of the evidence and documentary exhibits 7 days before the arraignment hearing; and
- (III) to specify what further evidence the prosecution can bring forth and how long it will take to serve the evidence on the court and the defence.

The novel provisions in the FHC Directions is the requirement that the statement of evidence, documentary exhibits and written case and evidence summary be served on the defence 7 days before arraignment. This novel provisions will provide the defence and his team with materials required to determine whether they have any preliminary application relating to the charge and to prepare the defence. A second novel requirement in the FHC Directions relates to the obligation imposed on the defence by Rule 5 to specify the followings in writing:

- (I) the defence being raised;
- (II) aspects of the prosecution case which are agreed;
- (III) aspect of the prosecution case which is in dispute; and
- (IV) witnesses required for cross examination and why.

The objective of Rule 5 arguably is to ensure equality of arms between the prosecution and the defence. If the defence is entitled to know beforehand the case for the prosecution, there is nothing unfair in requesting the defence to disclose the essential aspect of his case. The constitutional validity of the provisions came up in 2014

²¹ See the Explanatory Note.

in *Federal Republic of Nigeria v. Francis Atuche & Anor*.²² before a Federal High Court sitting in Lagos. The 1st defendant challenged the constitutional validity of the provisions of Rule 5. The 1st defendant argued that Rule 5 contravenes the provision of section 36 of the Constitution which presumes the defendant innocent until proven guilty. Second, it was contended that requiring the 1st defendant to specify his defence in writing assumes that a prima facie case has been established against him which requires a defence. A prima facie case it is argued can only be established against the defence after the prosecution has led evidence and a determination is made by the court that a prima facie case is made out, thereby requiring a defence. The court accepted the 1st defendant's argument and ruled that the provisions of Rule 5 violates the constitutional presumption of innocence and the defendant's right to fair trial. The court also ruled that a defendant may voluntarily elect to comply with Rule 5 as was done by the 2nd defendant in the case.

In evaluating the ruling it is important to explain an aspect of criminal trials in Nigeria which heavily influenced the decision of the Court. In Nigeria, after the close of prosecution's case, the court may record a "not guilty" conclusion without calling on the defendant to enter his defence where the court considers that the evidence against the defendant is not enough to justify the continuation of the trial. Alternatively, the defendant or his legal practitioner has the option of making a no case submission.²³ It is only if the court rejects a no case submission that the defendant will be called to enter his defence. The court accepted the argument that Rule 5 requiring the defendant to specify the defence in writing violates the provision of ACJA and ACJL which furthers the presumption of innocence and the burden of proof on the prosecution to prove its case against the defendant beyond reasonable doubt.

22 Unreported Ruling of Aliu Saidu J. Unreported Suit No.FHC/369C/2009 delivered on 30th of September 2014.

23 Section 302 ACJA.

This writer submits that the court misconstrued the objectives of Rule 5. Rule 5 is not intended to abrogate the constitutional rights of defendant to fair trial and the presumption of innocence. Rule 5 is designed as a case management tool to enable the prosecutors and defence narrow the issues between the parties to ensure prompt trials. In addition, disclosure rules are designed to ensure “equality of arms” between the prosecution and the defence. If the prosecution is obliged to disclose exculpatory evidence to the defence, there is nothing unfair about requiring the defence to disclose important facts relating to his defence to the prosecution. This would afford the prosecution equal opportunity to adequately prepare its case to protect the interest of the public. Justice has been described as a three ways traffic; for the State, the defendant and the victim. Justice would require that the prosecution is not compelled to disclose its case to the defence while the defence is allowed to secret his defence and spring it as a surprise on the prosecution during trial. The need to ensure justice for all is stressed in *Josiah v The State*²⁴ by Justice Oputa of the Nigerian Supreme Court as follows:

(...) Justice is not a one-way traffic. It is not justice for the appellant only. Justice is not even only a two way traffic. It is really a three-way traffic- justice for the appellant (accused) of a heinous crime of murder; justice for the victim.... ‘whose blood is crying out to heaven for vengeance’ and finally justice for society at large – the society whose social norms and values had been desecrated and broken by the criminal act complained of.

Requiring the defence to make certain disclosures is not unprecedented in Nigerian criminal justice. Where a defendant wishes to raise a plea of alibi that he was somewhere else at the material time an offence was committed and he could therefore not have committed the offence, he is required to make that disclosure to the police

24 (1985) 1 NWLR (Pt. 11) 125 at p.141.

at the earliest opportunity to enable his alibi to be investigated. It is a settled principle of law that a defendant who fails to disclose his reliance on alibi at the earliest opportunity but raises it during the trial will not be allowed to rely on it.²⁵ If there is no constitutional objection to defence disclosing a plea of alibi during investigation before criminal proceedings are filed in court, then one wonders how requiring the defence to disclose his defence after service of proof of evidence on him by the prosecution would constitute a violation of his constitutional rights.

In order to respond to the concerns raised in the judgment, it is suggested that Rule 5 can be redrafted to accommodate the judgment but without losing the need for disclosure as follows:

Rule 5 (a) - Disclosure where defence accepts factual basis of prosecution's case

(I) Where a defendant admits the factual basis of the prosecution's case but seeks to rely on a recognized defence to criminal liability, the defendant shall specify in writing the proposed defence.

(II) Where the sub rule (i) of this paragraph applies, the defendant shall specify in writing those aspects of the prosecution case which is in dispute and the witnesses required for cross examination, and why.

(III) In any other situation not covered by sub rule (i) of this paragraph, a defendant may elect to specify in writing the defence it intends to raise at the trial.

Rule 5 (b) Disclosure after Prima Facie Case is Established

Where a defendant elects not to make a no case submission after the close of the prosecution's case or where after a no case submission the court rules that a defendant has a case to answer the following rules shall apply.

The defendant shall specify in writing:

²⁵ Eke v State [2011] 3 NWLR (Pt. 1235) 589, Ikuepenika v The State [2011] 1 NWLR (Pt. 1229) 449 and Adeyemi v. The State [2011] 5 NWLR (Pt. 1239) 1.

- (I) the defence being raised;
- (II) aspects of the prosecution case which are agreed; and
- (III) aspect of the prosecution case which is in dispute.

The proposed new Rule 5(a) will cover a situation where a defendant admits the factual basis of the prosecution's case but intends to raise a recognized defence to criminal liability that excuses, justifies or authorizes his action. There is nothing unfair in requiring such a defendant to disclose the fact to the prosecution to enable the prosecution prepare its case to challenge the proposed defence. In such a situation there can be no issue of the defence raising a no case submission and the court can proceed to trial to consider the proposed defence. The proposed new Rule 5(b) addresses the decision in *Federal Republic of Nigeria v. Francis Atuche & Anor.* while achieving the objectives of disclosure.

In 2017 the Chief Judge of the Federal Capital Territory issued a Practice Direction on the Implementation of Criminal Justice Act 2015 in the Court of the Federal Capital Territory (FCT Direction).²⁶ The FCT Direction also contained some disclosure protocols. Order 5(1) of the FCT Direction requires the prosecution and the defence to disclose to each other and the court relevant material and or information within their knowledge, or in their possession or accessible to them, pertaining to the case that will assist the court:

- (I) to identify the issues to be decided upon in the course of their trial, and/or
- (II) to narrow down the issue that is in dispute, and/or;
- (III) to ensure a speedy and fair hearing for the defendant, victim, witnesses and other parties.

Order 5(2) enjoined the court to encourage the prosecution and defense to agree on non-contentious evidence. Order 5(3) restates the conventional disclosure obligation of the prosecution to serve

²⁶ The FCT Direction took effect from 25th of April 2017.

on the defendant all the materials, information or proof of evidence that it intends to rely on to prove the charge against the defendant not later than five working days before the date of arraignment. Order 5(4) requires the defendant after receipt of materials from the prosecution to indicate on the Case Management Form what aspects of the prosecution case he agrees or disagrees with and may elect to disclose the defense he intends to raise at the trial. Order 5 (5) provides that where a defendant notifies the prosecution of the aspects of the prosecution's case that he disagrees with and discloses the defense he intends to raise, the prosecution in light of such disclosure shall further review all the material in their possession and shall make timely disclosure to the defendant of the existence of material known to the prosecution that tends to negate the guilt of the defendant, mitigate the degree of the offence charged or reduce the punishment.

The FCT Direction is arguably an upgrade on the FHC Directions. The provisions of Order 5(1), (2) and the first part of (3) are designed to narrow down issues between the parties and ensure effective case management to ensure speedy trials. The FCT Directions coming after the FHC Directions make the disclosure of defense optional obviously to reflect the decision in the case of *Federal Republic of Nigeria v. Francis Atuche & Anor*. The FCT Directions, however, provide an incentive for a defendant to disclose his defence by predicating the prosecution's obligation for further review of all material in their possession on the optional disclosure by the defense under Order 5(4). After such further review, the prosecution is obliged to disclose the existence of material known to it that tends to negate the guilt of the defendant, mitigate the degree of the offence charged or reduce the punishment. Where the defence fails to disclose such defence, there may be no way the prosecution would be able to evaluate the materiality of such evidence. This provision commendably goes beyond case management goals to promote the equality of arms between the prosecution and the defence. It, however, fail to impose obligation

on the defense where it does not raise a no case submission and is willing to proceed to enter his defence after the prosecution has closed its case. In such a situation, equality of arms would oblige the defendants to specify their defence thereby giving the prosecution opportunity to prepare their encounter.

4 DISCLOSURE PROVISIONS IN ENGLAND - ANY LESSONS FOR NIGERIA?

4.1 Disclosure Obligations in England

The current legal framework on disclosure in criminal proceedings in England in relation to offences into which criminal investigations commenced on or after April 4, 2005 are found in Parts I and II the Criminal Procedure and Investigations Act 1996 as amended by the Criminal Justice Act 2003.²⁷ The disclosure process can be classified into three involving initial disclosure by the prosecution, defence disclosure and duty of continuing disclosure imposed on the prosecution.

The prosecutor at the initial stage must disclose to the defendant any prosecutor material which has not been disclosed previously and which might “reasonably be considered capable of undermining the case for the prosecution against the accused or the case for the accused” or giving to the accused a written statement that there is no discloseable material.²⁸ Commenting on the import of the disclosure criteria, the House of Lords *R v H and C*²⁸ noted as follows:

If material does not weaken the prosecution’s case or strengthen that of the defendant, there is no requirement to disclose it. For this purpose the parties respective cases should not be restrictively analysed. But they must

²⁷ These are supplemented by Attorney General’s Guidance on Disclosure December, 2013 and the Judicial Protocol on the Disclosure of Unused Materials in Criminal Cases December, 2013.

²⁸ Section 3(1) of the Criminal Procedure and Investigations Act 1996 as amended by the Criminal Justice Act 2003.

be carefully analysed, to ascertain the specific facts the prosecution seek to establish and the specific grounds on which the charges are resisted. The trial process is not well served well if the defence are permitted to make general and unspecified allegations and then seek far reaching disclosure in the hope that material may turn up to make them good. Neutral material or material damaging to the defendant need not be disclosed and should not be brought to the attention of the court.

The import once of the above provision is that the prosecution is not obliged to disclose all materials. The followings have been held to be discloseable materials: (i) previous convictions;²⁹ (ii) the identity of persons who might have witnessed an incident giving rise to criminal charges including those who dialed 999 to report an incident;³⁰ (iii) and information as to the reward to be paid, after the trial, to a registered police informant who was a prosecution witness.³¹ After reviewing different approaches for formulating discloseable materials Rt. Hon. Lord Causfield, suggested that the following should be regarded as exculpatory material worthy of disclosure:

- (I) Evidence which may point to the conclusion that no crime has been committed;
- (II) Evidence which may contradict evidence (real or oral) on which the prosecution's case will rely;
- (III) Information which may cast doubt on the credibility, or reliability of prosecution's witnesses;
- (IV) Information which may be inconsistent with scientific or other expert evidence on which the prosecution will rely or with inferences which may be drawn from such evidence;
- (V) Evidence or information which may point to another person as perpetrator; or
- (VI) Evidence or information which might reduce the degree of seriousness of the offence.³²

The second stage of the disclosure regime requires the defence

29 [2004] UKHL 3, at paragraph 35.

30 R v Vasilou [2000] Crim. L.R. 845.

31 R v Heggart [2001] 4 Archbold News 2.

32 R v Allan [2005] Crim. L.R. 716

in all trials before the Crown Court to give a defence statement to the court and the prosecutor within 28 days of the initial disclosure by the prosecution. The defence written statement must contain the followings: (i) nature of the defence including any particular defenses on which the defendant intends to rely; (ii) indication of the matters of fact on which the defence joins issue with the prosecution; (iii) setting out, in the case of each such matter, why he takes issue with the prosecution; (iv) indicating any point of law (including any point as to the admissibility of evidence or an abuse of process) which he wishes to take, and any authority on which he intends to rely for that purpose; (v) particulars of any alibi including the name, address and date of birth of any witness the accused believes is able to give evidence in support of the alibi, or as to many of the details as are known to the accused when the statement is given; and (vi) any information possessed by the defendant which might be of material assistance in identifying or finding such witnesses.³³

Section 6C of the Criminal Procedure and Investigations Act³⁴ requires the defendant to give to the court and the prosecutor a notice indicating whether he intends to call any persons (other than himself) as witnesses at his trial. The notice should contain the name, address and date of birth of each proposed witness, or as many of those details as are known to him when the notice is given. The defendant is also expected to provide any information in his possession which might be of material assistance in identifying or finding any of the proposed witness or that the defendants do not know their details.

The third stage of the disclosure process is the continuing duty of disclosure imposed on the prosecution. The prosecution is required to keep under review the question whether at any given time (and in particular, following the giving of a defence statement) there is a prosecution material which-

³³ Rt. Hon Lord Coolsfield, "Review of the Law and Practice of Disclosure in Criminal Proceedings in Scotland," August 2017, at p. 20 available online at <http://www.gov.scot/Resource/Doc/197545/0052835.pdf> (accessed on July 1 2018).

- (a) might reasonably be considered capable of undermining the case of the prosecution against the accused or of assisting the case for the accused, and
- (b) has not been disclosed to the defence.³⁴

There are consequences for the prosecution and the defence for failure to comply with disclosure obligations. Failure by the prosecution to comply with its disclosure obligations does not on its own constitute grounds for staying proceedings for abuse of process.³⁵ It may however constitute grounds for staying proceedings for abuse of process if it involves such delay by the prosecution that the accused is denied a fair trial.³⁶ In *R v. Boardman* where the prosecution failed to disclose a master CD of a telephone call data despite repeated demands from the defence in a prosecution of stalking charges concerning sexually explicit and abusive text messages, the trial judge excluded the call and cell site data thereby effectively ending the prosecution. The prosecution unsuccessfully appealed to the Court of Appeal. In *R v DS and TS*³⁷ the Court of Appeal dealt with a prosecution appeal where grave failures in the unused material disclosure process had led to the trial judge stopping the trial on the eighth day and subsequently staying the proceedings as abuse of process. The prosecution's appeal succeeded because as noted by the Lord Chief Justice it was not a case where the judge had concluded that a trial would be unfair but rather that a stay was necessary to protect the integrity of the criminal justice system. It was therefore necessary to examine the relevant factors and to review the trial court's balancing decision. The court held that the late disclosed documents were of limited materiality and only relevant to issues of credibility. The court

34 Section 6A (1) & (2) of the Criminal Procedure and Investigations Act 1996 as amended by the Criminal Justice Act 2003.

35 Inserted by section 34 of the Criminal Justice Act 2003 and came into effect on 1st of May 2010.

36 Section 7A of the Criminal Procedure and Investigation Act 1996 as amended by section 37 of the Criminal Justice Act 2003.

37 Section 10(2) of the Criminal Procedure and Investigation Act 1996 as amended by the Criminal Justice Act 2003

also noted that there had been a significant failure by the defence to identify, request and pursue disclosure items in a timely fashion.

There are also consequences for the defence for failure to comply with defence disclosure obligations. Where this happens, two consequences may follow:

- (a) the court or any other party may make such comments as appears appropriate; and
- (b) the court or jury may draw such inferences as appear proper in deciding whether the accused is guilty of the offence concerned.³⁸

4.2 Any Lessons for Nigeria?

The legal framework for disclosure obligations in criminal proceedings in England is more comprehensive in England compared to Nigeria. Disclosure proceedings in England has admirably served the objective of case management and of ensuring equality of arms between the prosecution and the defence. There is much to be said in favour of moving disclosure obligations beyond the pristine position of requiring only the prosecution to disclose exculpatory evidence to the defence without any disclosure obligations on the defence. The introduction of defence disclosure in England amongst other efficiency benefits is predicated on the need to reduce the number of ambush defences. The courts have been increasingly concerned about the use of ambush defences and advocated a managerialist approach to criminal procedure which requires the early and active participation of the defence.³⁹

Concerns relating to the defence disclosure violating the presumption of innocence, privilege against self-incrimination and the burden on the prosecution to prove its case beyond reasonable have been

³⁸ Section 10(3) of the Criminal Procedure and Investigation Act 1996 as amended by the Criminal Justice Act 2003

³⁹ [2015] 1 Cr. App. R. 33.

raised.⁴⁰ Requiring the defence to indicate his defence to a charge in a defence disclosure may work against the presumption of innocence by implying that he has a case to answer when all the prosecution has done at this stage is to merely allege that the defendant has committed an offence. These were some of the concerns that led the Nigerian court in *Federal Republic of Nigeria v. Francis Atuche & Anor* to declare unconstitutional the defence disclosure obligation contained in the Court's Practice Direction.

Having regard to the above concerns it is suggested that reform of disclosure obligations in criminal proceedings should not wholly adopt the England's approach to disclosure obligations particularly with reference to defence disclosure obligation. A modified approach earlier suggested for Nigeria would ensure equality of arms between the prosecution and the defence and ensure fair trial for defendants. There is no valid legal objection to the initial disclosure obligations and the prosecution is continuing duty of disclosure after defence disclosure as practiced in England and it is therefore recommended that it should be adopted in Nigeria. It is suggested that the disclosure obligations be introduced by way of amendments to the Administration of Criminal Justice Acts/Laws in Nigeria to provide a strong legal basis compared to Practice Directions which are generally viewed as merely directory and not obligatory.

In England, as seen earlier, breach of disclosure obligations attracts sanctions for the prosecution and the defence. Failure by the prosecution to comply with disclosure obligations may constitute grounds for staying proceedings for abuse of process if it involves such delay by the prosecution that the accused is denied a fair trial or, as seen in the case of *R v Boardman*, may lead to the exclusion of undisclosed evidence by the courts. Where a defendant fails to comply with disclosure obligations the court or any other party may make such comments as appears appropriate or the court may draw

40 [2015] EWCA Crim. 662.

such inferences as appear proper in deciding whether the accused is guilty of the offence concerned. It is recommended that the reform of disclosure obligations in Nigeria should adopt the sanctions regime in England for non-compliance. Without sanctions the parties may not take the disclosure obligations seriously.

Allowing the courts or adverse party to make comments on non-disclosure by defence and the court to draw any proper inference does not contravene the privilege against self-incrimination under the Nigerian Constitution. Section 36(11) of the Constitution provides that no person who is tried for a criminal offence shall be compelled to give evidence at the trial. While a defendant cannot be compelled to give evidence at trial, the Nigerian Supreme Court in *Sugh v. The State*⁴¹ held that observations and inferences (unfavorable ones) made by the trial court (having regard to the totality of the evidence) against the accused were valid where the accused did not give any evidence to contradict the case made against him. In *Okoro v. The State*⁴² the Supreme Court provided the rationale for allowing inferences where the defendant exercised his privilege against self-incrimination thus:

The right to silence permits the accused person's silence on questions against or concerning him. The right to silence is one the civil liberties in the legal system of this country and the cornerstone of our judicial system....It follows therefore that no accused could be convicted of not talking but perhaps the prosecution could call the court's attention in appropriate cases to the accused's silence where evidence linking him to the offences charged exists. Then the irresistible inference of guilt from that evidence linking the accused person with the offence charged might be abundantly clear.⁴³

While a defendant who fail to discharge disclosure obligation

41 Section 11 of the Criminal Procedure and Investigation Act 1996 as amended by section 39 of Criminal Justice Act 2003.

42 A, Owusu-Bempah, "Defence Participation Through Pre-trial Disclosure: Issues and Implications" (2013) 17 International Journal of Evidence and Proof 183 at p. 189.

43 *Ibid*, at pp. 192-199.

cannot be compelled to do so by law or by order of court, the court can make such inferences as appear proper in deciding whether the accused is guilty of the offence concerned.

5 CONCLUSION

The article reviewed the justification and constitutional foundation for disclosure obligations in criminal proceedings in Nigeria. The emergence of limited disclosure obligations under Nigerian Laws starting with disclosure obligations under the Rules of Professional Conduct in the Legal Profession, the Administration of Justice Laws and the Court Practice Directions were also examined. The examination revealed that the extant laws provides for limited disclosure obligations and issues arising from the introduction of defence disclosure were discussed. The paper examined the legal framework for disclosure obligation in England. It recommends the adoption of the English approach subject to the qualification with respect to defence disclosure obligations to accommodate the decision in the Nigerian case of Federal Republic of Nigeria v. Francis Atuche & Anor. The suggested modification would not only enhance case management in criminal trials in Nigeria, it would also ensure equality of arms between the prosecution and the defence.

REGIME DE ABERTURA EMERGENTE DE PROCESSOS CRIMINAIS NA NIGÉRIA: QUESTÕES E PERSPECTIVAS

Este artigo analisa o regime emergente de abertura em processos criminais na Nigéria e suas perspectivas futuras. Abertura de processos criminais refere-se à entrega de provas relevantes, tais como confissões, declarações, listas de testemunhas ou evidências científicas ao réu antes do julgamento. Até recentemente, as leis que regem a administração da justiça criminal na Nigéria continham poucas disposições que regulam a

abertura de processos criminais. A recente reforma da Administração de Leis de Justiça Criminal na Nigéria também não abordou a necessidade de fornecer regras adequadas para a abertura de processos criminais. Este trabalho examina as disposições sobre as obrigações de abertura em julgamentos criminais nas “Instruções Práticas” de dois tribunais que exercem jurisdição criminal na Nigéria. O exame revela que as disposições das “Instruções Práticas” foram elaboradas para tratar de questões de gerenciamento de casos e não especificamente para regulamentar as obrigações de abertura da acusação e defesa. O artigo mostra a direção que a regulamentação das obrigações de divulgação em processos criminais na Nigéria deve seguir.

Palavras-chave: *Abertura. Processo Penal. Equidade de armas. Escuta justa.*

REFERENCES

- A, OWUSU-BEMPAH. Defence Participation Through Pre-trial Disclosure: Issues and Implications (2013) 17 **International Journal of Evidence and Proof** 183 at p. 189, 192-199.
- ARCHBOLD. **Criminal Pleading, Evidence and Practice**, 2008.
- NIGERIA. **Constitution of the Federal Republic of Nigeria** 1999 (hereafter (CFRN)).
- ENGLAND. **Criminal Procedure and Investigations Act 1996** (England).
- ENGLAND. **Criminal Justice Act** 2003 (England).
- NIGERIA. **Criminal Procedure Act**, (Nigeria).
- NIGERIA. **Criminal Procedure Code** (Nigeria).
- C. FERGUSON-GIBERT. It is Not Whether You Win or Lose, It is How You Play the Game: Is the Legal Practitioners Act (Nigeria).
- RT. HON LORD COULSFIELD. **Review of the Law and Practice of Disclosure in Criminal Proceedings in Scotland**, August 2017, available online at <http://www.gov.scot/Resource/Doc/197545/0052835.pdf> (accessed on July 1 2018).
- Win-Loss Scorekeeping Mentality Doing Justice for Prosecutors? (2001) 38(1) **California Western Law Review**, 1.

Prosecutorial discretion and independence of the ICC prosecutor: concerns and challenges¹

David Baxter Bakibinga²

ABSTRACT

This article explores the investigative phases and initiation of proceedings through to the trial stage and how the ICC prosecutor exercises the discretionary powers and asserts independence.

Keywords: *Investigative phases. initiation of proceedings. trial stage. prosecutor exercises. Discretionary.*

1 INITIATION OF INVESTIGATIONS AND PROCEEDINGS BY THE ICC PROSECUTOR

Article 34(b) of the ICC Statute establishes the OTP - Office of The Prosecutor - as one of the organs of the court. Article 42(1) of the ICC Statute establishes the OTP as an independent organ. Regulation 13 RPE provides that the OTP shall be headed by an independent prosecutor who should act independently and impartially. The prosecutor is elected by secret ballot and by majority of the Assembly of State Parties (ASP).³

The ICC system provides for a broader triggering mechanism for

¹ Data de recebimento: 30/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² David Baxter Bakibinga is a Lawyer by training and a holder of a Bachelor of Laws (LLB) (Honours) (MUK), LLM (MUK), LLM 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. E-mail: davibak77@gmail.com

³ Article 42(4) of the Rome Statute

initiation of investigations into alleged violations of international criminal law and IHL – International Humanitarian Law. The OTP is ‘the first point of call when atrocities are committed hence the leading organ in fulfilling the mandate of the court to combat impunity’.⁴ Article 42 of the ICC Statute does outline the responsibilities and duties of the prosecutor. The same provision does protect the functional independence of the OTP from external pressure and influence.⁵ It should be noted that the independence of the OTP is not a right but rather a responsibility.⁶ The prosecutor is therefore expected to exercise her discretion judiciously.

The Statute bestows on the prosecutor *proprio motu* powers to independently initiate investigations into any given situation within the jurisdiction of the Statute.⁷ However this power is not absolute as the prosecutor requires authorization from the PTC – Pre-Trial Chamber - to commence a given investigation⁸. Ocampo asserts that the novelty of the ICC legal regime moved the court out of the ambit of the United Nations Security Council or from the whims of the States⁹. That unlike the international prosecutors to the “Ad hoc” tribunals to whom situations selected by politicians were referred the ICC does enjoy independence to select the situations to investigate. It is argued that the Statute ushered onto the international plane an independent actor whose mandate is to ensure that the rule of law prevails.¹⁰

Ocampo explains that the role of the PTC to judicially confirm selection of a situation for investigation was done to promote impartiality¹¹. Judicial supervision of the prosecutor’s discretion in

4 Scafferling C., *International Criminal Procedure*, Oxford 2012 at 149.

5 Article 42 (1) of the Rome Statute.

6 Bensouda F., ‘Challenges Related to Investigation and Prosecution of the ICC’, in (ed) Roberto Bellelli, *International Criminal Justice: Law and practice from the Rome Statute to its review*, ASHGATE, 2010 p132.

7 Article 15 Rome Statute.

8 Ocampo L.M., ‘The International Criminal Court in motion’, in Stahn C. and Sluiter G., eds, *The Emerging practice of the International Criminal Court*, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009 p 13.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.* p14.

11 *Ibid.*

exercising *proprio motu* powers was vivid in the investigations into alleged crimes against humanity in the post-election violence in Kenya¹². Some of the commentators, however, argue that prosecutorial freedom is greatly restricted under the ICC system given that it is a permanent court with permanent jurisdiction over indefinite conflicts and territories whereas the “ad hoc” and hybrid tribunals and their role in restoring and maintaining international peace and security have resulted in wide prosecutorial freedom.¹³ It may be argued that prosecutorial independence lies in the prosecutor’s decision to prosecute or not based on the facts of the case and guided by the law whether be the case referred to her, allocated to her, assigned to her or initiated by her.

When it comes to referrals by the Security Council, the prosecutor has a duty to initiate investigations but has discretionary power to conclude, after preliminary examination that there is no reasonable basis on which to proceed.¹⁴ In contrast it is argued that prosecutorial discretion under the Rome Statute is inconsistent with the functions and powers of the Security Council.¹⁵ It is claimed that the prosecutor has no right to decline conducting a preliminary examination determining that she believes that there is no reasonable basis on which to proceed.¹⁶ This argument is not tenable as the ICC was established outside the realm of the UN - United Nations, although both institutions may share similar aspirations of ensuring justice, peace and security. It follows that they are mutually supportive. It should also be conceded that the UNSC no longer has monopoly of dealing with conflict and post conflict situations involving mass atrocities in the post ICC era.

12 Situation in the Republic of Kenya Case No ICC-01/09-1, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II (Nov. 6. 2009).

13 Zahar A. and Sluiter G., *International Criminal Law*, Oxford, 2008 p357.

14 Scafferling C., *supra* n2 at 152.

15 Ohlin J., ‘Peace, Security and Prosecutorial Discretion’, in C. Stahn and G. Sluiter (eds), in Stahn C. and Sluiter G., eds, *The Emerging practice of the International Criminal Court*, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009.

16 *ibid.*

2 SELECTION OF CASES OUT OF A SITUATION

Article 53(1) of the ICC Statute outlines the considerations for the prosecutor when selecting a situation which must meet the threshold, that is, there must be a high probability that a crime listed in Article 5 of the ICC Statute was or is being committed. The prosecutor must consider whether the situation is admissible according to Article 17 ICC Statute. The gravity of the crime must be taken into account, as well as the interests of the victims and whether or not the investigation would be in the interest of justice.¹⁷ The selection of cases is very challenging but an unavoidable process as it is not practicable in terms of resources for the ICC to handle all cases.¹⁸

In instances where the prosecutor decides not to proceed with the investigation in a case referred by a state or the SC – Security Council, this can be reviewed by the referring state or the SC or by the PTC on its own motion.¹⁹ Given that independent or private prosecutions are not envisaged by the Rome Statute, it follows that after review, the PTC would refer the matter to the prosecutor for reconsideration.

3 CONDUCT OF INVESTIGATIONS

The prosecutor is enjoined with the duty to establish the truth through conducting objective investigations.²⁰ In the same vein she is permitted to execute agreements to facilitate cooperation with the states as well as organisations. The agreements may contain confidentiality provisions not to disclose information made available by the supplier but rather to use the information only as a ‘spring board’ for obtaining new evidence²¹.

17 Brubacher M., ‘Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court’, 2 J.I.C.J (2004) 71, 76
18 Danner A., ‘Enhancing the legitimacy and accountability of Prosecutorial discretion at the ICC’, 97 A.J.I.L (2003) 510, 520.

19 Article 53(3) ICC Statute.

20 Article 54 (1) ICC Statute.

21 ICC Prosecutor v Lubanga, AC, ICC-01/04-01/06-774 (OA6), 14 December 2006, Judgement on the

The investigative stage consists of three phases:

(I) pre-investigative phase under which the prosecutor evaluates the information immediately after it has been made available to her and determines whether or not there is a 'reasonable basis' to proceed and commences investigations or closes the investigations as the case may be.²² The prosecutor is empowered to seek cooperation by requesting for information from states, the UN, governmental organizations, or any other reliable sources.²³ This phase is crucial as it acts as the sieving process for credible information that would merit investigation and protects the rights of individuals as it also facilitates the proper identification of the actual suspects. It follows that the prosecutor is not permitted to embark on 'fishing expeditions' to the detriment of individual rights or state sovereignty.²⁴

(II) The investigation phase follows after the questioning of the suspect and where the prosecutor evaluates the information and determines whether or not there is a sufficient basis to proceed and commences prosecution or as the case may end the investigation.²⁵ Furthermore under this phase the prosecutor develops one or several cases out of a situation and collects both incriminating and exonerating material in respect to the individual suspect.²⁶

(III) The prosecution phase involves the prosecutor conducting further investigations and preparing the case for the confirmation of the charges.²⁷

4 MERITS AND DEMERITS OF AN INDEPENDENT PROSECUTOR

The concept of prosecutorial independence and discretion are

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', para 35.

22 Article 53 (1) ICC Statute.

23 Article 15(2) ICC Statute and Rule 104 RPE.

24 Safferling C., *International Criminal Procedure*, Oxford 2012, p 230.

25 Article 53 (2) and (3) ICC Statute and Rule 48 RPE.

26 Article 54(1) (a) ICC Statute.

27 Article 61 ICC Statute.

mutually supportive of each other. Prosecutorial discretion evolves from the need to exercise selection in the institution of criminal proceedings rather than automatically doing so thereby preventing the system from being overburdened by frivolous cases.²⁸ In the absence of prosecutorial discretion the international criminal justice system or indeed any criminal justice system 'would grind to a halt'.²⁹ The prosecutors for the "Ad hoc" tribunals are vested with powers to initiate investigations at their discretion on the basis of information received by them.³⁰ In contrast the ICC prosecutor requires authorization to initiate an investigation from the PTC. It follows that although the prosecutors for the "Ad hoc" tribunals have a limited jurisdiction *loci, temporis* and *materiae*, they enjoy wider latitude in exercising their discretion than the ICC prosecutor over whom the PTC enjoys oversight control. In *Jelisić Appeals Judgment*, Judge Wald in her partial Dissenting opinion reiterated that:

The Statute provides for an independent prosecutor as one of three coordinate branches of the tribunal... Article 19 provides that when the prosecutor has prepared an indictment, it shall be transmitted to a judge of the Trial Chamber who 'shall' confirm it if satisfied that a "prima facie" case has been established.... Nowhere in the Statute is any chamber of the ICTY - International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia - given authority to dismiss an indictment or any count there in because it disagrees with the wisdom of the prosecutor's decision to bring the case.... Any such decision based on 'judicial economy' inevitably reflects judges' views as to which cases are 'worthy' and which are not. That, however, is the job of the prosecutor who must calibrate legal and policy considerations in making her choices on how to utilize limited resources. To recognize a parallel power in judges to accept or reject cases on extra-legal grounds invites challenges to their impartiality as exclusively definers and interpreters of the law.³¹

28 Jallow H.B., 'Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice', J.I.C.J (2005) pp 145-161 at 145.
29 *ibid.*

30 See Articles 17 ICTR and 19 ICTY Statutes.

31 Partial Dissenting opinion of Judge Wald, Judgement, *Jelisić*, IT-95-10-A, AC, 5 July 2001 para 4.

Nevertheless the TC of the “Ad hoc” tribunals is enjoined to confirm the indictment before the commencement of proceedings; hence at that stage the prosecutor’s discretion is fettered.³² It should be noted that no discretion is absolute and unfettered. The notion of prosecutorial independence is interwoven ‘with the concepts of fairness, transparency, incorruptibility, freedom from outside influences, decision making based on evidence objectively assessed, and sound public interest principles’³³. It follows that the exercise of prosecutorial discretion is an indispensable element of any criminal justice system hence the justified reluctance by the courts to interfere with the exercise of prosecutorial discretion except in instances where there is outright abuse.³⁴ It should be noted that the exercise of discretion goes hand in hand with the obligation to enforce the law.

Ocampo argues that the international community should desist from resolving violent conflicts through negotiations. He calls for the enforcement of the Rome Statute as a tool to deter crime³⁵. The implication of this supposition is that the Rome Statute is a ‘silver bullet’ that is meant to fix or resolve all the violent disputes that involve commission of mass atrocities. It is evident that as the pioneer prosecutor of the ICC he got caught up in a time warp that does not realize the limits of criminal prosecutions. It should be noted that even in national jurisdictions, several mechanisms especially in post conflict societies are employed to resolve long standing disputes.

Schabas avers that an independent prosecutor under the ICC system has not helped with the effective management of international criminal justice.³⁶ He notes that the over emphasis on prosecutorial independence has been counterproductive as there has been lack of

32 Article 18 ICTR Statute.

33 Jalloh H.B, supra n26 at 154.

34 *Ibid* at p156.

35 Ocampo, supra n6 p18.

36 Prof Schabas, at conference entitled “Unimaginable Atrocities”: International Criminal Tribunals, Politics and Human Rights’, organized by UCD Institute of Criminology and the International Law Association-ILA held 18- 19th November 2011 at Dublin Republic of Ireland.

flexibility in viewing certain situations. The vivid example of the lack of flexibility and good judgment is in the prosecutor's handling of the LRA – Lord's Resistance Army - situation that led to the collapse of the Juba peace talks when the prosecutor insisted on not withdrawing the arrest warrants and allow for a deferral.

It has been asserted that although the prosecution gained its independence from the court during the Lubanga case, it would appear to have lost it to outside forces like the UN and states³⁷. It is further opined that the UN in particular is reluctant to let go of its firm hold on the prosecutor while in the same vein it undermines the independence of the judges and their role as custodians of fair trial rights.³⁸

5 LIMITATIONS ON PROSECUTORIAL POWERS AND THE RATIONALE

Bassiouni points out one of the key limitations to the ICC prosecutor's powers as being the Security Council's deferral powers under Article 16 of the ICC Statute.³⁹ He posits that deferral of an investigation of a given situation would make it impossible to gather the evidence thereby compromising any future prosecution.⁴⁰ It may be argued that the provision envisaged the UN's role of using both the enforceable and non-enforceable measures under Chapter VII and VI of the Charter respectively. However in a situation where there is failure of the UN measures following a deferral that would be a damning indictment on the ICC as an institution. The UN lukewarm action in Rwanda before and during the genocide still lingers on.⁴¹

Ntanda-Nsereko asserts that the review of the proceedings of the

37 Stuart H.V., 'Case comment: The ICC in trouble', J.I.C.J (2008) 6 (3) pp409-419 at 415.

38 *ibid*.

39 Bassiouni C.M., *The Legislative History of the ICC: Introduction, Analysis and Integrated Text; International and Comparative Criminal Law Series*, Transnational Publishers 2005 Vol 1 p168.

40 *ibid*.

41 Nygren Krug H., 'Genocide in Rwanda: Lessons Learned and future challenges to the UN human rights system', *Nordic Journal of International Law*, vol 67, No.2, 1998, pp 165-213.

OTP helps to check the prosecutor's exercise of their discretionary powers, protect members of the public from frivolous, mischievous, and oppressive prosecutions, and save the tribunal's time and resources.⁴² The measures keep an overzealous prosecutor in check to avoid abuse of the legal process.

It is noted that the PTC plays a vital role that requires professional due diligence by the prosecutor. The PTC is 'akin to a defendant-friendly chamber and a watchdog for compliance with due process requirements'.⁴³ Scheffer submits that the oversight function of the PTC is essential.⁴⁴ He explains that "the balance was critical to require the prosecutor to meet evidential standards and thresholds for warrants of arrest and indictments while the PTC stands as the reasoned gatekeeper, ensuring that the prosecutor is not a zealot, that he or she proves reasonable or substantial grounds based on the evidence and that he or she stands on solid legal reasoning before the gate is opened by the PTC judges".⁴⁵

It is reiterated that at the international level the powers of the prosecutor are enormous because he/she is in a position to prosecute even government officials and heads of states. Therefore the Rome Conference placed a system of checks and balances for the prosecutor with a view of preventing the institution of frivolous or politically motivated charges.⁴⁶ Cassese affirms that the triggering options of a state referral or a referral by the UNSC guarantees political control and ensures respect for state sovereignty.⁴⁷

The PTC exercises control over the investigating authority of the prosecutor in order to protect state sovereignty and safeguard the rights of the individual persons involved. It is asserted that the

42 Ntanda-Nsereko D.D., 'Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals', Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor (2004) 12.

43 Scheffer D., 'A review of the experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the ICC regarding the disclosure of evidence', L.J.I.L. 2008 21 (1), 151-163 at 154.

44 *Ibid* 153.

45 *ibid*.

46 Safferling C., *International Criminal Procedure*, Oxford, 2012 at 231.

47 Cassese A., *International Criminal Law*, 2nd Ed, Oxford 2008, p388.

prosecutor has a double function. Firstly as an investigator to obtain materials objectively and aid the truth finding process. Secondly, as a court room expert where he or she represents the general interest in the restoration of peace and security by filling the gap of impunity.⁴⁸

6 COMPARISON BETWEEN POWERS OF THE PROSECUTOR OF THE ICC AND OF THE “AD HOC” TRIBUNALS

“Ad hoc” tribunals are creatures of the Security Council exercising its mandate under Chapter VII of the UN Charter.⁴⁹ Schabas observes that the ICTY was established with instructions to prosecute the most senior offenders of crimes in violation of international humanitarian law and international criminal law within the court’s jurisdiction.⁵⁰ He points out that the OTP and the Tribunals opted to uniformly prosecute offenders across the division of the conflicts in former Yugoslavia.⁵¹ However, it is avered that the “Ad hoc” tribunals were marred by several shortcomings mainly for administering justice selectively.⁵² As noted above, selective prosecutions are inevitable due to various reasons.⁵³ The tribunals have placed a high burden on all accused who allege bias on the part of the prosecutor.⁵⁴ The tribunal will only rule in favour of the accused if persons with similar standing as the accused are not selected for prosecution.

It should be noted that the ICTY prosecutions were triggered pursuant to an International Fact-Finding Commissions of the Security

48 Safferling *supra* n44 at 157.

49 The ICTY was established by the UNSC under Sec Res 827 Adopted 25 May 1993 whereas the ICTR was established by SC Res 955 1994.

50 Schabas W.A., ‘International Criminal Tribunals: A review of 2007’, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol 6, Issue 3, Spring 2008 p387.

51 *ibid*.

52 Cassese A., ‘The International Criminal Court Five Years On: Andante or Moderato?’ in Stahn C. and Sluiter G., eds, *The Emerging practice of the International Criminal Court*, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009 pp21-30 at p22.

53 See, J.A. Goldston, ‘More candour about criteria: The exercise of discretion by the prosecutor of the ICC’, *JICJ*, vol 8 Issue 2, pp383-406 (2010).

54 See, Schabas W.A., ‘Victor’s Justice: Selecting “Situations” at the ICC’, 43 *J. Marshall. L. Rev* 535 (2009-2010) at 536-8.

Council hence were imposed on the OTP, whereas the Rome Statute does increase the trigger mechanism and proffers a balanced approach of investing an entire situation.⁵⁵ Cassese argues that the ICC's universal approach of dispensing justice would result into attainment of the ideal of international criminal justice.⁵⁶

The other outstanding innovation which the OTP of the "Ad hoc" tribunals did not have is the duty the Rome Statute places on the ICC prosecutor to investigate both inculpatory and exculpatory evidence equally with a view of establishing the truth.⁵⁷

Cassese summaries the differences between the ICC prosecutor and those of the "Ad hoc" tribunals as follows:

The prosecutor remains the pivotal body of the ICC. Indeed, he is the most powerful character on the scene, the person that decides absent a referral by a state or SC what situation to investigate, that is, what country to select (in this respect, he/she has of course greater powers than those accruing to the ICTY or ICTR - International Criminal Tribunal for Rwanda prosecutors, when and against whom to begin prosecutions. In short, he is endowed with all the powers enabling him to be the driving force of the ICC.⁵⁸

As noted above prosecutorial discretion and independence under international criminal justice is affected by many extra-legal issues which makes the job an international prosecutor an unenviable one.

7 LAWS IN THE ICC SYSTEM

Katzman is disconcerted by the fact that the OTP withheld potentially exculpatory evidence yet under the ICC Statute the defense relies on the prosecution's good faith, cooperation in obtaining evidence.⁵⁹

⁵⁵ Schabas W.A, *supra* n48 at p390.

⁵⁶ Cassese A., *supra* n50.

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ *ibid.* p25.

⁵⁹ Katzman, R., 'The non-disclosure of confidential exculpatory evidence and the Lubanga proceedings: How the ICC defense system affects the accused's right to a fair trial', Volume 8, Issue 1 (Fall 2009)

It is noted that the two tier defense system, that is, of the 'situation phase' and 'case phase' set up is disjointed and avails the prosecutor an opportunity to abuse her power.⁶⁰ The need for the accused person to defend himself in that two tier system is cumbersome and ambiguous in terms of the different standards of proof for each stage.

The ICC faces a lot of criticism over its investigative policy. Judge Sylvia Steiner in her 20 June decision was keen to note that the prosecution had adopted 'reckless' investigative techniques during the initial investigations into the Democratic Republic of the Congo situation.⁶¹ The OTP's reliance on information gathering and witness sourcing by Non-Governmental Organizations and incumbent governments has put the court's credibility at stake.⁶² In the 'absence of direct investigations, the ICC has adopted a position of willful blindness when it comes to the crimes of those political leaders with whom it has had to carry favour in order to arrest those individuals they seek to try'⁶³. Cadman observes that in the eyes of many African commentators, there is a clear manifestation that the ICC is 'merely a European-sponsored service delivering "victor's justice" by enabling African leaders to remove political opponents.'⁶⁴ In other words, the reliance on state cooperation to guarantee safety and security to the ICC investigators raises questions as to whether such investigations are objective or not. Thus far the situations investigated in the Congo, Central African Republic, Uganda, Sudan do allude to this likelihood. In fact the ICC prosecutor is on record having conceded that the OTP in the Darfur situation never set foot on the ground⁶⁵. The unorthodox

Northwestern Journal of International Human Rights pp 78-101 at 78.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ ICC Prosecutor v Katanga et al, ICC-01/04-01/07, Decision on Article 54 (3) (e) Documents identified as potentially exculpatory or otherwise material to the Defence's preparation for the confirmation Hearing, 20 June 2008, para 56.

⁶² Cadman T., 'The International Criminal Court's many flaws can't simply be glossed over', The Guardian, Thursday 28 June 2012 www.guardian.co.uk.

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ *ibid.*

⁶⁵ Bensouda F., 'The ICC Statute- An insider's perspective on a Sui Generis system for global justice', N.C.J INT' LL & COM REG. Vol XXXVI [2011] pp 277-285.

methods adopted were extremely risky in terms of the likelihood of manipulation and concealment of the truth over the conflict in Darfur.

It is propounded that under international criminal proceedings it is much easier for the prosecution to gather incriminating evidence than it would be for the defense to collect exculpatory material.⁶⁶ It is in that vein that the ICC Statute under Article 54 (1)(a) and (f) seeks to recompense the drawback of the defense by compelling the ICC prosecutor to investigate incriminating and exonerating circumstances alike and disclose all evidence to the defense that appears relevant to both, the defense or the prosecution case.⁶⁷ But given the obligation of confidentiality which is likely to conflict with the duty of disclosure this out right burden on the prosecutor seems to be flawed.

The requirement for the conduct of criminal investigations during an ongoing conflict needless to mention may imperil the victims, witnesses and other sources of information. The Rome Conference sought for the prosecutor to implement what the Permanent International Fact Finding Commission⁶⁸ has thus failed to do under the Geneva Conventions regime. The Commission was established in 1991 to investigate grave breaches or other violations of IHL. However, the findings are not made public at the behest of the parties.⁶⁹ Such is an arena the ICC prosecutor is meant to conduct investigations. It is evident that this was never thought through as the situations in the DRC and Darfur, Sudan have shown. It follows that Article 54(3) (e) of the Statute provides for the execution of confidentiality agreements for the effective protection of the individuals who provide sensitive information; however, the agreements are only solely for the purpose of generating new evidence. In respect to the DRC situation, it is contended that the OTP should have first investigated and independently verified the alleged information without having hastily

66 Swoboda S., 'The ICC Disclosure regime: A defense perspective,' *Criminal Law Forum* 2008 pp 449-472 at 450.

67 *ibid.*

68 Article 90 API establishes the Commission.

69 Article 90 (5) *ibid.*

executed agreements of confidentiality with the information givers.⁷⁰

It is pointed out that disclosure matters make the work of the PTC and TC cumbersome yet to outcomes are not agreeable to the parties.⁷¹ It is further asserted that matters of disclosure continue even after confirmation of the charge the implication being that the entire procedure of disclosure before the PTC is superfluous and a waste of valuable resources.⁷² Although the procedures are well intentioned, there are a lot of interests and human rights considerations placed on the prosecutor in respect to the accused, witnesses, victims, states, organisations and yet they are crammed in one process which complicates the work of the ICC prosecutor.

8 CONCLUSION

In light of the legal and other practical challenges faced by the ICC prosecutor, it is an enormous task to exercise her discretion in comparison with the prosecutors of the “Ad hoc” tribunals. Although no discretion unfetters the legal measures under which the prosecutor’s discretion was placed make the exercise of the mandate very challenging. The seemingly conflicting legal obligations the prosecutor faces do affect how she has to comply with the Statute without placing one obligation over another and at the same time safe guarding her discretion as an organ of the court.

⁷⁰ Swoboda S., *supra* n 67 at 470.

⁷¹ Stuart H.V., ‘Case Comment: The ICC in trouble’, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 6(3) pp 409-417 at 410.

⁷² *ibid.*

DISCRICIONARIEDADE PERSECUTORIA E A INDEPENDÊNCIA DO PROCURADOR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: PREOCUPAÇÕES E DESAFIOS

RESUMO

Este artigo explora as fases investigatórias e o início dos procedimentos através da fase de julgamento e como o procurador do tribunal penal internacional executa os seus poderes discricionários e afirma sua independência.

Palavras-chave: *Fases investigativas. Inicialização de processos. Fases do julgamento. Exercícios da promotoria. Discricionariedade.*

REFERENCES

- BASSIOUNI C.M., **The Legislative History of the ICC: Introduction, Analysis and Integrated Text; International and Comparative Criminal Law Series.** Transnational Publishers 2005 Vol 1
- CASSESE A., **International Criminal Law.** 2nd Ed, Oxford 2008
- SCAFFERLING C., **International Criminal Procedure.** Oxford 2012
- ZAHAR A. AND SLUITER G., **International Criminal Law.** Oxford, 2008
- BENSOUDA F., **The ICC Statute- An insider's perspective on a Sui Generis system for global justice.** N.C.J INT' LL & COM REG. Vol XXXVI [2011] pp 277-285.
- BENSOUDA F., **Challenges Related to Investigation and Prosecution of the ICC.** in (ed) Roberto Bellelli, International Criminal Justice: Law and practice from the Rome Statute to its review, ASHGATE, 2010.
- BRUBACHER M., **Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court.** 2 J.I.CJ (2004) 71.
- CASSESE A., **The International Criminal Court Five Years On: Andante or Moderato?.** in Stahn C. and Sluiter G., eds, The Emerging practice of the International Criminal Court, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009 pp21-30.
- DANNER A., **Enhancing the legitimacy and accountability of Prosecu-**

torial discretion at the ICC. 97 A.J.I.L (2003) 510.

J.A. GOLDSTON, **More candour about criteria: The exercise of discretion by the prosecutor of the ICC.** JICJ, vol 8 Issue 2, pp383-406 (2010).

JALLOW H.B., **Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice.** J.I.C.J (2005) pp 145-161.

KATZMAN, R., **The non-disclosure of confidential exculpatory evidence and the Lubanga proceedings: How the ICC defense system affects the accused's right to a fair trial.** Volume 8, Issue 1 (Fall 2009) Northwestern Journal of International Human Rights pp 78-101.

NYGREN KRUG H., **Genocide in Rwanda: Lessons Learned and future challenges to the UN human rights system.** Nordic Journal of International Law, vol 67, No.2, 1998, pp 165-213.

OCAMPO L.M., **The International Criminal Court in motion, in Stahn C. and Sluiter G.** eds, The Emerging practice of the International Criminal Court, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009.

OHLIN J., **Peace, Security and Prosecutorial Discretion.** in C. Stahn and G. Sluiter (eds), in Stahn C. and Sluiter G., eds, The Emerging practice of the International Criminal Court, MartinusNijhoff, Leiden-Boston, 2009.

SCHABAS W.A., **Victor's Justice: Selecting "Situations" at the ICC.** 43 J. Marshall. L. Rev 535 (2009-2010).

SCHABAS W.A., **International Criminal Tribunals: A review of 2007.** Northwestern Journal of International Human Rights, Vol 6, Issue 3, Spring 2008.

SCHEFFER D., **A review of the experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the ICC regarding the disclosure of evidence.** L.J.I.L 2008 21 (1), 151-163.

STUART H.V., **Case comment: The ICC in trouble.** J.I.C.J (2008) 6 (3) pp409-419.

SWOBODA S., **The ICC Disclosure regime: A defense perspective.** Criminal Law Forum 2008 pp 449-472.

Statutes

The Rome Statute to the International Criminal Court U.N.T.S, U.N Doc A/ Conf. 183/9.

The ICC Rules of Procedure and Evidence ICC-ASP/1/3 Adoption 09/09/2002 E.i.f 09/09/09.

The ICTY Statute Adopted 25 May 1993 by SC Resolution 827 (as Amended).

The ICTR Statute Adopted 8 November 1994 by SC Resolution 955 (as Amended).

Case law

ICC Prosecutor v Katanga et al, ICC-01/04-01/07, Decision on Article 54 (3) (e) Documents identified as potentially exculpatory or otherwise material to the Defence's preparation for the confirmation Hearing, 20 June 2008.

ICC Prosecutor v Lubanga, AC, ICC-01/04-01/06-774 (OA6), 14 December 2006, Judgement on the Appeal of Mr. Thomas LubangaDyilo against the Decision of the PTCI entitled 'Second Decision on the Prosecution Requests and amended requests for Redactions under Rule 81'.

Prosecutor v Jelusic, IT-95-10-A, AC, 5 July 2001.

Situation in the Republic of Kenya Case No ICC-01/09-1, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II (Nov. 6. 2009).

Papers

Ntanda-Nsereko D.D., 'Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals', Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor (2004) 12.

Prof Schabas, at conference entitled "Unimaginable Atrocities": International Criminal Tribunals, Politics and Human Rights', organized by UCD Institute of Criminology and the International Law Association-ILA held 18- 19th November 2011 at Dublin Republic of Ireland.

News Articles

Cadman T., 'The International Criminal Court's many flaws can't simply be glossed over', The Guardian, Thursday 28 June 2012 www.guardian.co.uk.

La flagrancia como procedimiento expeditivo y el resguardo de los derechos fundamentales¹

Fernando M. Rodrigo²

RESUMEN

En el presente artículo se analiza el concepto procesal de flagrancia como situación fáctica que permite la limitación de derechos y libertades fundamentales. Concretamente, se pretende definir la flagrancia como circunstancia habilitante de la adopción de una medida cautelar sobre la libertad ambulatoria y sobre la injerencia en los derechos de la persona sometida al proceso penal. Asimismo, se analizan los principios rectores de procedimientos inmediatos o expeditos para casos de flagrancia regulados en diferentes digestos normativos en materia procesal penal, y su relación con el estado de inocencia y el actuar del Fiscal que se encuentra a cargo de la investigación penal. Se considera la utilización de la declaración del coprocesado en tanto prueba de cargo para la condena en casos penales en general y en especial en hechos flagrantes. Por último, se consideran las situaciones donde, un avance legitimado en la privacidad de las personas, provoca la verificación flagrante de un hecho ilícito ajeno al que diera progreso a la injerencia.

¹ Data de recebimento: 21/06/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

² Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); exPresidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina - Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina) - Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Penal I -Parte General-); exProfesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) -ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y de International Association of Prosecutors (IAP). E-mail: fernandorodrigo1@gmail.com

Palabras clave: *Flagrancia delictiva. Derechos fundamentales. Presunción de flagrancia. Proceso Penal.*

1 LA FLAGRANCIA Y EL SISTEMA PROCESAL

El sistema procesal es uno de los instrumentos decisivos para la libertad política, pues resulta el ámbito fundamental a través del cual se desenvuelve y dinamiza la potestad del Estado. Por eso, cada instituto, concepto o tipo escogido dentro de los códigos procesales, determina el aseguramiento de las dos referencias que hacen a la vida en sociedad: la libertad y el orden.

Estos aspectos se ven reflejados necesariamente en el análisis de la flagrancia, puesto que la misma caracteriza un comportamiento por su evidencia, permite avanzar, limitando la libertad de movimiento e incluso la intimidad del sujeto observado, para neutralizar un delito en progreso o sus consecuencias; al mismo tiempo esa evidencia haría, aparentemente, indiscutible el juicio -certeza- sobre la naturaleza ilícita de lo observado.

La flagrancia desenvuelve su competencia normativa a través de dos instancias diferentes: legitimando las restricciones a derechos fundamentales³ y aportando eficacia demostrativa (probatória) sobre el hecho y la imputación personal.

Por un lado, en el primer nivel de incidencia, se verifica particularmente justificando ciertas injerencias en la libertad ambulatoria y en la privacidad de las personas que han sido percibidas en la flagrancia delictiva.

Por el otro, en una instancia secundaria y merced a la aptitud que se le reconoce a la flagrancia dentro de la consideración misma del objeto del proceso penal, se le concede importancia para alcanzar la verdad sobre los hechos. Verdad que incluye la comprensión normativa de lo acontecido de cara a la estructura dogmática que

³ YACOBUCCI, 2017, p. 37.

configura el injusto culpable. Una consecuencia de esa apreciación es el vínculo de la flagrancia -en muchos casos- con formas especiales de procedimiento marcadas por la inmediatez con el suceso y la brevedad de los plazos para la resolución sobre el fondo del conflicto.

Limitación de derechos y celeridad resolutoria como corolarios de la flagrancia, se explican en virtud de la idea generalizada de que lo empírico, evidentemente, resulta de sencilla apreciación, aún en el ámbito normativo, que es aquel donde se desenvuelve la imputación penal.

Como explica Taruffo, no se está propiamente hablando de un fundamento para distinguir de manera tajante entre una verdad procesal y una verdad real. Sucede que el proceso puede limitar, reglar o condicionar la búsqueda de la verdad, pero eso no significa que se persiga una verdad diversa dentro del proceso de aquella que se podría descubrir fuera de este. La verdad procesal es limitada o incompleta en razón del cauce formal al que se halla atada⁴, es que la verdad absoluta no existe⁵, es más bien un problema filosófico, tal verdad es imposible de alcanzar en un proceso, de hecho, la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio,

pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiende del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras, como la física y las matemáticas, pretenden ser ya capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa⁶.

4 TARUFFO, 2010, ps. 101 y ss.

5 Debe agregarse a las dificultades señaladas, las que provienen o son impuestas por las propias normas jurídicas "que obligan siempre (por lo menos en un estado de Derecho) a tener en cuenta y a respetar en esta tarea determinados principios y derechos fundamentales del acusado, que impiden la valoración de pruebas obtenidas ilícitamente o con violación a los derechos fundamentales", en MUÑOZ CONDE, 2007, p. 14.

6 TARUFFO, 2002, p. 26.

2 APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN NOMINAL DE FLAGRANCIA

La palabra “flagrante” tiene origen latino en los términos *flagrans* o *flagrantis*, en su función adjetiva señala la actualidad de la ejecución, en tanto en su forma adverbial es indicativa de que el observador tiene ante sí el desarrollo de algo, en materia penal, de un delito⁷. En su formación latina de naturaleza verbal se refiere pues a lo que está en llamas y ardiendo; en otras palabras, lo flagrante es tanto lo que despidе luz: “Que flagra”; como lo “que se está ejecutando actualmente”. También “de tal evidencia que no necesita pruebas. Contradicción flagrante”. Y la locución en flagrante: “En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir”.

Los anglosajones utilizan la idea de estar en o al rojo, en caliente o de red hands, para expresar una situación análoga, en tal sentido y como regla general en lo referente a las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (SC U.S.) ha dado especial relevancia al momento y lugar en que tuvo lugar el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo, habiendo convalidado arrestos sin mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos (“United States v. Watson” 423, U.S., 411 -1976-), como también los verificados al interceptar un vehículo.

Es así que el delito descubierto en flagrancia está claro (o parece estarlo). La presencia de la autoridad o del público en el momento mismo de la ejecución echan luz sobre los hechos⁸, de acuerdo al brocardo, *in claris cessat interpretatio*, en el proceso penal, *in claris cessat investigatio*.

7 En alemán, el hecho flagrante es literalmente el “hecho exhibido públicamente” (*offenkundige Tatsache*).

8 Bien que “el delito solo se considera in flagranti respecto del que haya presenciado su perpetración”, en RUBIANES, 1978, Tomo III, p. 107.

Manzini expone que

la noticia de un hecho constitutivo de delito se puede tener del modo más inmediato y convincente mediante la asistencia a la perpetración de ese mismo hecho, o por efecto de consecuencias o reacciones inmediatamente producidas por él (...) El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente”⁹.

En el mismo sentido, Cabanellas:

En flagrante. Esta locución adverbial requiere la concurrencia de dos circunstancias, una de ellas de índole penal y de carácter procesal la otra. Lo primero se refiere a la etapa de comisión u omisión punible, por la que atraviesa necesariamente todo delito consumado o en grado notorio de ejecución; lo segundo se relaciona con la observación de la actividad delictiva por uno o más testigos y con la detención del responsable antes de haber concluido la manifestación delictiva y haberse puesto a salvo, lejos del lugar de los hechos o luego de haber podido adoptar, aun permaneciendo en ellos, actitud de inocencia, cuando menos aparente¹⁰.

En el Antiguo Testamento, la infracción descubierta en flagrancia merecía pena mayor que la presumida tras las rudimentarias y dudosas investigaciones de época. En Levítico 20, 10 se estatuye que la mujer sorprendida en adulterio flagrante debía ser lapidada, norma que fue abrogada con la venida misericordiosa de Cristo: Juan 8, 4. En tanto que el profeta Jeremías habla de cómo queda avergonzado un ladrón cuando es descubierto (Jeremías 2, 26).

En la actualidad, la función principal del instituto es excepcionar el principio de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, diferentes constituciones nacionales receptan ello, verbigracia, art. 18 de la Constitución de la República Argentina, art. 12 de la Constitución de la República del Paraguay o el

⁹ MANZINI, 1953, Tomo IV, p. 128.

¹⁰ CABANELLAS, 1981, Tomo IV, p. 83. El mismo autor y en el mismo lugar desarrolló una sutil disquisición entre flagrante delito y delito flagrante; como entre legítima defensa y defensa legítima.

art. 5° inc. LX de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Tras establecer lo antedicho, los códigos se dedican a definir (actividad peligrosa) la flagrancia, con los acostumbrados matices y variaciones del folklore procesal penal. En tanto que la sesuda doctrina clasifica distintas formas de flagrancia: la flagrancia a secas o propia, la flagrancia impropia o cuasiflagrancia y la flagrancia presunta o ficta.

Y por cierto que el delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia, por ejemplo, un secuestro de persona (delito permanente) puede llevar ya meses o años, pero no cesa por ello de ser flagrante si se sorprende al delincuente en el acto de proseguir la custodia de su víctima¹¹. De acuerdo a la Corte Federal alemana (Bundesgerichtshof), en sentencia del 10-04-2002 – NJW 2002, 2115, el holocausto del gobierno nacionalsocialista fue infligido “en flagrancia”, en cuyo caso toda actividad probatoria sobre la existencia del hecho resulta dispendiosa, para Krehl, “la flagrancia convierte el hecho en público y notorio, incluso para el tribunal”¹².

3 FUNCIONALIDAD DEL TIPO DE FLAGRANCIA

3.1 Proporcionalidad y razonabilidad en las injerencias en derechos fundamentales

La idoneidad, necesidad, eficacia y relación de adecuación con el fin no pueden progresar entonces, si la autorización de la injerencia no se encuentra antes establecida por una ley¹³. La flagrancia es un supuesto normativo que, al formularse mediante la legislación pro-

11 SOLER, 1992, Tomo II, ps. 191/3.

12 KREHL, 2013, p. 544.

13 “El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas”, en GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 308; con cita de BVerfGE 7, 377; 8, 71; 13, 97; 78, 77; y 79, 29.

cesal penal, actúa como circunstancia legitimadora de la operatoria de los funcionarios y debe ser puesta en relación con el principio de proporcionalidad, además de su evaluación en términos de tipicidad conceptual. Los modelos procedimentales en la materia son modos de concreción de las exigencias constitucionales para justificar el avance sobre la intimidad o privacidad de las personas¹⁴.

La razonabilidad y proporcionalidad vinculan medios y fines no de manera meramente instrumental sino implicándolos en su valoración material¹⁵. En el derecho penal, tanto sustantivo como procesal, la razonabilidad se ejerce en gran medida a través de la proporcionalidad cuando se habla de limitaciones de derechos y libertades en aras de objetivos de seguridad y punibilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción”¹⁶.

Este paradigma opera en dos direcciones, la primera como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales, y la otra dirección está dada como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas o no culpables y el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa y correcta averiguación.

14 YACOBUCCI, 2017, p. 37.

15 SANGUINÉ, 2014, cap. Sexto.

16 Corte IDH, caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia de 06 de mayo de 2008, párr. 63. Asimismo, sostuvo que “la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de (un) derecho (...)”, cfr. caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 123.

Estas dos direcciones del garantismo penal corresponden a dos fines, que a juicio de Ferrajoli justifican el poder punitivo

“la prevención de los delitos, es decir, de los ataques injustos; la prevención de las penas informales o excesivas, es decir, de los castigos injustos. Las finalidades preventivas del primer tipo, o sea, la tutela de los ciudadanos frente a los posibles delincuentes, se procuran mediante las garantías, primarias y secundarias, que consisten, en los límites impuestos a las meras libertades salvajes de los asociados por las normas penales, primarias y secundarias, que establecen, respectivamente, los delitos y las penas. Las finalidades preventivas del segundo tipo, es decir, la tutela de los posibles culpables de delito frente a los abusos punitivos, se persiguen a través de las garantías penales y procesales, primarias aquéllas y secundarias éstas, consistentes en límites impuestos a la potestad punitiva por los derechos de libertad y por las normas procesales. De ahí la relevancia constitucional del derecho penal”¹⁷.

Sobre esos razonamientos, Sanguiné critica la orientación punitiva que fundamenta la aprehensión en flagrancia y descarta que pueda dirigirse a objetivos de ejemplaridad -exigencia de ejemplaridad- o para satisfacer la opinión pública a través de una intervención eficaz y pronta del órgano estatal¹⁸.

Cuando se habla de proporcionalidad, se hace referencia a los elementos propios de un sistema jurídico que se atiene a las exigencias del Estado de derecho; en este caso, se expresan a través de los criterios de idoneidad (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y la exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto (*Zumutbarkeit*) en el trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano¹⁹, es que el principio de proporcionalidad tiene una función institucional que opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios y derechos constitucionales, en este sentido el

17 FERRAJOLI, 2011, Volumen II, p. 347.

18 SANGUINÉ, 2014, ps. 166 y ss.

19 HASSEMER, Wilfried, El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales, en AA.VV., Límites al derecho penal, Atelier, Barcelona, 2014, ps. 193 y ss.

Tribunal Constitucional de España (TCE) ha expresado que

(e)l ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (...)"²⁰.

3.2 Un proceso breve: celeridad procesal y garantías

La legitimación de las injerencias y de la proporcionalidad que surge de las situaciones de flagrancia se relaciona con una segunda consideración de naturaleza funcional, con sistemas especiales de procedimiento para los casos de flagrancia, que ofrecen la oportunidad de un juzgamiento abreviado, como por ejemplo lo establece la Ley N° 27.272²¹ que disciplina un esquema dentro del Código Procesal Penal de la Nación (Argentina), el de la Ley N° 13.811²² que lo incorpora al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), la Ley N° 13.472²³ que lo introduce en el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe (Argentina), en el derecho com-

20 STCE 55/1996, 28 de marzo de 1996; en el mismo sentido, y con anterioridad, puede v. en SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5°; 66/1985, fundamento jurídico, 1°; 19/1988, fundamento jurídico 8°; 85/1992, fundamento jurídico 5°; 50/1995, fundamento jurídico 7°). Incluso ha hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia en: SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6°; 50/1995, fundamento jurídico 7°; 173/1995, fundamento jurídico 2°), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6°), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3°; 50/1995, fundamento jurídico 7°) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6°), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.

21 Puede c. en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268408/norma.htm>; se ha declarado la constitucionalidad del procedimiento especial a nivel nacional, verbigracia, por Cámara Nacional Criminal y Correccional (CN Crim. Y Correc.), sala VII, 15/12/2016, in re "A., L. s/ Hurto. Inconstitucionalidad. Nulidad. Excarcelación".

22 Puede c. en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-13811.html>

23 Puede v. en <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=248747&item=127354&cod=0ff95bb13e3c457445e3f03330d575e1>

parado se encuentra regulado, verbigracia, en el Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela (arts. 372 y siguientes), el Código Procesal Penal de la República del Perú (arts. 446 y ss., conforme Decreto Legislativo N° 1194), por otra parte un modelo diferente a los citados, sobre el que puede reflexionarse, se encuentra en el Codice di Procedura Penale della Repubblica Italiana.

La consideración jurisdiccional de esos casos, aún dentro de un proceso simplificado, debe atender a dos factores que por principio resultan indisponibles. El primero es analizar la prueba de cargo presentada por el acusador, ya que esta, incluso en casos de flagrancia, debe atenerse al marco de legalidad y constitucionalidad que disciplina toda imputación penal. Desde una segunda perspectiva, la atención debe ser dirigida a la eficacia demostrativa de esos elementos de juicio, pues la evidencia debe ser sostenida dentro de una instancia de contradicción, o si se quiere debate, donde pueden concurrir pruebas que pongan en crisis inicial suficiencia de lo observado o recogido en la escena del hecho.

La cuestión aparece vinculada con el respeto por las garantías y la búsqueda de la eficacia. En general estos aspectos se presentan en una relación dialéctica, como si fueran confronte donde se tiene que optar por uno de los términos²⁴. La realidad es que no puede haber un sistema procesal eficaz sin garantías que aseguren la legalidad y legitimidad de las consecuencias jurídicas pues, finalmente, los resultados que se obtengan serán constitucionalmente inoponibles a las personas; al mismo tiempo, un sistema ineficaz, a la postre, termina afectando radicalmente las garantías.

El asunto se muestra particularmente complejo ante la comprensión del proceso como percepción meramente empírica; sin embargo, todo sistema abreviado o rápido fundado en los elementos de investigación o en elementos de prueba²⁵ debe ser sometido a un test de

²⁴ YACOBUCCI, 2017, p. 62.

²⁵ Todo lo que se logre conocer y obtener durante la etapa de investigación no tiene valor probatorio y por ello la denominación de elementos de investigación; para diferenciarlos de los elementos de

constitucionalidad, pues sean cuales fueran las circunstancias que justifican su particularidad, lo cierto es que mantiene la consideración del proceso como un mal, se trata de un padecimiento que afecta a las personas, limitándolas en sus derechos fundamentales, aunque todavía no se haya impuesto una sanción penal, ello alcanza una importancia peculiar frente a la aplicación de medidas cautelares, en donde se encuentra de manera intensiva la privación de la libertad ambulatoria, a través del arresto, la detención²⁶ o de la prisión preventiva²⁷, cuyo objetivo sólo puede ser el aseguramiento de los fines del proceso cuando no haya una medida menos lesiva²⁸.

Lo excepcional de dichos procedimientos se funda en la sencillez que supone la recolección de prueba de un hecho flagrante. Por eso, cuando acontezca situaciones que materialmente remitan a la flagrancia, si presuponen cierto nivel de complejidad probatoria, pueden quedar fuera de este sistema, por ejemplo, si es necesario recurrir a pericias, informes técnicos, dictámenes de especialistas, tramitaciones en jurisdicción ajena.

prueba, que son los que se realizan produciéndolos durante la etapa intermedia y/o durante el juicio oral mediante el ofrecimiento por las partes de aquellos elementos de investigación, que han conocido, incautado, entrevistado y demás durante esa etapa.

26 En las legislaciones que se enmarcan en un sistema acusatorio se diferencia el arresto de la detención, entendiendo que el arresto es una medida que se da en el primer momento de la Investigación Penal Preparatoria no fuere posible individualizar a los presuntos responsables y a los testigos, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, ni se comuniquen entre sí antes de declarar, en cambio, la detención procede por orden del Fiscal y cuando fuere procedente la prisión preventiva, ejemplo de ello puede v. en los arts. 211 y 214 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, República Argentina.

27 Sobre la prisión preventiva puede c. RODRIGO, Fernando M., Hacia una aplicación más imparcial de la prisión preventiva, en, AA.VV., Revista Jurídica de Derecho Procesal, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Paraguay, primera edición, Director Joel Melgarejo Allegretto, Editorial Marben Editora & Gráfica S.A., 2013.

28 La Corte IDH sostuvo que "(...) la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos", caso "Suárez Rosero Vs. Ecuador", sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; más recientemente esto ha sido recordado por la Comisión IDH, Informe 35/07, emitido en el caso "Peirano Basso vs. Uruguay", 01 de mayo de 2007, ratificado en todos sus términos en el Informe 86/09, de 06 de agosto de 2009.

3.3 Estado de Inocencia, flagrancia y actuación del Fiscal

En virtud que los sistemas de juicio especial, donde lo sumario de la investigación y la brevedad de los plazos no neutralizan el marco de garantías que exige el debido proceso, resulta importante analizar la flagrancia y su imputación penal con la notoriedad que brindan los elementos de investigación o elementos de prueba.

El estado de inocencia²⁹ rige el tratamiento que debe darse a cualquier persona que se vea inmersa como sujeto pasivo de un proceso penal, así se impone tratar al imputado como si fuera inocente hasta que recaiga sentencia que declare su culpabilidad; en otras palabras, la garantía procesal que otorga aquí la presunción de inocencia supone que el Estado no puede tratar al ciudadano de otra forma que como inocente hasta que un juez, después de un debido proceso, no declare probada su culpabilidad.

Dentro de este contexto, es importante remarcar la doble valencia del estado de inocencia, que opera, por un lado, en la instancia de injerencia del funcionario público a través de la restricción de la libertad ambulatoria, la intimidad y la privacidad; y, por el otro, en la instancia de investigación, enjuiciamiento y resolución del caso.

En el primer supuesto, la flagrancia habilita una restricción de la libertad inicial que luego quedará sometida a la evaluación general de los riesgos procesales para discernir la aplicación de la prisión preventiva.

En el segundo caso, el principio de inocencia se relaciona con la carga de la prueba en cabeza del acusador, cierto que, en muchos sucesos, la flagrancia hace que al mismo tiempo de verificarse la intervención del funcionario público, el material que se recolecta o

29 La presunción de inocencia, más que un principio, es un estado, tal tesisura es sostenida por Clariá Olmedo al expresar que "en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el principio fue formulado como 'presunción' (IX) pero no cabe duda de que es más correcto expresarlo como 'estado' ya sea en su formulación positiva como en la negativa: de inocencia o de no culpabilidad. Es un estado que se conserva (se mantiene invariable) hasta que una sentencia firme, conclusiva de un proceso regular y legal, declare la culpabilidad del imputado", cfr. CLARIÁ OLMEDO, 1998, tomo I, p. 68.

levantan en el marco de su actuación tenga una clara orientación incriminatoria, de lo que deriva, que sin alterar el onus probandi, ni invertir el principio sobre la carga de la prueba, será tarea de la defensa demostrar que lo evidente no permite motivar la imputación.

En consecuencia, en los sistemas simplificados y orales se exige capacidad de litigar de los fiscales, la identificación de estrategias e interrogatorios, esto es, la necesidad de idoneidad profesional para demostrar y argumentar sobre la imputación, en otras palabras, el órgano acusador debe analizar dentro del continuo empírico aquello que efectivamente posee relevancia en términos de imputación de un injusto típico y, en este caso, de su calidad de flagrante, debe saber a dónde se dirige a partir de los elementos colectados y que deben mostrar un significado normativo que permita aislarlos y presentarlos penalmente.

4 LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO EN CASOS DE FLAGRANCIA

Se debate sobre la utilización de la declaración de imputación del coprocesado en tanto prueba de cargo para la condena en casos penales en general y en especial en hechos flagrantes.

Al carecer de normas específicas que regulen la cuestión o vedan la utilización de las manifestaciones del coimputado, los magistrados han de valerse de reglas generales que respeten aquellos estándares definidos anteriormente, debiéndose someter que es un medio de prueba que debe someterse a una crítica intensa.

En el derecho comparado, la legislación procesal italiana ha establecido históricamente criterios de ponderación de la capacidad probatoria de las manifestaciones de cargo de los coimputados, de tal modo el artículo 192.3³⁰ del Codice di Procedura Penale della

³⁰ Art. 192. "Valutazione della prova (...) 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

Repubblica Italiana, establece que las declaraciones del coimputado procesado en el mismo delito u otro conexo, deben ser evaluadas en el contexto de los demás elementos de juicio que las confirmen, sin que por sí mismas resulten inválidas como prueba.

Por su parte, la jurisprudencia española ha considerado este criterio al señalar que, si bien no ha de desecharse la versión inculpativa del coimputado, no puede operar como fundamento exclusivo de la condena, ni ser única prueba de cargo³¹, en virtud de que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable³².

La declaración inculpativa del coimputado tendrá consistencia cuando resulte corroborada por otras pruebas en contra de a quien se dirige³³; debiéndose, además, considerar la personalidad del delincuente delator y las relaciones que precedentemente mantuviese con designado por él como copartícipe, examinándose la posible existencia de móviles turbios e inconfesables -por ejemplo, venganza, odio personal, resentimiento, soborno, etcétera- que impulsando a la acusación permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad; pudiendo utilizarse en el caso de las audiencias orales del juicio las declaraciones previas de la investigación realizadas por el coimputado a los fines de demostrar las inconsistencias o las circunstancias anteriormente mencionadas.

Todas estas reglas responden a criterios de razonabilidad, experiencia común y sana crítica válidamente aplicables a todo proceso penal³⁴.

31 SSTCE 49/98, de 02 de marzo de 1998 y 115/98, de 01 de junio de 1998, entre otras.

32 El artículo 14.3.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), establece que el inculpado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

33 STSE 6749, 24 de septiembre de 1996. También puede consultarse JAÉN VALLEJO, Manuel, Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal: Las garantías del proceso penal, Dykinson, Madrid, 2002, ps. 140 y ss.

34 YACOBUCCI, 2017, p. 81.

5 FLAGRANCIA Y PRIVACIDAD: PLAIN VIEW Y HALLAZGOS CASUALES

Las situaciones donde, un avance legitimado en la privacidad de las personas, provoca la verificación flagrante de un hecho ilícito ajeno al que diera progreso a la injerencia, lo que ha de ponderarse es la aceptación como prueba de aquella evidencia que es ajena al fin de la injerencia pero que surge de una observación o verificación inmediata -flagrante- de los funcionarios, tal los casos donde se autoriza judicialmente el allanamiento buscando determinados objetos relacionados con un delito específico investigado y, en su búsqueda, se percibe una situación de flagrante delito.

En los supuestos como los indicados la jurisprudencia norteamericana conformó el tipo de plain view que, en algunos casos, ha sido adoptado por la jurisprudencia comparada y, en otros, ha sido replicado bajo la denominación de hallazgos casuales.

Bajo la denominación de plain view la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos (SC U.S.), ha integrado los casos en que la adquisición de evidencia se considera dentro de los límites y garantías de la Cuarta Enmienda³⁵ a pesar de surgir de un objetivo que trasciende la finalidad de la injerencia.

En el precedente “Horton v. California”³⁶ se indicó que, para sostener esencialmente que no se ha violado esa garantía, en casos donde se procede sin orden de allanamiento relacionada con la recolección de evidencia que ha sido alcanzada en una situación de plainly viewed, es requisito que haya una legitimación para el ingreso al domicilio; en ese orden, se precisó que la cuestión no pasaba por aspectos subjetivos del obrar de los funcionarios -la esperanza de encontrar algo más que lo inicialmente buscado- sino por indicadores de tipo objetivo.

35 La cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege dos derechos fundamentales: el derecho a la privacidad y el derecho a no sufrir una invasión arbitraria.

36 496, U.S., 128 (1990), puede c. en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/128/> (consultada 28/07/2018).

En términos que no dejan lugar a dudas y se dirigen a decisiones de las cortes locales, la SC U.S. en el precedente “Brigham City v. Stuart”³⁷, remarca que repetidamente ha descartado el enfoque subjetivo (subjective approach), sosteniendo que las circunstancias sustentada en aspectos objetivos habilitan el actuar³⁸, en el caso de que los funcionarios fabriquen la excusa para la injerencia causa la falta de base de legitimación, afectándose las diligencias de hallazgo en plain view, conforme la noción del fruto del árbol envenenado.

En la jurisprudencia española se ha configurado la noción de hallazgos casuales para dar respuesta a aquellas situaciones donde, progresando una injerencia motivada en objetivos específicos que la han autorizado, se hallan de modo flagrante pruebas o elementos de investigación de un delito diverso, el marco en que se formula este estándar integra no solo los allanamientos de domicilio o registros vehiculares, sino también, supuestos donde la injerencia recae en comunicaciones o contacto telefónico; sosteniéndose que “si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquél para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia”³⁹, por lo que, producida tal situación, la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma contenida en el proceso penal español.

Esta tesis se repite en otras sentencias del Tribunal Superior de España (TSE), recogidas en la STS de 5 de julio de 2004, donde se expresó que

el dictado del auto habilitante lo fuera por delito distinto, no comporta necesariamente la nulidad de la prueba”, reafir-

37 547 U.S. 398, 404-05 (2006), puede c. en Harvard Law Review, Volume 124, Number 4, February 2016.
38 “An action is ‘reasonable’ under the Fourth Amendment, regardless of the individual officer’s state of mind, ‘as long as the circumstances, viewed objectively, justify the action’, the officer’s subjective motivation is irrelevant. It therefore does not matter here—even if their subjective motives could be so neatly (...)”, KANOVITZ, Jacqueline R., *Constitutional Law*, thirteenth edition, Rutledge, New York, 2012, p. 601.

39 STSE 981/2003, 03 de julio de 2003; también STSE 167/2010.

mando la teoría de que “si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva y, además, que los objetos hallados (...) se hayan introducido en el plenario mediante la declaración testifical de los intervinientes en el registro practicado con todas las garantías⁴⁰.

Para el TSE, la flagrancia delictiva es suficientemente ilustrativa, palpable y evidente, que da sobrada cobertura al auto judicial del registro, con el que fue practicada la diligencia, donde el presupuesto común de todos los casos es el hallazgo de elementos de investigación o probatorios de un determinado delito cuando se produce en el curso de la investigación autorizada por otro delito distinto.

6 CONCLUSIÓN

Las cuestiones expresadas son las que exigen, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, determinar las finalidades y funciones de este tipo procesal pues, a partir de allí, se deberán tomar en consideración aspectos que hacen al test de constitucionalidad, tanto de los enunciados procesales, como de su contenido material y operatividad en los casos concretos.

La flagrancia es una de las modalidades de la evidencia, una de las vías que conducen a la certeza de un dato cualquiera. Sólo habrá flagrancia si el conocimiento fundado que conduce a la certidumbre es resultado de la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer, no siendo por tanto bastantes las presunciones, sospechas o conjeturas, por mucho que indiquen la probable comisión de un delito; debiendo, la conducta de los funcionarios encargados de la investigación, acusación y juzgamiento de casos flagrantes, respetar los derechos fundamentales.

40 STSE 885/2004, 05 de julio de 2004.

Los fines y funciones de la noción de flagrancia serán las que le otorguen el significado normativo último al concepto y al enunciado del tipo procesal, configurarán su modo de aplicación y, a partir de estas, las reglas de ponderación a las que deberá someterse cada situación que se presente a las instancias de actuación policial, ejercicio de la acción penal por parte de los Fiscal del Ministerio Público, y los Jueces que deberán ejercer el control general durante la investigación y en su caso del juicio oral.

FLAGRANCY AS AN EXPEDITED PROCEDURE AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This article analyzes the concept of criminal red-handed, their characteristics and existing classes in the current procedural doctrine. Make a count of fundamental rights that may be affected in case the assumption of criminal flagrante delicto is set. Looking correctly define the concept of presumption of flagrante delicto and check whether current regulations about is correct and suitable for their purposes. It is considered the use of the coprocessed statement as proof of charge for conviction in flagrant criminal cases. Finally, we study the situations where there is a legitimated advance in the privacy of people, provokes the flagrant verification of an illicit act alien to the one that gave progress to the interference.

Keywords: *Criminal red-handed. Fundamental Rights. Presumption in fraganti crime. Criminal Procedure.*

REFERENCES

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Heliasta, Buenos Aires, 1981, Tomo IV.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A. **Derecho Procesal Penal**, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, Tomo I.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**, trads. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2011, Volumen II.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- HASSEMER, Winfried. **El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales**, en AA.VV., Límites al derecho penal, Atelier, Barcelona, 2014.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. **Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal: Las garantías del proceso penal**, Dykinson, Madrid, 2002.
- KANOVITZ, Jacqueline R. **Constitutional Law**, thirteenth edition, Rutledge, New York, 2012.
- KREHL, Christoph. **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Frankfurt a. M., Beck, 2013.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín**, Ejea, Buenos Aires, 1953, Tomo IV.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**, 3ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- RODRIGO, Fernando M. **Hacia una aplicación más imparcial de la prisión preventiva**, en, AA.VV., Revista Jurídica de Derecho Procesal, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Paraguay, primera edición, Director Joel Melgarejo Allegretto, Editorial Marben Editora & Gráfica S.A., 2013.
- RUBIANES, Carlos J. **Manual de derecho procesal penal**, Depalma, Buenos Aires, 1978, Tomo III.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisao cautelar, medidas alternativas e direitos**

fundamentais, Gen Editora Forense, Río de Janeiro, 2014.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**, 4° edición, 10° reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1992, Tomo II.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**, trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La flagrancia**, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

Qual a identidade das crianças nascidas de exploração sexual e abuso de forças de paz (capacetes azuis)? caso das crianças monusco^{1 2}

Michel Mugaruka Kaboyi³

RESUMO

Não apenas os atos de violência sexual são intoleráveis, mas eles se parecem mais relevantes quando são praticados por membros de uma organização encarregada de desenvolver e encorajar o respeito aos direitos humanos. A República Democrática do Congo é dependente da presença ininterrupta dos capacetes azuis possui diversas crianças conhecidas por MONUC ou MONUSCO, frutos das relações desiguais entre tropas de manutenção da paz, predadores sexuais, e meninas pobres, membros de comunidades locais que eles foram chamados para proteger. Os filhos desses relacionamentos transitórios, desde 1948, sob o palco das operações de paz, não conhecem essa vacilação permanente da contribuição parental para a formação do seu ser como homem e do advento de sua independência moral como sujeito portador de uma identidade.

Palavras-chave: *Direitos Humanos. Monusco. Organização das Nações Unidas.*

1 Missão de Estabilização da Organização das Nações Unidas na República Democrática do Congo. Data de recebimento: 16/02/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

2 Tradução de Denise Boudoux de Mendonça, Procuradora do Ministério Público do Ceará. E-mail: deniseboudoux@mpce.mp.br e de Loraine Jacob Molina, Promotora do Ministério Público do Ceará. E-mail: loraine.molina@mpce.mp.br

3 Michel Mugaruka Kaboyi é formado em Direito Internacional Público pela Universidade Protestante do Congo e concluiu o Mestrado em Direito Internacional Público pela Universidade Católica de Louvain. Ele também foi treinado nas Universidades de Montreal e Moncton. Um veterano advogado e praticante, ele é consultor jurídico, magistrado de carreira, diretor do Centro de Pesquisa de Operações de Manutenção da Paz, COP na sigla, e um membro da Associação Internacional de Procuradores e Promotores Francófonos (AIPPF). E-mail: michel_kaboyil@yahoo.fr

1 DOS ATOS DE EXPLORAÇÃO E DE ABUSO SEXUAIS

Não apenas os atos de violência sexual são intoleráveis, mas eles se parecem mais relevantes quando são praticados por membros de uma organização encarregada de desenvolver e encorajar “o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais por todos”.

No ofício circular do Secretário Geral intitulado Disposições Especiais que visam prevenir a exploração e os abusos sexuais, o Secretário das Nações Unidas definiu exploração sexual e abuso sexual como sendo:

A expressão “exploração sexual” significa o fato de abusar ou tentar abusar de um estado de vulnerabilidade, de hierarquia desigual ou de relações de confiança para fins sexuais, incluindo, mas não exclusivamente, para obter uma vantagem pecuniária social ou política. O “abuso sexual” é definido como qualquer agressão sexual cometida com força, coerção ou em uma relação desigual, e a ameaça de tal ataque também constitui abuso sexual.⁴

O termo violência sexual é, para ele, definido como um contato de natureza sexual imposto pela força, sob coação ou em benefício de um relacionamento desigual⁵.

Pode-se dizer que a utilização do termo “violência sexual” refere-se a comportamentos relacionados ao abuso sexual.

De acordo com a definição que lhe foi atribuída, resta evidente que se estabelece uma sinonímia entre “violência sexual” e “abuso sexual” na linguagem da ONU, senão simplesmente no direito internacional.

A título ilustrativo podemos ver uma similaridade na definição desses dois conceitos no texto

Elementos do Crime no Tribunal Penal Internacional”, que, tratando de abuso sexual, indica ser um “ato de

⁴ SGNU, Dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les abus sexuels, doc off. Secrétariat des nations unies, circulaire du S.G, doc N.U ST/SGB/2003/13, 2005.

⁵ *Idem*.

natureza sexual entre uma ou mais pessoas, obrigando a dita pessoa ou as pessoas a realizar tal ato pela força ou usando contra as referidas ou terceiras pessoas da ameaça de violência, coerção, detenção, pressões psicológicas, abuso de poder, ou em um ambiente coercitivo, ou ainda aproveitando a incapacidade de tais pessoas para dar seu livre consentimento.⁶

Segundo o Comitê Especial de operações de manutenção da paz sobre a estratégia global, que visa a eliminar a exploração e o abuso sexuais em operações de manutenção da paz, os atos de exploração e de abuso sexual

englobam uma gama de comportamentos que variam de violação das normas de conduta editadas pela Organização, como a solicitação de prostitutas adultas, que pode ser legal em alguns países, ou simplesmente não criminalizado, aos atos que seriam considerados, em qualquer país, como uma infração penal, tal qual estupro ou a pedofilia⁷.

Podemos, portanto, afirmar que, à luz de tudo o que precede, atos que constituem falhas formais graves, são entendidos como tais, uma vez que seus autores cometem atos que valem como início de execução.

No entanto, ao longo dos anos, a lista de comportamentos qualificados nas disposições especiais que visam a prevenir a exploração e o abuso sexual foi expandida. Isto significa que a exploração e o abuso sexual, EAS abaixo, assume, portanto, uma infinidade de formas, incluindo estupro, relações sexuais com menores, agressões sexuais, tráfico de seres humanos, troca de dinheiro, de emprego, bens ou serviços por relações sexuais, solicitação de prostitutas, visualizações de pornografia, linguagem imprópria, pornografia in-

⁶ Art. 7.1 g-6.

⁷ Rapport Zeid, note 4, p.9 ; cité par JULIE ROY, Les crimes sexuels et la responsabilité pénale du personnel du maintien de la paix des Nations Unis, Université du Québec à Montréal, Mémoire de Master, 2011, pp.10-11.

fantil, distribuição de pornografia por email, exploração sexual de beneficiários e corrupção sexual de menores⁸.

Além disso, afirma-se nas declarações de Viena de 1993 e no seu programa de ação que as violências que “são praticadas em função do sexo e todas as formas de perseguição e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade humana.”

Assim, seria útil analisar o caso das crianças nascidas de abusos sexuais no teatro de manutenção da paz, bem como o seu acompanhamento, antes de realçar as dúvidas em torno de sua identidade.

2 DO ACOMPANHAMENTO DAS CRIANÇAS NASCIDAS DOS CAPACETES AZUIS: O CASO DAS CRIANÇAS MONUSCO

O recrudescimento dos conflitos armados não internacionais, mesmo o das tensões internas, constituem ameaças contra a paz, e concorrem para a criação de operações de paz destinada a manter, restaurar, consolidar ou impor as condições para uma paz duradoura em países dilacerados por conflitos.

No entanto, estas operações são frequentemente acompanhadas por atos de exploração e abuso sexual, às vezes dando origem a gravidezes indesejadas, além da renovação da paz que trazem.

A República Democrática do Congo, a título ilustrativo, cuja paz na consolidação é, em grande parte, dependente da presença ininterrupta dos capacetes azuis (de forças de paz), por quase duas décadas, pulula com diversas crianças conhecidas por MONUC ou MONUSCO, frutos das relações desiguais entre tropas de manutenção da paz (capacetes azuis), e outros funcionários de missão civil, predadores sexuais, e meninas pobres, membros de comunidades locais que eles foram chamados para proteger.

O corolário desta ignomínia, fonte de impunidade universal, é

⁸ Circulaire, 2005.

a hipoteca da educação e da identidade desta minoria de crianças vulneráveis, ignorantes das identidades de seus pais (geralmente); colocando, assim, a República Democrática do Congo no altar de países com baixa taxa de escolaridade, e fazendo dela um epicentro com alto grau de alistamento de crianças soldados, e isso por causa da ausência congênita de supervisão dos pais.

Evidentemente, o caso da República Democrática do Congo, com a presença de MONUSCO, é apenas uma amostra representativa do que se passa nas quinze outras operações de manutenção da paz. Os recentes procedimentos, sem continuidade, contra alguns oficiais congolezes (República Democrática do Congo e República do Congo), supostos perpetradores de exploração e abuso sexual na República Centroafricana, são os mais comentados.

Essa situação retraída, com ou sem razão, prevaleceu, sem dúvida, nos diferentes palcos de paz desde 1948, data da criação da primeira operação de manutenção de paz.

Apesar da imagem pintada dessa situação alarmante, encontramos uma política turva e indigesta na supervisão das referidas crianças pelos chefes das diversas missões da ONU, e suas instituições especializadas das Nações Unidas que trabalham neste campo, como a Organização das Nações Unidas pela educação, ciência e cultura (UNESCO), e o Fundos das Nações Unidas pela infância (UNICEF) em particular.

Para a UNESCO, note-se que sua criação ocorreu após a segunda guerra mundial, e comprometeu-se à luz das disposições e medidas necessárias tomadas pelos Pais fundadores das Nações Unidas a manter a paz e a segurança internacionais. Sob esse título, seu ato constituinte lhe atribuiu o objetivo de “contribuir na manutenção da paz, da segurança, no endurecimento através pela educação, ciência e cultura, a colaboração entre nações, a fim de garantir o respeito universal à justiça, a lei, aos direitos do homem e a liberdade para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, que a carta das nações unidas reconhece a todas as pessoas.”

No que diz respeito à UNICEF, vale a pena destacar que ela se esforça para melhorar e promover as condições das crianças. Sua área de especialidade (a proteção e defesa dos direitos de cada criança) pode, nesse sentido, legitimamente justificar o papel principal na elaboração, concepção e promoção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (CIDE) adotada na Cúpula de Nova York em 20 de novembro de 1939.

Além disso, tornou a proteção das crianças e a educação das meninas um objetivo prioritário.

No entanto, malgrado a clareza textual, uma prática ineficiente, consequência direta de uma inércia institucional generalizada, nos quadros de acompanhamento e escolarização das crianças, pelas duas instituições especializadas supracitadas, e pelas sessões de proteção infantil das diferentes missões, deixa-os intocados. Esta tragédia lança algumas dúvidas sobre a identidade dos filhos nascidos de atos de exploração e abuso sexual pelos 'capacetes azuis'.

3 QUAISQUER DÚVIDAS SOBRE A IDENTIDADE DAS CRIANÇAS NASCIDAS DE ATOS DE EXPLORAÇÃO E DE ABUSO SEXUAL POR CAPACETES AZUIS

A questão da identidade é mais relevante que nunca. A identidade social, étnica, coletiva, cultural, sexual, pessoal ou individual, é tema que raramente parece ser tão presente e urgente, embora sempre os homens tenham se questionado sobre sua origem, sua pertença e sua especificidade⁹.

Em realidade, "a expressão mais íntima do indivíduo como pessoa é sua identidade"¹⁰.

⁹ la mode des identités, 1987 ; Le Page et Tabouret - Keller, 1985 ; Levi - Stress, Varo Gabrielle, Enfants et adolescents mixtes : une identité spécifique ? in enfance, tome 43, n° 3, 1990, p. 304. Voir aussi, Dressler - Holohan et al., 1986 1977, l'identité déchirée, 1983 ; Magoudi, 1983, Noiriell, 1988, Oriel, 1984.

¹⁰ Janine Hohl et Michèle Normand, « Construction et stratégies identitaires des enfants et adolescents en contexte migratoire ; le rôle des intervenants scolaires », in revue française pédagogie, n° 117, octobre - novembre - décembre, 1996, p. 40.

Pais e parentes estão envolvidos nas negociações sobre todos os aspectos de socialização de uma criança, com o objetivo de lhes imprimir o “selo cultural do seu lado da família” (Touzard, 1975). Toda criança é, assim, conscientemente ou não, um desafio entre linhagens e entre pais (de Singly, 1976). Compromisso e negociação estão constantemente em ação na educação recebida no seio da família, onde cada um dos pais tem sua ideia de valores, das maneiras, da “mentalidade” e do estilo que ele/ela deseja comunicar para a criança ou mesmo reproduzir¹¹.

Os filhos de relacionamentos transitórios entre um pequeno grupo de soldados de paz, ou outros funcionários civis da ONU malévolos e algumas meninas vulneráveis da comunidade local, desde 1948, sob o palco das operações de paz, não conhecem essa vacilação permanente da contribuição parental para a formação do seu ser como homem e do “advento de sua independência moral”¹² como sujeito portador de uma identidade.

Sem definir o que se entende por “identidade”, o UNICEF determina seus elementos: cada criança tem o direito de ter um nome, uma nacionalidade. Tem direito a uma família, de ser cercado e amado. É um dos direitos da CIDE: desde o nascimento, a criança tem direito de conhecer seus pais e de ser criado por eles.¹³

Entretanto, para essas crianças (geralmente) ignorantes de sua identidade e dos próprios pais, surgem sérios problemas para o seu registro e estado civil.

E, ainda, ser registrado no nascimento é o primeiro dos direitos civis, porque ele atesta a existência e a identidade de uma criança. Sem o registro, a criança não pode ser protegida por não ter existência oficial (*idem*), e, portanto, sem identidade social, na medida em que a identidade de uma pessoa é a afirmação de sua existência dentro da sociedade. É, igualmente, o reconhecimento

11 VARO, G., *op. cit.*, p. 306.

12 Janine Hohl et Michèle Normand, *op. cit.*, p. 41.

13 Lire Unicef France, *Le droit de l'enfant : le droit à l'identité*, Fiche thématique, 2012.

de sua individualidade e do que a diferencia dos seus próximos.¹⁴

Para acrescentar ao exposto, aos atos de exploração e de abuso sexual, é claro e sem equívoco que algumas dúvidas de confirmação de identidade ainda cercam seus filhos, os quais não se beneficiam de nenhuma ajuda militante para seu desenvolvimento social, canal importante de emergência enquanto a pessoa, portadora de uma identidade; e isso, inobstante a inovação trazida pela resolução 2272 da ONU de 2016 “qualificado de histórico” tendendo à criação de um fundo especial para o cuidado dessas crianças. Um sonho a realizar!

Em conclusão, o Secretário Geral das Nações Unidas não opinou que é possível incrementar rapidamente a situação oferecendo oportunidades aos jovens e dando-lhes esperança? Antes de continuar a aproveitar ao máximo o enorme potencial da população mundial atual, relativamente jovem, é necessário investir mais na educação, na formação e no trabalho decente e convencer os jovens a assumirem o controle do seu futuro?

(Ler “o Secretário Geral das Nações Unidas vê na África um continente cheio de esperança”, in Echos de la MONUSCO, vol. IX, n.º. 66,2017,p.07).

Ele juntou a fala ao ato? Por que ele não faz caso de que sejam seus filhos que representam até hoje uma minoria, cuja vulnerabilidade é causada por pessoas sob sua responsabilidade? Seus órgãos subsidiários, em especial?

Todo esse questionamento defende o estabelecimento de políticas reais de monitoramento e acompanhamento das espécies vulneráveis de crianças, as mães miseráveis. E sobre a identidade delas!

¹⁴ www.humanium.org consulté le 14 juin 2017

WHAT'S THE CHILDREN'S IDENTITY THAT WERE BORN IN SITUATION OF SEXUAL EXPLOITATION OF A PEACE FORCE? THE MONUSCO CHILDREN'S CASE

ABSTRACT

Acts of sexual violence intolerable, but they seem more relevant when they are practiced by members of an organization charged with developing and encouraging respect for human rights. The Democratic Republic of Congo is dependent on the uninterrupted presence of blue helmets and has several children known to MONUC or MONUSCO, fruits of unequal relationships between peacekeepers, sexual predators and poor girls, members of local communities they were called to protect. The children of these transient relationships, since 1948, are not aware of this permanent vacillation of the parental contribution to the formation of their being as a man and of the advent of their moral independence as subject bearing an identity.

Keywords: *Human Rights. Monusco. United Nations.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Secretário Geral das Nações Unidas vê na África um continente cheio de esperança”, in **Echos de la MONUSCO**, vol. IX, n°. 66,2017,p.07.

SGNU, Dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les abus sexuels, doc off. Secrétariat des nations unies, circulaire du S.G, doc N.U ST/SGB/2003/13, 2005.

Rapport Zeid, note 4, p.9 ; cité par JULIE ROY, Les crimes sexuels et la responsabilité pénale du personnel du maintien de la paix des Nations Unis, Université du Québec à Montréal, Mémoire de Master, 2011, pp.10-11. la mode des identités, 1987 ; **Le Page et Tabouret** – Keller, 1985 ; Levi – Stress, Varo Gabrielle, Enfants et adolescents mixtes : une identité spécifique ? in enfance, tome 43, n° 3, 1990, p. 304. Voir aussi, Dressler – Holohan et al.,

1986 1977, l'identité déchirée, 1983 : Magoudi, 1983, Noiriel, 1988, Oriel, 1984.

Janine Hohl et Michèle Normand, « **Construction et stratégies identitaires des enfants et adolescents en contexte migratoire** : le rôle des intervenants scolaires », *in* revue française pédagogie, n° 117, octobre – novembre – décembre, 1996, p. 40.

VARO, G., *op. cit.*, p. 306.

Janine Hohl et Michèle **Normand**, *op.cit.*, p. 41.

Lire Unicef France, **Le droit de l'enfant** : le droit à l'identité, Fiche thématique, 2012.

www.humanium.org consulté le 14 juin 2017

Research on multiple homicide in Hungary¹

*Nagy László Tibor*²

*Orsolya Bolyky*³

ABSTRACT

In this research we examined the criminological background of aggravated cases of the most serious crime against human life of outstanding severity, the crime of multiple homicide, in Hungary. Processing the full range of data of the period 2000-2012, we performed a detailed analysis of 217 cases, 250 perpetrators and 532 victims *altogether*. The research aimed to explore the legal assessment and the perpetration motives of the crime, the perpetrators' social and psychological backgrounds as well as the victims' characteristics.

Keywords: *Family background. Long-standing conflicts. Mental illness. Alcohol consumption. Life imprisonment.*

1 INTRODUCTION

Homicide against more than one person as an aggravated case of homicide is penalized under Section 160 (2) (f) of the Hungarian Criminal Code (Act C of 2012) in force. The crime of homicide against more than one person (multiple homicide) is committed when a perpetrator kills or attempts to kill several persons either simulta-

1 Data de recebimento: 18/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

2 Senior Research Fellow, Heas of Crime Research and Analysis Division, National Institution of Criminology, Hungary. E-mail: nagy@okri.hu

3 Senior Research Fellow, Acting Deputy Head of Crime Researched and Analysis Division, National Institution of Criminology, Hungary. E-mail: nagy@okri.hu

neously, with a single determination of will, or at subsequent times with different determinations of will (*delictum complexum*). The condition for establishing this aggravated case is that the acts be judged in single proceedings. At least two persons' death is required for the crime to qualify as completed. If, despite the attempt to kill, only one of the injured parties dies or all injured parties stay alive, the crime committed qualifies as an attempt of homicide against more than one person.

2 TYPES OF THE CRIME AND CIRCUMSTANCES OF PERPETRATION

From the criminological point of view multiple homicide comprises the following major categories⁴: Running amok is an act typically targeting to kill several persons at several locations, committed on a continuous basis. An amok runner kills any person he happens to encounter, so his behaviour is unpredictable; this is a kind of action series;

In the case of an act committed on several occasions there may pass several days, weeks or even longer periods between the respective instances of committing the crime and the injured parties are substantially not chosen at random. A special case of this category is what is referred to as serial homicide, when the criminal acts are committed on three or more different occasions;

Mass homicide means that the criminal act is committed at one location against at least four persons;

For the remaining other cases – which constitute the great majority of the cases – it is characteristic that the perpetrator kills the victims at the same time, one after the other (other multiple homicide).

Based on this typology, the distribution of the examined cases was

⁴ Ágnes Dr. Cseryikné Póth: A profilalkotás lényege. In: Ágnes Dr. Cseryikné Póth – Mihály Fogarasi (ed.): *Kriminálpszichológia*. Rejtjel Publisher, Budapest, 2006, p. 216.

the following: running amok: 1.4%; mass homicide: 3.7%; act committed on several occasions: 12%; other multiple homicide: 82.9%. Thus the most dangerous categories of this crime of extraordinary severity together make up 17.1% of the cases, and fortunately the occurrence of the most unpredictable amok running is extremely rare in Hungary.

Of the homicides analysed, 85.6% were committed by a single perpetrator; there were more than two perpetrators only in 4.3% of the cases. Following from the nature of the crime the homicide or attempt of homicide was certainly committed against at least two victims; there were more than two injured parties in 30.4% of the cases.

There was completed homicide exclusively (when all the victims died) in 33.2% of the cases; 44.2% of the cases reached the stage of attempt only, while in 22.6% of the cases there were both completed and attempted homicides. On the whole, in somewhat more than half of the cases (55.8%) at least one victim died.

It can be regarded as typical that defendants committed their criminal acts against familiar persons, often relatives or earlier partners: only one fifth (20.4%) of the injured parties were unfamiliar with the perpetrator before, while 33.2% were relatives or earlier relatives of the perpetrator.

As regards the times of committing the crime, there are significant differences only considering the days of the week as weekends and holidays clearly stand out (37,2%); 19.8% of the acts were committed on a Saturday; 15.7% on a Sunday, while 1.7% on a holiday. This indicates that there often develop conflicts between relatives or friends when spending their rest period together, frequently as a consequence of the influence of alcohol.

Merely 8.9 % of the attacks against human life were committed without using a weapon, with just physical force. The weapons used were mostly knives or pocket knives (31.0%); firearms (22.9%); axes or choppers (9.2%), or arson instruments (8.1%). Poison was used against 16 injured parties (3.0%).

Exactly half of the perpetrators (50.0%) were under the influence of some psychoactive substance when committing the act. Most of them had consumed alcohol (46.0%), 7.2% some psychiatric medication (antidepressant), while 6 persons (2.4%) used drugs or a combination of these.

According to the forensic expert opinions, 24% of the defendants had an alcohol problem when committing the crime, while 6% had suffered from that before, but it was no longer detectable at the time of committing the crime. Also 2.4% of the perpetrators qualified as drug addicts and similarly 2.4% as regular (several times a week), and 0.8% as occasional drug consumers (consuming drugs mainly at weekends, when going out).

In the course of committing the criminal act, 27.6% of the perpetrators were injured: 18.8% suffered light, injuries while 8.8% had suffered serious injuries (healing in over 8 days).

After committing the crime, 30.4% of the perpetrators stayed at the scene of the crime and 32.0% left for their own apartment or place of residence, while 21.2% of the perpetrators went into hiding and 4.8% left for abroad.

After committing the crime, 40 persons (16.0%) attempted to commit suicide; as a consequence of which 27 of them (10.8%) stayed alive, while 13 (5.2%) lost their lives. Most of these persons (11) slit their wrists, others poisoned or shot themselves (8 persons respectively).

3 THE SOCIODEMOGRAPHIC CHARACTERISTICS OF PERPETRATORS

About the perpetrators 90.8% of them perpetrators were men and only 9.2% women.⁵ This indicates that among persons committing these more severe, often more brutal than the average, cases of mul-

⁵ 42.3% of the victims were women, so the rate of female victims is much higher than the rate of female perpetrators.

tiple homicide, the rate of women is much lower than in the case of homicide in general.⁶

As regards age distribution most of the perpetrators were aged between 20-29 (32.8%); 9 perpetrators (3.6%) were minors (under 18), and 10 were above 60 (4.0%) years old. The youngest perpetrator was 14, and the oldest 79. The age distribution of victims is significantly different from that of perpetrators. The rates of victims over 60 (19.4%) and under 18 (16.9%) are very high, which can be considered a sad fact because the most defenceless and vulnerable persons belong to these age groups. (The rate of children under 14 is 11.8%).

The overwhelming majority of the perpetrators, 231 (92.4%) were Hungarian citizens; the rate of foreigners was only 7.6%.

As regards family status, more than half of the perpetrators lived in a relationship. The rate of those living in cohabitation was 27.6%; the rate of married perpetrators was 26.0% and that of unmarried perpetrators was 31.6% important to point out that. 35.2% of the perpetrators did not have any children and 18.8% did not cohabit with their minor age children as the latter cohabitated with the perpetrator's divorced spouse or other relative or lived in state care.

Most perpetrators were primary school (8 grades) graduates (35.6%), and the rate of vocational school graduates was almost the same (35.2%). Ten perpetrators (4.0%) were college of higher education or university graduates, while 26 persons (10.4%) had not even completed a primary education. There were 61 perpetrators (24.4%) who had started but not finished their studies, most of them (9.6%) had left primary school unfinished.

The rate of those with permanent employment was very low, only 30.8%. The rate of unemployed was 23.2%; Of those with occasional work was 27.6%. As regards their employment, most of the employed

⁶ According to Hungarian criminal statistical data, in 2013 the rate of women committing homicide was 18%; according to some research this indicator occasionally reaches up to 24%, cf. Mariann Kránitz: *Emberölés: áldozatok és tettesek. Kriminológiai Tanulmányok* volume 41, National Institute of Criminology, Budapest, 2004, p. 97.

perpetrators were skilled (22.0%), unskilled (13.2%) or semiskilled workers (9.2%). Employed perpetrators represented 8.4%, self-employed 5.6 %, invalidity pensioners 7.2% and old-age pensioners 3.2%. The data available indicate that 34% of the defendants had a poor, while 19.2% an extremely poor income and wealth status.

Also, 36.0% of the perpetrators came from a village, 29.6% from a small town, 17.2% from a town or city with county rights (the 23 largest rural towns/cities in Hungary), 16.8% from the capital and 0.4% from a farm settlement. Perpetrators' place of residence was typically the same as the scene of the crime they committed (67.6%), and almost one third of them (30.8%) committed the homicide in their own dwelling.⁷

About half (52.0%) of the defendants proved to have no criminal record. Repeat offenders represented 31.6 %, recidivists 9.0%, special recidivists (who committed the same or a similar criminal act within 3 years) are 2.9%, while multiple recidivists 4.5%. Ten persons (4.0%) had committed homicide before, and 27.2% of the perpetrators had been sentenced to confinement to be served before.

4 PERPETRATORS' MOTIVES

In view of the special character of the crime examined, perpetrators' motives must be studied in relation to the victims and their number since in certain cases there may arise several different motives on the part of the perpetrator (e.g. when one of the injured parties is killed for financial gain and the other, who caught the perpetrator in the act, with the purpose of concealing the crime).

As regards the major perpetration motives – considering the categories set up in the technical literature⁸ – of the acts examined during the research, 38.4% were conflict-related, 21.3% situational,

⁷ 56.3% of the injured parties stayed at their own dwellings when the crime was committed. In the case of violence against relatives, the dwelling of the perpetrator and the injured party was often the same.

⁸ Antal Bakóczy: *Az emberölés. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Publisher, Budapest, 1984, pp. 96-97.*

15.3% committed for financial gain, 4.9% with the aim to conceal the crime and 0.4% had a sexual aspect. In the case of homicide against several persons we complemented the above typology with two further types: extended suicides, and delicts where the motive was not to be established or there were other motives. The rate of extended suicides was 8.8%, while in 10.9% of the acts the motive was not to be established clearly or there were other motives.

Conflict-related homicide is characterised by chronicity: a continuous or permanent discord or crisis situation and the accumulation of emotions for a long time. Homicides committed by women are also constituted by this major type of a relatively easy to define nature. This is characterised by a permanent crisis state mainly related to persons who are physically and psychologically close to the perpetrator. The circle of victims comprises related persons first of all; primarily and in the majority of the cases the husband, cohabiting partner or lover, secondly the child, thirdly the parents and other relatives. In every case the crime grows out of the personal relationship with the victim and is usually generated by deep distress which intensifies to the point when the perpetrator's scope of action shrinks and she is unable to see another alternative to homicide.⁹ For this reason, these perpetrators are also referred to as "crisis criminals".¹⁰

The cases of homicide arising from **longstanding conflict relations** examined in our research are actually the most extreme forms of family violence (in 43 % of the victims). This violence manifested itself mostly in still existing relationships between separating partners or ex-partners. As was revealed in the cases, both the perpetrators and the victims had in the course of the long years they had spent together, regularly used violence against each other. Homicide often occurred as a consequence of the accumulated tension in the course of a seemingly insignificant dispute, in an extremely upset state. It

⁹ Raskó Gabriella: A noi bunözés. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Publisher, Budapest, 1978, pp. 361-362.

¹⁰ Ernst Seelig: Lehrbuch der Kriminologie. Darmstadt, 1964, p. 132.

must be emphasised that it was in these cases where the contribution on the victims' part was the highest and usually meant the victim's provocative behaviour. There were also cases at the same time when the perpetrator planned the criminal act in advance and/or often arranged a partner for the implementation. Since this research focuses on multiple homicide, in the case of criminal acts against women we often found (20.2% of the cases against women) that children became victims simultaneously. It must be added at the same time that in 45% of the cases of homicide against children was committed by mothers.

In the sample we analysed, even acts explicitly motivated by jealousy were mainly related to male perpetrators; 8.7% of the perpetrators committed the homicide out of jealousy. It can be mentioned as a typical antecedent of homicide that the perpetrator was unable to accept the woman's breaking up the relationship or her new partner even if though the perpetrators themselves often established a new relationship, too. Here you usually cannot speak of true love; instead the homicide act is facilitated by possessiveness, the inability to accept separation and various attachment disorders. In these cases you can find explicitly well-situated perpetrators, including some with a higher education degree and no criminal record. It must be added that some of the revenge homicide cases in fact had the same roots. A typical case of this is when a perpetrator kills the common child in order to punish the ex-partner. A "jealous" perpetrator often commits the act under the "encouraging" – in fact aggression enhancing effect – of alcohol.

The situational category of homicide comprises homicide acts arising from ad-hoc, episode-like conflicts thus without a longer antecedent and involving an outburst of passion (in the majority of cases in a drunken state). This category includes "short circuit-like" affective (reactive) homicides, too. These acts are mainly characterised by an inconsiderate way of releasing suddenly generated high emotional tension. In the case of these acts, provocation from

the victims' part is often also evident, and many times it is only the accidental development of circumstances that determines which of the two participants is the perpetrator and which is the victim. In our research we primarily listed under revenge acts situational homicide cases in the case of which the perpetrator assigned exaggerated significance to an assumed grievance or to one of insignificant weight. As a main characteristic, at the time of committing these crimes both the perpetrator and the victim are in a drunken state. There typically was an argument in or near a pub, after which the "settlement of the conflict" started with a fight or scrum, in the course of which the would-be perpetrator pulled out a knife and used it in the scrum. The intention is usually only potential harm and in the majority of cases stays only an attempt. Due to the influence of alcohol, a provocative contribution on the victim's part is frequent, too.

The motif of **revenge** is qualified in criminal law as an aggravated case of homicide committed with a malicious aforethought or motif. According to Resolution of Uniformity No. 3/2013¹¹ of the Curia malicious aforethought or motif means acts arising from a morally rejectable motif. Homicides committed with morally rejectable motifs typically include homicides committed as sexual offences as well as some of the revenge homicides. The judgement of revenge depends on the nature of the reason that generates the passion in the perpetrator for committing the crime. If the perpetrator exercises quasi private justice or acts out of love-related jealousy, this in itself is insufficient for establishing a malicious motif. If, on the other hand, the victim is killed out of fear that a crime may be revealed, establishing a malicious motif may be well-grounded.

The motif of **financial gain** was relatively underrepresented in the sample: only 15.9 % of the perpetrators were motivated by financial gain. This is the motif where it can be most often observed that the perpetrator did not know the victim prior to the crime (41% of the

¹¹ Point 3 of Part 2 of Decision 3/2013 BJE.

victims of crimes motivated by financial gain). Within the category of homicide for financial gain there are two types: one of them comprises homicide committed in the course of robbery through burglary (46.1% of the victims of homicide for financial gain) or robbery in the street (47.6%). In most cases the scene of the crimes is a village or small town where people know one another and are familiar with one another's habits: they know who has savings or other valuables at home. A typical method is when the perpetrators – usually minors or young adults acting at night – break into the homes of elderly and defenceless people and search for valuables. If the victims are woken by the noise, they attack them by any tool or knife found at the scene. These acts usually do not generate great financial gain; often the perpetrators leave with empty hands. As regards the perpetrator method they are committed causing above average suffering to the victim, so in many cases peculiar cruelty is also established in addition to financial gain. While the average age of victims of homicides for financial gain was 52, in the case of other homicides, victims' average age was as young as 34. It can thus be established that in Hungary, mainly older generations are potential victims of multiple homicide.

The other type of perpetration for financial gain is contract homicide (4% of perpetrators) in the classic sense of the word. The perpetrator undertakes to kill or assist in killing the person specified for money. It must be noted that the latter was more frequent, i.e. that the contractor and the contracted perpetrator committed the crime together. Contracted homicide cases also include cases of murder in the underworld.

Homicide usually stopped at the attempt stage also in cases where **families at feud** “declared war” against each other due to another insult or abuse. Acts of this kind almost exclusively occurred in families of Roma ethnic origin or where members of families of the Roma minority attacked potential non-Roma victims. The witness and suspect interrogations revealed that, according to a Gypsy tradition,

an insult against a family member is revenged by the whole small community, the family. Family members attack the family they are enemies with using garden tools and sticks, so the clash results in several persons injured or, in worse cases, killed. Also in these cases, alcohol has a significant role in perpetration.

There were no explicitly **sexually motivated** acts in the period examined. Homicide for the implementation of sexual crime, the perpetration of violent crimes with a motif against sexual freedom, or homicide with the purpose of increasing sexual desire all qualify as homicide committed with particular cruelty.¹² In our sample there was only one case who was the victim of a sexual crime. Considering her age of 67 years additional motives like perturbation, revenge or anger may also arise.

A separate group is made up of cases where the perpetrator acted **in response to an assumed or actual attack** against him/herself or another person but the act does not qualify as justifiable defence nevertheless. Such cases include homicide committed as a disproportionate response in self defence and cases where proceedings were started for the application of unlawfully established defence facilities used by one party against the other in Roma-non Roma conflicts. In the use of this latter method usually nobody was injured but there was the danger of life-threatening injuries. The defence facility was typically an active electric wire around a plot.

The category of multiple homicide of an **ideological nature** comprises cases with a political or religious background.¹³ Such cases are rather rare in Hungary, although a series of murders against Romani people was committed in the period examined. At the same time, the criminal proceedings were not finally completed at the time of our research.¹⁴

¹² Point 3 of Part 2 of Decision 3/2013 BJE.

¹³ Antal Bakóczy: Id. pp. 98-99.

¹⁴ In 2008-2009, perpetrators carried out armed attacks against Roma homes at nine scenes; six persons including a child died, while five were seriously injured.

In the case of **extended suicide** the perpetrator commits homicide with a single determination of will, in an uninterrupted series of acts, against one or several persons who are usually emotionally close to the perpetrator, before killing him/herself. Within this circle, jealousy was the most frequent motif in the case of men, while for women it was despair and a psychotic state developing simultaneously that led to committing the act. There were 19 cases of extended suicides (8.8% of all the cases examined in this research), in 10 out of which the perpetrator successfully committed suicide after the homicide, while in 9 cases the suicide stopped at the attempt stage and criminal proceedings were conducted against the perpetrators. Among the perpetrators there were 13 men and 6 women, so female perpetrators are overrepresented in this category. The perpetrators' average age was 42, which is higher than the average age of perpetrators committing other wilful homicide.¹⁵ Stayed alive 30.8% of the men and 66.7% of the women stayed alive, which proves that the acts committed by women should rather be interpreted as a cry for help than an actual attempt of suicide. Four perpetrators were sentenced to imprisonment by the court as, even though to a limited extent, they were *compos mentis*. The others committed their act in a state of mental disorder, typically schizophrenia, so they were acquitted by the court and, with one exception, sentenced to involuntary treatment at a mental institution. Extended suicides claimed the lives of 25 victims altogether, while 20 survived.

In several cases **no specific motives could be established** in fact; not even *ad-hoc*, situational disagreements or arguments. In the case of such delicts there were mainly the influence of alcohol and factors in the perpetrators' personalities in the background of the acts.

At the same time, one cannot but share the opinion that "criminal acts whose specific reasons cannot be established with reference to

¹⁵ The average age of perpetrators committing multiple homicide was 34.9 years. The average age of perpetrators committing wilful homicide was 35.5 in 2012 and 36.2 in 2013.

the victims or the circumstances cannot be regarded as fully accidental from the criminological point of view, considering motivating factors to be established on the perpetrator's side".¹⁶

The majority of the perpetrators in the analysed cases are characterised by low schooling, the lack of vocational training, unemployment or *ad-hoc* jobs and precarious existence arising from these. Their general personality characteristics include low intellect, the instability of emotions and passions, sociopathic or psychopathic personality disorder, adjustment difficulties, aggressive tension release and a low frustration tolerance level. Many of them are alcohol addicts or regular alcohol consumers, while in several cases the consumption of various medication (most often sleeping pills or sedatives) with alcohol or their misuse are characteristic. There were few drug consumers or addicts in the sample.

5 THE OCCURRENCE OF MENTAL ILLNESS IN THE SAMPLE

According to the final verdicts 76.0% of the defendants were fully *compos mentis*; 6.8% had a slight, 4.4% a medium and 1.2 a high degree of mental disability; 5,6% could not be regarded as mentally sane, while in the case of 6.0% no data could be established with reference to this.

In the majority of cases of **acquittal due to mental disorder** (13), the perpetrators suffered from paranoid schizophrenia and committed their act against family members. In the case of several perpetrators, the symptoms had first emerged only one-two weeks prior to the crime. Slightly limited mental capacity was mostly established in cases of personality disorder or dementia usually caused by alcohol dependence. A medium degree of mental ability and impaired awareness as restricting factors were rare. The diagnosis of

¹⁶ László Korinek: Kriminológia. Volume II. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó publisher, Budapest, 2010, p. 90.

imbecility or bordering on that is frequent in the expert opinions but is in the majority of the cases not qualified as a factor limiting mental ability with reference to homicide; it is potentially only considered as a mitigating circumstance.

The majority of perpetrators with mental disorders were 29-39 years old at the time of committing the crime; only two of them belonged to older age groups.

Perpetrators with mental disorder typically had no criminal record (11 persons), which proves that the conscious elaboration of unlawful conduct was far from them; their homicidal act occurred as a result of their mental state exclusively. In the majority of cases they committed the act at home. In the non-compos mentis group alcohol or drug consumption are not characteristic, either: neither when committing the crime, nor in general.

In the case of the majority of perpetrators there could typically be established a personality disorder that did not restrict their criminal liability, however. This personality disorder often meant that the personality structure of the person concerned was distorted; his/her intellect belonged to the category of low intellect; s/he was a disharmonic personality with a tendency to aggression and impulsiveness and antisocial elements. In the case of personalities who were less differentiated in the first place, the influence of alcohol usually played an important role.

6 THE CRIMINAL PROSECUTION OF DEFENDANTS

From of the criminal cases examined, 78,8% were concluded with a final decision establishing guilt and 6% with acquittal due to mental disease. In 7.4% of the proceedings the perpetrator could not be identified or the defendant could not be declared guilty.

According to the perpetration structure, the rate of perpetrators was 72.8%; coactors made up 22.0%; accomplices 3,6%; abettors 1.6%.

Also, 56.0% of the perpetrators were caught within 24 hours (30.8% within one hour) after committing the first homicide. There were 3 defendants who were arrested by the police more than 10 years after the crime. Most often (34.6%) 2-3 years (24-35 months) passed from the time of committing the crime to the time the court decision took effect; 7-8% of the defendants had to wait more than 5 years for this.

In the course of the criminal proceedings, 42.5% of the defendants made a full and 29.8% a partial confession, while 27.7% denied the charges brought against them.

In the cases brought before the court, 29.9% of the defendants were sentenced to life imprisonment; of these, 18 persons (7.8%) to life imprisonment without parole. In the case of those not sentenced to life imprisonment without parole, the earliest date of release on parole was established in 30 years in the majority of the cases (47%), while there was even a term of 45 years. As regards the punishment of fixed-term imprisonment, punishments of between 10 -15 years were the most frequent (24.7%). The court ordered involuntary treatment in a mental institution against 12 defendants (5.2%).

7 CONCLUSION

In our research, whose findings only partially confirmed our hypotheses, we succeeded in exploring the basic characteristics and criteria of the specific type of crime analysed that may help aspects of prevention. Among the cases examined, the categories with the highest occurrence were homicides typically committed against family members due to long-standing conflicts, various situational acts, confrontations between characteristically drunken perpetrators and acts for financial gain.

It can be established that a differentiated picture must be drawn even of this crime of outstanding severity from the point of view of criminal law. This differentiated nature was also reflected by the

wide spectrum of the terms of the imposed punishments, ranging from suspended imprisonment to the most serious punishment of life imprisonment without parole.

Fortunately, the actual occurrence of unpredictable amok running, which poses the greatest risk to society and thus generates increased fear, and of mass homicide and serial homicide cases of higher severity, is relatively rare.

The delicts typically take place against known victims, at the settlements where the victims live, most often in an apartment or a family house, on a Saturday or a Sunday. In the majority of the criminal acts the perpetrators were found in a short time and admitted having committed the crime.

The majority of perpetrators had criminal liability; at the same time they were persons struggling with psychological disorders, a disharmonic personality structure, a psychopathic lifestyle, low emotional intelligence and a lack of empathy skills, who in many of the cases released long accumulating tension when committing the crime.

The main direction of prevention may thus be developing the mental and psychiatric care system and assigning increased attention, including notifying those in authority, of the part of the family and the home environment. Essential crime prevention aspects are the early detection of psychological risk factors, which could be facilitated by the training of authority officials and public institution employees as well as by awareness raising and education efforts.

The psychological prevention of aggressive and antisocial behaviour in the case of children is especially important also for the future. Such behaviour develops slowly, in the course of years, while individual, family and environmental risk factors grow and their effects accumulate. Important tasks in prevention programmes are to reduce risk factors and reinforce protective factors. Primary prevention serves the preservation of children's physical and psychological health, while secondary prevention targets providing care for those showing

early symptoms e.g. by developing and enhancing empathy skills. Social and economic security, too, can certainly facilitate constructing a society where aggression is scaled down, human life is more appreciated and human values are more prevalent.

PESQUISA SOBRE MÚLTIPLOS HOMICÍDIOS NA HUNGRIA

RESUMO

Neste artigo examinamos o histórico criminológico de casos agravados do mais sério crime contra a vida humana por sua excepcional gravidade, crimes de homicídios múltiplos, ocorridos na Hungria. Processando o espectro total de dados no período entre 2000-2012, observa-se uma análise detalhada de 217 casos, 250 perpetradores e 532 vítimas. O artigo objetiva explorar a avaliação legal e os motivos de execução deste crime, os antecedentes sociais e psicológicos dos seus autores assim como as características das vítimas.

Palavras-chave: *Histórico familiar. Conflitos de longa duração. Doença mental. Consumo de álcool. Prisão perpétua.*

REFERENCES

BAKÓCZI, Antal: **Az emberölés**. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Publisher, Budapest, 1984

CSERNYIKNÉ PÓTH, Ágnes: A profilalkotás lényege. In: Ágnes Dr. Csernyikné Póth – Mihály Fogarasi (ed.): **Kriminálpszichológia**. Rejtjel Publisher, Budapest, 2006, pp. 213-217

KORINEK, László: **Kriminológia**. Volume II. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó publisher, Budapest, 2010.

KRÁNITZ, Mariann: Emberölés: áldozatok és tettesek. **Kriminológiai Tanulmányok** volume 41, National Institute of Criminology, Budapest, 2004,

pp. 92-113

RASKÓ, Gabriella: **A noi bunözés**. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Publisher, Budapest, 1978

SEELIG, Ernst: **Lehrbuch der Kriminologie**. Darmstadt, 1964.

The Ethics and Moral status under the rule of law of Prosecutors¹

Talat Faruq Lone²

ABSTRACT

Ethical training could contribute a lot for professional development. Law Prosecutors as ethical agents could play their role in many ways. Training of Prosecutors, besides professional requirements, includes education teaching them the importance of fiduciary relationship of client.

Keywords: *Ethics. Moral. Rule of Law. Prosecutors.*

“Morality matters, not just because it should govern our personal behavior and the way we treat others. It should provide the context in which all affairs are conducted and Nations governed”.

Roger Trigg

1 INTRODUCTION

Ethics is a branch of philosophy which seems to address questions about morality, such as what the fundamental semantic, ontological and epistemic nature of ethics or morality is (meta-ethics), how moral values should be determined, (normative ethics), how a moral outcome can be achieved in specific situation, (applied ethics), how moral capacity or moral agency develops and what its nature is, (moral psychology, and what moral values people actually abide by,

¹ Data de recebimento: 17/07/2018. Data de Aceite: 21/09/2018.

² Master of Law, LL.M, from Karachi University, Pakistan PK Member, International Association of Prosecutors. E-mail: rtn_talatfaruqlone@hotmail.com

(descriptive ethics). Ethics is defined as:

- a. A set of principles of right conduct.
- b. A theory or a system of moral values.

The study of the general nature of morals and of the specific moral choices to be made by a person: moral philosophy.

The rules or standards governing the conduct of a person or the members of a profession: medical ethics.

Ethics is defined as motivation based on ideals of right and wrong and the philosophical study of moral values and rules.

Ethics word origin from Greek thinks, ethical, from those, character.

The term "morality comes from Latin moralitas manner, character, "proper behavior". It has three principal meanings. In its first, descriptive usage, morality means a code of conduct which is held to be authoritative in matters of right and wrong. Morals are created by and define society, philosophy, religion or individual conscience. An example of the descriptive usage could be "common conceptions of morality have changed significantly over time."

In its second, normative and universal sense, morality refers to an ideal code of conduct, one which would be espoused in preference to alternatives by all rational people, under specified conditions. In this "prescriptive" sense of morality as opposed to the above stated "descriptive" sort of sense, moral value judgments such as "murder is immoral" are made. To deny 'morality' in this sense is a position known as moral skepticism, in which the existence of objective moral "truths" is rejected.

In this third usage, 'morality' is synonymous with ethics, the systematic philosophical study of the moral domain.

Morality and Ethics intrinsically are abstract normative ought which are expected to be followed by people living in society. These are the socially agreed value expectations which any civilized society hopes from their individuals. According to sociological philosophical

and historical schools of thought, morality provides the justification for the Laws in society.

2 DEVELOPMENT

The Rule of Law is important, especially to the extent that it checks possible abuse of authority by the executive. It has the negative impact of detracting from a more important aspect which is, according to the Supreme Court Bar Association's, under which the Supreme Court ethical Bar Association was formed is to maintain higher professional standards of probability and integrity amongst its Prosecutors members and "check and eradicate unprofessional practices".

Ethical standards for Prosecutors have been of concern in the subcontinent at least since the British Royal Charter of 1774, established by the Supreme Court of Judicature. Before this the subcontinent had experienced sophisticated secular legal system under the Mauryas (321-185 BC) and the Mughuls (16th -19th Centuries); however, it had neither had nor felt the need for an organized legal profession of Prosecutors as most supplicants either pleaded their cases in person or through trusted relatives, friends, or patrons. Prosecutors have the duty to represent the state cases with honesty.

The Supreme Court and the High Courts recognition, wealth and prestige to the legal profession of prosecutors and with it the need to ensure that only qualified prosecutors of character and integrity could appear before the Courts.

There is no denying that without effective investigation. An effective prosecution cannot follow. An effective investigation is a precedent condition, which provides a concrete base to effective prosecution.

The prosecutors are supposed to supervise the overall prosecution but rarely do so. The prosecutors should examine the draft report and direct the deficiencies of evidence therein need to be attended to. Public Prosecutors must also play an effective role in analyzing,

examining and evaluating the evidence collected by the investigation agency, but do not do so, which amounts to a glaring flaw of procedure. The prosecutor is a watch-dog and the leading character of all overall prosecutions and should implement the enshrined principles of effective prosecution.

For successful prosecutions, prosecutors ought to consider the following principles enumerated here under:

- * Whether the provisions of Code of Criminal Procedure has been violated. If so prosecutors must know, how to make the necessary rectifications;
- * If the F.I.R. contains technical flaws, how to streamline the case during the investigation;
- * Whether the investigation officer conducted the investigation under the law. If not, the prosecutor should know how the case might be improved upon;
- * Verify if the oral, documentary and circumstantial evidence comply with the criteria laid down in the Qanun-e-Shadadt Order 1984 (with reference to law of precedents laid down by the higher courts);
- * Whether the facts as reflected in the F.I.R. have been addressed in the Challan (i.e. report under Section 173 of Cr.P.C.)? If not, how to plug the loopholes;
- * Whether the challan has been submitted in court within the prescribed period as laid down in Section 173 of Cr. P.C.;
- * Whether the accused's defense is plausible? If not, how to highlight and rebuilt the same before the Court;

It is also observed that the investigator and the prosecutor both have become the prisoners of procedure, when they always look and try to dig for the direct evidence and do not bother to look for circumstantial evidence; although it is a well-defined principle of prudence that a conviction can also be recorded on the basis of circumstantial evidence. Article 164 of Qanun-e-Shahadat Order 1984, permits the use of modern devices and evidence detected

thereon are admissible in evidence.

A data bank of perpetrators in respect of finger printing, blood grouping and DNA sampling, has also not been established. Modern devices like cell phones and internet could also be used.

Immediate duties of prosecutors are:

- * To promote the cause of prosecution.
- * To thoroughly scrutinize challans
- * To ensure the observance of conditions and restrictions of codes with reference to Police rules
- * To ensure the observance of High Court directions with the object of expediting decisions and preventing abuses.
- * To supervise the transmission of warrants and summons and to ensure that returns of such processes are made without delay.
- * To guide the Investigations Officer to remove any lacunas in order to prevent the best evidence
- * To survey the pending investigations ensuring timely submission of challans in court as soon as the final report is received, to vet it and, if found not comprehensive, direct the investigation agency to resubmit it in the best manner.
- * To timely prepare acquittal appeals and revision petitions wherever so required
- * To prepare the cross-examination of the accused and witnesses of defense, if any

The principles of ethical dimensions regarding standard of professional responsibilities are essential for effective prosecution, including the following:

- * The Prosecutors must be independent in the performance of their function and should exercise their functions free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason.
- * The Prosecutors shall all times uphold the rule of law, the integrity of criminal justice system and the right to a fair trial.

* He/she shall at all times respect the fundamental rights of all human persons to be held before the law and abstain from any wrongful discrimination.

* He/she must not manifest by words or conduct any bias or prejudice.

* Give due attention to the prosecution of crimes of corruption, abuse of power, violation of human rights and other crimes recognized by law particular offences, which may have been committed against the society and public at large.

*He/she shall not, through behavior and conduct compromise the actual or reasonably perceived, integrity, fairness or independence, in particular must not accept any gift, prize, loan, favor, inducement, hospitality or other benefit in relation to anything done or to be done or omitted to be done in connection with performance of duties.

* He/she shall not allow family, social or other relationship, improperly to influence his/her conduct as Prosecutor and not use or lend the prestige of his/her position as prosecutor to advance his/her private interest or those of a member of his/her family or of anyone else, nor shall he/she convey or permit others to convey the impression that anyone is in a special position improperly to influence him/her in the performance of his/her duties.

* He/ she shall not use or disclose confidential information acquired on his/her capacity as a prosecutor for any purpose unconnected with the performance of his/her duty or the needs of justice.

* He/she shall remain unaffected by individual or sectional interest and public or media pressure having regard only to the public interest.

* He/she shall become disqualified from practising in any prosecution in which he/she is unable to act impartially or in which it may appear to a reasonable observer that such is the case.

* Prosecutors shall take reasonable steps to maintain and enhance knowledge, skills and personal qualities necessary for the proper performance of his/her duties, keeping themselves well informed of relevant regular documents.

The Rule of Law has been defined as the “universal obligation of every civilized country. It means supremacy of Law as opposed to the arbitrary authority of the Government. This supremacy guarantees three concepts”, (i) absence of arbitrary power, (ii) equality before law and (iii) rights of citizens.” In that case, reference was made to Surah-e-Nisa, Verse 135, from Holy Quran as under:

O ye who believe! stand out firmly, For Justice, as witnesses,
To Allah, even as against yourselves, on your parents, on
your kin, and whether, It be (against) rich or poor, For Allah
can best protect both, Follow not the lusts (of your hearts)
last ye swerve and if ye Distant (justice) or decline to do
justice, verily Allah is well-acquainted with all that ye do.

Surah-e-Rehman, Verses 7, 8 and 9 which reads as under;

And the Firmament has He Raised high, and He has set up the Balance (of justice)

Verse 8 In order that ye may Not transgress (due) balance;

Verse 9 So establish weight with justice and fall not short in the balance;

And Surah-e-Maidah, Verse 9 of the Holy Quran;

To those who believe and do deeds of righteousness hath, Allah promised forgiveness and a great reward.

While anticipating the question as to what is law, it's relevant to refer to the observation of another former Chief Justice of Pakistan, Hamoodur Rehman, J. in the case of Asma Jilani Vs. Government of Punjab and another (PLD 1972 SC 139 at 159):

So far as a Judge is concerned, if a definition is necessary, all that he has to see is that the law which he is called upon to administer is made by a person or authority legally competent to make laws and the law is capable of being enforced by the legal machinery. This, in my view, brings in the notion both of legitimacy and efficacy.

With all this in mind, it's relevant to point out how people from

abroad look at our Superior Courts. I would like to quote here a couple of passages from the book "Judging the State" (Cambridge University Press South Asian Studies) Paula R. New Berg in his book observed: "The judiciary has faced difficult jurisdictional problems as it has mediated conflicts among institutions that derive their authority from diverse and sometimes incompatible resources. Equally difficult the Courts have decided that the conflicts between citizens and the State when the Government is not empowered by the citizenry, when neither rights nor obligations are clear or fully known and when punitive sanction precede reasoned Government judgment and actions. When Courts have helped to create conditions for democracy by acting as bulwarks for the citizenry against the State, the idea of democracy has taken on anti State character--a form that the Courts, themselves state institutions, find discomfiting".

3 CONCLUSION

From the study and observation as reproduced above, to conclude, a liaison between the prosecution and investigation agency could play a decisive role in overcoming these barriers to ensure that the perpetrators of crime can be successfully brought to justice.

As teaching is profession, ethical training in it could contribute a lot for professional development. Law Prosecutors as ethical agents could play their role in many ways. Training of Prosecutors, besides professional requirements, includes education teaching them the importance of fiduciary relationship of client and the element of confidentiality which is a trust of client in Prosecutors.

Law teachers can train Prosecutors through continuing legal and ethical training. This could increase the trust of Prosecutors, in the judicial system.

Law teachers can train personnel of law enforcing agencies so their impression and efficiency could be improved publically.

Every Department of Prosecutors is created and executed through law. Law teachers trained in ethics could be a very good resource for the training of these prosecutors. We recommend essential continuing training, especially for Prosecutors Departments, so the efficiency could be made enhanced in a more relational context.

Working efficiency is halted due to lack of legal training in ethical context and creates an abusive work environment. This could be countered through ethical trainings by law teachers.

The lack of respect of opposite gender can give rise to harassment amongst colleagues which minimizes output of the workplace. This phenomenon could be suppressed through ethical trainings.

The lack of respect for difference of opinion give rise to irritated and less tolerant colleagues. This factor could be minimized through ethical trainings.

It's relevant to reiterate emphatically that self improvement through training is highly recommended for Prosecutors and through them to all to build the nation.

O STATUS DA ÉTICA E DA MORAL SOBRE AS REGRAS LEGAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RESUMO

O exercício da ética pode contribuir em muito para o desenvolvimento profissional. Os Promotores de Justiça, como agentes éticos, podem desempenhar seus papéis de muitas formas. A formação de Promotores, além dos requisitos profissionais, deve incluir a educação da importância do estabelecimento de uma relação de confiança com o cliente.

Palavras-chave: *Ética. Moral. Regra Legal. Ministério Público.*

REFERENCES

From **Wikipedia**;

Wikipedia -- **The term is derived from the Latin “to swear (an oath)”**. The oath referred to dictates adherence to ethical standards, which invariably include practitioner / client confidentiality, truthfulness, and the striving to be an expert in one’s calling, all three of these being practiced above all for the benefit of the client. There is also a stipulation about upholding the good name of the profession;

From **Black’s Law Dictionary**;

Etzoini, ahead;

The ethics of Teaching: Responding Constructively to Complex Situations by Miriam Rosalyn Diamond;

WordNet (R) 1.6, (C) 1997 **Princeton University**;

The American Heritage (R) Dictionary of the English Language, Fourth Edition, Copyright (C) 2000 by Houghton Mifflin Company;

American Association of University Professors **“Statement on Professional Ethics”** 1987;

New Directions in Teaching and Learning, 1997 Vol.66;

Marilla Svincki at **U.T. Austin**;

PLD 1972 SC 139;

Holy Quran;

**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