Ministério Público do Estado de Goiás
Procuradoria-Geral de Justiça

ISSN 1809-5917

Nº 34

Revista

do Ministério Público
do Estado de Goiás

Goiânia
2017

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ministério Público do Estado de Goiás

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
Procuradoria-Geral de Justiça
Procurador-Geral de Justiça: Benedito Torres Neto

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás
Diretor: Flávio Cardoso Pereira

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás
Corregedor-Geral: Abraão Júnior Miranda Coelho

Ouvidoria de Justiça do Estado de Goiás
Ouvidora: Orlandina Brito Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos
Subprocuradoria-Geral de Justiça: Carlos Alberto Fonseca

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais
Subprocuradoria-Geral de Justiça: Aylton Flávio Vechi

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos
Subprocuradoria-Geral de Justiça: Sérgio Abinagem Serrano

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás. - ,
n.34 (jul./dez. 2017) -.- Goiânia: ESMPGO, 1996
V.: 20 x 28 cm.
150 p.

Trimestral (2005-2009). Semestral 2010.
ISSN 1809-5917

1. Direito - periódicos. 2. Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás

CDU:34(051)

T.G.G. CRB 1842

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Pede-se permuta On demande l1échange We ask for exchange

Editoração, projeto gráfico e diagramação: Coordenação de Editoração da ESMP-GO (Fabiana Figueiredo)
Capa: Coordenação de Editoração da ESMP-GO (Jordanna Lucindo Milhomen - estagiária da ESMPGO)
Corpo Editorial da Revista: p.3 e p.4
Corpo de Pareceristas da Revista n.34: p.5 e p.6
Revisão ortográfica: Tikinet Edição Ltda
Créditos foto capa: Assessoria de Comunicação do MPGO (João Sérgio)
Impressão: Cir Gráfica e Editora Ltda
Tiragem: 700 exemplares

Editor / Autor corporativo: MPGO
Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás
Rua 23, esquina c/ Av. Fued José Sebba, Qd. A 06, Lts. 15/24
Jardim Goiás - Goiânia - Goiás - CEP 74.805-100 fone:324308000
e-mail: esmp@mpgo.mp.br; editoracao@mpgo.mp.br;
http://www.mpgo.mp.br;

CONSELHO EDITORIAL

FLÁVIO CARDOSO PEREIRA
Presidente do Conselho Editorial da Escola Superior do MPGO.
Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Diretor da Escola Superior do MPGO e promotor de Justiça do MPGO.

ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA
Doutor em Direito Penal e Filosofia do Direito pela Università degli Studi Roma (Itália) e promotor de Justiça do MPRJ.

ANA TERESA SILVA DE FREITAS
Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão e promotora de Justiça do MPMA.

FERNANDO BRAGA VIGGIANO
Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e promotor de Justiça do MPGO.

GERMÁN GUILLÉN LÓPEZ
Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha) e professor de Ciências Penais com especialização em Criminologia no Instituto Nacional de Ciências Penais, bem como da Universidade de Sonora (México).

GUSTAVO DOS REIS GAZZOLA
Pós-doutor pela Ius Gentium Conimbrigae - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e promotor de Justiça do MPSP.

HERMES ZANETI JÚNIOR
Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (Itália).
Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e promotor de Justiça do MPES.

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR
Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Università Degli Studi Roma (Itália) e promotor de Justiça do MPGO.

LAURA ZUÑIGA RODRÍGUES
Doutora pela Universidade de Salamanca e Catedrática acreditada de Direito Penal na Universidade de Salamanca (Espanha).

LEONARDO SCHMITT DE BEM
Doutor em Direito Penal Italiano, Comparado e Internacional pela Università degli Studi di Milano (Itália) em cotutela com a Universidad de Castilla La Mancha (Espanha) e professor adjunto de Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

NICOLÁS RODRÍGUES GARCÍA
Catedrático de Direto Processual da Universidade de Salamanca (Espanha). Recebeu o Prêmio Extraordinário de Doutorado e tem desenvolvido estudos nas Universidades de Kansas, Turim e Coimbra. Diretor do curso de doutorado em Estado de Direito e Boa Governança e avaliador nacional e internacional de mestrados, doutorados e pós-graduações, em especial na área de Ciências Jurídicas e Sociais.

NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, professor associado do curso de graduação em Direito e de mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amapá e procurador de Justiça do MPAM.

PAOLA CASABIANCA
Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha) e professora e pesquisadora da Área Penal da Universidade Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Colômbia).

TARSIS BARRETO OLIVIERA
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins, de Direito Penal e Processo Penal da Unitins e de mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT.

CORPO DE PARECERISTAS

ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA
Doutor em Direito Penal e Filosofia do Direito pela Università degli Studi Roma (Itália) e promotor de Justiça do MPRJ.

BERNARDO MORAIS CAVALCANTI
Mestre em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista, graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e promotor de Justiça do MPGO.

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO
Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universiadade de São Pualo, graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Membro da International Association of Prosecutor e da International Network to Promote the Rule of Law. Professor na Escola Superior da Advocacia da OAB de Goiás e de São Paulo. Membro do Conselho Nacional do Ministério Público e professor adjunto de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Membro do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico da USP e promotor de Justiça do MPGO.

FERNANDO BRAGA VIGGIANO
Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e promotor de Justiça do MPGO.

FLÁVIO CARDOSO PEREIRA
Presidente do Conselho Editorial da Escola Superior do MPGO. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Diretor da Escola Superior do MPGO e promotor de Justiça do MPGO.

SPIRIDON NICOFOTIS ANYFANTIS
Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Professor adjunto das Faculdades Alves Faria e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás e promotor de Justiça do MPGO.

TARSIS BARRETO OLIVIERA

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e
professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins,
de Direito Penal e Processo Penal da Unitins e de mestrado em
Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT.
Coordenador e professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....09

ASPECTOS PUNTUALES DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS
Paola Casabianca.....11

A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA REFUNDAÇÃO GARANTISTA?
Fauzi Hassan Choukr.....21

A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL: A OPORTUNIDADE COMO CONSEQUÊNCIA ESTRUTURAL E FUNCIONAL DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL
Antonio Henrique Graciano Suxberger.....35

DA VALIDADE PROCESSUAL PENAL DAS PROVAS OBTIDAS NO *FACEBOOK*
Danni Sales Silva.....51

PONTOS FORTES E FRACOS DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO
Marcelo Zenkner / Américo Bedê Júnior.....69

COMPREENSÃO CRÍTICA DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL
Eduardo Cambi / Ana Paula Meda.....81

CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E RECURSOS PARA A EDUCAÇÃO
Fabrício Motta.....97

DIRETRIZES ÉTICO-SOCIAIS DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
Frederico Augusto de Oliveira Santos.....107

POSSUI A DEFENSORIA PÚBLICA LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DE IMPROBIDADE?
Umberto Machado de Oliveira.....135

EDITORIAL

Prezados leitores,

Cumprindo nossa meta de implementar um novo projeto editorial para a Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, apresentamos nesta edição n. 34 a nova formatação da publicação, que contempla mudanças com o propósito de alcançar maior visibilidade no meio acadêmico e continuar na busca contínua de ser fonte qualificada de pesquisa na área jurídica.

Segue, primordialmente, respaldada pelo trabalho das gestões anteriores e pelas mudanças realizadas pela nossa gestão, com o propósito de constituir-se em um canal constante e qualificado de reflexão institucional e referência de consulta na seara do Direito, além de disseminar conhecimento que guarde pertinência com as atribuições dos membros do Ministério Público.

Com a restruturação do formato, a Revista do MP de Goiás ganha novo layout, apresenta textos nacionais e internacionais, bem como contempla trabalhos científicos inéditos, possibilitando a interlocução com temas de singular importância, relevância e utilidade para o debate institucional com ênfase no aspecto científico. O objetivo é atender às necessidades de um Ministério Público mais contemporâneo, atualizando procedimentos de avaliação dos artigos, alinhando-os aos critérios de classificação de periódicos segundo estratos da Comissão Qualis de Direito da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). A perspectiva é atingir um nível editorial de excelência, com esta edição e as próximas que serão publicadas.

A leitura dos artigos de renomados autores, pós-doutores, doutores e mestres Paola Casabianca, Fauzi Hassan Choukr, Antônio Henrique Graciano Suxberger, Marcelo Zenkner e Américo Bedê Júnior, Eduardo Cambi e Ana Paula Meda, Fabrício Motta, Frederico Augusto de Oliveira Santos, Umberto Machado e Danni Sales Silva, contribuirá para entender e analisar singularmente os seguintes temas: *Aspectos puntuales de las intervenciones telefónicas*; A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista?; A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do Sistema de Justiça Criminal; Pontos fortes e fracos da recuperação de ativos no Direito Brasileiro; Compreensão crítica da mediação no processo judicial; Contratação direta de serviços advocatícios e recursos para a educação; Diretrizes ético-sociais da Justiça da Infância e Juventude e a oitiva informal; Possui a Defensoria legitimidade para propor ação de improbidade? e Da validade processual penal das provas obtidas no Facebook.

O conselho editorial da revista é composto por pesquisadores e docentes de instituições nacionais e internacionais, o que confere maior credibilidade ao valorizar o intercâmbio entre instituições do país e do exterior. Tenho a honra de participar deste grupo e compartilhar da responsabilidade de deliberar sobre as diretrizes das publicações da Escola Superior, entre elas, da Revista do MP de Goiás. Estamos juntos nessa missão: Alexander Araújo de Souza (MPRJ), Ana Teresa Silva de Freitas (MPMA), Fernando Braga Viggiano (MPGO), Germán Guillén López (Universidade Sonora - México), Gustavo dos Reis Gazzola (MPSP), Hermes Zaneti Júnior (MPES), João Porto Silvério Júnior (MPGO), Laura Zuniga Rodriguez (Universidade de Salamanca - Espanha), Leonardo Schmitt de Bem (UEMS), Nicolás Rodriguez Garcia (Universidade de Salamanca - Espanha), Nicolau Eládio Bassalo Crispino (MPAP), Paola Casabianca (Universidade Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario - Colômbia) e Tarsis Barreto Oliveira (UFT).

Um outro diferencial que qualifica sobremaneira a publicação é o corpo de pareceristas, composto de pós-doutores, doutores e mestres, selecionados para compor o cadastro permanente da publicação. Nomes que também conceituam com selo de qualidade, com chancela acadêmica, a seleção de trabalhos, primando pela avaliação criteriosa, segundo indicadores qualitativos exigidos pela Capes. Acompanham-me nesse importante propósito editorial: Alexander Araújo de Souza (MPRJ), Bernardo Morais Cavalcanti (MPGO), Carlos Vinícius Alves Ribeiro (MPGO), Fernando Braga Viggiano (MPGO), Spiridon Nicofotis Anyfantis (MPGO), Tarsis Barreto Oliveira (UFT) e Vinícius Pinheiro Marques (UFT).

A Revista n. 34 inaugura um novo formato de conteúdo sistematizado para promover uma leitura referenciada na proposta da Escola Superior do MP goiano de aproximar cada dia mais nossa fonte de pesquisas e estudos da comunidade acadêmica, compartilhando e disseminando conhecimento com a finalidade precípua de promover o aprimoramento funcional.

Desejo a todos uma ótima leitura e que esta provoque a vontade e inspiração para participar dessa jornada em busca de uma classificação acadêmica de excelência.

Construindo novos caminhos, contamos com sua valorosa contribuição.

FLÁVIO CARDOSO PEREIRA
Promotor de Justiça e
diretor da Escola Superior do MPGO.

PAOLA CASABIANCA
Doutora em Direito pela
Universidade de Salamanca - Espanha.
Professora e pesquisadora da Área Penal da
Universidade Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario - Colômbia.

ASPECTOS PUNTUALES DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

ASPECTOS PONTUAIS DAS INTERVENÇÕES TELEFÔNICAS

DISTINCTIVE ELEMENTS OF WIRETAPS

***Resumen*:**
Cuando se utiliza un medio de investigación que limita derechos fundamentales dentro de un proceso penal es indispensable tener en claro sus elementos estructurales. Así sucede con las intervenciones telefónicas, porque el diseño y la tecnología del teléfono han venido evolucionando con el tiempo. Ya no se trata del simple aparato ubicado dentro de un inmueble, provisto de un cable que puede ser pinchado, sino de un dispositivo móvil, que funciona como un ordenador y, además, es el medio para transmitir formas de comunicación diferentes a la conversación, como el "chat" (comunicación telemática) o el correo electrónico. Por lo tanto, al solicitar y autorizar una intervención telefónica debe tenerse en cuenta en qué consiste esta medida y si resulta suficientemente útil para la investigación, o si, por el contrario, se necesitan intervenir otras comunicaciones privadas del investigado o inspeccionar su aparato telefónico.

Palabras clave:
Derechos fundamentales, intervenciones telefónicas, elementos estructurales.

Resumo:
Quando é utilizado um meio de investigação que limita os direitos fundamentais dentro de um processo criminal, é essencial ter claro seus elementos estruturais. Esse é o caso das intervenções telefônicas, porque o design e a tecnologia do telefone evoluíram ao longo do tempo. Já não é o dispositivo simples localizado dentro de um prédio, com um cabo que pode ser perfurado, mas um dispositivo móvel, que funciona como um computador e, além disso, é o meio para transmitir diferentes formas de comunicação para a conversa, como "chat" (comunicação telemática) ou e-mail. Portanto, ao solicitar e autorizar uma intervenção telefônica, deve ser levado em conta no que esta medida consiste e se resulta suficientemente útil para a investigação, ou, pelo contrário, se será necessário intervir outras comunicações privadas da pessoa pesquisada ou inspecionar em seu aparelho telefônico.

Palavras-chaves:
Direitos fundamentais, intervenções telefônicas, elementos estruturais.

Abstract:
When a criminal procedure that limits fundamental rights in a criminal investigation is used, it is essential to be clear about its structural elements. This is the case with wiretaps because the design and technology of the telephone have been evolving over time. It is no longer a simple machine fixed inside a place provided with the wire that might be tapped, but a mobile device, which functions as a computer and, moreover, is the way to transmit different communications to the conversation, such as "chat" (telematics communication) or email. Therefore, when requesting and authorizing a wiretap, it should be taking into consideration what this consists of and if it is sufficiently useful for the investigation, or whether another kind of communication interception or a telephone device inspection must be agreed.

Keywords:
Fundamental rights, wiretaps, structural elements.

INTRODUCCIÓN

La intervención de conversaciones telefónicas es un medio de investigación y fuente de prueba importante en las investigaciones criminales. Su práctica antijurídica es un delito y ha producido consecuencias de enorme trascendencia, como la dimisión del presidente Richard Nixon en los Estados Unidos de América o la finalización de organismos de inteligencia, como sucedió con el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) en España o con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Colombia.

Existen otras actividades de investigación que recurren a la escucha o a la investigación del aparato telefónico, por lo que es error común considerar que todas las actividades se constituyen como intervenciones telefónicas.

En España, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR) se ocupaba de la regulación de la intervención de comunicaciones de una manera tan parca como desordenada. Por este motivo, la Ley Orgánica n. 13/2015, de 5 de octubre, modificó esta norma e incluyó ocho capítulos en el Título VIII y separó los diferentes medios de investigación. De esta forma, la intervención de las comunicaciones telefónicas y de las telemáticas quedaron específicamente reguladas en el capítulo V; la grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos en el capítulo VI; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen en el capítulo VII; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en el capítulo VIII y el registro remoto de equipos informáticos en el capítulo IX.

Esta separación comprueba que estamos ante actividades de investigación que son diferentes entre sí. Sin embargo, algunas podrían confundirse y ejecutarse bajo una autorización o regulación equivocada.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la inspección del teléfono móvil para conocer llamadas entrantes y salientes registradas en un teléfono, donde se accede a un dato relacionado a una conversación telefónica, por lo que podría pensarse que es una intervención telefónica, pero a la vez, se inspecciona un dispositivo masivo de información o cuando, a través de las celdas de transmisión de la llamada se va siguiendo la ubicación del investigado, con lo que la policía judicial está conociendo su comunicación telefónica, y también, realizando un seguimiento.

Para evitar que utilice un medio de investigación relacionado a escuchas o teléfonos de manera incorrecta, y evitar así, las pruebas ilícitas, es importante conocer los elementos de las interceptaciones telefónicas, y a partir de ellos, reconocer si la actividad que se pretende realizar corresponde a este medio de investigación o si se trata de un medio de investigación similar. Este escrito desarrollará estos elementos.

PRINCIPALES DEFINICIONES DE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

El Tribunal Supremo español definió las intervenciones telefónicas de la siguiente manera: "Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para aportación en su caso, de determinados elementos probatorios"[1]. Según esta definición, son un medio de investigación propio del procedimiento penal, que tiene por finalidad aportar pruebas al proceso, y que se basa en la escucha y en el control o la vigilancia de las comunicaciones que el investigado realiza por teléfono, con lo que se interfiere en su derecho al secreto de las comunicaciones y en el de su interlocutor (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013, p. 14).

Casanova Martí resalta esta limitación al secreto de las comunicaciones; para esta autora la intervención telefónica es un "acto de investigación propio de un proceso penal por el cual el juez de instrucción limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que está sometida al mismo" (2014, p. 66). En posterior definición, la autora ya no se refiere al Juez de Instrucción, sino que habla simplemente de un juez (CASANOVA MARTÍ, 2015, p. 545).

Por su parte, López-Fragoso Álvarez considera que las intervenciones telefónicas son "[a]quellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado - u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse -, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinado elementos probatorios" (1991, p. 12). Definición que incluye dentro del concepto de comunicaciones, aquellos elementos anexos que van más allá de su mensaje[2], conocidos como aspectos externos de la comunicación, como el lugar de ubicación de los interlocutores.

---

[1] STS 1149/1993, de 28 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez. Como advierte la misma sentencia, esta definición ha sido aceptada en las sentencias del Tribunal Supremo: STS 1889/1994, de 31 de octubre, Ponente Sr. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez; STS 711/1996, de 19 de octubre, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid; STS 160/1997, de 4 de febrero, Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz; STS 132/1997, de 8 de febrero, Ponente, Sr. Ramón Fernández Cid; STS 740/1997, de 26 de mayo, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid; STS 1463/1997, de 2 de diciembre, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid; STS 579/1998, de 22 de abril, Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.

[2] STC 114/1984, de 29 de noviembre, Ponente Sr. Luís Díez-Picazo Ponce de León: "Y puede también decirse que el concepto de 'secreto', que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 - caso Malone - reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado comptage, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma."

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Las anteriores definiciones demarcan los elementos fundamentales de las intervenciones telefónicas, que serán presentados a continuación:

Primero. Su objeto interfiere en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y, eventualmente, en otros derechos fundamentales, como el de la intimidad y el de la protección de datos de carácter personal.

El derecho fundamental que resulta directamente limitado al intervenir una conversación telefónica es el derecho al secreto de las comunicaciones, que se configura en doble sentido: por un lado, se refiere a la posibilidad de comunicarse sin interferencias, trabas o limitaciones y, por otro, implica la reserva de la comunicación (DE URBANO CASTRILLO, 2011).

El Tribunal Supremo español[3] señaló que la injerencia en cualquier derecho fundamental se justificaba bajo los siguientes presupuestos: un fin constitucionalmente legítimo, como investigar delitos y sancionar a los responsables; la observancia del principio de legalidad, es decir, la existencia de una ley que consagre y regule la intervención; una autorización judicial motivada; y que, al proferirse esta autorización, el juez haya aplicado estrictamente el principio de proporcionalidad y, para ello, haya considerado tres aspectos: el primero, que la medida resulto idónea para el fin que se pretende; el segundo, que medida sea necesaria e imprescindible o, por el contrario, si existen otros métodos menos invasivos para obtener evidencias; por último, que los beneficios de su aplicación resulten mayores que las desventajas que lleguen a ser generadas.

El concepto de secreto está íntimamente ligado a la noción de reserva y, aplicándolo a la comunicación, el secreto comprende la reserva de la comunicación misma y de todos sus elementos accesorios. Este carácter privado lo determina el medio a través del cual se transmite la comunicación, como sucede con el teléfono que supone privacidad, y no depende del contenido del mensaje ni de la identidad de sus interlocutores, porque este es un derecho que se garantiza de manera formal[4], por lo que se transgrede al acceder antijurídicamente a la comunicación, sin importar si se trata de comentarios aficionados sobre un partido de futbol, la planeación de un crimen o un asunto íntimo. No obstante, en este último caso, no solo se vulneraría el secreto de las comunicaciones, sino también el derecho a la intimidad.

Cuando los interlocutores utilizan un canal abierto de comunicación no pueden esperar que sea reservado, y si se mezclan canales de comunicación cerrados y abiertos, se entenderá que se utiliza un canal abierto (MONTERO AROCA, 1999, p. 36; TEJERINA RODRIGUEZ, 2014, p. 189).

La comunicación tampoco es secreta para quienes en ella participan[5]. De acuerdo a la normatividad española, una persona puede grabar directamente sus conversaciones sin avisar o permitir que alguien la escuche, mientras no se trate de un asunto íntimo de su interlocutor

[3] STC 207/1996, de 16 de diciembre, Ponente Sr. Vicente Gimeno Sendra.
[4] STC 114/1984, de 29 de noviembre, Ponente Sr. Luís Díez-Picazo Ponce de León.
[5] STC 114/1984, de 29 de noviembre, Ponente Sr. Luís Díez-Picazo Ponce de León.

o sujeto a reserva, como sucede con el secreto profesional[6]; en este evento, la conversación debe ser libre, por lo que no se puede inducir al interlocutor a decir algo específico. Esto también vale para las autoridades, siempre que se trate de una comunicación que surja de forma imprevista y espontánea, pero cuando se trate de una agencia en cubierta, se necesita una autorización judicial previa[7].

Una persona puede instalar un aparato de escuchas en su propio teléfono para grabar sus conversaciones[8] pero no le está permitido grabar las conversaciones de las demás personas que lo utilicen[9]. Se plantea una excepción cuando, en ejercicio de la patria potestad, la tutela o la curatela, se necesite monitorear las conversaciones de un menor de edad[10] ante la necesidad de protegerlo, siempre y cuando exista un motivo razonable (LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, 1991, p. 21; OROZCO PARDO, 2012, p. 402)[11].

Con relación a la comunicación, es importante resaltar que el derecho a su secreto se garantiza respecto a todos sus cinco elementos, que incluyen los datos relacionados al emisor, al receptor, al código y al medio a través se realiza y el contenido del mensaje[12]. Tal protección opera mientras la comunicación se encuentre en curso. Cuando ya no hay comunicación porque ha finalizado, el conocimiento antijurídico sobre cualquiera de sus elementos no afecta al secreto de las comunicaciones, sino a derechos fundamentales que igualmente exigen protección, como el derecho a la intimidad[13] o a la protección de datos de carácter personal. Por ello, el registro de llamadas entrantes y salientes de un móvil no es una intervención telefónica, sino una inspección de un dispositivo de almacenamiento masivo de información, que demanda autorización judicial y regulación.

Segundo. Son una forma de vigilancia electrónica.

En las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[14] y contra la Corrupción[15] se acordaron que las autoridades competentes aplicarían "técnicas especiales de investigación" en las investigaciones criminales, para detectar e investigar delitos y sospechosos (COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS, 2005). Estas técnicas son: el agente encubierto, la entrega vigilada y la vigilancia electrónica. Las intervenciones telefónicas son una modalidad de vigilancia electrónica que se realiza a través del control de las conversaciones telefónicas que realiza el investigado, que abarcan todos sus elementos, incluyendo a los interlocutores y el lugar de donde se encuentran transmitiendo la comunicación.

---

[6] STS 4879/2001, de 9 de junio, magistrado Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
[7] STS 914/1996, de 20 de diciembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.
[8] STS 178/1996, de 1 de marzo, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
[9] STS 2122/2001, de 14 de mayo, Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.
[10] Fragoso Alvarez, Tomás, Las intervenciones telefónicas…cit, p. 21.
[11] Guillermo, "Intimidad, privacidad, 'extremidad' y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?" En: Protección jurídica de la intimidad, Javier Boix Reig y Ángeles Jaeño Leal Coords., Madrid. Ed Iustel, 2012, 381-403, p. 402.
[12] TEDH en el caso Malone vs Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, posición que después recogió la STC 114/1984, de 29 de noviembre.
[13] STC 70/2002, de 3 de abril, Ponente Sr. Fernando Galindo Falla.
[14] Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Trasnacional, Palermo, 2000. Art. 20.1.
[15] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, 2003. Art. 50.1.

Las técnicas especiales de investigación tienen dos características fundamentales: por un lado, limitan derechos relacionados con la privacidad del investigado, como sucede con el derecho del secreto de las comunicaciones, y por el otro, se realizan en secreto para garantizar su eficiencia y la seguridad de los investigadores, de manera que, desde el ámbito de las Convenciones de Naciones Unidas está previsto que ni la autorización judicial de intervención de comunicaciones ni su ejecución se le notifican al investigado.

Esta práctica sigilosa de las escuchas telefónicas resulta controversial, puesto que el investigado es sujeto de garantías, pero el mismo Ferrajoli (2006, p. 5), señala que el derecho penal busca la defensa social y la del más débil, y aclara que la posición del más débil va variándose a lo largo del proceso penal; de tal manera que, al momento de cometerse el crimen, la sociedad, de manera general, y el ofendido, de manera particular, ocupan este lugar, porque han sido agredidos, y, que solo después, al señalar y acusar a un presunto responsable, éste ocupará la posición del más débil.

Tercero. En su ejecución se requiere la utilización de dispositivos electrónicos.

No es lo mismo escuchar conversaciones telefónicas de terceros a escuchar a un tercero hablando por teléfono[16]. La jurisprudencia española señala que la utilización de artificios técnicos de captación, sintonización o desvío y percepción de la señal telefónica es un requisito de las intervenciones telefónicas[17]. No se puede hablar de escuchas telefónicas o de intervención de comunicaciones telefónicas cuando el investigador judicial ha oído directamente al investigado hablar por teléfono.

La escucha directa al interlocutor puede realizarse válidamente sin autorización judicial, cuando la llamada ocurre en un lugar de lícito acceso público y la policía judicial puede oír la charla de forma natural[18] o cuando la conversación se realiza en un lugar cerrado, y a pesar de ello, se puede escuchar directamente, como es el caso de la llamada realizada dentro de una casa con las ventanas abierta (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013, p. 34).

Por el contrario, cuando la policía judicial instala aparatos de escucha y grabación para acceder al contenido de la comunicación directa, se necesita autorización judicial, ya que se estarían vulnerando el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio.

Cuarto. El aparato que se interviene es el teléfono.

Para hablar de intervenciones telefónicas es indispensable que la intromisión se haga a través del teléfono. Cuando la policía judicial escucha lo que dice el investigado hablando por un teléfono, directamente o con ayuda técnica, pero sin intervenir este medio de comunicación, no se está en presencia de una intervención telefónica, sino de una escucha directa.

[16] STS 1017/2001, de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
[17] STC 123/2002, de 20 de mayo, Ponente Sr. Rafael de Mendizábal Allende.
[18] STS 591/2002, de 1 de abril, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta; STS 218/2007, de 5 de marzo, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.

Resulta complicado hacer una definición técnica del teléfono en razón que sus diseño y tecnología han venido evolucionando desde 1876, fecha en que Alexander Graham Bell lo patentara, por lo que nos referiremos a la definición etimológica de la palabra "teléfono".

La palabra teléfono viene de los vocablos griegos: teele, que significa lejos, y phoneein, que quiere decir hablar; por lo que se entiende que "teléfono" es un aparato apto para trasmitir el habla a distancia (CORPIO PÉREZ, 1984). Distancia que puede ser física o simplemente una barrera que implique discontinuidad en términos de intimidad y que, hace indispensable utilizarlo, como en las visitas en prisión (MARTÍN MORÁLES, 1995, p. 51-52). Esto significa que cualquier dispositivo, incluyendo un ordenador común, al que se le haya instalado un programa capaz de transmitir el habla a través de la distancia, es un teléfono y se necesita autorización judicial para intervenir las conversaciones a distancia que transmita.

Quinto. Tienen por objeto las conversaciones telefónicas y no otra forma de comunicaciones que se adelantan a través del dispositivo telefónico.

Cuando se hace referencia a las intervenciones telefónicas, la comunicación intervenida es la conversación oral, que es una modalidad de comunicación verbal, caracterizada por la inmediatez en el tiempo y el espacio; de tal forma que, el hablante puede percibir la reacción del oyente y modificar su discurso conforme a esa comprensión y, al mismo tiempo, el oyente puede guiar al hablante en la estructuración y producción de su discurso (ÁLVAREZ, 2008).

Mientras que la conversación requiere de la acción simultánea de los interlocutores para existir, las comunicaciones telemáticas, como chats y los correos electrónicos, permiten una recepción diferida del mensaje y una respuesta posterior.

Por lo tanto, la intervención de chats y de correos electrónicos no son intervenciones telefónicas, aunque se transmitan a través de dispositivos telefónicos, pero al ser intervenciones de comunicaciones, deben contar con regulaciones legales y autorizaciones judiciales.

Sexto. Son un medio de investigación del proceso penal y sus resultados serán pruebas en el juicio, por lo que están reguladas por la legislación procesal penal.

Las intervenciones telefónicas son un medio de investigación para hacer efectivo el *ius puniendi* estatal, que adelantan, conforme lo que la ley procesal establece, previa autorización judicial. Sus resultados tienen una función probatoria dentro del juicio, bien sea porque se aportan como documento, o bien porque constituyen un hecho indicador para la construcción de un indicio.

Los resultados de grabaciones de las conversaciones telefónicas y sus transcripciones se recogen y acopian en cintas, discos compactos u otros instrumentos informáticos,

con el objeto de ser presentadas como documentos en juicio. Sin embargo, debe emplearse un especial trabajo en la constatación de la veracidad de su contenido, ya que este podría contener hechos disfrazados, porque los interlocutores pueden expresar "mentiras sociales", engaños o maniobras de distracción, como mensajes en clave, propios en la planeación, ejecución y relato del delito (EL ARTE..., 2013).

Así las cosas, no se puede considerar, de entrada, que el contenido textual de estas conversaciones intervenidas es veraz, lo que obliga a acompañar a las intervenciones telefónicas con un análisis metódico de las mesmas, y con otras formas de investigación que aporten pruebas corroborantes del mensaje, como seguimientos físicos, constatación de los lugares desde los cuales se hace la transmisión, verificación de datos, entre otros (FRAMARINO DEI MALASTENA, 1995; VALLÉS CAUSADA, 2012).

CONSIDERACIONES FINALES

El derecho procesal, como rama independiente del derecho, debe regular de manera clara las figuras que le son propias e indicar cuáles son sus elementos estructurales, para evitar la incorrecta aplicación de la ley a figuras similares.

En este orden de ideas, y tal y como pudo observarse, la intervención de las conversaciones telefónicas tiene seis elementos que la separan de otros medios de investigación que le son afines porque comparten algunos de sus elementos o así pareciera, pero que, al ser diferentes, reclaman su propia regulación, autorización y ejecución.

Al comprender las diferencias que existen entre los medios de investigación y darle a cada uno de ellos un tratamiento diferenciado se obtienen las siguientes ventajas: en primer lugar, se garantizan los derechos fundamentales que se hacen vulnerables ante la posibilidad de ser limitados de manera genérica y confusa, y, en segundo lugar, cada actividad tendría su propio valor probatorio, lo que permitiría que fueran pruebas que se corroboren entre sí, fortaleciendo la investigación.

Por lo anterior, al solicitar y autorizar una intervención telefónica debe tenerse en cuenta en qué consiste realmente esta medida y cuáles son sus alcances, para determinar si resulta suficientemente útil en la investigación o se debe añadir a la petición otros medios de investigación afines, los cuales deberán ser autorizados, ejecutados, aportados al proceso y valorados de manera independiente.

REFERENCIAS

ÁLVAREZ, Graciela E. *La oralidad y su importancia en el derecho*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos Internacionales, 2008.

CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: JM Bosch, 2014.

_____. Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal. In: CATENA, Víctor Moreno (Dir.). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 543-556.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Madrid: La Ley, 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS. Informe sobre la Secretaría Ejecutiva sobre las Técnicas Especiales de Investigación. Washington DC: Reunión del Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos, 2005.

CORPIO PÉREZ, Fernando. *Diccionario epistemológico general de la lengua castellana*. 3. ed. Barcelona: Bruguera S.A., 1984.

FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. In: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis, 2006.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular n. 1/2013, de 11 de enero. Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 2013.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá: Temis, 1995.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Coldex: 1991.

"EL ARTE de mentir. 13'58". *Dirección Contratiempo*, Youtube, 19 fev. 2013. Disponible en: <https://goo.gl/zPBPNe>. Visitado el: 1º feb. 2018.

MARTÍN MORÁLES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995.

MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. 389 p.

OROZCO PARDO, Guillermo. Intimidad, privacidad, "extremidad" y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma? In: REIG, Javier Boix; LEAL, Ángeles Jaeño (Coords.). *Protección jurídica de la intimidad*. Madrid: Iustel, 2012. p. 381-403.

TEJERINA RODRÍGUEZ, Ofelia. *Seguridad del Estado y privacidad*. Madrid: Reus, 2014.

VALLÉS CAUSADA, Luis Manuel. *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012.

FAUZI HASSAN CHOUKR
Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Doutor e mestre em Processo Penal
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford - New College.
Especializado em Direito Processual Penal
pela Universidade Castilla La Mancha (Espanha).
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA REFUNDAÇÃO GARANTISTA?

THE GLOBAL REFORM OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: A RE-FOUNDING GUARANTOR?

LA REFORMA GLOBAL DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: UNA REFUNDACIÓN GARANTISTA?

Resumo:
O presente trabalho busca analisar o processo de reforma global do Código de Processo Penal a partir do PLS 156/09 a partir de uma visão de refundação das estruturas processuais penais e não apenas a reforma daquelas previstas na legislação ainda em vigor a fim de que sejam atendidas as exigências do justo processo tal como determinado pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos quer no seu aspecto técnico-legal, quer no âmbito político-cultural.

Palavras-chaves:
Refundação processo penal, bases constitucionais-convencionais, justo processo.

Abstract:
The present work aims to analyze the overall reform of the Code of Criminal Procedure launched by the Draft Law 156/09. So, it will be used the concept of "refounding" of the structures and not only the "reform" in order to be in accordance with the basis of due process as determined by the Constitution of the Republic and the American Convention on Human Rights which must be obeyed in the normative aspects, but, overall the political-cultural sphere.

Keywords:
Criminal procedural law refounding, constitutional and conventional grounds, due process.

Resumen:
El presente trabajo busca analizar el proceso de reforma global del Código de Proceso Penal a partir del PLS 156/09 desde una visión de refundación de las estructuras procesales penales y no sólo la reforma de las previstas en la legislación aún en vigor a fin de que sean atendidas las exigencias del justo proceso tal como lo determina la Constitución de la República y la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto en su aspecto técnico-legal, tanto en el ámbito político-cultural.

Palabras clave:
Refundación del proceso penal, bases constitucionales-convencionales, debido proceso.

A CONTEXTUALIZAÇÃO DA REFORMA

Nascido em plena época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender "ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente" (Constituição, 1937)conforme afirma seu próprio preâmbulo, e sob influência do regime fascista italiano, o direito processual penal brasileiro conheceu, fora do Parlamento e pelas mãos práticas de Francisco Campos, sua reunificação legislativa com uma compreensão de democracia profundamente distinta da atual.

Do ponto de vista normativo significou a superação dos Códigos estaduais, fenômeno que teve seu nascedouro com a Constituição de 1891, que possibilitou aos Estados - membros a competência legislativa em matéria de processo ao dispor, em seu artigo 34, § 23, entre as atribuições do Congresso, a de "legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal" (Constituição, 1891), abrindo-se assim, por exclusão, a legislação estadual.

Observados a partir de um ponto de vista retrospectivo, tais leis não foram suficientes para consolidar uma cultura Republicana e a doutrina processual penal criticou o modelo adotado, enfatizando que "essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal" (MARQUES, 1988 , p.104)[1].

A pulverização cultural num momento de reestruturação dos valores fundantes do Estado brasileiro claramente demonstrava que os ideais republicanos apenas estiveram presentes formalmente naquela quadra de nossa história e que não foram suficientes para evitar os reflexos autoritários já existentes e os que ainda estavam por vir.

Por isso, pode-se afirmar que o processo penal não foi um instrumento legal que tenha causado preocupação quando das violências iniciais do Estado Novo (assim como não o seria ao longo do século que se seguiria) e a unificação promovida tornou apenas mais dócil a administração desse aparato legal.

Porém, quando da superação do estado de exceção em 1985/1988, a reconstrução democrática haveria de impor a necessária reconstitucionalização do país e, por consequência, uma nova ordem infraconstitucional em todas as áreas do Direito, particularmente no sistema penal e, dentro deste, a ordenação processual penal.

[1] Fragmentação que, na verdade, demonstrava muito mais a ausência de uma harmonia cultural mesmo no âmbito do direito positivo, pois Estados como São Paulo, Mato Grosso, Pará, Alagoas e Goiás jamais abandonaram o Código Imperial. Outros, por sua vez, criaram suas próprias legislações, como o pioneiro Rio Grande do Sul, pela Lei n. 24, de 15 de agosto de 1898, e, depois (por ordem alfabética), Amazonas (Lei n. 920, de 1º de outubro de 1917), Bahia (Lei n. 1.119, de 21 de agosto de 1915), Maranhão (Lei n. 507, de 22 de março de 1908), Minas Gerais (Decreto n. 7.259, de 14 de junho de 1926), Pernambuco (Lei n. 1.750, de 4 de junho de 1925), Rio de Janeiro (Lei n. 1.137, de 20 de dezembro de 1912) e Santa Catarina (Lei n. 1.526, de 14 de novembro de 1925).

Essa nova conformação não haveria, contudo, de limitar-se à adaptação da legislação diante da Constituição de 1988, mas, igualmente, aos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil que têm regência na matéria[2] e, de maneira ampla, pela observância, nos limites da margem nacional de apreciação[3], das decisões dos tribunais internacionais, notadamente a Corte Interamericana de Direitos do Homem[4].

No entanto, no direito brasileiro houve uma opção técnico-política pelas reformas segmentadas cujas supostas virtudes são sobejamente suplantadas por suas deficiências estruturais[5].

O MODELO EM (RE)CONSTRUÇÃO

A reconstrução do modelo[6] processual penal brasileiro trilha caminhos distintos quando comparado àqueles observáveis no contexto geral da América Latina, em especial aos da América do Sul e mesmo a alguns europeus.

Tais diferenças importam quando são analisados fatores determinantes das reformas, destacando-se os seguintes aspectos: (i) opção pelo método das reformas; (ii) participação da comunidade acadêmica; (iii) participação dos atores intervenientes no sistema penal; (iv) participação da sociedade civil e, finalmente, (v) o modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo na condução dos movimentos reformistas.

[2] A esse respeito, ver: BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. E ainda: MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009.

[3] A esse respeito ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universe:* Les forces imaginantes du droit. Paris: Seuil, 2004.

[4] Sobre a observância de forma vinculante das decisões das cortes internacionais ao direito interno, ver: CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 1. 573 p. Ainda: PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: RIASP, São Paulo, v. 13, n. 25, p. 321-339, jan./jun. 2010.

[5] Inúmeros trabalhos procuram demonstrar a incongruência entre o modelo constitucional e aquele proveniente do estado autoritário que gerou o código "em vigor". A título ilustrativo, ver os seguintes trabalhos: CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.2, n.8, p.57-68, out./dez. 1994 ; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais.* Porto Alegre, v.1, p. 26-51, 2001; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório : a conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4 ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[6] Observe-se que "o modelo deve...respeitar certas regras: de coerência lógica (critério de validade interna) e de adequação à realidade (validade externa). em outras palavras, a construção de um modelo supõe a elaboração de um esquema tão próximo quanto possível da realidade, sem deixar de obedecer a uma lei elementar de composição" (DELMAS-MARTY, 1992, p. 51).

Ademais, distancia-se substancialmente o Brasil do cenário reformista quando comparado pelas suas arcaicas concepções de oralidade – método fundamental no processo acusatório – e hipertrofia da atividade policial com consequências profundas na dinâmica processual e, mais que isto, no próprio *modo cultural* do processo penal.

Todas essas variáveis vêm construindo um cenário por demais fragmentado na necessária adequação do modelo infraconstitucional às estruturas constitucionais e convencionais que orientam o processo penal, seja no aspecto normativo propriamente dito, seja no aspecto cultural.

A opção pelas reformas pontuais ou setoriais

A metodologia das reformas processuais penais no Brasil é explicada a partir da divisão proposta por parte da doutrina, que a fez em "quatro perspectivas: *a) pontual; b) setorial; c) parcial; d) global*", sendo que

> a primeira modifica, suprime ou amplia determinados dispositivos, atendendo a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal [...] A segunda, como a própria designação indica, afeta setores do Código como ocorreu com a Lei 6.416, de 24.05.1977.

A "parcial", não definida com exatidão no texto citado, é apenas exemplificada pela edição das Leis n. 7.209 de 1984 e n. 7.210, de 11 de julho de 1984 e, por fim, as reformas globais são mencionadas pela mesma fonte de forma exemplificativa, com

> a) com a outorga do Código Criminal do Império (1830), substituindo o direito das ordenações ... b) com o Código Penal de 1890, que nasceu com a mudança da forma política do Estado (da Monarquia para a República)" e, por fim, "com o Código Penal do Estado Novo (1940) que teve como bases fundantes o regime autoritário de Governo e paradigmas da Escola Técnico Jurídica que orientou o Codice Penale de 1930. (DOTTI, 1998)

A classificação parece inofensiva e suas premissas/consequências jurídico-políticas não são explicitadas no texto mencionado nem tampouco aparecem de forma clara nos textos acadêmicos sobre o assunto[7].

A realidade é que, por conta dessa visão, o atual Projeto de Lei oriundo do Senado da República[8] configura a única tentativa, em 25 anos[9], de reformar por completo o Código de

[7] Algumas das manifestações críticas a essa "opção" podem ser encontradas em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Legibus solutio: a sensação dos que são contra a reforma global do CPC. Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 18, n. 210, p. 8-9, maio 2010.

[8] Criada na forma do Requerimento n. 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos n. (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente n. (s) 11, 17 e 18, de 2008.

[9] Para uma ampla visão das tentativas de reforma do CPP em termos parciais e globais, ver: PASSOS, Edilenice. *Código de processo penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores*. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008.

Processo Penal e a primeira com esse perfil desde a reconstitucionalização de 1988. Trata-se de tarefa de inegável ineditismo republicano, pois desde 1891 o país não conheceu um Código de Processo Penal unificado como expressão da atividade parlamentar[10].

Desta forma, o Brasil se coloca tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos[11] que reconstruíram suas bases político-jurídicas no estado de direito[12], bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal, os quais, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais[13] diretamente aplicáveis ao tema[14], e buscaram dar, assim, vida prática – e não meramente retórica - à clássica concepção de ser o processo penal "o sismógrafo da constituição"[15].

Seguimos relembrando a lição trazida por Miranda Coutinho ao afirmar que:

> não há que se temer as eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos, muitos menos fazendo de conta que eles não existem ou não têm importância porque não dizem respeito à questão. Por esta dimensão, é inescurecível discurso político aquele que avança contra a reforma global com a idéia da dificuldade de conseguir, no Parlamento, uma mudança de gênero. Mas nenhum mal há nisso, em se fazer um discurso político; muito pelo contrário. No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutrais e alheias à ideologia. (COUTINHO,2001)

[10] Assim, descontando o anteprojeto incumbido a Hélio Tornaghi (1963) e que jamais foi apresentado ao Parlamento, a última tentativa de reforma global do CPP ficou a cargos dos trabalhos de Frederico Marques e seu então anteprojeto criado por força do Decreto n. 61.239, de 25 de agosto de 1967. Posteriormente, por força da Portaria n. 32 de 1970 o próprio Frederico Marques, junto com Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins compuseram, sob a regência do primeiro, a Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal.

[11] Para uma ampla visão do cenário reformista na América Latina, consulte: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001.

[12] Para uma análise crítica dos projetos reformistas, inclusive quanto à importância nesse processo dos integrantes das carreiras jurídicas, bem como a crÍtica à posição brasileira, consulte: LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano*: difusión de ideas legales desde la periferia. [S.l.]: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, [200-].

[13] A propósito ver: CHIAVARIO, Mario. Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italie, *Revue internationale de droit pénal*, Tolouse, v. 64, n. 3-4, p. 1193-1211, 1993. *Le procès pénal en Italie*. In DELMAS-MARTY, Mireille. *Procès pénal et droits de l'homme; vers une conscience européenne*: travaux du colloque organisé au Centre Georges-Pompidou par la Bibliothèque publique d'information et le journal Le Monde, 26 et 27 mars 1991. Paris: P.U.F., 1992, 311 p., à la p. (Les voies du droit),.

[14] Neste ponto, a seguinte observação: "el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del'80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente -, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX" (MAIER; STRUENSEE, 2000, p. 17).

[15] Expressão construída no direito comparado (ROXIN, 2003, p. 10, entre outros) e que recorrentemente surge em determinados segmentos da doutrina nacional ganhando, contemporaneamente, espaço na jurisprudência do STF (STF. HC 91386/BA - Relator(a): Min. GILMAR MENDES.Julgamento: 19/02/2008)

Poderíamos, singelamente, acrescer que a aparente neutralidade é, em si, uma postura ideologizada e tendente à manutenção do *status quo*.

Para construir essa opção por não reorganizar a ordem processual penal de maneira global é essencial compreender o papel dos atores do sistema penal nessa caminhada. O primeiro deles, pela sua posição de observação e direcionamento do sistema é a Academia.

A participação da comunidade acadêmica no Movimento Reformista

O envolvimento da comunidade acadêmica nos projetos de reforma pode ser visualizado de duas formas distintas.

Do ponto de vista do comprometimento de setores da intelectualidade processual penal com a formação dos projetos de lei pode-se observar a forte presença da denominada Escola Processual de São Paulo[16], influenciadora direta das reformas pontuais desde 1991. Nesse sentido, o engajamento intelectual é, em certa medida, compreendido como instrumento para alcance de determinado grau de governabilidade do sistema penal com a edificação normativa de políticas criminais[17].

Não há, neste plano, como fugir da questão envolvendo a responsabilidade intelectual na formação de políticas de governo (não necessariamente de Estado), tema que, pela sua dimensão, não pode ser aqui esgotado, senão meramente lembrado, porquanto implica em dilemas éticos e morais que merecem espaço adequado para reflexão[18].

Do ponto de vista da influência das ideias processuais penais, essa mesma Escola, pelo que se entende

> um grupo de autores que compartem determinada visão sobre a função do direito, sobre os critérios de validade e as regras de interpretação de normas jurídicas e, finalmente, sobre os conteúdos que o direito deveria ter. Em outras palavras, cada escola jurídica oferece uma resposta diferente a três questões: "o que é", "como funciona" e "como deveria ser configurado o direito (SABADELL, 2002, p. 21).

Cada uma delas também consolida uma determinada visão de acusatoriedade do processo que ainda é dominante em largos setores da jurisprudência e da própria comunidade

[16] A propósito da formação histórica dessa escola jurídica, VER: FREDERICO MARQUES, José. O direito processual em São Paulo. São Paulo: Saraiva, 1977. de Código de Processo Penal.

[17] "política criminal, más que un concepto complejo, es también un concepto problemático. en sus modelos más avanzados la política criminal, como noción de género, es una totalidad más vasta y compleja de la especie "política penal." en este nivel de elaboración la línea de distinción entre la política criminal y la política en sentido amplio (política social, económica ocupacional, urbanística etc.) pierde su pureza inicial." (BARATTA, 2000).

[18] Para uma explicação do pensamento de Bobbio, que orienta parte do pensamento aqui desenvolvido e em outros trabalhos de nossa autoria em que o tema surge, ver: BOTELHO, André. *O poder ideológico:* bobbio e os intelectuais. Disponível em: <https://goo.gl/TckqLS>. Acesso em: 4 jan. 2018.

acadêmica, que autoriza a manutenção de poderes instrutórios do juiz, marco teórico que foi rechaçado pontualmente na Comissão de Juristas[19], mas que *para além desse aspecto* não é capaz de conceber uma forma diferente da administração da justiça, com sua reorganização e capacitação próprias que devem orientar um modelo *refundado* no marco da oralidade como método e da *construção do caso penal* em audiência.

A prevalência cultural dessa visão foi historicamente fruto da rarefação do debate na história da cultura processual penal no Brasil. Basta uma passada d'olhos pela literatura convencional, a que orienta a formação do operador do direito no ensino jurídico pátrio, para constatar a aridez da discussão e de seus reflexos no processo penal.

Quando essa discussão existe, ela se passa várias vezes de uma maneira formal, com uma apresentação "esquematizada" e contraposta, com a pobreza de linguagem que aí se instala e com os riscos de autoritarismo que isto implica como recorda Umberto Eco[20]. Caminha-se, no cenário brasileiro, da ausência de discussão de fundo sobre as implicações políticas da adoção de determinado modelo diretamente para o sincretismo, diante da aventada superação e envelhecimento da discussão.

O resultado prático da produção de décadas desse ambiente acadêmico é que as discussões sobre a reforma se assentaram exclusivamente em um dos aspectos possíveis da dicotomia inquisitivo-acusatório - o protagonismo judicial na produção probatória (COUTINHO, 2009) - e, nesse reducionismo, fincou-se pé em posições que vão desde o escanteamento da inquisitividade como verdadeiro modelo processual (MONTERO AROCA, 1997), até aquelas que pretendem assimilar os modelos porque ambos possuem graus aceitáveis de "eficiência" (SCHWIKKARD, 2009). Quando não, aventou-se certa tendência, no direito comparado, a considerar esgotada a divisão rígida entre os dois modelos[21] sem que, contudo, emerja uma posição sincrética ou, até mesmo, de construção de um novo modelo[22] de forma clara.

Pensada a discussão exclusivamente sob a ótica da realidade pátria, malgrado vozes de peso tenham se inclinado para a discussão do sincretismo (STRECK, 2009), não nos parece dispensável pontuar as respectivas construções históricas, suas diferenças estruturais, as consequências dessas diferenças na projeção da técnica jurídica e os inconciliáveis resultados práticos das opções (políticas) na vivificação do sistema penal.

[19] PLS 156/09. "Art. 4° O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.". Na justificativa teórica do projeto tem-se que "Noutras palavras, afirma a responsabilidade do Ministério Público no que diz respeito à formação da prova e impede que o juiz se distancie do dever de imparcialidade. Em suma, no processo penal de tipo acusatório, os sujeitos processuais têm papéis mais bem definidos, sendo interdito ao juiz substituir o Ministério Público na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia". (BRASIL, 2009).

[20] "Todos os textos escolásticos... fascistas baseavam-se em um léxico pobre e uma sintaxe elementar, com o fim de limitar os instrumentos para um raciocínio complexo e crítico" (ECO, 1998, p. 50).

[21] Por todos, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. Processos Penais da Europa. Tradução Fauzi H. Choukr e Ana Claudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[22] Por razões cuja explicação ultrapassariam os limites deste trabalho, descartamos como um "novo modelo" processual penal os mecanismos restaurativos que têm ganhado certo destaque de aplicação para determinados "nichos" do direito penal material. Também não cabe aqui, pelas mesmas razões de limitação espacial deste trabalho, discutir determinados mecanismos presentes no âmbito da denominada "justiça transicional" ou "de transição". A análise concernente a esses mecanismos está reservada para a versão ampliada deste trabalho a ser oportunamente publicada.

Mas, para além desse aspecto, é de se destacar que a lei que se discute neste texto não é, como o foi na experiência do sempre festejado código italiano, fruto da Academia em sentido amplo.

Lá, como apontado pela doutrina de peso,

> a codificação de 1988 é um corpus normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório. (AMODIO, 1999)

A Academia, pode-se concluir, não destacou na reforma o papel como verdadeiras escolhas políticas inerentes a determinado modelo processual.

A carência de diálogo que se poderia dizer, interno à Academia, somente perde em espaço quando se verifica a completa ausência de participação da sociedade civil no ambiente reformista.

A participação da sociedade civil no processo de reforma do Processo Penal

A maneira como se deu a reconstrução democrática no Brasil, profundamente distinta de outras situações semelhantes no quadro geopolítico latinoamericano é condicionante direto da maneira de compreender o papel da sociedade civil na reconstrução das instituições jurídicas diretamente envolvidas com temas de segurança pública e, em particular, do sistema penal[23] , não sendo possível identificar densidade participativa[24] com propostas articuladas e que tivessem um mínimo de coesão a partir dos pressupostos da reconstrução democrática no plano processual penal. A participação da sociedade civil nas reformas penais materiais dá-se num outro contexto, com conflitos mais aparentes de interesses e dos denominados bens jurídicos[25].

Como regra, a discussão das reformas processuais passa, entre nós, por uma atrofiada visão quanto ao alargamento ou diminuição de direitos "humanos" no processo, sendo que um processo "fraco" tenderia a ser altamente "garantista", ao passo que um processo "forte" estaria diretamente ligado à diminuição daqueles postulados. Alimentando esse discurso, a demonização dos direitos fundamentais como fruto direto de uma transição política carente de consolidação.

[23] Para uma ampla visão desse relacionamento na sociedade brasileira, ver: Adorno, Sergio (org). Continuidade autoritária e reconstrução da democracia. *Núcleo de Estudos da Violência*, NEV/USP, 1999. Disponível em: <https://goo.gl/nBYjQ6>. Acesso em: 4 jan. 2018.

[24] Como, aliás, foi ponderado já no início da reconstrução democrática: VIGEVANI, Tullo. Movimentos sociais na transição Brasileira: a dificuldade de elaboração do projeto. *Lua Nova,* São Paulo, n.17, p. 93-109, 1989.

[25] Para uma abordagem ampliativa da discussão, ver: DELMAS-MARTY, M. Pensée moderne et réformes pénales. In: PLANTY-BONJOUR, G.; LEGEAIS, R. (dir.). *L'évolution de la philosophie du droit*. Paris : PUF.1991, p.9-12.

Não por outra razão, em outros ambientes políticos que viveram transição de estados autoritários para a democracia, mas com um perfil de superação do modelo anterior profundamente distinto do brasileiro no que tange ao comprometimento mais efetivo de proteção dos direitos fundamentais, pode ser visualizada uma participação destacada da sociedade civil por intermédio de organizações não governamentais mesmo no árido cenário de reformas técnico-jurídicas como as do processo penal[26].

O enfraquecimento do discurso reformista pela ausência da sociedade civil nos debates tem como efeito direto o protagonismo estatal, mesmo quando o tema chegar ao Parlamento, espaço por excelência, da ressonância das disputas sociais legítimas. Ausente a sociedade, contudo, resta o debate quase que sindical de ideias, mesmo que lamentações existam quanto a suposta perda de espaço de segmentos do Poder estatal estabelecido.

A participação da sociedade civil no processo de reforma do Processo Penal

A colaboração formal dos intervenientes processuais penais[27] vem sendo esporadicamente noticiada (BENETI, 2001), anotando-se que "A Associação dos Magistrados Brasileiros vem há tempos realizando reuniões de estudo de propostas visando à racionalização processual. Tais estudos levam em consideração a realidade prática do dia a dia do processo cível e criminal, tal como apresenta nos Fóruns, postas em segundo plano preocupações de construção abstrata e absolutamente banidas todas as dissenções jurídicas que não sejam marcadas por eminente conteúdo prático". Tais ponderações diziam respeito às reformas incipientes na década de 1990 do século passado, mas podem ser transpostas, sem grandes alterações para este momento.

A intervenção mencionada é, várias vezes, reativa a proposições nascidas, sobretudo, no âmbito do Poder Executivo, marcada pela apresentação de proposições de caráter pragmático e dificilmente tendentes à reestruturação substancial do modelo em curso.

[26] Observe-se, neste particular, a situação chilena assim descrita: "En la gestación, diseño y tramitación parlamentaria jugó un rol absolutamente clave la sociedad civil, rol que sólo comenzó a disminuir, mas no a desaparecer, durante la etapa de implementación. Ciertamente se trataba de una sociedad civil particular, pues los actores claves eran una ONG más o menos tradicional - la Corporación de Promoción Universitaria - y una Fundación ligada a un grupo periodístico - Paz Ciudadana -, ambas sin pretender representación o un rol agregativo de los intereses de la comunidad, pero con vocación de acercar el conocimiento académico a las decisiones públicas y con una cierta cercanía al mundo político y de toma de decisiones, ligada a la Concertación la primera y a la derecha la segunda. El que ambas trabajaran unidas garantizaba al fin y al cabo un buen nivel técnico y neutralidad política en sus productos." (VARGAS, 2010. p. 69)

[27] Podendo-se expandir, com as devidas variações corporativas, para as demais esferas da burocracia estatal diretamente ligadas ao sistema penal e de segurança pública.

Poderes Executivo e Legislativo no Processo de Reforma do Processo Penal

Após a reconstrução democrática o papel predominante nas reformas processuais penais coube ao Poder Executivo, repetindo o que já havia sido presenciado mesmo durante o regime militar de 1964/1985[28] e em tentativas de reforma anteriores a ele[29].

Este domínio do Poder Executivo no tratamento das reformas do sistema penal e, em particular, no ambiente processual penal não é novo e pode ser verificado com a simples constatação de não ter o país conhecido um código de processo penal unificado por iniciativa do Parlamento, bem como havia sido essa a tônica desde o início das reformas pontuais durante o Império que desestruturaram o perfil liberal processual de 1832.

Naquela codificação havia forte participação popular (FLORY, 1986, p. 171 e ss.), esta compreendida nos limites conceituais para a época, indicativa de um componente político liberal que não se coadunava com as necessidades de centralização do poder político que se via ameaçado pelas conflagrações separatistas da década de 1830 e que levaram o então poder central a dominar o Parlamento a fim de fazer passar as mudanças pontuais que iriam desconfigurar um determinado projeto de governabilidade no sistema penal de cariz liberal[30].

Estes, na verdade, os principais eixos das mudanças pontuais de 1841 (e, na sequência, de 1871), muito mais que a que a afirmação de ser

> O efeito produzido por essas disposições não foi exatamente aquele esperado pelos liberais. Pois os juízes de paz e os jurados, dada a sua extração local, pautavam-se no exercício de suas funções, pelos costumes e pela sujeição aos poderosos locais. Por esse motivo, a oposição a uns e a outros tornou-se cada vez maia acirrada e o Código de Processo Criminal se tornaria objeto de intensos debates, que afinal resultariam, em 1841, em sua revisão. (DOLHNIKOFF, 2005, p. 93).

O papel do Legislativo como propulsor de reformas e como responsável pela inédita busca de uma reforma global somente viria num contexto muito específico e de rara repetição na História brasileira que foi a edição dos denominados "pactos republicados" da primeira década deste século, no contexto dos quais nasceu a iniciativa da reformar-se globalmente, pelo Parlamento, os códigos de processo civil e penal. No mais, a participação do Poder Legislativo sempre foi pontual e sem uma conversão cultural do sistema.

[28] Por exemplo, com o festejado anteprojeto "Frederico Marques", oriundo do Decreto n. 61.239, de 25 de agosto de 1967 e o projeto de 1983 (PL 1655/1983) dele derivado, retirado do Congresso pelo próprio Poder Executivo em 17 de novembro de 1989.

[29] Vide Decreto n. 51.005, de 20 de julho de 1961 e Decreto n. 1.490, de 8 de novembro de 1962, de responsabilidade de Poder Executivo editados com objetivo de impulsionar as reformas dos códigos então em vigor.

[30] No mesmo sentido, ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na História*: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad. 2000.

PARA ALÉM DO DISCURSO REFORMISTA: A NECESSÁRIA *REFUNDAÇÃO* DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A oportunidade histórica que se abre com o PLS 156/2009 (atual PL 8.045/2010, na Câmara dos Deputados) impõe que se considere o atual momento como o da construção de um novo paradigma processual penal e de sua cultura, e não a reforma da (des)ordem anterior.

Trata-se, assim, de romper com a mera constatação de "crise" do funcionamento da Justiça penal, mas sim de buscar-se um novo léxico que oriente a reconstrução do marco político-institucional. Assim, este momento se apresenta, também no Brasil, como se passou no cenário comparado, como o momento de *fundação.*

Há, pois, de ser construído um novo espaço *político, jurídico* e de saber com outros fundamentos de legitimação: a construção democrática no campo da política e a dimensão dos direitos fundamentais no campo jurídico e, nessas bases, também uma *nova Academia.*

Tomado sob esse prisma, os trabalhos considerados como reformistas e que encaramos como *fundacionais* podem – e devem- ser aprofundados com vistas a enfrentar as bases que geraram o atual CPP, rompendo definitivamente com aquilo que vimos denominando como *estado de denegação substancial da Justiça penal*, contexto no qual o processo penal não cumpre nem sua missão social, nem sua tarefa jurídica, servindo, apenas, de exercício simbólico do poder estatal que, na literatura convencional, denomina-se de *jus puniendi*, locução que, em si mesma, é absolutamente incompatível com a complexidade política e técnica do processo penal contemporâneo.

Assim, a proposta política que teve seu início no Senado pode, e deve, ser encaminhada no atual estágio do processo legislativo de modo a não se contentar com alterações superficiais que, ao lado de boas concepções técnicas (como, v.g., o juiz de garantias na fase investigativa), venham a significar alicerces de continuísmos[31].

Sem uma intransigente alteração na espinha dorsal da investigação criminal, da opção definitiva da oralidade como método no processo[32], da funcionalidade legítima das cautelares, do exercício das vias impugnativas típicas de forma racional corre-se o risco de perder-se uma oportunidade que passará para a História como o momento de uma "nova" legislação que, no entanto, terá vindo para que tudo tivesse permanecido como estava.

Mais ainda, da maneira como conduzida e concretizada, os méritos da reforma ficam a meio do caminho entre boas intenções teóricas de conversão sistêmica para aderir à Constituição e aos textos internacionais, e as redações efetivas de norma que não rompem definitivamente com o *ethos* processual vigente. Há mais do mesmo com uma roupagem mais atual.

---

[31] Como se dá, ainda no campo da investigação criminal, com o modelo investigativo como um todo, cuja forma de construção teórica e de operacionalização prática não se alterarão apenas porque previsto o sobredito juiz de garantias ou mesmo um marco mais bem definido da condição jurídica da pessoa suspeita, ponto também saudável no Projeto.

[32] O que significa, por si só, um novo processo penal, uma nova cultura operacional e, sem dúvida, uma nova construção do saber institucionalizado.

REFERÊNCIAS

AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 9-22, jan./mar. 1999.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCRIM, São Paulo, v. 29, 2000.

BENETI, Sidnei Agostinho. Reforma do código de processo penal. *Revista de julgados e doutrina*: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 12, p. 15-25, out./dez. 2001.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas a verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 97-121, 2001.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial*: origens do federalismo no Brasil. Rio de Janeiro: Globo, 2005.

DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCRIM, São Paulo, v. 24, 1998.

ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. Tradução Eliana Aguiar. São Paulo: Record,1998.

FLORY, Thomas. *El Juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial*, 1808-1871: control social y estabilidad política en el nuevo Estado. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

MAIER, Julio B. J.; STRUENSEE, Eberhard. Introducción. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. I, p. 104.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 28-29.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica* – introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHWIKKARD, Pamela Jane. Procedural models and fair trial rights. In: CONFERENCIA DE TORONTO DE LA AIDP: Las categorías futuras – categorías del futuro, 2009, Toronto. *Anais*… Toronto, jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p.117-139, jul./set. 2009.

VARGAS, Juan Enrique. Reforma Procesal Penal: lecciones como política pública. In: *A 10 años de la Reforma Procesal Penal*: los desafíos del nuevo sistema. Santiago de Chile: Ministerio da Justicia, 2010.

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Doutor em *Derechos Humanos y Desarrollo* pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha),
mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília e
graduado em Direito pela Universidade de Brasília.
Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e dos cursos de pós-graduação *lato sensu*
da Fundação Escola Superior do MPDFT (FESMPDFT).
Professor do máster oficial universitário em Direitos Humanos,
Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide;
professor investigador do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas
e Políticas da mesma universidade.
Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL: A OPORTUNIDADE COMO CONSEQUÊNCIA ESTRUTURAL E FUNCIONAL DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

OVERCOMING THE MANDATORY PROSECUTION DOGMA: PROSECUTORIAL DISCRETION AS A STRUCTURAL AND FUNCTIONAL CONSEQUENCE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL: LA OPORTUNIDAD COMO CONSECUENCIA ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Resumo:
A obrigatoriedade da ação penal pública no direito brasileiro é afirmada normativamente como um dogma e tradicionalmente indicada como única conformação possível com o postulado democrático que igualmente deve orientar o processo penal. Este artigo pretende demonstrar que a negativa do espaço decisório no exercício da ação penal traz consequência opostas às preocupações que justificam a obrigatoriedade. O estudo, realizado a partir das políticas públicas e sua contribuição sobre os arranjos institucionais do sistema de justiça criminal, evidencia que a oportunidade da ação penal é inafastável do ponto de vista estrutural e funcional dos atores do sistema de justiça criminal. Além disso, sustenta a afirmação da obrigatoriedade no plano internacional e, de modo mais recente, no próprio direito interno.

Palavras-chaves:
Obrigatoriedade da ação penal, oportunidade da ação penal, dogmática jurídica, arranjos institucionais, sistema de justiça criminal.

Abstract:
The mandatory prosecution in Brazilian Law is presented as a legal dogma and is traditionally indicated as the only possible frame to democracy under the Criminal Procedure Law. This essay intends to show that denying prosecutorial discretion implies the opposite effect regarding the concerns that justify the mandatory prosecution. Based on the public policies and its contribution towards the comprehension of institutional arrangements on the criminal justice system, this paper affirms that prosecutorial discretion is ineluctable considering the structural and functional approach of the criminal justice system's actors. Furthermore, it sustains the prosecutorial discretion in the International Law and, recently, in Brazilian statutes.

Keywords:
Mandatory prosecution, prosecutorial discretion, legal dogmatics, institutional arrangements, criminal justice system.

Resumen:
La obligatoriedad de la acción penal pública en el derecho brasileño es afirmada normativamente como un dogma y tradicionalmente indicada como única conformación posible con el postulado democrático que también debe orientar el proceso penal. El presente artículo pretende demostrar que la negativa del espacio decisorio en el ejercicio de la acción penal trae consecuencias opuestas a las preocupaciones que justifican la obligatoriedad. El estudio, realizado a partir de las políticas públicas y su contribución sobre los arreglos institucionales del sistema de justicia penal, pone de manifiesto que la oportunidad de la acción penal es ineludible desde el punto de vista estructural y funcional de los actores del sistema de justicia penal. Además, sostiene la afirmación de la obligatoriedad a nivel internacional y, de modo más reciente, en el propio derecho interno.

Palabras clave:
Obligatoriedad de la acción penal, oportunidad de la acción penal, dogmática jurídica, arreglos institucionales, sistema de justicia penal.

INTRODUÇÃO

A literatura brasileira produzida no Direito, em especial no Direito Processual Penal, indica a obrigatoriedade como um princípio que orienta o exercício da ação penal pública. A ação penal observa o regime de direito público, nos termos do artigo 100 do Código Penal, e sua concretização, em regra pelo Ministério Público, exterioriza a pretensão punitiva do Estado. Por isso, segundo tradicionalmente se afirma, o exercício da ação penal pública vincula-se a um afirmado princípio da obrigatoriedade (JARDIM; AMORIM, 2016, p. 101-102; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 33-35).

No entanto, esse imperativo de obrigatoriedade no exercício da ação penal implica mais controle nos atos de persecução penal promovidos pelo Ministério Público? Ainda, essa afirmada obrigatoriedade é compatível com a afirmação do Ministério Público como relevante ator político-criminal no sistema de justiça brasileiro? A afirmação jurídica desse postulado, no campo normativo, corresponde à atuação estrutural e funcional dos atores do sistema de justiça criminal?

Essas são as hipóteses que movem a elaboração deste estudo. Partindo-se da consideração de que a literatura produzida no Direito afirma a obrigatoriedade da ação penal como *dogma*, o artigo problematiza a compreensão da obrigatoriedade da ação penal como elemento impossível na conformação institucional do funcionamento do sistema de justiça criminal. Pretende-se demonstrar que todo espaço de conformação do sistema de justiça criminal, por imperativo oriundo da compreensão dos arranjos institucionais do sistema de justiça, deriva do exercício de um espaço decisório. Por conseguinte, se tal assertiva se mostra como verdadeira, a negação desse espaço decisório implica negar a construção de instrumentos e ferramentas de controle do exercício dessa atuação do Ministério Público, com reflexos negativos na prática político-criminal do Estado.

Inicialmente, a obrigatoriedade no exercício da ação penal é apresentada no pensamento jurídico nacional, por meio das referências de maior impacto e reprodução usual sobre o tema. Ver-se-á que os autores, em geral, vinculam a obrigatoriedade ao postulado democrático e também à ideia de Estado de direito. Na sequência, pretende-se demonstrar que a conformação da obrigatoriedade atua como dogma na medida em que sua conformação teórica ignora o caráter prático que orienta o exercício da Ciência Jurídica estrutural e funcionalmente.

Na sequência, pretende-se demonstrar que a afirmação da oportunidade da ação penal é um pressuposto para o controle do processo decisório que orienta a atuação do Ministério Público. A visibilidade do processo decisório será discutida como meio de assegurar a elaboração de ferramentas e instrumentos de controle e transparência do exercício da ação penal. Pretende-se demonstrar que, até mesmo no campo normativo, a oportunidade da ação penal pode ser extraída como um imperativo institucional da atuação do sistema de justiça criminal.

Metodologicamente, o artigo elabora revisão da bibliografia específica sobre o tema e promove abordagem a partir da contribuição das políticas públicas para a compreensão do funcionamento estrutural do sistema de justiça criminal.

A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO PENSAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, datado de 1941, guardou nítida influência do Código de Processo italiano fascista, como, aliás, indica a própria exposição de motivos apresentada por Francisco Campos ao Presidente da República de então, Getúlio Vargas (BRASIL, 1941). A essência inquisitiva do Direito Processual Penal pátrio é normativamente afirmada na configuração original do CPP e todo o esforço normativo nas décadas que se lhe seguiram dirigiu-se à conformação da modelagem normativa do Direito Processual Penal brasileiro a uma inspiração acusatória.

A obrigatoriedade da ação penal e sua conformação na produção doutrinária do Direito Processual Penal observa um verdadeiro paradoxo. A obrigatoriedade da ação deriva claramente de uma opção própria de modelagem inquisitiva da persecução penal. No entanto, muitos autores a visualizam como um derivativo igualmente da modelagem acusatória e, o mais curioso, como única opção compatível com o postulado democrático.

É de Giovanni Leone a assertiva de que a discricionariedade no exercício da ação penal - oposto da afirmação da obrigatoriedade - é incompatível com uma visão democrática da função penal (1963, p. 141). Giovanni Leone, para além de renomado autor no Direito Processual Penal, foi Primeiro-Ministro por duas oportunidades na década de 1960 (1963 e 1968) e presidente da Itália durante a maior parte da década de 1970 (1971-1978). Sua lição de suposta incompatibilidade entre a decisão presente no exercício da ação penal e o postulado democrático é de 1961 e encontrou eco no Direito brasileiro nas décadas que se seguiram.

Afrânio Silva Jardim é seguramente o autor de maior referência, no Brasil, a respeito da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Em sua obra específica sobre o assunto, após realizar extensa revisão dos autores em geral sobre o tema, pontifica que os "funcionários investidos no órgão público" não poderiam "afastar a aplicação do Direito Penal, legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos" (1998, p. 49).

No Direito Constitucional, tal como faz Leone, José Afonso da Silva sustenta que o regime de legalidade estrita se vincula ao postulado democrático como projeção de instrumento para realização da igualdade. A ideia da obrigatoriedade derivaria de modo inafastável do que chama de "império da lei", isto é, a realização da igualdade e da justiça pela generalidade, pela busca da agilização das condições socialmente desiguais. Toda atividade estatal, pois, sujeita-se à lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de separação de poderes em que a lei surge como ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, em atendimento a um processo legislativo previsto na Constituição (SILVA, 1999, p. 421). Essa compreensão realizadora de uma pretensa igualdade, como se verá a seguir, mostra-se como ferramenta que, em verdade, indica sentido contrário a essa preocupação.

Há quem sustente, ainda, que a obrigatoriedade da ação penal se apresenta como meio de assegurar que a resposta punitiva do Estado se realize de modo hábil para concretizar o efeito intimidatório da resposta penal. É o que destaca, entre outros, Jorge Alberto Romeiro,

quando afirma que a oportunidade retiraria a eficácia intimidatória da lei penal porque contribuiria para a incerteza de sua aplicação (1978, p. 94). Ainda, a aferição quanto à conveniência de fazer incidir a resposta penal não pertence aos órgãos de persecução penal, mas a uma vontade abstrata e geral materializada na manifestação legiferante. O mesmo Jorge Romeiro indica que a oportunidade da ação penal implica substituir a vontade do legislador pela opinião do Ministério Público e, dado que a atuação deriva de opinião pessoal passível de erro, os fins de defesa social da lei penal podem restar frustrados (1978, p. 93).

Conquanto seja fortemente afirmada de modo quase absoluto na tradicional literatura processual penal pátria, a obrigatoriedade não surge como comando inequívoco ou insuscetível de reinterpretações nos textos normativos.

Em termos positivos, o Código de Processo Penal de 1941, em sua conformação original, pouco se deteve sobre a obrigatoriedade no exercício da ação penal. A já citada Exposição do Motivos do CPP, quando menciona a ação penal, limita-se a afirmar que "o projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio*", como decorrente do reclamo de "completa separação entre o juiz e o órgão de acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal" (BRASIL, 1941). Na sequência, a Exposição elaborada por Francisco Campos justifica a exceção a esse postulado, presente no chamado procedimento judicialiforme, em atenção a reclamos de prevenção geral e celeridade. Mas tal exceção, porque não recepcionada pela Constituição de 1988, não está a merecer atenção no presente estudo. Do ponto de vista do direito positivo, a única disposição do CPP que se aproxima de materializar a obrigatoriedade da ação penal está no artigo 24. Sua redação é exatamente a mesma desde a edição do Código em 1941: "Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público" (BRASIL, 1941).

É necessário perquirir, também, se a obrigatoriedade se encontra igualmente positivada na legislação penal substantiva. Afinal, o regime jurídico da ação penal é tema do Direito Penal material. Nesse sentido, preceitua o artigo 100, § 1º, do Código Penal que "A ação pública é promovida pelo Ministério Público". E só.

A Constituição da República (BRASIL, 1988) estabeleceu um regime de direito estrito à Administração Pública. A redação do artigo 37, *caput*, da Constituição afirma expressamente o princípio da legalidade, mas este, é bom lembrar, embora imponha um regime de direito estrito nas opções levadas a efeito pelo Estado, não se afigura incompatível com a afirmação de um espaço decisório por parte dos órgãos e funções públicas. A Constituição, quando afirma expressamente a titularidade da ação penal pública, outorga-a privativamente ao Ministério Público (artigo 129, inciso I). Na apresentação formal da instituição, sujeita-a à ideia de unidade e de independência funcional de seus membros, além de estabelecer sua missão institucional de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (artigo 127).

Os dois principais diplomas legais pátrios sobre a persecução penal - Código Penal e Código de Processo Penal - trazem preceitos com textos que mais reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público que exatamente preceituam a obrigatoriedade no exercício dessa atribuição. A obrigatoriedade no exercício da ação penal, pois, figura-se mais como uma cultura processual penal no Direito brasileiro que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação.

A afirmação da obrigatoriedade da ação penal como uma tradição ou um elemento cultural da nossa tradição processual penal não implica infirmar sua força vinculante ou seu caráter mandatório no Direito pátrio. Ao revés, a construção de uma cultura institucional mostra-se muito mais forte que a presença deste ou daquele preceito positivado em texto normativo. Aliás, desafortunadamente, o Direito brasileiro é repleto de exemplos que versam sobre preceitos normativos que carecem de aplicabilidade prática. A obrigatoriedade da ação penal, ao contrário, é um mandamento normativo cuja força e sentido são extraídos de uma cultura arraigada institucionalmente ou, como veremos a seguir, de um *dogma* no nosso Direito Processual Penal.

OBRIGATORIEDADE COMO *DOGMA*

A obrigatoriedade da ação penal é lição tradicional e aparentemente inafastável da dogmática jurídica pátria. Vera Andrade nos lembra que a compreensão da dogmática jurídica reclama pesquisa perspectivada, o que não se confunde com a reconstrução histórica da própria dogmática. Trata-se da busca dos elementos que desde as bases fundacionais vão contribuindo para a construção da identidade estrutural dela (1996, p. 17). Por isso a afirmação lançada *supra* de que a obrigatoriedade da ação penal é contribuição oriunda da modelagem inquisitiva do processo penal que se manteve presente no desenho acusatório do direito processual penal pátrio.

A afirmação da obrigatoriedade, quando cotejada com a prática do funcionamento do sistema de justiça criminal, mostra-se amplamente dissociada da realidade das instituições e até mesmo da expectativa existente sobre o funcionamento do próprio sistema de justiça criminal. José Eduardo Faria alerta para a difícil tarefa de conciliar existências fundamentais de racionalidade formal e coerência lógica, no âmbito dos códigos e das leis, com a crescente complexidade das tensões e antagonismos sociais. Daí, para enfrentar dilemas como esse, sem deixar de cumprir sua função de redutor de incertezas e produtor mínimo de previsibilidade nas relações sociais, "o legislador se viu diante do desafio de ampliar gradativamente o grau de abstração de seu aparelho conceitual e o nível de indeterminação de suas regras" (1988, p. 21).

O problema decorrente dessa tentativa de ajuste estrutural das instituições de direito a uma realidade inegavelmente mais complexa não se dá sem traumas e problemas. Isso porque, a partir de um certo momento, o elevado nível de abstração de cada norma e a subsequente impossibilidade de determinar seu significado em sua aplicação a casos concretos possibilitam, na práxis legislativa e judicial, a introdução de critérios metajurídicos (FARIA, 1988, p. 21). Essa advertência de Faria, que buscar explicar a sucessão de substituições de decisões judiciais por outras formas de solução dos litígios, desvenda, com ainda mais razão, o fato de que a obrigatoriedade da ação penal se apresenta como uma impossibilidade institucional.

A obrigatoriedade da ação penal é frequentemente associada a uma impossibilidade fática de persecução penal de todos os fatos criminosos noticiados às instâncias de persecução penal. É possível acreditar que todas as notícias de fato criminoso ensejam investigação

formalizada e todas as investigações formalizadas ocasionam ação penal? Os relevantes estudos sobre essa abordagem, embora escassos, mostram exatamente o contrário.

Bruno Amaral Machado (2014) destaca a pluralidade de narrativas, que se multiplicam, sobre ineficiência, descontrole e conflitos entre os atores que integram organizações como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário. Michel Misse (2009), quando menciona a realidade empírica da investigação preliminar realizada pelo inquérito policial no Brasil, evidencia que o gargalo de ineficiência estatal encontra-se entre Polícia e Ministério Público, ao passo que o Judiciário responde pela lentidão desse aparato ineficiente. Machado e Porto, em pesquisa empírica delimitada geograficamente a respeito da investigação de homicídios na área metropolitana de Brasília, um dos crimes mais graves da legislação brasileira e, por isso, espera-se, tratado prioritariamente, apresentam relatos que demonstram as dificuldades e entraves para o desempenho das funções e a precariedade das condições para a atuação dos atores que participam da divisão do trabalho jurídico-penal (2015, p. 321). Ainda, destacam Machado e Porto, as dificuldades, os entraves e os gargalos não são apenas produto de uma leitura equivocada dos atores acerca da realidade e do contexto, mas também do fato de que os atores da persecução penal manifestam trajetórias diferenciadas e seguem dinâmicas e racionalidades próprias (p. 322). Também na apuração dos delitos econômicos e da corrupção na Justiça Federal, são os arranjos institucionais que melhor explicam o modo de atuação do sistema de justiça criminal, muito mais que a afirmação normativa e abstrata de obrigatoriedade ou mesmo prioridade (COSTA; MACHADO; ZACKSESKI, 2016).

A obrigatoriedade do exercício da ação penal, em rigor, nem de longe assegura que a persecução penal seja deduzida perante o Judiciário em todos os casos de notícias de fato criminoso que chegam às instâncias de investigação e judicialização das acusações. Em verdade, como se demonstrará a seguir, a imposição da obrigatoriedade se presta como obstáculo a essa pretensão de efetividade da resposta penal. Afinal, na gestão da escassez de recursos, a imposição de uma regra geral para ajuizamento de ações penais impede a formalização e o reconhecimento normativo de que os arranjos institucionais do Estado atuam segundo uma ordem de prioridade. Se afirmada e publicizada, essa indicação de prioridade, que só ocorre num espaço de oportunidade de atuação estatal, mostra-se sujeita a instâncias de controle. Se invisível ou informal, como ocorre numa pretensa afirmação de obrigatoriedade que não se amolda à prática das instituições, esse espaço decisório continua existindo, mas livre de escrutínios e controle.

O DÉFICIT DE COMPREENSÃO DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS

Muitos trabalhos têm alertado para o déficit de compreensão dos juristas em geral para a abordagem do funcionamento do sistema de justiça a partir das políticas públicas. Diogo Coutinho, com precisão, destaca que a disciplina do Direito tem uma relação ambígua com o campo transversal das políticas públicas. Essa ambiguidade deriva da inevitável proximidade prática com as políticas públicas quando esses juristas são chamados ao exercício de funções que implicam gestão de práticas estatais em cotejo contrastante com a distância excessiva com que tratam as políticas públicas quando estudam o fenômeno (COUTINHO,

2013, p. 182-183). Ainda, quando abordam os temas próprios que envolvem a exteriorização de ações estatais, os juristas usualmente privilegiam uma abordagem estrutural em detrimento da necessária compreensão funcional do sistema de justiça (COUTINHO, 2013, p. 183).

É o que ocorre quando se pontifica normativamente a obrigatoriedade da ação penal como dogma no direito pátrio. A afirmação de que a obrigatoriedade deriva da modelagem acusatória e que se apresenta como resposta única compatível com o postulado democrático incorre justamente nesse equívoco próprio do jurista. Ao se afirmar que, normativamente, os órgãos de persecução penal, em particular o Ministério Público, não dispõem de um espaço decisório na formalização da decisão em favor do exercício da ação penal em juízo, tem-se em contrapartida uma negação da funcionalidade do exercício da titularidade da ação penal. É dizer: se o Ministério Público titulariza o exercício do direito de ação em juízo e o faz com exclusividade nos crimes de ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da República) (BRASIL, 1988), a afirmação de que essa atribuição se realiza necessária e automaticamente em todas as situações nega o espaço decisório que, funcionalmente, o Ministério Público exerce. O exercício da atribuição do Ministério Público materializa de modo incontornável um espaço de decisão.

A razão dessa conclusão inarredável deriva de uma compreensão própria de que o Ministério Público materializa o arranjo institucional do Estado que concretiza o exercício da ação penal em juízo. Se assim ocorre, esse espaço decisório acabará assumindo a feição normativa ou jurídica, a depender de cada caso, que o Ministério Público der ao caso. Vale anotar: a manifestação final a respeito dessa atribuição dá-se sempre e pelo Ministério Público, ainda que haja (saudável) desinteligência entre os diversos órgãos de execução que compõem o Ministério Público.

A afirmação de que o Ministério Público titulariza a decisão pelo exercício da ação penal, portanto, decorre da compreensão de que, ao fim e ao cabo, é o Ministério Público como um todo que manifesta esse poder decisório. A solução normativa, inclusive para os casos em que a negativa de exercício da ação penal encontre discordância da autoridade judicial, é ilustrativa dessa assertiva. O artigo 28 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que traz preceito normativo que se estende a diversas situações de solução aplicável à desinteligência entre o órgão de execução do Ministério Público e a autoridade judicial, é claro quando afirma que "o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas [pelo membro do Ministério Público], fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral", e este ofertará manifestação conclusiva que vinculará a autoridade judicial.

Os riscos inegáveis de erros de decisão ou de juízo realizados pelos órgãos de execução do Ministério Público - nomeadamente seus membros (Promotores de Justiça, Procuradores da República) - não são solucionáveis pela negação do espaço de decisão que eles exercitam, mas por meio da maior sofisticação e aprimoramento dos instrumentos institucionais de controle, revisão e coordenação desses atos. O enfrentamento de eventuais abusos e erros do Ministério Público não se faz com menos resposta institucional, mas por meio de uma resposta institucional melhor.

Também no âmbito normativo, o juízo de admissibilidade da ação penal pelo Judiciário observa preceitos normativos que guardam espectro de abertura cognitiva que, uma vez

mais, acobertam esse espaço decisório. A leitura funcional do artigo 395 do CPP (BRASIL, 1941) é clara sobre isso. Em seus incisos, há a autorização para negativa da ação penal que seja inepta, isto é, que não atenda aos requisitos formais (inciso I). Igualmente, a ação que não observe pressuposto processual ou condição para o seu exercício será igualmente rejeitada (inciso II). Por fim, a ação que não seja lastreada por justa causa também será recusada (inciso III). São juízos realizados primeiramente pelo próprio titular da ação penal e, claro, submetidos ao escrutínio do juízo criminal para instauração do processo-crime. No entanto, essas hipóteses de recusa da ação penal igualmente amparam a negativa do próprio exercício do direito de ação. Para tanto, esse espaço decisório haverá que, necessariamente, guardar razão numa dessas hipóteses. E são hipóteses, normativamente, abertas.

Afinal, há como admitir que categorias como "interesse processual" (que é condição para o exercício da ação penal) não conjuguem razões de utilidade processual ou mesmo de adequação entre a resposta pretendida e o instrumento eleito para tanto? Tais categorias são, em última análise, a juridicização desse inegável espaço decisório que institucionalmente é exercitado pelo titular do direito de ação em juízo.

A afirmação estrutural da negativa de espaço decisório, portanto, colide com a própria construção da dogmática jurídica condicionada pelo caráter de ciência prática que tem o Direito. É, novamente, em Vera Andrade que encontramos a lição de que a dogmática jurídica experimenta uma evidente funcionalização prática da teoria. A teoria da técnica jurídica busca determinar as condições sob as quais o Direito seria capaz de cumprir um ideal de segurança com um máximo de economia e celeridade, independentemente ou com abstração dos conteúdos concretos de cada ordenamento jurídico em particular (2003, p. 50-51). Também José Eduardo Faria adverte para a armadilha em que se coloca o legislador quando se vale de normas formais sem base material, muitas vezes destacadas em recursos retóricos como "bem comum", "fim social", "ordem pública" etc. (ou "utilidade processual", acrescentamos) - o legislador não conseguiu evitar a *ruptura* dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica (1988, p. 21-22).

A pretensa afirmação da obrigatoriedade, nesse sentido, tem implicado uma perda de sua própria operacionalidade. Qual é a consequência disso? Uma tensão inevitável que põe, de um lado, uma irracionalidade política e, de outro lado, uma racionalidade tecnocrática. A afirmada obrigatoriedade conduz a uma atuação político-criminal cega para priorização de ações estatais e, ao mesmo tempo, impeditiva de instrumentos de controle e transparência desse processo decisório.

Ao contrário daqueles que afirmam que a obrigatoriedade do exercício da ação penal seja consectária do Estado de direito, por força da submissão do poder público à ordem jurídica constituída (SILVA, 1998), sustenta-se aqui exatamente o contrário.

A afirmação da obrigatoriedade coloca em xeque a materialização e a funcionalidade do Estado de direito. O desajuste estrutural causado pela obrigatoriedade, dado que esta fomenta a tensão existente entre a negação da funcionalidade dos arranjos institucionais do sistema de justiça criminal e sua acomodação prática, deixou em aberto inúmeros problemas que apenas aumentam o arbítrio da burocracia estatal sem que a dogmática forneça parâmetros de controle. Em termos simples: a negativa do espaço decisório não conduz à

sua inexistência, mas à sua invisibilidade. E a invisibilidade dessa decisão é mais nociva ao que se espera do Estado de direito do que a afirmação retórica e dissociada da realidade prestada pela afirmação da obrigatoriedade da ação penal.

A adoção da oportunidade da ação penal resulta, pois, de uma postulação justa. Dela se espera uma referência à igualdade perante a lei de todos os cidadãos, própria do Estado de Direito (novamente, em sentido oposto ao que pontificam os defensores da obrigatoriedade). Em verdade, a oportunidade deve se imbuir da intenção de conduzir a uma seleção segundo fins concretos (uma delas, justamente, corrigir a aplicação prática desigual da lei), sem deixá-la abandonada ao arbítrio ou ao azar (MAIER, 2004, p. 835-836). Nesse contexto, a oportunidade deve significar a possibilidade de que os órgãos públicos, a quem se lhes encomenda a persecução penal, prescindam dela, na presença da notícia de um fato punível ou, inclusive, frente à prova mais ou menos completa de sua prática, formal ou informalmente, temporal ou definitivamente, condicional ou incondicionalmente, por motivos de utilidade social ou razões político-criminais (loc. cit.).

PROJEÇÕES NORMATIVAS DA OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

A incorporação da oportunidade da ação penal já é uma realidade em diversos países europeu-continentais, muitos dos quais, vale dizer, de onde nós supostamente afirmamos nossas matrizes histórico-normativas. A incorporação da oportunidade no exercício da ação penal decorre justamente de uma medida de racionalização da persecução penal. Em setembro de 1987, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Recomendação n. R (87) 18, que versa sobre a "simplificação da Justiça Criminal" (COUNCIL OF EUROPE, 1987). O Conselho da Europa, vale lembrar, é o organismo em cujo seio se encontra a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Após mencionar a pouca eficácia dos procedimentos penais em geral, o Conselho salientou a necessidade de estabelecer a definição de prioridades na gestão da política criminal. A principal aposta do Conselho da Europa para isso foi a adoção do princípio da oportunidade da ação penal. Os países integrantes do Conselho, nos anos que se seguiram e cada qual a sua maneira, adotaram a sugestão.

Na Alemanha, o Código de Processo Penal germânico (*Strafprozeßordnung* – StPO), em seu artigo 153, determina expressamente o princípio da oportunidade da ação penal, autorizando ao titular da ação dispensar a acusação, com a aprovação do tribunal competente, quando verificada a ausência de interesse público na instauração do processo (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1950). A legislação processual alemã igualmente estabelece que a aprovação do tribunal restará dispensada nas hipóteses de delito de pequena monta, sem aumento de pena, ou se as consequências decorrentes da prática delitiva forem mínimas. A legislação alemã projeta a disponibilidade da persecução penal de processos já instaurados como consequência da adoção da oportunidade.

Também a França já positivou a oportunidade, nos arts. 40 e 40-1 do Código de Processo Penal francês, por meio do chamado *classement sans suíte*, que é uma decisão

proferida pelo procurador da república que não faz coisa julgada material, isto é, admite revisão enquanto punível o fato noticiado na investigação preliminar (REPÚBLICA FRANCESA, 1959). O procurador preenche um formulário no qual indica as razões pelas quais entende que o caso deva ser arquivado, de modo a dispensar o processo. Portugal igualmente experimentou flexibilização da obrigatoriedade da ação penal pública, por meio dos institutos do "arquivamento em caso de dispensa de pena" e da "suspensão provisória do processo", previstos respectivamente nos artigos 280 e 281 do Código de Processo Penal português (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1987).

Itália e Espanha extraem de suas Constituições a obrigatoriedade da ação penal, mas também discutem institucionalmente o exercício da oportunidade de modo bastante avançado. Para ilustrar apenas com o exemplo espanhol, porque tal preocupação igualmente se projeta na Itália, Flores Prada leciona que a modelagem de Estado social trouxe a formulação do princípio da legalidade penal mais como um sentido *limitador* do exercício do *jus puniendi* que uma obrigação de castigar, em consonância com os princípios da segurança jurídica entendido como segurança dos bens jurídicos. A projeção da mencionada concepção sobre o princípio de necessidade no exercício da ação penal determina a possibilidade de introduzir a oportunidade como um princípio que concretiza exigências de justiça. Numa perspectiva material, esse princípio também dá respostas, encaminhadas na mesma direção, à lei penal substantiva (1999, p. 342).

Na Itália, a formulação constitucional da obrigatoriedade, exatamente no artigo 112 da Constituição (REPÚBLICA ITALIANA, 1947), deu-se pela necessidade de se assegurar uma atuação independente ao Ministério Público (SOUZA, 2007, p. 159). Na Espanha, a previsão de obrigatoriedade, estabelecida no artigo 124 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, conjuga-se institucionalmente, na prática, com a condução de uma política criminal dirigida pelo Poder Executivo e materializada pelo Ministério Fiscal (REINO DE ESPANHA, 1882).

Os países de tradição de *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, são marcadamente caracterizados pela oportunidade da ação penal. Os Estados Unidos, de modo particular, caracteriza-se não só pela oportunidade, mas também por adotar um sistema de *plea*, isto é, de acordos penais (OLIVEIRA, 2017, p. 247). Já a Inglaterra não traz na sua tradição jurídica os acordos, mas apenas a oportunidade como manifestação clara da política criminal estabelecida e determinada diretamente pelo Ministério da Justiça do país.

Também os países da América Latina já se mostraram sensíveis a essa temática. O Brasil, contudo, evidencia resistência a essas mudanças. A resposta afirmativa a esses *standards* do Direito Internacional surgem como exceções no influxo legislativo brasileiro posterior à Constituição de 1988.

Na esfera cível, cuja gama de atribuições ampliou-se significativamente após a Constituição, o Ministério Público nunca enfrentou discussão mais densa sobre obrigatoriedade ou oportunidade no exercício da ação civil pública. Tal assertiva é curiosa, pois os preceitos normativos que indicam a titularidade da ação civil pública pelo Ministério Público têm redação assemelhada aos que já indicamos como referentes ao exercício da ação penal pública. Basta visualizar que a Lei n. 7.347/1985 (BRASIL, 1985) aponta que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar a ação civil pública

(artigo 5º, inciso I) e também estabelece que "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei" (artigo 5º, § 1º). O espaço decisório, inclusive com controles internos dessa decisão, sempre foi reconhecido na atuação cível do Ministério Público como elemento inafastável de uma política institucional de atuação na promoção dos direitos sociais. Como exemplo disso, veja-se o artigo 9º da mencionada Lei n. 7.347/1985, que deve ser lida em conjunto com as leis orgânicas dos diversos Ministérios Públicos com atuação na União e nos estados.

De modo inédito, a Lei de Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), previu a possibilidade de o Ministério Público não oferecer ação penal em desfavor do colaborador premiado que primeiro celebre o acordo processual e que não seja o líder da organização (artigo 4º, § 4º). A incidência da oportunidade da ação penal nessa lei observa balizas bastante estritas e razoavelmente detalhadas. O legislador foi minudente sobre a possibilidade - excepcional - de oportunidade no exercício da ação penal pública pelo Ministério Público em desfavor do colaborador na elucidação de fatos praticados por organização criminosa (SUXBERGER, 2016, p. 19). A negativa de promoção da ação penal em desfavor do colaborador premiado que preencha os requisitos do § 4º do artigo 4º da Lei n. 12.850 substancia promoção de arquivamento da investigação preliminar instaurada que indicou a presença de materialidade de crime, de indícios de autoria e da presença dos pressupostos e das condições para o exercício da ação penal em desfavor do colaborador. Por isso, inafastável a apreciação judicial (Idem, p. 21).

Para além da legislação ordinária, confira-se o que estabelece o item 5.1 das Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, as chamadas "Regras de Tóquio" (BRASIL, 2009, p. 116-117):

> 5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo
>
> 5.1. Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Essa preocupação de equidade perante a lei guarda pertinência com a seletividade do sistema de justiça criminal tantas vezes alardeada pela criminologia da reação social. Se lançada em bases seguras, a oportunidade pode ser importante ferramenta de aclaramento dos chamados *second codes*, isto é, regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei pelos agentes do controle penal (TURK, 1969, p. 39).

O problema, pois, não está no instituto em si, até porque a imposição da obrigatoriedade parece alimentar uma falsa expectativa de que a persecução penal seja efetivamente promovida em todos os casos que reúnem (ou deveriam reunir) razão suficiente para a judicialização de uma imputação penal. A questão refere-se ao "como" do exercício da ação penal, isto é, às balizes, às diretrizes e aos limites de seu exercício, bem assim

ao arranjo institucional de controle, *accountability* e confiança no exercício desse imperativo funcional e institucional.

Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao atualizar a regulamentação do poder investigatório do Ministério Público, editou a Resolução n. 181 em 7 de agosto de 2017 (BRASIL, 2017). Além do detalhamento quanto aos procedimentos internos e aos instrumentos de controle da atuação investigatória do Ministério Público, a Resolução trouxe um capítulo específico sobre o chamado "acordo de não-persecução penal". Trata-se da afirmação normativa da possibilidade de o Ministério Público não exercitar a ação penal em juízo quando o investigado, desde que seja primário e atenda a outros requisitos subjetivos detalhados na Resolução, como confessar a prática delituosa, reparar o dano à vítima e assumir os efeitos genéricos que adviriam de uma condenação criminal sobre seu patrimônio, voluntariamente cumprir penas restritivas de direitos. Nos termos minudenciados no artigo 18 da Resolução, o Ministério Público, nesse acordo celebrado com o investigado, com a assistência de defensor técnico, deixará de ofertar a ação penal em juízo e promoverá o arquivamento da investigação.

A medida descrita na Resolução positiva, no direito brasileiro, é uma solução muito aproximada ao que trilhou a Alemanha sobre a oportunidade da ação penal, visto que a Alemanha consagrou a oportunidade da ação penal como uma prática institucional que, só num segundo momento, alcançou previsão normativa minudente.

Essa compreensão decorre da inafastável conclusão de que a obrigatoriedade da ação penal, tal como afirmada de modo abstrato e genérico na legislação processual penal, incorre numa impossibilidade institucional. E, o que é mais grave, fomenta um espaço decisório invisível e livre de instrumentos de controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação da obrigatoriedade no direito processual penal pátrio deriva de uma cultura processual estabelecida que não encontra eco nas práticas institucionais dos atores da persecução penal no Brasil. A obrigatoriedade, como postulado normativo que rege a ação penal pública, substancia um dogma que, em lugar de assegurar ou concretizar as preocupações que pretensamente a justificam, dá azo justamente a consequências opostas.

Do ponto de vista institucional, a negativa de um espaço decisório exercido pelo Ministério Público materializa uma opção dogmática que se dissocia da realidade estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. A afirmação da obrigatoriedade só se justifica como decorrência de uma abordagem que ignora a contribuição das políticas públicas para o funcionamento do sistema de justiça criminal e dos arranjos institucionais responsáveis pela sua concretização.

A afirmação abstrai que a atuação uniforme da persecução penal torna invisível o espaço decisório que é, afirmadamente ou não, exercitado pelo titular da ação penal. Sem a visibilidade

desse espaço decisório, não se avança na construção e no aprimoramento de ferramentas e instrumentos de controle e de transparência dos critérios que orientam a oportunidade no exercício da ação penal. Verificamos que a negação normativa do espaço decisório não conduz à sua inexistência, mas à sua invisibilidade. Essa invisibilidade só se presta a contribuir para impedir ou dificultar a criação de instrumentos para aferição e controle do exercício dessa decisão pelo titular da ação penal.

A oportunidade da ação penal já é uma realidade nos países europeu-continentais de onde o Brasil tradicionalmente busca inspiração para suas soluções dogmáticas. Mesmo no campo normativo, é possível aferir a afirmação da oportunidade tanto na atuação cível do Ministério Público quanto também em atos normativos internacionais que vinculam a atuação estatal na realização da justiça criminal. A Resolução n. 181 do CNMP (BRASIL, 2017), de modo mais minudente, positivou a expressamente o exercício da oportunidade da ação penal pelo Ministério Público nos estritos casos ali minudenciados, com a consequente criação de um quadro institucional de rígidos controles e de fidelidade a um programa político-institucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica:* escorço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/8SY2BG>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. p. 10649.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. p. 3.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. Exposição de motivos

do Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Também disponível em: SARAIVA EDITORA (coord.). *Código 3 em 1:* Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223-228.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. *Regras de Tóquio.* Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. 344 p. Disponível em: <https://goo.gl/uyVgtY>. Acesso em: 20 set. 2017.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation N. R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice.* Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: <https://goo.gl/b8Wc3w>. Acesso em: 10 set. 2017.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos:* uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. 2 v. Brasília: ESMPU, 2016.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar.* São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica:* o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988.

FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública:* Princípio da Obrigatoriedade. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal:* estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-america, 1963, v. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal:* diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. Barcelona/São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: Representações Sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados. In: *Sociologias*, Porto Alegre, v. 17, n. 40, p. 294-325, dez. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/Q426Md>. Acesso em: 20 set. 2017.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. In: *DILEMAS*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, n. 7, p. 33-50, jan./mar. 2010.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Científico ESMPU*, ano 16, n. 49, p. 237-262, jan./jul. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/pfCeS5>. Acesso em: 15 set. 2017.

REINO DE ESPANHA. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, n. 260, 17 set. 1882.Disponível em: <https://goo.gl/ppDsVQ>. Acesso em: 20 set. 2017.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Strafprozeßordnung* (StPO). Código de Processo Penal. Texto atualizado disponível em: <https://goo.gl/rKwDrq>. Acesso em: 20 set. 2017.

REPÚBLICA FRANCESA. *Códe de procédure penale.* 2 mar. 1959. Disponível em: <https://goo.gl/Ka4sBl>. Acesso em: 20 set. 2017.

REPÚBLICA ITALIANA. *Costituzione italiana.* 27 dez. 1947. Disponível em: <https://goo.gl/IAZCRB>. Acesso em: 20 set. 2017.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Decreto-Lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://goo.gl/iWwViv>. Acesso em: 20 set, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Motari Ciocchetti de. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade:* ação civil pública, ação penal pública. São Paulo: Método, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (coord.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 7-26.

TURK, Autin. *Criminality and legal order.* Chicago: Rand McNally, 1969.

DANNI SALES SILVA
Mestre em Ciências Penais pela Universidade de Direito de Lisboa (Portugal),
pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade de Direito de Lisboa (Portugal) e
pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade de Rio Verde - FESURV.
Licenciando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO).
Pesquisador visitante pelo Instituto Max Planck - In Freiburg (Alemanha).
Professor de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-GO.
Colaborador da Radio Justiça (STF) nos temas Processo Penal e Cyber Criminalidade .
Promotor de Justiça do MPTO (2001-2004) e atualmente do MPGO.

DA VALIDADE PROCESSUAL PENAL DAS PROVAS OBTIDAS NO FACEBOOK

VALIDITY OF EVIDENCE OBTAINED FROM FACEBOOK

DE LA VALIDAD PROCESAL PENAL DE PRUEBAS OBTIDAS EN EL FACEBOOK

Resumo:
O estudo sobre a validade das provas obtidas em sites de relacionamento é tema de escassa abordagem na doutrina processual penal pátria. Tendo como paradigma o sistema normativo constitucional brasileiro, o trabalho aborda os temas provas, sites de relacionamento, o princípio da proporcionalidade e o direito de intimidade, com o escopo de viabilizar a incursão crítica tendente à solução do seguinte problema: é processualmente válida a prova obtida em sites de relacionamento? Observa a validade da prova produzida pelo acusado em sites de relacionamento sob a perspectiva do princípio do nemo tenetur se detegere. *Por fim, contempla a validade das provas obtidas ilicitamente por particulares, no meio cibernético, e sua validade processual penal.*

Palavras-chaves:
Prova, site de relacionamento, intimidade.

Abstract:
The study about validity of evidence obtained from relationship websites is a theme rarely approached in the Brazilian criminal procedure doctrine. Considering the paradigm of the Brazilian constitutional regulatory system, the paper approaches the themes evidences, relationship websites, the principle of proportionality and the right to privacy, with the scope of enabling the critical incursion and aiming at the solution of the following problem: is evidence obtained from relationship websites procedurally valid? The validity of evidence produced by the accused in relationship websites is observed through the perspective of the principle of nemo tenetur se detegere. *To conclude, it beholds the validity of evidence obtained illicitly by private agents in the cybernetic environment and its criminal procedure validity.*

Keywords:
Evidence, relationship websites, intimacy.

Resumen:
El estudio sobre la validez de las pruebas obtenidas en sitios de relación es tema de escaso abordaje en la doctrina procesal penal patria. Teniendo como paradigma el sistema normativo constitucional brasileño, el trabajo aborda los temas pruebas, sitios de relación, el principio de proporcionalidad y el derecho de intimidad, con el alcance de viabilizar la incursión crítica tendente a la solución del siguiente problema: es procesalmente válida la prueba obtenida en sitios de relación? Observa la validez de la prueba producida por el acusado en sitios de relación bajo la perspectiva del principio del nemo tenetur se detegere. *Por último, contempla la validez de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares, en el medio cibernético, y su validez procesal penal.*

Palabras clave:
Prueba, sitio de relación, intimidad.

INTRODUÇÃO

As transformações no campo da informática e das telecomunicações, nas últimas décadas, foram impressionantemente rápidas. A internet reduziu distâncias e aproximou pessoas, transportando nossa zona de convívio para o ciberespaço. Em redes de relacionamento, situadas na web, as pessoas passam a se conhecer, trocar informações, se expor, conviver e delinquir. Naturalmente, algumas atividades delitivas e as provas de sua ocorrência se dão por meio das atividades realizadas no meio virtual.

O ordenamento jurídico-criminal não poderia estar alheio a essas transformações de hábito. A contraofensiva estatal utiliza a própria tecnologia como instrumento eficaz para a captação de provas da criminalidade. Todavia, a reação não deve ser instintiva, arbitrária e irrefletida, mas ponderada, regulamentada e essencialmente judiciária, com o devido respeito aos direitos e garantias individuais.

Novas formas de criminalidade reforçam a importância de novas fórmulas de intervenção e persecução. Cresce a investigação policial sobre o conteúdo dos sites de relacionamento, na mesma proporção em que a atividade probatória encontra severos limites no direito à intimidade do cidadão, por força das garantias individuais contempladas no direito processual penal.

Quais seriam os limites impostos aos órgãos de persecução penal na busca da prova contida em sites de relacionamento? Seria a intimidade esfera de direito intocável?

Neste estudo também enfrentamos o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, sob a seguinte perspectiva: quando o investigado posta elemento probatório (foto, texto, vídeo ou áudio) hábil para implementar sua autoincriminação, a utilização processual desse documento não violaria o direito constitucional que lhe garante a não autoincriminação?

Navegando, os internautas compartilham, nos sites de relacionamento, informações de toda sorte. Não raro, as pessoas captam e transmitem provas da ocorrência de um crime à autoridade policial. É valida a prova obtida de forma ilícita por particular e fornecida à autoridade policial?

DA VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM SITES DE RELACIONAMENTO

Fabrízio Rosa (2006, p. 33) conceitua a internet como "um conjunto de redes de computadores interligados pelo mundo inteiro, que têm em comum um conjunto de protocolos e serviços, possuindo a peculiaridade de funcionar pelo sistema de troca de pacotes".

A internet é, na verdade, um conjunto de pessoas interligadas por computadores ligados em rede. Nessa web se proliferam as redes sociais que se caracterizam por abertura e porosidades, possibilitando relacionamentos horizontais e não hierárquicos entre os participantes. Redes não são, portanto, apenas outra forma de estrutura, mas quase uma não

estrutura, no sentido de que parte de sua força está na habilidade de se fazer e se desfazer rapidamente (DUARTE; QUANDT; SOUZA, 2008, p. 156).

Há um ponto comum entre os diversos tipos de redes sociais: o compartilhamento de informações, conhecimentos e interesses similares. A intensificação da formação das redes sociais reflete, nesse sentido, um processo de fortalecimento das relações sociais, ao passo que a exposição exacerbada na rede representa patente tendência de abdicação dos usuários aos primados básicos de privacidade.

É inevitável que a atividade investigativa opere na rede, tanto quanto é necessário garantir a privacidade dos usuários. Em qualquer espaço, seja ele virtual ou real, a atividade probatória promovida pelo órgão de acusação não se projeta nem se exterioriza como manifestação de um absolutismo estatal; a *persecutio criminis* desenvolve-se dentro de limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Nesse prisma, a Constituição representa a matriz de legitimação formal e material do processo investigatório e probatório[1].

A vedação de utilização das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obter provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controle. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: "não sucumbam ao canto da sereia na obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer podendo repetir essas provas por outros meios" (MENDES, 2004, p. 142).

De forma rígida e intransigente, o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira estatui como garantia fundamental a inadmissão, no processo, das provas obtidas por meio ilícito[2]. Contempla o artigo 157 do Código de Processo Penal que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais" (BRASIL, 1941).

As informações contidas em sites de relacionamento expõem, e ao mesmo tempo compõem, a esfera de privacidade do indivíduo. Assim, o ponto de fratura entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência surge perante a indagação da existência ou inexistência de uma esfera da intimidade inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses[3].

---

[1] "As proibições de provas são instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal" (cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no Processo Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 12 e 196).

[2] A prova ilícita é aquela colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e, mais especificamente, do direito à intimidade (cf. GRINOVER; GOMES FILHO ; FERNANDES, 2009, p. 151). A exacerbação de algumas garantias individuais na Constituição de 1988 se deve a um peculiar contexto histórico: essa carta constitucional veio contrapor longo período de ditadura militar onde houvera a opressão aos direitos individuais. Entretanto, adverte José Carlos Barbosa Moreira, "a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto" (MOREIRA, 1997, p. 110).

[3] O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida

A esfera privada do homem não é homogênea, dividindo-se em esferas progressivamente menores à medida que se torna mais restrita a intimidade, na proporção em que dela participe um número cada vez menor de pessoas (COSTA JÚNIOR, 1995).

Os sites de relacionamento criam sua particular divisão das esferas de privacidade, que podem ser facilmente controladas e compreendidas pelos usuários. No Facebook, as informações são trocadas e divulgadas em três grandes planos: 1) *Públicas* – informações disponibilizadas com carácter irrestrito para todos os usuários da rede; 2) *Restritas* – quando a publicação da informação se restringe a um grupo de amigos, os quais devem ser previamente aceitos e cadastrados; e 3) *Privadas* (o Facebook utiliza a expressão "somente eu") – são espécies de informações que, muito embora estejam na rede, guarnecidas pelo site de relacionamento, destinam-se a acesso exclusivo e pessoal do internauta. Em cada um desses planos o indivíduo expõe sua intimidade com ênfase peculiar, de modo que a prova obtida pelo Estado, no âmbito dessas esferas, contrasta, de forma particular, com o direito à privacidade do investigado. Investigar a legalidade da incursão estatal em cada uma dessas esferas de privacidade nos possibilitará apreciar a própria validade da prova documental obtida nos sites de relacionamento.

DAS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

Comunicar, interagir e trocar informações na internet é tão importante que o usuário toma como aceitável a perda de grande parcela de sua privacidade.

Em um site de relacionamento, quando uma mensagem ou dado é enviado a vários usuários indeterminados, com sabida faculdade de compartilhamento e sendo de livre acesso a outros destinatários, reveste-se de publicidade a informação veiculada.

O direito à informação, exercido por qualquer cidadão, é personalíssimo, assim como o direito à intimidade, que se constitui no limite de aplicação daquele. A qualquer um, e aí estão incluídos a Autoridade Policial e o Ministério Público, permite-se o acesso à conversa mantida em local público. Não se viola a intimidade ou a vida privada de um cidadão que expõe diálogos ou pensamentos mediante a publicação "aberta" em um site de relacionamento.

Quando a informação é veiculada de forma "aberta" na rede, não há razão para se questionar a validade da prova obtida pelos órgãos de persecução penal, isso porque, nessa hipótese, não há privacidade a ser protegida.

Uma das formas de acesso livre e legítimo ao direito de intimidade do investigado seria o consentimento do titular de tal direito, o qual poderá ser tácito ou expresso

pelo Estado (cf. Garrity vs. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 - Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 – Wong Sun vs. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impõe o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público (*exclusionary rule*), sobretudo a regra de exclusão não se aplica à prova obtida, ilicitamente, pelo particular.

(ANYFANTIS, 2004). Na primeira hipótese, a de consentimento tácito, este se dá em função do próprio comportamento do seu titular, como no caso de pessoas que se colocam em situações propícias de serem expostas (sites de relacionamento). O consentimento expresso, como a própria denominação explica, dá-se quando o titular do direito autoriza, de forma evidente, a divulgação de fatores específicos da sua intimidade pessoal.

A exposição deflagrada pelo usuário que *posta* um documento, com livre e ilimitado acesso, num site de relacionamento, coloca a informação fora do âmbito da intimidade em qualquer das suas esferas e, por conseguinte, da respectiva proteção legal.

As informações disponibilizadas publicamente em sites de relacionamento facultam a captura da informação pela Polícia Judiciária, independentemente de ordem judicial. A obtenção e a utilização dessa prova, na órbita processual penal, não macula a intimidade do investigado. Esse é um dos "preços" da desvalorização da privacidade exercida pelo cidadão que acede à promoção do *voyeurismo* na web.

DAS INFORMAÇÕES RESTRITAS

Quando os dados publicados em determinados sites de relacionamento ficam alocados na esfera privada, de forma restrita, a um grupo de amigos, a invasão ou obtenção furtiva das informações pelos órgãos de investigação viola o direito à intimidade constitucionalmente instituído. Nesse contexto, no qual são tomadas as precauções normais de intimidade, há uma expectativa subjetiva de privacidade, deixando-a imune à intrusão governamental.[4]

No que tange às informações trocadas ou fornecidas na internet, a intimidade está sempre relacionada com a confiança depositada no interlocutor. Apenas está em causa o direito à intimidade quando existe uma "confiança quebrada", pois ninguém confia segredos a estranhos. O Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Sepúlveda Pertence, disciplinou que:

> Não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada (BRASIL, 1997).

O que dizer de um diálogo privado, entabulado entre uma celebridade e um jornalista pertencente à imprensa marrom?[5] É possível que o jornalista resolva expor à autoridade

[4] Em Estados Unidos vs. Cardoza-Hinojosa, o tribunal norte-americano delimitou que a proteção da Quarta Emenda depende de alguns fatores importantes: "Se o réu exibiu uma expectativa subjetiva de privacidade deixando-o imune da intrusão governamental; se ele tomou as precauções normais para manter a privacidade" (citando Estados Unidos vs. Ibarra, 948 F.2d 903, 906 [5 Cir.1991]).

[5] Expressão pejorativa utilizada para se referir a veículos de comunicação (principalmente jornais, revistas e emissoras de rádio e TV) considerados sensacionalistas, ou seja, que buscam elevadas audiências e vendagem por meio da divulgação exagerada de fatos e acontecimentos, sem compromisso com a autenticidade. É o equivalente brasileiro e português do termo em língua inglesa "*yellow journalism*". Em ambos os casos registam-se transgressões da ética jornalística.

policial, o diálogo ocorrido na web, ou mesmo veicular a informação em jornal. Nesse caso, não existiria violação da privacidade. Ademais, sempre foi lícita a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, transcorrendo em local público, não tenha conotação secreta ou privada.

A conversa entabulada na web perde sua completa expectativa de segredo quando a característica dos interlocutores demonstra falta de discrição por parte de um dos participantes do diálogo.

O Supremo Tribunal da Alemanha sintetizou:

> A proteção do segredo das telecomunicações não vai além do alcance do segredo determinado pelos participantes e segundo a discrição destes. A garantia constitucional desse segredo não limita qualquer dos participantes na comunicação em seu direito de sozinho decidir se e em qual extensão ele vai manter a comunicação fechada ou irá garantir acesso a ela a um terceiro (THAMAN, 2002, p. 71)[6].

Quando o internauta cria um grupo restrito para troca de informações, a autoridade policial pode vir a alcançar lícito acesso ao grupo, podendo efetuar a obtenção da prova, a qual será valorada no processo penal.

Entabular conversa numa rede de relacionamentos aberta a vasto grupo de amigos pode implicar em abdicação aos primados da intimidade, uma vez que se deve presumir que as informações, naquele momento, são do domínio coletivo e podem ser compartilhadas com sites alheios ao do grupo interlocutor. Diálogos coletivos em sites de relacionamento não implicam em puridade, mas sim em possibilidade de dessegredo[7].

Realçamos, pois, dois pontos fundamentais na apreciação da existência de privacidade das informações obtidas em um diálogo limitado a grupo restrito de usuário em um site de relacionamento: o número de interlocutores e a confiabilidade deles, elementos que devem ser apreciados, de forma conjugada, no caso concreto.

[6] BHGSt 39, 335, at 338-39, 344-45, decisão de 08.10.1993.

[7] Nesse sentido, versa o Superior Tribunal de Justiça: "A conversa realizada em 'sala de bate-papo' da Internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais. [...] Dos documentos acostados é verificado que a Interpol interceptou conversa do acusado em 'sala de bate-papo' na Internet, momento em que foi noticiado (sic) a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Esta conduta funcionou como elemento condutor da instauração do referido inquérito policial. [...] Acertada a decisão do e. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região que sobre o tema entendeu não haver o sigilo das comunicações, uma vez que a conversa fora realizada em 'sala de bate-papo' da Internet, em que se caracteriza, em 'ambiente virtual de acesso irrestrito e destinado a conversas informais'" (STJ – 6.ª Turma – RHC 18.116-SP – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 16.02.06).

DAS CONVERSAS E INFORMAÇÕES PRIVADAS

É possível que o usuário de determinado site de relacionamento mantenha informações indisponíveis a todos, ou seja, com visualização exclusivamente privada. Pode também esse internauta trocar informações confidenciais por meio do envio e do recebimento de mensagens *inbox* (diálogo oculto, privado e bilateral). Nessas hipóteses, qualquer intromissão estatal, desprovida de ordem judicial ou de autorização do proprietário da informação, constitui, em regra, flagrante violação da privacidade.

Já tivemos a oportunidade de perceber que a natureza do interlocutor pode expressar uma tácita abdicação da privacidade, expondo as informações transmitidas. Entretanto, se identificarmos que as informações estão guarnecidas pelo manto da intimidade do internauta, apenas a competente ordem judicial poderá validar a incursão investigatória para obtenção dessa prova.

Ao interesse comunitário na repressão da criminalidade impõem-se limites. A dignidade humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente é limite imposto à atividade investigatória estatal (DIAS, 2004, p. 422). Até mesmo a ordem judicial que comina a intrusão na privacidade do investigado deve efetivar cuidadosa ponderação dos interesses conflitantes no jogo processual.

Toda incursão estatal em busca de prova que resida no seio da intimidade do investigado deve observar o ritual contemplado pela lei. Existem previsões legislativas e constitucionais que outorgam ao juiz legitimidade para quebra da privacidade. O magistrado deve esquadrinhar e contrastar os bens jurídicos em conflito, buscando impor, na força do mandato, o limite absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário[8], atento ao rito, à forma e às hipóteses de cabimento contempladas pela lei. Nesse ponto, a intromissão na privacidade do investigado passa a se justificar perante a utilização de um critério de razoabilidade.

A jurisprudência lusitana[9], apreciando a aplicabilidade da proporcionalidade, estabelece uma prevalência de valores baseada na tonalidade ético-normativa dos princípios em contraste, admitindo que a lei possa ressalvar as hipóteses em que poderá haver uma compressão de direitos constitucionais, dentro de uma lógica de razoabilidade, exigida pelo próprio interesse do Estado no funcionamento da justiça penal.

Alexy denomina a máxima da proporcionalidade em sentido estrito como mandado de ponderação (ALEXY, 1997), a partir do qual se realiza a otimização dos bens constitucionais em conflito. Assim, se um direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com o princípio oposto, a possibilidade jurídica de realização da norma fundamental dependerá da força do princípio oposto.

---

[8] Nesse sentido, ver julgado do STJ, Ação Penal n. 644 – BA (2009/0044204-3), Eliana Calmon, Informativo de 21 de novembro de 2012.

[9] Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Acórdão n. 886/07. 8PSLSB.L1.S1.

Uma vez identificada a natureza privada e sigilosa do conteúdo posto no site de relacionamento, pende sobre ele o direito à intimidade, o qual, apenas em hipóteses excepcionais, poderá sofrer a intrusão estatal, ponderada a razoabilidade da incursão. Diante dessa conclusão, devemos dissecar o fundamento do princípio da proporcionalidade e delimitar a sua aplicação na persecução cibernética[10].

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade nasce no direito americano, onde é conhecido como princípio da razoabilidade, mas atinge o seu ápice no direito alemão, *Verhaltnismaßigkeitsgrudsatz*. O direito americano e o alemão dão a esse princípio fundamentos distintos: este funda-se no estado democrático de direito; aquele, o devido processo legal, no que foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 958-3/RJ.

Nenhum direito fundamental é ilimitado, visto encontrar os seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Surge a teoria da proporcionalidade como instrumento de ponderação, principalmente, entre o interesse particular vulnerado e o interesse estatal na persecução penal[11].

Alexy (1997) resolve o problema da colisão de princípios constitucionais por meio da ponderação dos interesses contrapostos, observando, de forma pontual, que a ponderação abstrata dos valores se impõe no caso concreto, no qual os princípios ganham, cada qual, peso particular. O processo de ponderação pode levar a um inquestionável subjetivismo na decisão judicial. Entretanto, não há um decisionismo abstrato, uma vez que a ponderação deve ser operada em um juízo de racionalidade fundamentada, que estabelecerá a preferência lógica entre os princípios opostos.

Para fundamentar a preferibilidade de um princípio ao outro, as razões elencadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador, as consequências benéficas de certa decisão ou as opiniões dogmáticas e jurisprudenciais.

A jurisprudência lusitana dá especial valor à gravidade do delito e delimita que o respeito integral à intimidade de cada cidadão acaba quando este desrespeita a dignidade de seus semelhantes. A Corte equaciona a forma com que o imputado se relaciona com a dignidade dos outros, realçando a funcionalidade da justiça criminal (PORTUGAL, 2004).

---

[10] Ana Lúcia Vieira adverte que, desde 1967 (Conferência Nórdica de Estocolmo sobre o direito à intimidade), são elencadas hipóteses expressas e delimitadas restrições ao direito da privacidade: "a) interesse de segurança nacional, segurança pública ou bem-estar economico da Nação; b) necessidade de impedir a desordem ou crime; c) necessidade de resguardar a saúde ou moral pública ou para proteger os direitos e as liberdades de terceiros" (cf. VIEIRA, 2003, p. 144).

[11] Aplicar tal ponderação especificamente visando o aproveitamento de provas obtidas por meio ilícito acabaria por colocar "o interesse da perseguição penal no mesmo plano dos princípios fundamentais do processo penal de um Estado de direito" (GRUNWALD apud ANDRADE, 1992, p. 35)

Entretanto, a aplicação desmedida da proporcionalidade pode servir de instrumento de frustração das garantias constitucionais, tornando letra morta a disposição constitucional.

É tênue a linha que divide a mitigação de um princípio da sua abolição. A proporcionalidade não deve ser instrumento de aniquilamento, mas sim de harmonização, submetendo o princípio menos relevante ao de mais valor social (FERNANDES, 2002, p. 87).

As inovações tecnológicas constituem um avanço sem possibilidade de reversão. O Estado detém instrumentos tecnológicos vorazes, capazes de devassar a intimidade de qualquer cidadão na web[12]. Para garantir a manutenção do direito à privacidade são necessárias regras que impeçam as intromissões indevidas e injustificadas na esfera íntima e familiar dos indivíduos. Sem regulamentação, a proteção constitucional à intimidade torna-se ilusória, inútil e frágil diante da possibilidade do uso desmedido da teoria da proporcionalidade.

Daniel Sarmento busca equacionar uma fórmula matemática para a aplicação da proporcionalidade, preconizando que "o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente" (SARMENTO, 2000, p. 104).

A fórmula de Sarmento demonstra a imprecisão da própria equação. A maior incerteza na aplicação do princípio da proporcionalidade está na errônea individualização dos valores em jogo[13]. A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais para atender os reclames "da lei e da ordem", acolhidos pelo senso comum com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional. Assim, fulminam, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história.

O sistema penal, de forma autofágica, alimenta-se do argumento ideológico da segurança para justificar as suas extrapolações de limites. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade tem a possibilidade de se constituir em instrumento de negação do direito, reduzindo a Constituição a uma simples folha de papel[14].

A doutrina necessita criar fórmulas para circunscrever a aplicação da proporcionalidade a limites seguros. Entendemos que não poderá ser admitida qualquer violação a direito fundamental quando o escopo estatal for apenas garantir a condenação e a aplicação de pena ao investigado. Nossa assertiva merece melhor explicação: quando a intervenção do Estado de Polícia tiver por objetivo a interrupção de uma atividade lesiva a um bem jurídico relevante, a obtenção da prova daí decorrente tornar-se-ia legítima, desde que calcada na razoabilidade. A prova seria obtida sob a instância de prevenção de perigo[15]. Visando evitar

[12] Não é por outro motivo que o artigo 21 do Código Civil determina que a vida privada da pessoa natural é inviolável.
[13] Cf. TOCKER, 1974, p. 626-627 apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.
[14] Cf. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. *Limites à prova no processo penal:* relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.
[15] "Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça (sic) pela via da persecução penal,

abusos por parte dos órgãos de persecução penal, a prova extraída com restrições aos direitos individuais deverá ser submetida ao controle judicial prévio.

Conter a aplicação vulgarizada do princípio da proporcionalidade a partir do reconhecimento da sua deslegitimação parcial é uma exigência da democracia. Garantir a sua aplicação para a defesa da segurança pública e a prevenção de perigo é uma necessidade prudente. O tormento da jurisprudência estará em achar o ponto de equilíbrio, uma vez que os critérios de tal ponderação não poderão encontrar assento seguro na lei, mas sim no caso concreto e, especificamente, na decisão judicial.

As garantias são limites redutores, mas não aniquiladores, das pulsões naturais do Estado de Polícia. Será na ponderação sensata dos interesses que a razoabilidade se legitimará no caso concreto, validando a opressão pontual de privacidade do investigado, observado o postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (BARROSO, 2006, p. 348).

DA PROVA PRODUZIDA PELO ACUSADO EM SITES DE RELACIONAMENTO E A GARANTIA DE NÃO SER O CIDADÃO OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO – *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

As provas obtidas em sites de relacionamento são, na maioria das vezes, produzidas pelo próprio acusado. Todavia, ao investigado é outorgada a prerrogativa de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e o direito de permanecer em silêncio. Assim, surge o seguinte questionamento: qual a validade da prova obtida no site de relacionamento quando esta é produzida pelo próprio acusado?

O direito ao silêncio, cuja origem remonta à Idade Média e ao início da Renascença, é a versão nacional do privilégio *against self-incrimination* do direito anglo-americano[16], que surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que transformava o arguido em instrumento de sua própria condenação.

identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de provas. Para além disso, e como já deixamos sugerido, não será difícil configurar situações ou constelações típicas em que a produção ou valoração daquelas provas constitui meio idôneo e necessário à promoção de autonomos e relevantes valores ou interesses transprocessuais-penais. [...] quando a escuta telefónica, a coação, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumar um massacre de inocentes. A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos" (ANDRADE, 1992, p. 81-82).

[16] Segundo o *U.S. Constitution Amendment V – Trial and Punishment, Compensation for Takings:* "nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation (ESTADOS UNIDOS..., 1791)".

Aqueles que militam cotidianamente nas lides forenses sabem que o silêncio pode ser a arma mais poderosa à disposição do acusado e, em contrapartida, a mais perigosa. Por essa razão, o sistema brasileiro outorga especial força ao direito de ficar calado, na medida em que impede, inclusive, que o julgador forme convencimento em prejuízo do réu por força do exercício do silêncio[17].

Expomos uma lógica: se o cidadão não é obrigado a declarar-se culpado, não poderia ser ele obrigado a fornecer prova que o inculpasse. Esse raciocínio faz com que percebamos que o direito ao silêncio e à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, este estaria obrigado a pronunciar-se, revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação.

Nem a lei processual e muito menos a Constituição Federal brasileira[18] consagram, diretamente, o direito ao *nemo tenetur*. Situação semelhante se registra nos ordenamentos alemão e português. Para Fernandes (2007, p. 303-304), foi sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como os da presunção de inocência e do direito ao silêncio[19], o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

A doutrina e a jurisprudência europeias, no entanto, são consensuais em afirmar o assento constitucional do princípio do *nemo tenetur*, tido como princípio constitucional não escrito[20].

O que importa é que, em ambas as hipóteses, o fundamento do ***nemo tenetur*** está enraizado na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), o que outorga ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não a de objeto de investigação (DIAS; ANDRADE; PINTO, 2009, p. 40-41).

Na persecução penal, sempre que for imposta uma obrigação ao investigado que o exponha ao risco de inculpação, a ele deve ser assegurado o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

---

[17] Beccaria, nos idos de 1764, já se debatia contra a exigência de juramento de verdade no julgamento do réu, afirmando que "uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse." (BECCARIA, 2001, p. 78).

[18] A constituição brasileira acolhe com carga normativa os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, firma a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual, no artigo 8°, II, alínea g, disciplina como garantia judicial a prerrogativa de o investigado "não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado"(CONVENÇÃO..., 1969).

[19] Cf. artigo 5°, LXIII, da CF: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (BRASIL, 1988).

[20] Figueiredo Dias, Costa Andrade e Costa Pinto, em uma concepção processualista do tema, entendem que o direito ao silêncio e à não autoincriminação teriam fonte jurídica-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, designadamente no princípio da presunção de inocência (artigo 5°, LVII, da Constituição Federal de 1988), que asseguram um processo penal equitativo (DIAS; ANDRADE; PINTO, 2009, p. 38).

Acreditamos, entretanto, que o *nemo tenetur* não tem vigência absoluta, sendo passível de limitação. A lei processual, prévia e expressa, obedecendo a um critério de proporcionalidade (DIAS; ANDRADE; PINTO, 2009, p. 45), é instrumento apto a excepcionar o princípio do *nemo tenetur*, viabilizando sua aplicação racional.

Enfrentemos, pois, um problema. Suponha que o investigado veicule, publicamente, num site de relacionamento, informação capaz de gerar sua autoincriminação. Haveria vedação legal à utilização dessa prova por força do princípio do *nemo tenetur*?

Importante efetivar a diferenciação entre colheita de prova direta e indireta. O réu sempre pode ser objeto de prova e seus atos jurídicos passíveis de persecução. O respeito à condição de sujeito processual apenas impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a produzir a prova. Assim, se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, esta deverá ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade.

DA VALIDADE DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARES NOS SITES DE RELACIONAMENTOS (FACEBOOK)

Em sites de relacionamento, o usuário constantemente acessa fotos, vídeos e textos de outras pessoas e, nesse momento, pode identificar prova de um ilícito penal.

Se o particular usar de meio lícito para a obtenção da prova, ou seja, sem violação da lei penal ou mesmo da intimidade do investigado, a utilização do elemento probatório, na órbita processual, será plenamente válida.

Preferimos problematizar o tema partindo de uma situação hipotética: após violar a privacidade de terceiro, um hacker obtém prova da prática de um delito em site de relacionamento e repassa a informação ao órgão de persecução penal. Será válida a utilização dessa prova na órbita processual? A quem se dirigem as regras de proibição de produção de provas ilícitas? Somente às autoridades de persecução penal ou também aos particulares?

A jurisprudência norte-americana consagra que, na colheita de provas, apenas a ação governamental inoportuna, ou de quem esteja ao seu serviço, tem o condão de violar a privacidade do indivíduo[21]. Consolida-se na América uma doutrina[22] que subentende que a

[21] Em United States of America vs. Robert Beam Runyan, a Corte Americana afastou a violação à Quarta Emenda, aduzindo que ela proíbe apenas a ação governamental e que é "totalmente inaplicável" a uma busca ou apreensão efetuada por um particular, não agindo como um agente do Governo ou com a participação ou o conhecimento de qualquer funcionário do governo. Nesse mesmo sentido, United States vs. Jacobsen, 466 EUA L.Ed.2d 85 (1984), citando Walter vs. Estados Unidos, 447 EUA 649, 662, 100 S.Ct. 2395, 65 L.Ed.2d 410 (1980).

[22] Hairabedián observa que "las exclusiones probatorias están impuestas solo para disuadir conductas no deseadas de funcionarios ha sido reiteradamente expuesto por el derecho judicial estadounidense [...] el primer fundamento de la regra de exclusión es la protección de los derechos de los indivíduos contra la inconducta policial" (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 47; 56).

privacidade é um direito do cidadão contra a ação estatal. Assim, quando um particular, com intenções privadas, invade a privacidade do investigado, obtendo prova da prática delitiva, não haveria obstáculo jurídico para a utilização dessa prova na órbita processual[23].

A ótica constitucional brasileira foge do clássico sistema de verticalização da eficácia dos direitos fundamentais, que obrigaria apenas ao Poder Público o respeito às garantias constitucionais. No Brasil, foi reconhecida a existência da eficácia horizontal dos direitos humanos, chamada de "eficácia privada" ou "eficácia em relação a terceiros". Consequentemente, a privacidade de alguém não pode ser desrespeitada, sequer por particulares. Há uma vinculatividade do sujeito privado aos direitos fundamentais[24] .

Festejando a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1999) se pronunciou sobre o tema. Vejamos:

> tratando-se de prova ilícita – especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional – [...] indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade[25].

Assim, consolida-se no Brasil[26] a perspectiva de que não importa qual sujeito (Estado ou particular) violou o direito à intimidade, o que importa é a preservação da dignidade da pessoa humana. Se o investigado demonstrar expectativa subjetiva de privacidade, evidenciando que tomou as precauções normais para mantê-la, deverá ficar imune não só da intrusão governamental, como também da de particulares, sob pena de nulidade da prova e impossibilidade de sua valoração no âmbito processual.

No direito alemão, a valoração da prova acaba por depender da ponderação a ser feita entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal, em um patente juízo de proporcionalidade. Roxin, em análise detida do tema, questiona:

---

[23] Nesse sentido: MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2004. p. 138-141.

[24] "Na origem histórica dos direitos humanos não existe base alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais." (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 620)

[25] No mesmo sentido, a doutrina espanhola de Manuel Miranda Estrapes: "Frente a aquellas posiciones, doctrinales y jurisprudenciales, que limitam la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, opinamos que su tratamento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes lleven a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba. A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia erga omnes de los derechos fundamentais como derechos individuales." (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 28-29).

[26] As provas ilicitamente obtidas por particulares são inadmissíveis no processo penal, pois tanto os órgãos públicos incumbidos da persecução penal como os particulares que se lançam à atividade probatória podem violar direitos fundamentais na obtenção de elementos de prova (cf. SILVA, 2010, p. 134).

> las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares. [...] Cuando esos particulares proceden en ello ilícitamente (p. ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona se las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimiento penal (ROXIN, 2003, p. 206).

Interessante observar que, para Roxin, no processo penal alemão a prova obtida por particular deve ser aceita *"sin ningún tipo de limites"*(ROXIN, 2003, p. 206). Adverte, entretanto, que se a polícia fizer uso do serviço de pessoas particulares e o usar para descobrir provas de um crime, será absolutamente rechaçável a utilização dos elementos de prova obtidos ilicitamente. O grande receio é que, ao admitir que o particular invada a privacidade do investigado para obter provas, se acabe por incentivar a criação e a livre ação de empresas privadas de investigação, as quais não sofreriam as limitações constitucionais impostas aos órgãos de persecução penal.

A Suprema Corte Brasileira filiou-se a corrente doutrinária que reconhece a existência da eficácia horizontal dos direitos humanos, assim, a proibição de produção de prova ilícita se estende ao "particular" e a agentes estatais (MENDES, 2011, p. 26; ALBUQUERQUE, 2011, p. 318). Sobretudo, pode ser invocado o juízo de razoabilidade para excepcionar a vedação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rede de computadores foi construída para ser rápida e eficaz, edificada sobre o mito da segurança. Imerso em todas as facilidades e modernidades impostas pela internet, o homem volta ao ambiente mais selvagem, desconhecido, inóspito e sujeito aos males mais inesperados. A rede encurta a distância entre a vítima e o delinquente e, ironicamente, entre este e o investigador.

A evolução tecnológica, aliada à macrocriminalidade cibernética, tem levado o direito penal ao seu limite, transformando e, por vezes, rasgando alguns dogmas penais, dissolvendo a ciência processual e colocando em xeque o primado das garantias individuais contempladas na Constituição.

O processo penal da era cibernética deve estar atento às peculiaridades das relações entabuladas na web. Nas provas obtidas em sites de relacionamento, por via de regra, o réu produz prova contra si mesmo. Assim, não é o direito que viola ou relativiza o princípio da intimidade, mas sim o próprio acusado que dele abdica. O magistrado não pode enaltecer a intimidade do investigado a ponto de dar valor a uma privacidade da qual ele mesmo abriu mão.

Tratando-se de provas obtidas em sites de relacionamento, quando as informações estiverem guarnecidas na esfera de privacidade do investigado, a incursão do Estado somente será legítima se a prova for obtida sob o manto da ordem judicial, ponderado o juízo de razoabilidade da incisão.

A história demonstra que a criminalidade grave sempre existiu. O ambiente cibernético traz apenas uma nova vertente de um velho problema, a macrocriminalidade. A era globalizada esboça uma tendência menos garantista, em que, sob a luz da proporcionalidade, ocorre a flexibilização de regras de imputação e a relativização de algumas garantias político-criminais, substantivas e processuais[27]. O poder político e as instâncias de aplicação do Direito, impotentes e receosos com a imponência ofensiva da cibercriminalidade, hasteiam a bandeira de um direito processual mais efetivo e repressivo, o qual vislumbra, na relativização das garantias processuais, uma forma de garantir a segurança pública no espaço cibernético. A proporcionalidade deve ser instrumento que viabiliza a prevenção de perigo social (segurança pública). Assim, não se legitima a supressão de garantias individuais quando a bandeira hasteada é a do simples combate ao grave criminoso virtual, sob a vertente da efetividade sancionatória do Direito Penal[28].

Embora exista acentuada dissidência doutrinária, no ordenamento jurídico brasileiro a privacidade deve ser respeitada pelo Estado e por particulares, por força da eficácia horizontal (eficácia privada) dos direitos humanos. Assim, é vedada a valoração de prova ilícita obtida por particular em site de relacionamento. Sobretudo, pode ser invocado o juízo de razoabilidade para excepcionar a vedação.

Quando o investigado produz, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar na sua inculpação, a utilização desta na órbita processual reveste-se da mais completa legalidade. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a fornecer prova em seu detrimento.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. *A captação de imagens como prova no Processo Penal*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

[27] Cf. SILVA SÁNCHES, Jesus María, 2011, p. 89.

[28] "Em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por um justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem o processo penal vocacionado para proteção dos direitos fundamentais. Pois, na situação de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais." (WOLTER apud ANDRADE, 1992, p. 38)

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 307 - DF. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, n. 162, p. 254, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 251.445-GO. Brasília, DF, 8 jun. 1999.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://goo.gl/gEx9BH>. Acesso em: 5 jan. 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só:* tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal.* Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova.* Coimbra: Almedina, 2009.

DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. *O tempo das redes*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States. *Amendment V*. 1791. Disponível em: <https://goo.gl/bYRHEF>. Acesso em: 8 jan. 2018.

ESTADOS Unidos da América vs. Mark Stephen Forrester (Tráfico drogas, com intercepção de e-mail e conversas entabuladas pelo investigado em *sites* de relacionamento. Tribunal aborda violação à Quarta Emenda). Disponível em: <https://goo.gl/RK5SHR>. Acesso em: ago. 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, António Magalhães; FERNANDES, António Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Elisa Solange Gomes. *As provas ilicitamente obtidas por particulares.* 2010. Relatório (Estágio de mestrado) - Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Processo Penal.* 2. ed. rev. e ampl. Barcelona: Bosch, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas.* São Paulo: Saraiva, 1997. (Temas de Direito Processual - Sexta Série).

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado* - medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales:* Teoría general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 607/2003. *Diário da República*, Lisboa, 8 abr. 2004. n. 84/2004, Série II, p. 5624-5646.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Limites à prova no Processo Penal:* relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.

ROSA, Fabrízio. *Crimes de informática.* 2. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, Bruno César Gonçalves. *Da prova ilicitamente obtida por particular no Processo Penal.* Campinas: Servanda Editora, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THAMAN, Stephen C. *Comparative criminal procedure:* a casebook approach. Durham: Carolina Academic Press, 2002.

United States vs. Runyan (2001). Disponível em: <https://goo.gl/XLZRmy>. Acesso em: abr. 2012.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais,

MARCELO ZENKNER
Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação e pós-graduação da FDV; membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR
Doutor e mestre em Direitos Fundamentais pela FDV; professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais da FDV. Juiz Federal titular da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória, especializada em crime organizado.

PONTOS FORTES E FRACOS DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

STRENGTHS AND WEAKNESSES OF RECOVERY OF ASSETS IN BRAZILIAN LAW

PUNTOS FUERTES Y DÉBILES DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Resumo:
O artigo analisa as virtudes e as fraquezas do sistema de recuperação de ativos no direito brasileiro, um importante instrumento de combate ao crime organizado. Dentre os problemas detectados, está a inexistência do rol de causas de interrupção ou suspensão dos prazos de prescrição, bem como a impossibilidade de interpretação ampliativa das hipóteses de ilicitude da prova. Para combater a lavagem de dinheiro no Brasil, ocorreram, nos últimos anos, alterações legislativas importantes que criaram um sistema integrado entre as diversos setores estatais para uma análise mais rápida e efetiva das transações financeiras suspeitas. Trata dessas relevantes alterações, fornecendo, inclusive, sugestões de aperfeiçoamento legislativo.

Palavras-chaves:
Recuperação de ativos, lavagem de dinheiro, provas.

Abstract:
The article analyzes the virtues and weaknesses of the asset recovery system in Brazilian law, an important tool to fight against organized crime. Among the problems detected, is the lack of the list of causes of interruption or suspension of the limitation period, as well as the impossibility of a extended interpretation of the hypotheses of unlawfulness of the evidence. In order to fight against money laundering in Brazil, important legislative changes have occurred recently, which have created an integrated system among the various state institutions for a more fast and effective analysis of suspicious financial transactions. Addresses these relevant changes, including suggestions for legislative improvement.

Keywords:
Asset recovery, money laudering, evidences.

Resumen:
El artículo analiza las virtudes y debilidades del sistema de recuperación de activos en la legislación brasileña, una herramienta importante para luchar contra el crimen organizado. Entre los problemas detectados, se encuentra la falta de la lista de causas de interrupción o suspensión del plazo de prescripción, así como la imposibilidad de una interpretación ampliada de las hipótesis de ilegalidad de la prueba. Con el fin de luchar contra el lavado de dinero en Brasil, recientemente se han producido cambios legislativos importantes, que han creado un sistema integrado entre las diversas instituciones estatales para un análisis más rápido y efectivo de las transacciones financieras sospechosas. Aborda estos cambios relevantes, incluidas sugerencias para mejoras legislativas.

Palabras clave:
Recuperación de activos, lavado de dinero, evidencias.

"Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais."

ROBINSON. *A Globalização do Crime*, 2001.

INTRODUÇÃO

O combate ao crime organizado não é uma tarefa para amadores. Os agentes estatais, por mais bem intencionados que estejam, necessitam de instrumentos ágeis e efetivos para, respeitando os direitos humanos, atuar no combate a uma atividade que ceifa milhares de vidas cotidianamente.

Cada vez mais há a preocupação de que a solução para esse tipo de crime não seja deixada nas mãos de um único herói: é fundamental a existência de instituições fortalecidas dotadas de instrumentos capazes de enfrentar bem aparelhadas organizações criminosas.

Uma das estratégias mais eficazes – e com menor risco de perda de vidas humanas – é exatamente o bloqueio e a recuperação de ativos obtidos pelos integrantes dessas organizações. Isso porque as chances de o Estado eliminar essas células criminosas aumenta muito caso a capacidade financeira destas seja efetivamente estrangulada. É óbvio que, paralelamente e ao mesmo tempo, a mesma estratégia ainda se presta para que o Estado possa recuperar os bilhões de dólares ou de euros que foram indevidamente subtraídos da economia do país.

Nesse sentido, mostram-se cada vez mais importantes não apenas a cooperação internacional e a atuação conjunta dos diversos órgãos de controle na prevenção e repressão das ilicitudes em transferências internacionais de ativos, especialmente para paraísos fiscais[1], mas também um estudo da legislação brasileira sobre bloqueio de bens e recuperação de ativos, bem como uma breve análise de pontos positivos e negativos de nossa legislação.

A LEGISLAÇÃO ATUAL SOBRE A RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Apenas no final da década de 1990 o Brasil instituiu o crime de lavagem de dinheiro. A lei originária era muito criticada não apenas por possuir um rol taxativo de crimes antecedentes, mas também por gerar dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da *Willful Blindness Doctrine*. De todo modo, a Lei Federal n. 9.613, de 1998, teve a virtude de atuar em três diversas áreas, como destacam Badaro e Botinni (2012, p. 36):

> Contém dispositivos relacionados ao controle administrativo dos setores sensíveis onde é mais frequente a prática de lavagem de dinheiro (aspecto administrativo), com a indicação de pessoas e entidades privadas que devem colaborar com a fiscalização e identificação de práticas delitivas, de regras destinadas a elas, das sanções aplicáveis e dos órgãos públicos responsáveis pela organização da área de inteligência (organização e sitematização de dados e informações sobre atos e processos de lavagem de dinheiro). Apresenta , ainda, normas que tratam dos crimes e das penas relacionadas ao crime em questão (aspecto penal material) e, por fim, dispositivos com regras de processo penal, com referência a medidas cautelares, meios de prova e outros institutos correlatos à persecução penal (aspecto processual penal).

[1] Curioso notar que a maior parte desses "paraísos fiscais" estão situados em arquipélagos, como nas histórias de piratas que escondiam o fruto da pilhéria em ilhas isoladas.

Um ponto fundamental da lei brasileira foi a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), que, dentre diversas funções, deve receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, e também decidir sobre infrações e aplicar as penalidades administrativas previstas no artigo 12 da mesma lei, às pessoas mencionadas no artigo 9º, para as quais não existe órgão próprio fiscalizador.

Merece também destaque dentro desse contexto a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), que, ao longo desses anos, vem desenvolvendo vários trabalhos com resultados efetivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e à corrupção. De seu sítio na internet[2], observa-se que a Enccla foi criada em 2003, por iniciativa do Ministério da Justiça, como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no país. Consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, dos Ministérios Públicos e da sociedade civil, que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor seu aprimoramento.

Atualmente, cerca de **60 órgãos e entidades** fazem parte da Enccla, como Ministérios Públicos, instituições policiais, Poder Judiciário, Controladoria Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Receita Federal do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci), Banco Central do Brasil (Bacen), Agência Brasileira de Inteligência (Abin), Advocacia-Geral da União (AGU), Federação Brasileira de Bancos (Febraban), dentre outras.

A Enccla atualmente funciona da seguinte forma:

- realização de uma Reunião Plenária anual, da qual participam todos os órgãos, com o objetivo de discutir o trabalho realizado ao longo do ano que passou e deliberar as **ações** a serem realizadas no(s) ano(s) subsequente(s);

- realização de diversas reuniões dos Grupos de Trabalho, formados pelos órgãos participantes ou convidados, com o objetivo de executar as ações deliberadas pela Plenária;

- realização de reuniões bimestrais do Gabinete de Gestão Integrada (GGI), que é constituído por um grupo de 25 órgãos participantes da Enccla com o objetivo de acompanhar a execução das ações, bem como propor as ações e recomendações a serem discutidas nas Reuniões Plenárias.

Para reforçar a cooperação jurídica internacional e a recuperação de ativos, o Decreto Federal n. 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, criou o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado ao Ministério da Justiça brasileiro, com as seguintes atribuições (art. 13):

[2] Para saber mais: <https://goo.gl/Qzqa6i>.

a) articular, integrar e propor ações do Governo nos aspectos relacionados com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e à cooperação jurídica internacional;

b) promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive dos Ministérios Públicos Federal e estaduais, no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional;

c) negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional;

d) exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional;

e) instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias. (BRASIL, 2004, p. 2)

Aqui vale lembrar que, segundo o artigo 43 da Convenção de Mérida,

> em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, esta se considerará cumprida se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados Participantes, independentemente se as leis do Estado Participante requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado Participante requerente. (BRASIL, 2006, p. 1)

Talvez por isso a lei brasileira de repressão ao crime de lavagem de dinheiro foi profundamente alterada pela Lei Federal n. 12.683, de 9 de julho de 2012, que trouxe a legislação para um contexto contemporâneo, tornando-a mais simples e efetiva quanto à caracterização dessa espécie de delito ao eliminar a lista de crimes antecedentes para sua tipificação.

Assim, pela nova redação, a Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira passou a prever o seguinte:

> Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.
>
> § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.
>
> § 2º **O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.**

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

[...]
Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I – a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II – a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação. (BRASIL, 2012, p. 1, grifos nossos)

Foi destacado do texto legal um ponto fundamental: de acordo com a lei brasileira, o ônus da prova da licitude da origem dos bens é do acusado. Vale registrar que isso não implica violação de qualquer direito fundamental, até porque o acusado tem a obrigação de explicar a origem de seu patrimônio, não sendo desproporcional ou injusto exigir que ele explique às autoridades de onde vieram seus recursos.

Outra referência importante é a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de um sistema nacional de bens apreendidos. O objetivo é dar uma visão nacional da questão, permitindo-se a implementação de política pública específica para a destinação daqueles bens. Apenas para se ter uma noção dos valores apreendidos no Brasil, em 2001 o CNJ registrou o seguinte:

A partir dos dados atualizados, em julho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça aferiu, por meio do SNBA, que, desde a implantação do sistema, houve o cadastramento de R$ 2.337.581.497,51 em bens. Deste valor, 0,23% foi objeto de alienação antecipada, representando R$ 5.330.351,89, e 1,85%, correspondendo a R$ 43.334.075, houve perdimento em favor da União e dos Estados. Além disso, em 4,43% desses valores, importando R$ 103.452.804,44, ocorreu a restituição dos bens, e em 0,15%, ou seja, R$ 3.404.456,34, restou a destruição. A conclusão que se extrai com esses dados é que o alto percentual de 93,35% dos bens apreendidos ainda permanece aguardando destinação, com situação "a definir", representando o expressivo valor de R$ 2.182.059.809,24 sob a responsabilidade do Poder Judiciário. (BRASIL, 2011, p. 33)

Outra medida importante, de natureza não penal, envolve as regras previstas na Lei Federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Brazilian Clean Company Act, BCCA). Essa legislação – resultado da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997 - prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas cujos funcionários se envolvam com práticas corruptas.

Essa mesma legislação prevê a aplicação de sanções administrativas e judiciais, dentre as quais: multa que pode variar de 0,1 a 20% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da prática do ilícito, restituição integral dos benefícios obtidos ilegalmente, perda de bens, direitos ou outros valores que sejam fruto daquela infração, suspensão ou interdição parcial das atividades e até dissolução compulsória da pessoa jurídica.

O objetivo da nova lei brasileira de combate à corrupção é forçar as empresas corruptoras a implementar no âmbito de suas estruturas corporativas um efetivo sistema de integridade (*compliance*), o qual seja capaz de inibir ou, pelo menos, de mitigar a possibilidade da prática de atos ilícitos por seus funcionários capazes de corromper agentes públicos.

Mais recentemente, em 16 de outubro de 2015, entrou em vigor uma nova lei – a Lei Federal n. 13.170 – que prevê mais uma possibilidade de indisponibilidade de bens no sistema brasileiro. Trata-se do bloqueio de direitos ou valores em decorrência de resolução da Organização das Nações Unidas (ONU). A previsão legal é a seguinte:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a ação de indisponibilidade de bens, valores e direitos de posse ou propriedade e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, de titularidade, direta ou indireta, das pessoas físicas ou jurídicas submetidas a esse tipo de sanção por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas - CSNU.
>
> § 1º A ação de que trata esta Lei decorre do ato que incorporar ao ordenamento jurídico nacional a resolução do CSNU.
>
> § 2º A declaração de indisponibilidade de bens, valores e direitos implicará a nulidade de quaisquer atos de disposição, ressalvados os direitos de terceiro de boa-fé.
>
> § 3º Os recursos declarados indisponíveis poderão ser parcialmente liberados para o pagamento de despesas pessoais necessárias à subsistência do interessado e de sua família, para a garantia dos direitos individuais assegurados pela Constituição Federal ou para o cumprimento de disposições previstas em resoluções do CSNU.
>
> § 4º As disposições desta Lei poderão ser usadas para atender a demandas de cooperação jurídica internacional advindas de outras jurisdições, em conformidade com a legislação nacional vigente. (BRASIL, 2015, p. 2)

No Brasil, a existência de um controle nacional dos bens apreendidos é, sem dúvida, um dos pontos fortes do ordenamento jurídico. Os magistrados possuem independência funcional no país, mas, por outro lado, é muito importante que o destino dos bens apreendidos seja unificado e garantido para atender ao interesse público.

O CNJ vem se empenhando em garantir que esse controle seja transparente e eficaz. Cabe lembrar que, nas correições periodicamente realizadas pelos Tribunais Regionais Federais nas varas criminais federais, há um item específico relacionado à verificação da comunicação ao CNJ pelo magistrado acerca dos bens judicialmente apreendidos, bem como se foi realizada alienação antecipada desses bens e se foi dado o devido destino nos termos da orientação central.

Outro aspecto que merece destaque é a existência de varas especializadas na repressão do crime de lavagem de dinheiro e na repressão do crime organizado. Essa medida é crucial porque, a partir dela, os magistrados adquirem um grau de especialização capaz de estabelecer um diferencial na atuação cotidiana, até porque, nessa seara, o conhecimento geral é absolutamente insuficiente para que seja alcançado êxito na resposta estatal.

No Brasil, a legislação admite encaminhamento de pedido de quebra de sigilo bancário e bloqueio de valores no exterior inclusive para subsidiar investigações de natureza não-penal. Isso porque o § 2º do artigo 16 da Lei Federal n. 8.429, de 1992 (*Administrative Misconduct Law*), prevê que, "quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais". Apesar de não haver paralelo a esse respeito na legislação de outros países, os tribunais brasileiros vêm confirmando essa possibilidade:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. [...] PRECEDENTES. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte é pela possibilidade de bloqueio de bens, aplicações financeiras e contas bancárias, ressalvadas as verbas de caráter alimentar, previstas no art. 649, IV, do CPC, tanto que o artigo 16, § 2º, da Lei 8.429/1992 autoriza igual medida para contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Nesse sentido: REsp 1.313.787/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/08/2012; REsp 535.967/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 04/06/2009; REsp 880.427/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 04/12/2008; REsp 929.483/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2008. [...] Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 436.929/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1º Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 31/10/2014. (BRASIL, 2015)

Dentre os pontos fracos, sem dúvida, destaca-se a dúvida sobre a possibilidade de caracterização do crime de lavagem de dinheiro quando não está presente o dolo direto. É fundamental que a legislação preveja expressamente a possibilidade de condenação por dolo eventual, o que, entretanto, não ocorre no Brasil (a exposição de motivos da nova Lei de Lavagem de Dinheiro expressamente admite o dolo eventual, mas a doutrina insiste em

afirmar que a mera previsão na exposição de motivos não tem efeito vinculante e que o texto é, no mínimo, dúbio).

No famoso caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza, capital do estado do Ceará, estabeleceu-se um precedente que dificulta enormemente a aplicação da lei. No caso em questão foram comprados onze veículos marca Mitsubishi Pajero, pagos em espécie. É óbvio que a hipótese escapa a qualquer percepção de boa-fé, pois ninguém adquire tantos veículos de uma só vez e paga dessa maneira[3]. Apesar disso, o Tribunal Regional Federal não entendeu caracterizado o ilícito:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSA IDENTIDADE, USO DE DOCUMENTO FALSO, **LAVAGEM DE DINHEIRO** E DE POSSE DE ARMA DE USO PROIBIDO OU RESTRITO [...]. No caso dos autos, o grupo que executou os fatos configura uma verdadeira organização criminosa, tendo empreendido esforços, recursos financeiros de monta, inteligências, habilidades e organização de qualidade superior, em uma empreitada criminosa altamente ousada e arriscada. O grupo dispunha de uma bem definida hierarquização com nítida separação de funções, apurado senso de organização, sofisticação nos procedimentos operacionais e nos instrumentos utilizados, acesso a fontes privilegiadas de informações com ligações atuais ou pretéritas ao aparelho do Estado (pelo menos a empregados ou ex-empregados terceirizados) e **um bem definido esquema para posterior branqueamento dos capitais obtidos com a empreitada criminosa antecedente.** Reunião de todas as qualificações necessárias à configuração de uma organização criminosa, ainda que incipiente. [...] **Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de onze veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada *(willful blindness)*, nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n. 9.613/98. O inciso II do § 2° do art. 1.° dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2°. Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1°, § 1°, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes**. (BRASIL, 2008, p. 207, grifos nossos)

Outra forma de abordar o problema do dolo é destacada por Robbins (1990, p. 196 apud ROLLEMBERG; CALLEGARI, 2015), ainda com a questão da chamada "instrução de avestruz":

> Também chamada de Ostrich Instruction, que, em tradução literal, significa as [sic] "instrução da avestruz", remetendo ao ato do animal de esconder sua cabeça quando em situação de perigo. A teoria tem origem nas cortes inglesas, principalmente no caso Regina v. Sleep, no qual o júri condenou o réu por estar em posse de produtos navais que estavam marcados com símbolo que deixava clara a propriedade do governo. O júri entendeu que o acusado não detinha conhecimento da marca, mas possuía "razoáveis meios" de obter o conhecimento. Muito embora a decisão fora reformada, tal julgamento deu início ao uso da teoria nas cortes do sistema *Common Law*.

[3] Cada veículo foi avaliado, na época, em aproximadamente 60 mil dólares, o que perfaz um pagamento de 660 mil dólares em dinheiro vivo.

Por esses motivos, é imprescindível que as cortes brasileiras superem a interpretação que rejeita a possibilidade de utilização da *Willful Blindness Doctrine*. Esse gargalo é responsável pela impunidade de criminosos que efetivamente lavam dinheiro e dificultam o combate ao crime organizado.

Por último merece referência uma interpretação equivocada dos tribunais sobre o alcance de determinados direitos. Um exemplo é a Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal (STF), que exige o término da instância administrativa para ser iniciada a ação penal relativa ao crime de sonegação fiscal. Tal súmula não tem suporte expresso em nenhum texto de lei, provoca recursos administrativos absolutamente procastinatórios e desconsidera a regra legal que envolve a independência entre as esferas penal e administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROPOSTAS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO

Existem várias medidas que podem ser propostas para viabilizar de modo mais efetivo a recuperação de ativos no Brasil. Uma cláusula geral de validade da prova obtida nesse tema, desde que observada a legislação do país onde o dinheiro se encontrava, é muito importante.

Encontra-se em andamento no Brasil a denominada Operação Lava Jato, em que a defesa de vários dos acusados alega questões meramente formais para tentar desconstituir as robustas provas já obtidas. Alega especificamente que a cooperação internacional foi estabelecida diretamente entre o Ministério Público Federal e a Suíça, quando, segundo sustenta a defesa dos acusados, o repatriamento de dinheiro e a coleta de provas deveriam necessariamente passar pelo Ministro da Justiça.

Em casos que envolvem milhares de dólares e pessoas com alto poder de influência, e nos quais, infelizmente, vários bancos são partícipes ou diretamente interessados em não cooperar, às vezes até mesmo dificultando a coleta de provas, uma interpretação demasiadamente extensiva do conceito de "provas ilícitas" pode destruir toda a pretensão estatal de alcançar algum êxito no combate ao crime organizado.

É claro que o combate efetivo às organizações criminosas jamais ocorrerá com "paridade de armas", posto que, enquanto o criminoso mata, tortura e intimida, o Estado tem o dever de agir dentro da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais. Por isso, uma cláusula geral de validade da prova seria importante. Isso evitaria que questões meramente formais pudessem ser motivo para a perda do conjunto probatório ou para a impossibilidade de recuperação de ativos.

Dever-se-ia, então, no mínimo, ficar ressalvada a noção de "dupla tipicidade", o que significa que a prova seria considerada válida se fosse obtida por meios lícitos, seja pelas leis do Brasil, ou pelas leis do local onde foram produzidas ou do local onde os bens foram apreendidos.

Outro grande problema na justiça brasileira são os prazos de prescrição. Com base no velho princípio de que "ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza", seria interessante a previsão legal de regra no sentido de que o prazo de prescrição teria uma contagem diferenciada caso a defesa criasse obstáculos ao regular o andamento do processo. Essa seria uma medida muito importante, eis que a doutrina brasileira interpreta de modo amplo a garantia da ampla defesa, o que, em alguns casos, legitima abusos processuais praticados com o fim único e exclusivo de provocar a prescrição.

Por fim, seria também bem-vinda alteração legislativa que explicitasse a força probatória da ausência de explicação alternativa por parte do acusado. Manter-se em silêncio é um direito fundamental, mas não é absoluto. Há hipóteses em que, apresentada a acusação com o mínimo de provas, é completamente inconsistente a recusa do acusado em responder às perguntas que lhe são formuladas.

Se a acusação demonstrar, por provas documentais, que transitou pela conta do acusado milhares de dólares e este não forneceu nenhuma explicação plausível para o fato, permanecendo simplesmente calado, a ausência de uma explicação alternativa deveria corroborar a versão acusatória. Nessa linha, Deltan Dallagnol (2015, p. 299) destaca que:

> O próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que o direito fundamental ao silêncio não é absoluto, admitindo o uso do silêncio do réu a título de corroboração da prova da acusação em situações específicas que clamam por explicação. O caso paradigma, nesse assunto, é John Murray v. The United Kingdom. Não é demais observar que a valoração da ausência de uma explicação, quando as evidências clamam por uma explicação por parte do réu, é semelhante à valoração da prova, em desfavor do réu, da versão falsa ou inverossímil que ele apresentou.

Pode-se concluir com uma citação da procuradora da República Janice Ascari (2009), para quem

> a delinquência financeira é muito mais perniciosa do que a violência física. Os tribunais parecem mesmo não perceber a dimensão dos danos que um sujeito que desvia milhões em verbas públicas ou que comete fraudes financeiras pode causar à sociedade. Nossas Cortes parecem não saber que um único crime desses pode atingir centenas ou milhares de cidadãos. Quando nossos tribunais tiverem essa percepção e passarem a aplicar a lei com rigor e presteza aos crimes contra o erário, o sistema financeiro e a ordem tributária, teremos dado um grande passo rumo à decência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 36.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Seção 1, p. 6993.

_____. Decreto 4.991, de 18 de fevereiro de 2004. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 18 fev. 2004. Seção 1, p. 2.

_____. Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º dez. 2006. Seção 1, p. 1.

_____. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Seção 1, p. 1.

_____. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Seção 1, p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 665150, CE 2015/0028968-8. Rel.: Min. Marga Tesseler. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 6 abr. 2015, n. 1706

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal 5520, CE 0014586-40.2005.4.05.8100. Rel.: Desemb. Fed. Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09/09/2008, 22 out. 2008, p. 207.

_____. Conselho Nacional da Justiça. *Manual de bens apreendidos*. Brasília, DF: CNJ, 2011.

DALLAGNOL, Deltan. *As lógicas das provas no processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime.* Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROLLEMBERG, Gabriela; CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro e a teoria da "cegueira deliberada". *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 fev. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/udGF8w>. Acesso em: 16 out. 2017.

EDUARDO CAMBI
Pós-doutor em Direito Processual Civil pela Università degli Studi di Pavia , doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, promotor de Justiça no Estado do Paraná.

ANA PAULA MEDA
Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Norte do Paraná (UENP), advogada no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP.

COMPREENSÃO CRÍTICA DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL

CRITICAL UNDERSTANDING OF MEDIATION IN THE JUDICIAL PROCESS

COMPRENSIÓN CRÍTICA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Resumo:
A mediação, enquanto meio consensual de resolução de conflitos, é incentivada no processo judicial brasileiro, e está regulamentada na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Lei n. 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil (NCPC) – e na Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação). O propósito deste estudo é verificar possíveis desarmonias na aplicação da lógica de resolução de conflitos pelo método heterocompositivo para a mediação judicial. Utiliza-se o método dedutivo, para ressaltar como o tempo do processo tradicional e o cumprimento de metas impostas pelo CNJ podem dificultar a mediação enquanto proposta para o desenvolvimento da melhor comunicação entre as partes, a humanização do processo e a promoção da cultura da paz.

Palavras-chaves:
Medição judicial, metas do Conselho Nacional de Justiça, celeridade processual.

Abstract:
Mediation, as a consensual means of conflict resolution, is encouraged in the Brazilian judicial process, and is regulated in Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice (CNJ), in Law 13.105/2015 – New Code of Civil Procedure (NCPC) –, and Law 13.140/2015 (Mediation Act). The purpose of this study is to verify possible disharmonies in the application of the logic of conflict resolution by the heterocompositive method for judicial mediation. The deductive method is used to emphasize how the traditional process time and the fulfillment of goals imposed by the CNJ can hinder mediation as a proposal for the development of better communication between the parties, humanization of the process and promotion of a culture of peace .

Keywords:
Judicial mediation, National Council of Justice's goals, procedural speed.

Resumen:
La mediación, como medio consensuado de resolución de conflictos, es incentivada en el proceso judicial brasileño, y está regulada en la Resolución n. 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en la Ley n. 13.105/2015 – Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC) – y en la Ley n. 13.140/2015 (Ley de Mediación). El propósito de este estudio es verificar posibles desarmonías en la aplicación de la lógica de resolución de conflictos por el método heterocompositivo para la mediación judicial. Se utiliza el método deductivo para resaltar cómo el tiempo del proceso tradicional y el cumplimiento de metas impuestas por el CNJ pueden dificultar la mediación como propuesta para el desarrollo de la mejor comunicación entre las partes, la humanización del proceso y la promoción de la cultura de la paz .

Palabras clave:
Mediación judicial, metas del Consejo Nacional de Justicia, celeridad procesal.

INTRODUÇÃO

O estímulo ao emprego de meios consensuais de resolução de conflitos é crescente no ordenamento jurídico brasileiro. A mediação, compreendida como método autocompositivo, vem apresentando extrema repercussão, principalmente diante das previsões legais que a legitimam como prática a ser executada no processo judicial.

As políticas institucionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), junto com a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil, NCPC), e a Lei n. 13.140, de 26 de março de 2015 (Lei da Mediação), dão mostras quanto à influência dos meios adequados de solução de conflitos no Brasil no desenvolvimento do **pluridiálogo** como forma produtiva de se alcançar a melhor resposta ao caso concreto.

Todavia, são percebidas dissonâncias entre a ideia estanque de processo, enquanto meio heterocompositivo, e a flexibilidade da mediação, o que tem gerado dificuldades na aplicação da mediação no curso processual. Com isso, é importante considerar os fatores que podem contribuir para a eficiência da mediação judicial, observando que a aplicação de tal meio alternativo à imposição de decisões pelo Estado-juiz não deve ser meramente formal, reduzindo-se a mera etapa do processo judicial, mas deve estar em conformidade com o incentivo à solução diferenciada das causas dos conflitos para a melhor pacificação social.

Nesse viés, a problemática trabalhada está pautada no seguinte questionamento: como a mediação judicial pode aperfeiçoar a comunicação das partes em litígio, exercendo seu papel para além do processo? A preocupação com a mais rápida prestação jurisdicional pode dificultar a qualidade da mediação judicial?

Em razão disso, a proposta desenvolvida neste texto é a elaboração de uma reflexão crítica sobre a mediação no processo judicial. Com a intenção de possibilitar o entendimento do problema, buscou-se apresentar brevemente a mediação enquanto técnica possuidora de estratégias de atuação e, também, sua perspectiva humanista de (re)conhecimento do outro a partir de interesses opostos, nascendo dessa diferença a oportunidade de aproximação e respeito.

Com fundamento na Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, no NCPC e na Lei da Mediação, procurou-se identificar de que maneira tais normas incorporam a mediação ao processo judicial e podem impactar na qualidade da prestação judicial.

O instituto da mediação judicial foi revisitado para que, com auxílio de Enrique Dussel e Emmanuel Levinas, fosse acentuado como prática libertadora, passando-se a interpretá-la na dimensão da "Filosofia da libertação" e do pensar-no-outro (perspectiva da alteridade).

Foi utilizado o método dedutivo, posto que se iniciou por uma quadratura ampla da mediação judicial na Resolução n. 125/2010 do CNJ, no NCPC e na Lei da Mediação, findando-se com o exame crítico da qualidade da mediação no processo judicial.

Para coleta e análise dos materiais pesquisados, empregaram-se como técnicas de investigação a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Resolução

n. 125/2010 do CNJ, o NCPC e a Lei da Mediação), bem como a indireta bibliográfica, com o uso de livros, tese e artigos de revistas científicas voltados para o assunto em questão.

MEDIAÇÃO ENQUANTO TÉCNICA DE (RE)CONHECIMENTO DO OUTRO

Divergir é uma circunstância comum na vida em sociedade. Pessoas são diferentes umas das outras, bem como é possível que uma mesma situação seja visualizada e interpretada sob diversas maneiras, conforme as circunstâncias de cada indivíduo.

Divergências tendem a se tornar conflitos que podem ensejar a atuação do Poder Judiciário, por intermédio do processo judicial. Contudo, é preciso evidenciar que o conflito não é algo necessariamente negativo, mas inerente à convivência, pois do conflito podem surgir transformações positivas (BRASIL, 2016).

Tradicionalmente, o conflito judicializado tem por finalidade a escolha do direito ou da pretensão vencedora, ao exigir uma decisão judicial que precisa reconhecer ou não a procedência dos pedidos realizados.

No entanto, o processo judicial pode ser foco oportuno para que questões humanas, pouco discutidas e percebidas pela alteridade, como falhas de comunicação a ensejar tramas mais complexas de convivência e aceitação comum, sejam identificadas, analisadas e discutidas com o auxílio de interlocução qualificada.

A lógica binária ganhar-perder, presente no processo tradicional, induz a um modelo processual que visa à eleição de um ganhador e de um perdedor ou mesmo de dois perdedores, o que não auxilia na reestruturação do convívio humano e amplia a insatisfação social.

A mediação surge como técnica complementada pelo (re)conhecimento do outro enquanto ser humano existente por trás dos conflitos e do próprio direito. É uma forma de pensar-no-outro à medida que se observam as diferenças, não de pretensões, mas de pessoas com informações, experiências, sentimentos e ideias distintas. Nesse sentido, Emmanuel Levinas (2010, p. 246) diz:

> Não tenho conhecimento das vias por assim dizer técnicas da vida e do devir da jurisdição. Meu problema consiste em perguntar como conciliar o que eu chamo de exigência ética infinita do rosto que me encontra, dissimulado por sua aparência, e o aparecer de outrem como indivíduo e objeto. Como entrar nesta comparação dos incomparáveis sem alienar os rostos? Pois os seres não se comparam como rostos, mas sim como cidadãos, como indivíduos, como multiplicidade de um gênero e não como "unicidades".

Na continuidade desse pensamento,

> pensar-no-outro como decorrência de uma filosofia da diferença ou de uma ética da alteridade, construída a partir do reconhecimento da existência ou de uma multiplicidade de subjetividades, como pressuposto de proposição de um diálogo intersubjetivo ética e politicamente positivo, decorre do aprofundamento do conceito de diferença. (ALVES, 2001, p. 137)

A valorização das diferenças é resgatada na mediação. Verifica-se o reforço de disparidades que não devem distanciar, pois a "linguagem supõe interlocutores, uma pluralidade que possibilita que se mantenha uma distância. É justamente pela irredutibilidade da presença do Outro, que é distante de mim, que o encontro é inevitável" (BRAGA, 2008, p. 152).

A mediação, nesse sentido, não propõe a ausência de dissenso, mas a busca pelo **consenso dialogado**, que nasce do exercício da empatia, da capacidade de saber ouvir e de melhor pensar antes de falar, da cooperação e da valorização da diversidade entre as pessoas, desprovendo-se de preconceitos de qualquer natureza para, por meio da interpretação conjunta e de boa-fé das questões, de fato construir a melhor solução para os conflitos.

> Enquanto a conciliação tem por escopo a extinção de um processo, a mediação, por sua vez, tem outro enfoque, que é o de restabelecer o entendimento entre as partes. Não necessariamente no sentido de restaurar vínculos rompidos, como reatar um casamento, restabelecer uma convivência sob o mesmo teto. **Mas sim por permitir que os litigantes escutem e compreendam as razões do seu adversário, mesmo que não venham a formalizar um termo de entendimento.** (FILPO, 2016, p. 156, grifo nosso)

A mediação é, pois, a construção contínua do ouvir e do falar a partir do desenvolvimento do respeito comum, seja entre pessoas estranhas ou conhecidas. Desse modo, sob o alcance de uma visão humanista em meio ao conflito, mediar é dar a oportunidade de expressão àquele que vivencia o fato contradito.

Com efeito, a mediação consiste na troca de informações e versões que evidenciem falhas comunicativas que carecem ser detectadas, resgatadas e trabalhadas em torno do conflito, a fim de que as partes se escutem e se compreendam cada qual com suas percepções e sentimentos.

A mediação de um conflito pode ser compreendida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial com as partes nele envolvidas, com o objetivo de se buscar uma solução pelos próprios litigantes (SOUZA, 2012, p. 55). Trata-se do manejar, por um terceiro, de opiniões, convicções e direitos de pessoas em condições inversas.

Aliás, o artigo 1º, § único, da Lei n. 13.140/2015 define a mediação como "**a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou a desenvolver soluções consensuais para a controvérsia**" (BRASIL, 2015b, p. 4, grifo nosso).

A mediação pressupõe estratégias de atuação para condução do conflito à eventual solução. Logo, está pautada por técnicas voltadas para a (re)construção da comunicação: a recontextualização, a audição de propostas implícitas, o afago ou reforço positivo, o silêncio, as sessões privadas ou individuais, a inversão de papéis, a geração de opções, a normalização, a organização de questões e interesses, o enfoque prospectivo, o teste de realidade e a validação de sentimentos (BRASIL, 2016, p. 233-241).

De acordo com o *Manual de mediação judicial* (2016) elaborado pelo CNJ, as técnicas mencionadas são também ferramentas para provocar mudanças, uma vez que pretendem desarmar as partes de suas defesas e acusações, e estimulam a cooperação para que se encontrem soluções práticas (BRASIL, 2016, p. 234), o que se passa a explicar.

A **recontextualização** tem como objetivo mostrar para as partes outras formas de se olhar a situação em apreço, buscando a existência de um sentido positivo.

Pela **audição de propostas implícitas**, observa-se que, muitas vezes, durante os relatos das partes, elas já estão propondo soluções, mas de maneira subentendida.

Com efeito, tanto a recontextualização quanto a audição de propostas implícitas precisam ser reforçadas positivamente pelo mediador como formas interessantes de encontrar soluções pacíficas e consistentes para os conflitos.

Por outro lado, o silêncio é relevante na consecução da mediação, pois, conforme aponta o manual *Conciliação, mediação de conflitos* (2015) do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, orientado pelo *Manual de mediação judicial* do CNJ, pressupõe o aprofundamento das respostas das partes, permitindo que elas tenham tempo de realizar suas ponderações antes de responderem (BAHIA, 2015, p. 10).

Acrescenta-se, ainda, a viabilidade de sessões individuais ou privadas de mediação, no intuito de que os mediados não se sintam inibidos para falar, podendo, nesses momentos, esclarecer questões fáticas, exercitar a inversão de papéis, bem como eliminar a comunicação improdutiva (BRASIL, 2016, p. 236).

Aliás, a inversão de papéis, enquanto técnica de mediação aplicada em sessões privadas, busca o exercício da empatia entre as partes. Para tanto, leia-se o exemplo que ilustra tal situação:

> Sr. João R. B. Batista, o senhor apesar de ser dono de oficina mecânica também é consumidor. Nesse sentido, eu vou aplicar uma técnica de mediação que é a inversão de papéis, e faço isso apenas porque gostaria de ver ambos se entendendo bem e percebendo de forma clara como cada um viu e viveu essa situação. Naturalmente, quando tiver com a Sra. Taís vou aplicar essa inversão de papéis com ela também. Então, voltando à pergunta, como você gostaria de ser tratado, como consumidor, no que se refere a orçamentos? (BRASIL, 2016, p. 237)

Com a técnica da inversão de papéis, pode-se construir uma **ética da alteridade**, mediante o reconhecimento das diferenças, já que as partes se colocam no lugar do outro, de modo que se torne compreensível a ocupação de cada mediado na situação divergente e que resultou no conflito, o que possibilita a melhor análise e compreensão da conduta alheia.

Ademais, é possível que o mediador use a técnica denominada **geração de opções**, que consiste no estímulo das partes para que elas apontem possibilidades. Isso porque espera-se que a mediação tenha um papel educativo. Se a parte aprender a encontrar opções sozinha em futuras controvérsias, ela poderá conseguir obter novas soluções, sem a necessidade da intermediação de terceiros (BRASIL, 2016, p. 238).

Outra técnica que pode ser empregada nas sessões de mediação é a **normalização**, voltada a não atribuição de culpa pela situação que está ocorrendo, porque o propósito é dar sentido positivo para a situação conflituosa, e não eleger a parte de bom senso ou julgar as atitudes tomadas (BAHIA, 2015, p. 11).

A **organização de ideias e interesses**, igualmente, é ponto necessário e, por vezes, se não cuidado, pode desencadear problemas que dificultam a autocomposição dos conflitos. A adequada organização evolutiva das ideias favorece o enfoque prospectivo da solução das controvérsias, de maneira que não sejam procurados culpados, mas pensadas formas de melhorar a comunicação e, com isso, evitar novos conflitos (BRASIL, 2016, p. 239-240).

Quanto às estratégias de mediação, pode-se acrescentar o **teste de realidade** e a **validação de sentimentos**. O primeiro instiga "a parte a proceder com uma comparação do seu 'mundo interno' com o 'mundo externo' – como percebido pelo mediador" (BRASIL, 2016, p. 241). Já a validação de sentimentos busca identificar os sentimentos desenvolvidos pelas partes em razão do conflito; assim, é reconhecido e diferenciado o sentimento da pessoa e seu real interesse (BRASIL, 2016, p. 241).

No entanto, para além dessas técnicas, a mediação é uma **atividade de escuta inclusiva**, ao basear suas estratégias na expressão verbal da parte contrária. Há, por intermédio dela, uma aceitação do outro enquanto legítimo expositor de seus sentimentos e de suas percepções fundadas nas circunstâncias nas quais vive, favorecendo o reconhecimento das falas divergentes.

A mediação pode ser interpretada com auxílio da Filosofia da libertação, de Dussel (1995, p. 19, grifos nossos), pois alimenta um "projeto de Libertação dos **oprimidos** e **excluídos**", ao permitir o estabelecimento do diálogo igualitário sobreposto aos estigmas sociais, como se as pessoas partissem do mesmo ponto, mas com pretensões distintas diante da vivência de cada qual. Entenda-se por Libertação, "o ato ou procedimento prático graças ao qual o não-livre passa a ser um sujeito atuante da liberdade" (DUSSEL, 1995, p. 111).

Com isso, a mediação pode ser considerada um procedimento prático que permite ao sujeito, que necessita de uma prestação jurisdicional, exprimir seus sentimentos, o que fortalece o processo como ato de fala libertatório e favorece a discussão das causas dos conflitos, para além das questões jurídicas a ele inerentes.

A mediação, a partir da Filosofia da libertação, se torna um método processual libertatório, ao estimular a interpelação do oprimido, reduzindo a dificuldade e a necessidade da comunicação racional. Nessa perspectiva, Dussel (1995, p. 128, grifos do autor) descreve que

> a Filosofia da Libertação, tendo já acolhido ética e racionalmente a "interpelação" do oprimido, precisará, então, refletir sobre toda a problemática que pressupõe e determina a própria prática da libertação, prática de libertação erótica da mulher, da libertação pedagógica dos filhos e do povo, de libertação econômica e política dos pobres e das nações subdesenvolvidas etc. É um extenso programa de reflexão e de prática da comunicação, de maneira estratégica e tática. Para a filosofia, a aceitação do "ato-de-fala" **interpelativo** que **provoca** uma atuação não é o ponto final; é **apenas** o **início**!

Desse modo, para a Filosofia da libertação, o diálogo deve conectar-se "em torno do próprio sofrimento do Outro, das causas deste sofrimento e das maneiras de superá-lo" (DUSSEL, 1995, p. 153). Com efeito, no contexto dessa filosofia, a mediação permite ir além da aplicação da lei para favorecer a pacificação social.

Afinal, a interpelação do outro na mediação identifica a pessoa com a intenção de que a causa originária do conflito seja tratada para que não semeie outros resultados indesejados, deixando de fomentar uma rivalidade jurídica, que é transmudada em pessoalidade, e faz perpetuar um ciclo constante de litígios, além de poder aumentar a violência:

> A manutenção de uma cultura de cunho adversarial, fulcrada no processo judicial formal, como visto, só proporciona o surgimento de novos conflitos e, no mais das vezes, o aumento da violência na sociedade. Com o advento de novas controvérsias, pela ineficácia do processo em pacificar as partes, novas demandas são ajuizadas, num ciclo que se perpetua indefinidamente. (GONÇALVES, 2014, p. 172-173)

Portanto, o processo tradicional, ao centrar suas preocupações na aplicação da lei aos casos concretos, muitas vezes, falha em seu papel de pacificação social, ao fazer com que o direito se transforme em objeto de disputa que reconhece um vencedor e um perdedor, quando não dois perdedores.

Em contrapartida, a mediação reconhece que o direito deve ser permeado por um sistema de valores humanos, podendo concretizar modelos menos excludentes de organização social, ao assegurar maior respeito à diversidade e aos direitos fundamentais dos oprimidos e dos vulneráveis (ALVES, 2001, p. 133). Todavia, é preciso analisar como a mediação está inserida nos processos judiciais.

MEDIAÇÃO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A mediação no processo judicial foi estimulada pelo Código de Processo Civil (artigo 3º, § 3º) como método eficiente, rápido e mais econômico de solução de controvérsias, ao evitar o trâmite regular de um processo que culmina na imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, para favorecer o bom senso das partes e contribuir para a melhor pacificação social (CAMBI, 2016, p. 634).

Antes do NCPC, os meios consensuais de resolução de conflitos foram incentivados pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, que "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário" (BRASIL, 2010).

Nas considerações dessa resolução, salienta-se a competência do CNJ em zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal, pela eficiência operacional, pelo acesso ao sistema de justiça, bem como a sua responsabilidade social, que são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, elencados na Resolução n. 70, de 18 de março de 2009, do CNJ.

A instituição da política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses decorre da garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, § XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> Cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos

> judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

A mediação é um importante instrumento para a promoção da cultura de respeito aos direitos humanos, para a melhor pacificação social dos conflitos, bem como para a prevenção de novos litígios, sendo preciso sistematizar e organizar tais serviços.

O artigo 2º da Resolução n. 125/2010 do CNJ trata da organização e estruturação dos tribunais para realização dos meios consensuais de resolução de conflitos, com a finalidade de prezar pela qualidade dos serviços e disseminar a cultura da paz. Para tanto, discute sobre a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e treinamento dos servidores, mediadores e acompanhamento estatístico específico (BRASIL, 2010).

Já o artigo 7º, § V, dessa resolução (BRASIL, 2010) versa, especificamente, sobre a necessidade de incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos. Para tanto, complementa o artigo 13 dessa mesma resolução que os tribunais deverão criar e manter um banco de dados de cada Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc).

Ainda, a Resolução n. 125/2010 foi incorporada ao NCPC, ao determinar que os tribunais deverão criar os centros judiciários de resolução consensual de conflitos (artigo 165). O artigo 166 desse código (BRASIL, 2015a) traz a lume os princípios informadores da mediação (com destaque para os da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada), enquanto o artigo 167 do NCPC pontua sobre a sistematização dos dados colhidos nos Cejuscs.

O artigo 334 do NCPC estabelece que se a petição inicial preencher os requisitos necessários e, não sendo o caso de improcedência do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015a).

Pelo NCPC (BRASIL, 2015a), a audiência de conciliação ou mediação é designada, e a parte interessada, desde que citada e intimada, é obrigada a comparecer sob pena de fixação de multa (artigo 334, § 8º). Tal audiência somente não ocorrerá se as partes expressamente informarem esse desejo ou se a causa não admitir a autocomposição (artigo 334, § 4º), o que tem motivado críticas, como a de que essa obrigatoriedade viola o princípio da autonomia das partes.

> Com efeito, se olharmos com atenção, depois que o processo está ajuizado ele não mais pertence às partes, e sim aos operadores do direito. Talvez por isso os profissionais da mediação chamem tanto a atenção para o fato de que essa técnica pretende "empoderar" e restabelecer o "pertencimento" das partes sobre o processo, no sentido de que elas retomam o poder de administrar o seu conflito. (FILPO, 2016, p. 148)

Entretanto, o artigo 334 do NCPC não contraria o princípio da voluntariedade, pois o NCPC prevê uma espécie de **obrigatoriedade mitigada** para o processo de mediação, ou seja, uma obrigatoriedade presumida e que somente pode ser elidida por meio da anuência concreta dos litigantes (SIVIERO, 2015, p. 321).

Além disso, a sistemática adotada no NCPC é uma estratégia de incentivo à cultura da paz, a fim de que seja experimentada, vivida, propagada e aceita entre os profissionais do direito e pela própria sociedade.

> Naturalmente a mediação traz vantagens incontestes, porém não podemos divergir que torná-la compulsória é ir contra a um método que detém claramente a forma consensual como objeto principal inserida em seu escopo. Talvez a compulsoriedade da mediação incidental, no direito brasileiro, tenha sido a maneira com que o legislador viu de tentar estimular a sua prática, eis, pois, que se assim não fosse, mais difícil seria torná-la usual à sociedade, aos advogados e aos juízes. Do contrário, quem sabe estaria esse método possivelmente fadado a ser desconhecido para ampla quantia da população. (TRENTIN; DUTRA; ULHMANN, 2010, p. 220)

Já a Lei da Mediação (BRASIL, 2015b) dispõe sobre a mediação entre particulares e sua aplicação à administração pública. O artigo 3º dessa lei afirma que a mediação é cabível em conflitos envolvendo direitos indisponíveis, desde que admita transação, devendo o acordo ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (artigo 3º, § 2º).

Segundo essa mesma lei (BRASIL, 2015b), poderá o mediador ser escolhido pelas partes ou designado pelo tribunal (artigo 4º), de modo que ele conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito (artigo 4º, § 2º).

Quanto à mediação judicial, o artigo 24, caput, da Lei da Mediação reafirma ser da competência dos tribunais a instituição de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (BRASIL, 2015b).

Observa-se, ainda, a estipulação de prazo para a conclusão da mediação, no artigo 27 da referida lei (BRASIL, 2015b), ao expor que o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a sua prorrogação.

O artigo 334, § 2º, do NCPC (BRASIL, 2015a) também observa que poderá haver mais de uma sessão de mediação, embora não se possa exceder o prazo de dois meses da data da primeira sessão.

A fixação de prazo determinado para o término da mediação judicial é uma técnica inerente à solução heterocompositiva dos conflitos, que exige a participação direta do Estado-juiz, e, ao ser aplicada à mediação, pode dificultar o êxito da solução consensual (GABBAV, 2011, p. 27).

> Assim, uma questão principal que se coloca é a forma como uma técnica tão informal e livre, em que os mediadores são instigados a ser criativos no tratamento dos conflitos, e cujas sessões não têm um foco determinado nem poderiam ter prazo certo para ser completadas, pode ser encaixada no âmbito de procedimentos formais, engessados, controlados no tempo e coercitivos, como são os processos judiciais. (FILPO, 2016, p. 139)

Afinal, a mediação exige uma diferente percepção do tempo processual, com o intuito de promover a cultura dos direitos humanos e estimular a pacificação social. É preciso tempo para ouvir, para falar, para permitir que as emoções fluam e os conflitos, eventualmente, sejam trabalhados entre os mediadores e os mediandos (FILPO, 2016, p. 159).

Dessa forma, percebe-se que o legislador se preocupou mais com o controle temporal que com a liberdade da construção comunicativa produtiva entre as partes litigantes.

QUALIDADE DA MEDIAÇÃO E PRODUTIVISMO JUDICIAL

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme verificado, prevê a normatização da mediação judicial no NCPC, na Lei n. 13.140/2015 e na Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Embora essas regras jurídicas favoreçam a utilização da mediação como meio consensual de resolução de conflitos dentro do processo, há certas incompatibilidades que precisam ser compreendidas para que seja viável, posteriormente, aprimorar sua utilização processual.

De início, vale destacar a contrariedade entre a política de metas do Judiciário e a mediação judicial. O número exorbitante e o crescimento exponencial de processos no Brasil acarretou a crise do Poder Judiciário, ao elevar suas taxas de congestionamento e dificultar o acesso pleno à prestação jurisdicional adequada, célere e eficiente. Por isso, o CNJ impôs metas balizadas em critérios quantitativos aos órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o CNJ, em campanhas publicitárias, chegou a veicular o slogan "bater recordes é garantir direitos", a fim de que a celeridade fosse alcançada a qualquer custo, fazendo com que os juízes fossem cobrados a todo tempo (FILPO, 2016, p. 166-167).

Essa preocupação quantitativa também foi estendida à mediação judicial. Porém, essa técnica de solução de litígios exige maior tempo de fala e de escuta, podendo se desdobrar em diversos encontros, sendo que sua eficácia não pode ser condicionada à resolução rápida e aos mesmos moldes das soluções a ser impostas no processo tradicional.

Portanto, a política de atingir metas, transposta à mediação judicial, desestimula o diálogo e não contribui para a melhor humanização da prestação jurisdicional. A necessidade de resolução rápida do processo, pela mediação judicial, também pode desestimular o uso desse meio alternativo de solução de controvérsias, ao colocar pressão para que os mediadores cumpram metas e tenham seu trabalho medido por números ou autocomposições exitosas.

O sucesso da mediação no Brasil também passa pelo desenvolvimento de uma nova cultura jurídica, desafiando a qualificação e o envolvimento diferenciado das partes, dos advogados, dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos mediadores.

Em um país como o Brasil, onde o ensino do Direito Processual Civil está centrado na **cultura demandista**, não é difícil perceber que o pleno êxito do instituto da mediação

judicial está intimamente relacionado com a mudança no comportamento e no perfil dos operadores jurídicos (GONÇALVES, 2014, p. 213).

Na percepção crítica de Antônio Alberto Machado (2009, p. 232),

> as possibilidades de mudança social por intermédio do direito, ou seja, pelo uso do direito como instrumento de transformação e de democracia, são bastante escassas. [...] o direito e os tribunais sempre foram mecanismos de conservação da ordem. Mas, se houver alguma possibilidade de fazer o direito atuar como instrumento de mudança (e parece que há) isso somente será viável se houver também uma mudança na mentalidade daqueles que o interpretam e aplicam.

Dessa forma, o direito deve ser compreendido como um poderoso instrumento de transformação social.

A mediação judicial, como forma de promoção da cidadania no Brasil, encontra obstáculos na concepção de metas desenvolvida pelo CNJ, na avaliação meramente quantitativa desenvolvida pelas Corregedorias-Gerais de Justiça, no despreparo dos operadores jurídicos e na cultura demandista disseminada nas faculdades de direito do país. Esses fatores contribuem para fortalecer a crença de que perante o Estado-juiz tudo se resolve, independente da realidade que virá depois.

Assim, é necessário questionar se os critérios predominantemente quantitativos de avaliar o desempenho judicial devem ser estendidos à mediação judicial para – em detrimento de melhorar a comunicação entre as partes e proporcionar certa possibilidade de emancipação aos envolvidos – alcançar qualquer acordo o mais rápido possível, para encerrar o processo e elevar as estatísticas positivas dos Cejuscs.

Tal política de metas se insere na **ideologia do produtivismo**, inerente à produção em massa do capitalismo na sociedade moderna, mas que não traz, necessariamente, resultados positivos para os jurisdicionados. Isso porque retira do direito seu papel dinâmico e criativo diante das diferentes realidades da vida para dar espaço ao tecnicismo que tende a mecanizar a solução dos conflitos.

O **produtivismo judicial** tem como principal escopo reduzir o número de processos, sendo inevitável que contribua para a automatização da vida, retirando do Poder Judiciário sua principal característica humanizadora de atentar às peculiaridades e às injustiças dos casos que a ele chegam, imersos em dramas cotidianos, a fim de que sejam cumpridas metas.

A pressão sobre os mediadores para que resolvam o processo o mais rápido possível gera ansiedade, impaciência e até intolerância, o que também influi na qualidade da mediação, que perde seu caráter humano para que os conflitos sejam resolvidos de qualquer maneira, desde que rapidamente.

Sob essa ótica quantitativa, é preciso acrescentar um olhar crítico sobre os **mutirões**, organizados pelos tribunais para a resolução do maior número de processos possíveis. Tais iniciativas podem ser vistas mais como formas de satisfação das necessidades do mercado (FILPO, 2016, p. 178-179), trazendo economia de recursos, ao voltarem-se à mais rápida

resolução dos casos, ao invés de proporcionarem maior qualidade para a solução dialogada/mediada das causas que impulsionaram as partes a litigarem.

Sem as cautelas necessárias, a utilização tanto da conciliação quanto da mediação, como métodos autocompositivos de solução de conflitos nesses mutirões, não permite o (re)conhecimento do outro por intermédio do diálogo, estando baseada em uma política institucional de resultados, centrada fundamentalmente na quantidade de processos encerrados, que pode ocasionar dificuldades na qualidade da mediação judicial.

Dessa maneira, para que a mediação judicial se desenvolva como método mais humano de promoção da cultura dos direitos humanos e da paz, é preciso atentar para suas bases constitutivas (GABBAV, 2011, p. 238), levando em consideração seus valores e fundamentos metodológicos, para que represente uma forma de tutela diferenciada (e qualificada) para a solução heterocompositiva dos litígios. Caso contrário, a mediação judicial não deixará de ser uma mera etapa do processo tradicional, sem se tornar um **espaço privilegiado** para restabelecer um diálogo equilibrado, justo e humanizado (FILPO, 2016, p. 208), o que representaria um verdadeiro contrassenso entre os discursos que incentivam a mediação (inclusive, com fundamento no artigo 3º, § 3º, do NCPC) e sua prática.

O direito contemporâneo é caracterizado por sua complexidade e pluralidade. Não suporta mais concepções burocráticas e formalistas que anteriormente eram suficientes para atender as expectativas sociais. Paradigmas são e devem ser quebrados em prol de modelos mais eficientes que considerem as características atuais e dinâmicas da sociedade contemporânea (CAMBI, 2016, p. 631).

Por isso, a mediação judicial deve ser aprimorada pela técnica processual, precisando ser percebida como **modelo diferenciado** para, em uma perspectiva temporal e espacial diferenciada, poder promover a cultura da paz em uma sociedade que, com o intuito de superar preconceitos, discriminações e intolerâncias, pressupõe a valorização e o ressurgimento do diálogo, ainda que em detrimento da celeridade na prestação jurisdicional a qualquer preço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade da mediação judicial pode sofrer influência negativa se condicionada à mesma lógica que conduz à resolução dos processos tradicionais, marcado pelo rígido controle de prazos e metas, o que acaba por restringir a potencialidade da mediação como meio de estimular a comunicação e promover os direitos humanos.

A mediação judicial não pode ser restringida a uma mera **etapa burocrática** do processo civil, mas deve ser compreendida como método eficiente de autocomposição dos litígios, fundado na construção de uma comunicação diferenciada e humanizada entre as partes litigantes.

Porém, além de técnica processual, a mediação judicial deve ser entendida como forma de (re)conhecimento do outro, resgatando na diferença a oportunidade de aproximação pelo diálogo facilitado.

A mediação judicial, a partir da Filosofia da libertação e da ética da alteridade, recai sobre o agir humano realizado do "eu para o outro", o que possibilita o exercício da empatia, o desenvolvimento da capacidade de saber ouvir e de pensar melhor antes de falar, da cooperação e da valorização da diversidade entre as pessoas, bem como o tratamento do jurisdicionado como cidadão digno que precisa conviver e lidar com os conflitos atinentes à vida em sociedade.

A atividade mediadora, diferentemente do processo tradicional, não deve estar centrada na aplicação do direito aos casos concretos, mas na tentativa dialogada de dirimir as causas que originaram o conflito, inclusive a partir de fatos da vida não traduzidos para o debate processual, para que seja capaz de produzir resultados mais eficazes na pacificação social dos litígios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Dos pressupostos das políticas públicas de inclusão. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). E*studos sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui, SP: Boreal, 2001, p. 133-146.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. *Conciliação, mediação de conflitos*. Salvador: TJBA, 2015.

BRAGA, Eneida Cardoso. A escuta do outro em Emmanuel Levinas e Sigmund Freud. In: SOUZA, Ricardo Timm de; FARIAS, Anfré Brayner de; FABRI, Marcelo. *Alteridade e ética:* obra comemorativa dos 100 anos de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 149-156.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília, DF: CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico, n. 219, Brasília, DF, 1º dez. 2010. Disponível em <https://goo.gl/j1vu5j>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Seção 1. p. 1. Disponível em <https://goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 1º fev. 2017.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do artigo 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário*

Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015b. Seção 1. p. 4. Disponível em <https://goo.gl/UQ5kMd>. Acesso em: 1º fev. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação:* crítica à ideologia da exclusão. Tradução: Georges I. Maissiati. São Paulo: Paulus, 1995.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial:* discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad; Faperj, 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário:* condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 273f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas:* pela efetividade dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Curitiba: Juruá, 2014.

LEVINAS, Emmanuel. *Entre nós:* ensaios sobre alteridade. Trad. e coord. Pergentino Pivatto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 316-337, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:* negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TRENTIN, Sandro Seixas; DUTRA, Taise Rabelo; ULHMANN, Sheila Marione. Da mediação incidental. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO SPENGLER, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública:* a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 220.

FABRÍCIO MOTTA
Procurador do Ministério Público de Contas (MPC TCM-GO), professor da Universidade Federal de Goiás, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E RECURSOS PARA A EDUCAÇÃO

DIRECT CONTRACTING OF ADVOCATE SERVICES AND RESOURCES FOR EDUCATION

CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS ADVOCATORIOS Y RECURSOS PARA LA EDUCACIÓN

Resumo:
O artigo possui como tema central a contratação direta de serviços advocatícios, com fundamento na Lei nº 8.666/93. Após o estabelecimento das premissas centrais, é analisada hipótese específica de contratação com vinculação de recursos destinados à educação.

Palavras-chaves:
Licitação, contratação direta, advocacia.

Abstract:
The article focuses on the direct contracting of legal services, based on Law 8.666 / 93. After the establishment of the central premises, a specific hypothesis of legal services public procurement with resources linked to education is analyzed.

Keywords:
Public procurement, legal services.

Resumen:
El artículo tiene como tema central la contratación directa de servicios de abogados, con base en la Ley nº 8.666 / 93. Después del establecimiento de las premisas centrales, se analiza una hipótesis específica de contratación con vinculación de recursos destinados a la educación.

Palabras clave:
Licitación, servicios de abogados.

INTRODUÇÃO: O PROBLEMA CONCRETO

Em todos os debates a respeito dos rumos do país há relativo consenso do papel primordial da valorização da educação para renovar a esperança da construção de uma Nação verdadeiramente desenvolvida, que consiga usufruir efetivamente das promessas constantes da Constituição. Um importante passo para a garantia de aplicação de recursos públicos em educação foi a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), por intermédio da Lei Federal n. 9.424/1996. O Fundef – posteriormente substituído pelo Fundeb, criado pela Lei n. 11.494/2007 – era um fundo contábil composto por recursos de todas as esferas da Federação visando garantir a aplicação de um valor mínimo anual por aluno matriculado no ensino fundamental, sendo devida a complementação por parte da União quando o montante não atingia esse valor mínimo.

Entretanto, entre 1998 e 2006 o montante devido pela União a diversos municípios a título de complementação para se atingir o valor mínimo nacional por aluno foi subestimado, tendo sido repassados recursos em volume inferior ao que seria efetivamente devido para cumprimento do mandamento legal. Esse fato longínquo tem desencadeado, em todo o país, uma corrida que, mais do que assegurar recursos para a manutenção do ensino, visa privilegiar alguns por meio de contratos e condutas contrários ao ordenamento jurídico.

Destaque-se, inicialmente, que as diferenças relativas à complementação do Fundef foram asseguradas mediante sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública (ACP) 1999.61.00.050616-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal de São Paulo. Como já houve trânsito em julgado, cabe aos municípios beneficiados unicamente acompanhar o cumprimento da sentença. Contudo, diversos municípios têm celebrado contrato com escritórios de advocacia com o objetivo de interpor medida judicial para assegurar os valores relativos às diferenças do Fundef. A conduta despertou o alerta do Ministério Público (Estadual, Federal e de Contas), dos Tribunais de Contas e de algumas controladorias para os grandes riscos para o erário e para a educação. Os riscos se concentram na difusão de contratações diretas por inexigibilidade sem o devido suporte legal e na vinculação de recursos da educação para o pagamento de honorários advocatícios.

A contratação direta dos serviços de advocacia, por inexigibilidade de licitação, constitui o tema central deste artigo. Ao analisar detidamente o regime jurídico dessa possibilidade de contratação, será possível, em um segundo momento, analisar o problema concreto à luz das premissas inicialmente traçadas.

INEXIGIBILIDADE E CONTRATAÇÃO DIRETA: A SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS CONTRATADOS

A contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública constitui tema envolto em controvérsias e interpretações extremadas, seja por parte dos órgãos de controle, seja por parte dos advogados. Por essas razões, o tema é responsável por considerável quantidade de ações judiciais movidas pelo Ministério Público e de processos de tomada de contas especial no âmbito dos Tribunais de Contas.

As discussões são direcionadas principalmente à possibilidade de contratação direta dos serviços referidos por inexigibilidade de licitação, com amparo no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993. Como se sabe, o dispositivo elenca uma das hipóteses nas quais se reconhece a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 da mesma lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

A caracterização objetiva do serviço a ser contratado é o primeiro requisito essencial para a validade da contratação direta. Esse aspecto passa pela adequada percepção do que se deve entender por serviço de natureza singular. O fato é que nem todo serviço é singular; tampouco todo serviço é comum. É ainda possível que serviços *a priori* comuns transmudem-se, a depender das circunstâncias fáticas e das necessidades da Administração, em serviços singulares.

A Súmula n. 39 do Tribunal de Contas da União (TCU) encampa esse entendimento:

> A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993. (BRASIL, 2011)

A característica singular dos serviços de advocacia deve ser apta a exigir a contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas: atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia do funcionamento dos municípios e demais entidades – desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada (tanto faz quem o executa) por qualquer profissional –, não haverão de ser objeto de contratação direta por inexigibilidade. Patrocínio genérico de causas, elaboração de pareceres que não envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados atuantes na área da Administração Pública e pelo órgão técnico- jurídico do município não podem ser considerados como singulares.

Não é demais afirmar que nem todo serviço técnico é especializado. Em acórdão de julgamento de Recurso Especial, relatado pelo eminente ministro Hermann Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça (STF) tratou da questão com profundidade:

> Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: **nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação. 9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço** a ser contratado. 10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado. 11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços – apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados. 12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz

> qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso. (BRASIL, 2014a, grifos nossos).

De acordo com a jurisprudência do TCU (BRASIL, 2015), "a regra para contratação de serviços advocatícios é a licitação e a inexigibilidade, exceção, que deve ser precedida da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado". Ao reconhecer esse posicionamento em determinado voto, anotou o ministro Benjamin Zymler que a singularidade do objeto é relacionada com "uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado" (BRASIL, 2015).

INEXIGIBILIDADE E CONTRATAÇÃO DIRETA: A QUALIFICAÇÃO DO PROFISSIONAL

A singularidade do objeto recomenda a qualificação profissional diferenciada. Em outras palavras, a existência de um objeto que possui características que o diferenciam das demandas rotineiras sugere a contratação de um profissional com qualificações também especiais, diretamente conectadas com o objeto. O profissional deve possuir qualificação e experiências tais que despertem no gestor público a confiança de plena aptidão para executar o objeto da melhor forma para o interesse público.

A existência de uma pluralidade de profissionais aptos à satisfação do objeto não descaracteriza a inexigibilidade, tampouco retira a carga de subjetividade relativa à execução do objeto: cada profissional ou empresa o executaria de uma forma, mediante a aplicação de seus conhecimentos, critérios, técnicas e táticas. Diante dessa pluralidade de opções para satisfazer o objeto desejado, a questão que naturalmente surge é a de como escolher a solução que melhor atenda ao interesse público, remanescendo, na espécie, típico exercício de competência discricionária. Cabe à autoridade competente e aos seus auxiliares avaliar, motivadamente, a contratação conveniente e oportuna para a entidade.

Assim é que diante de diversos advogados ou escritórios que sejam portadores de especialização e reconhecimento para a efetiva execução do objeto (serviço singular) pretendido pela Administração, a escolha, que é subjetiva – mas devidamente motivada – deve recair sobre aquele que, em razão do cumprimento dos elementos objetivos (desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica), transmita à Administração a confiança de que o seu trabalho é o mais adequado.

No voto condutor do Acórdão prolatado no Inquérito n. 3.074, anotou o ministro Luis Roberto Barroso:

> O que a norma exige é que a escolha recaia sobre [o] profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes. (BRASIL, 2014)

CONTRATAÇÃO DIRETA E ADVOCACIA PÚBLICA

A existência de quadro próprio de advogados públicos não é incompatível com a contratação direta, desde que cumpridos os requisitos legais. O ente ou órgão pode se encontrar diante de objeto singular, que requer conhecimentos específicos e diferenciados (considerando a estrutura administrativa própria e as capacidades ali existentes), justamente por escapar do que é satisfatoriamente executado pelos procuradores do quadro ou mesmo ocupantes de cargos comissionados.

Isso pode ser verificado, entre outras, nas situações: (a) que requeiram conhecimentos específicos e diferenciados (considerando-se a estrutura administrativa própria e as capacidades técnicas existentes); (b) que envolvam teses inovadoras e importantes, com a potencialidade de trazer benefícios financeiros e/ou administrativos para o município; (c) que necessitem de conhecimentos altamente especializados (STF, Inquérito n. 3.077), inclusive para dirimir controvérsias internas ou para conferir maior segurança à decisão administrativa diante de divergências doutrinárias e jurisprudenciais; (d) que possam periclitar administrativa ou financeiramente a Administração Municipal, restando a situação devidamente comprovada; (e) quando haja conflito de interesses relativamente aos próprios procuradores ou (f) que caracterizem demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço possível de ser executado por servidores ou empregados do quadro próprio, atendidos os demais requisitos (BRASIL, 2013).

No que diz respeito aos municípios, a afirmação não implica juízo contrário à existência da advocacia pública municipal, estruturada em carreira, como impõe interpretação sistemática da Constituição. Ao contrário, essa interpretação é necessária para que se compatibilize a aplicação das normas constitucionais e legais com a diversidade imperante no cenário fático municipal: nosso país possui 5.570 municípios, de portes variadíssimos, sujeitos às mesmas leis gerais. O dever de instituir a advocacia pública municipal não descaracteriza a possibilidade de contratação direta de serviços de advocacia, obedecidos os requisitos tratados. Essa questão, entretanto, merece ser aprofundada em outro estudo.

O CASO CONCRETO: AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONTRATAÇÃO DIRETA

Como foi visto, a inexigibilidade de licitação por notória especialização exige objeto singular, cuja complexidade necessita de profissional diferenciado e que desperte no gestor a confiança de plena aptidão para sua execução de acordo com os ditames do interesse público. Não se pode admitir inexigibilidade para a realização de serviços corriqueiros, rotineiros, amplamente disponíveis no mercado simplesmente porque tal conduta implicaria admitir justamente a instalação de reserva de mercado para alguns, sem qualquer justificativa correlata ao interesse público. Seria a consagração do privilégio e o desprestígio da isonomia, com ferimento frontal à Constituição. Dessa forma, o primeiro pressuposto para a higidez da contratação direta com fundamento no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 é a singularidade do serviço, apta a exigir profissional com atributos diferenciados (BRASIL, 1993).

No tocante às contratações objeto deste ensaio, destaco a Nota Técnica 426/2017/NAE/MAR/Regional/MA, emitida pelo Ministério da Transparência e pela Controladoria-Geral da União (apud BRASIL, 2017a):

> além de se tratar de cumprimento de sentença, a apuração dos valores exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmulas padrão, que poderão ser utilizadas para todos os municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do Fundef recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Afora esses parâmetros, tudo será padrão para todos os municípios.
>
> Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo determinou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – Fnde que os apresentasse, conforme Despacho disponibilizado no Diário Eletrônico em 15/06/2016.

Não há qualquer dúvida a respeito do direito dos municípios de reaverem a diferença dos repasses insuficientes do Fundef, cabendo tão somente obter o reconhecimento do montante devido e executá-lo. Não havendo qualquer singularidade, a lei impõe a execução pelo próprio corpo jurídico da advocacia pública ou, na lamentável hipótese de este não existir, de contratação mediante realização de licitação.

Em recente Acórdão, o TCU analisou a Representação relativa ao objeto sob nossa análise e ressaltou a importância de respeitar a vinculação dos recursos – constitucionalmente assegurados à manutenção da educação – no eventual pagamento dos honorários advocatícios. O TCU afirmou que

> a destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef/Fundeb para o pagamento de honorários advocatícios é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60, do ADCT, com a redação conferida pela EC 14/1996, bem como é ilegal, por estar em desacordo com as disposições da Lei 11.494/2007. (BRASIL, 2017)

Ao atestar isso, impôs o recolhimento dos valores respectivos à conta do Fundeb, sob pena de instauração de tomada de contas especial, e determinou aos municípios beneficiados pela ACP 1999.61.00.050616-0 que **"não promovam pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos da complementação da União ao Fundef/Fundeb, bem como não celebrem contratos que contenham, de algum modo, essa obrigação"** (BRASIL, 2017b, grifos nossos).

Os contratos têm fixado percentual de honorários correspondente a 20% do valor executado. Os riscos para a educação e para o interesse público podem ser demonstrados tendo como exemplo o estado do Maranhão. Consta do relatório de decisão monocrática exarada pela presidente do STF na Suspensão de Segurança 5.182 (BRASIL, 2017a), sobre a qual se questiona a competência do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão para fiscalizar a legalidade de contratos firmados por escritório de advocacia com 110 municípios do estado:

> A maior parte dos 110 contratos firmados com prefeituras do estado do Maranhão estipularam honorários de 20% sobre o valor executado. Assim, considerando o percentual da maioria dos contratos, somente essas 110 avenças retirariam da educação R$ 682.211.181,61 (seiscentos e

oitenta e dois milhões, duzentos e onze mil, cento e oitenta e um reais e sessenta e um centavos). Ao ampliar o prejuízo com pagamento de honorários advocatícios para o universo dos 217 municípios maranhenses, o prejuízo potencial alcança R$ 1.553.379.863,21 (um bilhão, quinhentos e cinquenta e três milhões, trezentos e setenta e nove milhões, oitocentos e sessenta e três reais e vinte e um centavos). Só para se ter ideia da grandeza do montante que vai deixar de ser aplicado na educação para pagar honorários advocatícios, apurou-se que o valor dos honorários aqui descrito equivale a 30% dos recursos destinados ao Fundeb desses mesmos 217 municípios em todo o ano de 2016. Em outro cálculo, evidenciou-se que o montante que será destinado ao pagamento de honorários advocatícios equivale 4,5 vezes (o equivalente a 4 anos e meio) os recursos do Fundeb de 2016 da capital maranhense, São Luís, cidade que possui mais de um milhão de habitantes e 273.874 alunos na educação básica (censo 2015). Vale destacar, o valor que poderia atender todo esse contingente estudantil em municípios do estado do Maranhão vai ser destacado para pagar honorários advocatícios, referentes a um serviço rotineiro de escritório de advocacia, que é pedir cumprimento de sentença já transita em julgado, sem nenhum risco para a causa.

CONCLUSÃO

A contratação direta de serviços de advocacia, por ser excepcional, deve ser interpretada restritamente. É importante conhecer as circunstâncias de cada contratação, avaliar motivadamente a conduta dos agentes envolvidos em cada caso, os benefícios que a Administração objetivou e/ou colheu pela execução dos serviços e a compatibilidade dos valores ajustados com os praticados no mercado.

No tocante à recuperação dos recursos devidos para complementação do Fundef, os requisitos legais não se fazem presentes para que se possa licitamente admitir a contratação direta de serviços de advocacia. Se a educação pode ser o passaporte para o futuro da Nação, admitir o desvio dos recursos destinados a sustentá-la é garantir que continuaremos acorrentados ao passado de privilégio de alguns em detrimento do bem de todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1, p. 8269.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1377703/GO. Rel.: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 03/12/2013, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 1474, 12 mar. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.074. Rel.: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 26/08/2014, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 171, 3 set. 2014b. p. 33.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança 5.182. Rel.: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 27/06/2017, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 169, 1º ago. 2017a. p. 108.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.437/2011-Plenário, TC 012.209/2009-3. Rel.: Min. Valmir Campelo. Sessão: 01/06/2011. *Ata n. 21/2011*, 3 jun. 2011, p. 122-123.

_____.Tribunal de Contas da União. Acórdão 141/2013-Plenário, TC 008.671/2011-7. Rel.: Min. Walton Alencar Rodrigues. Julgado em: 06/02/2013. *Ata n. 4/2013*, 19 fev. 2013, p. 20-21.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.616/2015-Plenário, TC 017.110/2015-7. Rel.: Min. Benjamin Zymler. Julgado em: 21/10/2015. *Ata n. 42/2015*, 28 out. 2015, p. 60-61.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1824/2017-Plenário, TC 005.506/2017-4. Rel.: Min. Walton Rodrigues. Julgado em: 28/08/2017. Ata n. 33/2017. *Ata n. 33/2017*, 4 set. 2017b, p. 32-33.

FREDERICO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS
Mestre e doutor em Direito Civil pela
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Promotor de Justiça do MPGO.

DIRETRIZES ÉTICO-SOCIAIS DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

ETHICAL AND SOCIAL GUIDELINES FOR THE JUSTICE OF CHILDREN AND YOUTH AND CONFLICT MEDIATION

DIRECTRICES ÉTICO-SOCIALES DE LA JUSTICIA DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD Y MEDICIÓN DE CONFLICTOS

Resumo:
A experiência dos indivíduos não é reciprocamente acessível, porém o êxito da comunicação se baseia em expectativas congruentes entre alter e ego estabelecidas pela linguagem, como meio genericamente simbolizado, e avalizadas pela identidade narrativa (sentimento de pertencimento aos grupos intermediários que compõem a comunidade), em que eles se alternam na posição de observadores quanto à informação e enunciam a mensagem dentro do horizonte de possibilidades do qual fizeram a seleção. Daí a dupla contingência da comunicação e a importância desse modelo como redutor de complexidade das relações sociais para afirmação da individualidade. Como contraposto do perdão, temos a privação de liberdade como representação da interrupção do fluxo comunicativo. A restauração dos vínculos do adolescente, como estratégia de mediação de conflitos na infância e na juventude, com família e a comunidade, pressupõe o reconhecimento do domínio experimental do outro, sobretudo sua identidade narrativa, e ao mesmo tempo a submissão à gramática social, para que o menor infrator retome não o intercâmbio de signos anêmicos de sentido, mas, antes de tudo, a comunicação relevante nos círculos sociais mais concêntricos, como é o caso da família, em que o amor desempenha um meio de comunicação simbolicamente generalizado para afirmação da individualidade como resultado do cruzamento de identidades narrativas.

Palavras-chaves:
Teoria dos sistemas, justiça restaurativa, remissão.

Abstract:
The experience of individuals is not reciprocally accessible, but the success of communication is based on congruent expectations between alter and ego established by language as a generically symbolized medium and endorsed by narrative identity (feeling of belonging to the intermediary groups that make up the community) in which they alternate in the position of observers regarding information, and enunciate the message within the horizon of possibilities of which they made the selection. Hence the double contingency of communication and the importance of this model as reducing the complexity of social relations for the affirmation of individuality. As a counterpart of forgiveness, we have deprivation of freedom as a representation of the interruption of the communicative flow. The restoration of adolescent bonds, as a strategy for conflict mediation in childhood and youth, with the family and the community, presupposes the recognition of the experimental domain of the other, its narrative identity above all, and at the same time submission to social grammar, so that the minor offender takes back, not the exchange of anemic signs of meaning, but most importantly relevant communication in the more concentric social circles, as is the case of family, in which love plays a symbolically generalized means of communication for affirmation of individuality as result of the narrative identities crossing.

Keywords:
Systems theory, restorative justice, remission.

Resumen:
La experiencia de los individuos no es recíprocamente accesible, pero el éxito de la comunicación se basa en expectativas congruentes entre alter y ego establecidas por el lenguaje, como medio genéricamente simbolizado, y avaladas por la identidad narrativa (sentimiento de pertenencia a los grupos intermediarios que componen la comunidad), en que se alternan en la posición de observadores en cuanto a la información y enuncian el mensaje dentro del horizonte de posibilidades del que hicieron la selección. De ahí la doble contingencia de la comunicación y la importancia de ese modelo como reductor de complejidad de las relaciones sociales para afirmación de la individualidad. Como contrapartida del perdón, tenemos la privación de libertad como representación de la interrupción del flujo comunicativo. La restauración de los vínculos del adolescente, como estrategia de mediación de conflictos en la infancia y juventud, con la familia y la comunidad, presupone el reconocimiento del dominio experimental del otro, sobre todo, su identidad narrativa, y al mismo tiempo la sumisión a la gramática social, para que el menor infractor retome, no el intercambio de signos anémicos de sentido, sino, ante todo, la comunicación relevante en los círculos sociales más concéntricos, como es el caso de la familia, en que el amor desempeña un medio de comunicación simbólicamente generalizado para afirmación de la individualidad como resultado del cruce de identidades narrativas.

Palabras clave:
Teoría de los sistemas, justicia restaurativa, remisión.

DO PARADIGMA DA TEORIA DOS SISTEMAS À LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO DE ACOPLAMENTO E RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA RADICAL DO OUTRO

A teoria dos sistemas parte da verificação da dupla contingência do *alter*/*ego* como posições comunicativas desempenhadas pela mesma pessoa contemporaneamente ao ato da comunicação. A comunicação é, então, definida como a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações (ROCHA, 1997, p. 21).

O *alter* se diferencia do *ego* mediante a alternância de posições na dinâmica da comunicação. A compreensão da mensagem pelo *ego* é autônoma em relação à própria emissão, já que, no tocante a ela, quem assume a posição de observador é o *alter*. O *alter* não tem acesso à experiência que a comunicação causa em *ego*, pois consciências não se comunicam, resultando dessa circunstância a improbabilidade da comunicação: o *ego* não pode aceitar a seleção proposta pelo alter como premissa para sua própria seleção posterior. A mensagem não é produzida pelo *alter*, e o *ego* apenas comunica um sentido que é construído por meio da informação. Mensagem e informação precisam ser e permanecer diferenciadas para que a comunicação possa ser produzida (LUHMANN, 1997, p. 89). A linguagem não explica a comunicação, apenas opera o *medium* para gerar motivação pela imputação de uma seleção a um sistema, reduzindo, assim, a complexidade.

A seleção do meio de comunicação genericamente simbolizado tem a função de tornar a comunicação menos improvável. A comunicação só se realiza à medida que o sistema evita uma confusão da própria operação com aquilo em torno do qual se dá a comunicação. O sucesso da comunicação será, pois, a continuidade da comunicação - uma comunicação continua com outra comunicação, isto é, o sistema opera na contínua reprodução da diferenciação entre autorreferência e referência externa, que possibilita seu fechamento operacional (LUHMANN, 1997, p. 89).

Se *ego* diz, por exemplo, "hoje faz calor", tal ato é imputável a ele como seleção, pois indicou esse estado sob o pano de fundo de outras possibilidades. Já a informação *hoje faz calor* também é uma seleção autônoma distinta da emissão de *ego* (tira-se o casaco porque está quente, abstraindo-se de sua motivação). A comunicação resulta, então, realizada se e à medida que se verifica a compreensão da diferença entre seleção (experiência) e motivação (ação). Ela produz uma mudança de estado do destinatário (*alter*), agindo como uma limitação, pois exclui a arbitrariedade indeterminada do que é possível em seguida a ela. A comunicação, portanto, reduz a complexidade; porém, como ela pode ser negada, a complexidade é paradoxalmente acrescida (NICOLA, 1997, p. 230).

O grande giro hermenêutico do modelo da teoria dos sistemas foi eliminar a dualidade entre o mundo exterior dos objetos e o mundo interior das representações desses objetos, reconhecendo a impossibilidade da posição de um observador externo admitido pela teoria clássica do conhecimento como se o objeto existisse independentemente da experiência de estar no mundo. As descrições levadas a cabo por terceiro também produzem conhecimento, revelando a contradição de sair do domínio da análise sem dele sair (MARGUTTI, 1986, p. 127). Ao conceituar sociedade como comunicação, a teoria dos sistemas rompe com a dualidade entre sujeito/objeto, admitindo uma circularidade entre possuir determinada estrutura

e perceber o mundo de determinada forma por meio da articulação entre ação e experiência. Qualquer perspectiva que não dê atenção ao fato de que o sistema constrói um mundo, ao especificar que configurações (informações) do meio podem ser perturbações e que compensações serão deflagradas internamente, será incapaz de compreendê-lo (MARGUTTI, 1986, p. 122). Por isso, o conceito de intersubjetividade sucede as pré-compreensões do *alter*, que se tornam tema das compreensões, permanecendo inacessível ao *ego* no processo de comunicação e à própria compreensão (MAGALHÃES, 2002, p. 144). Comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão.

O comportamento social para Luhmann requer reduções mediante mecanismos próprios que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas, isto é, uma *generalização congruente* (ROCHA, 1994, p. 74). O perfil de cidadão que almejamos para crianças e adolescentes infratores não pode ser simplesmente reconduzido àquele que é produzido pela consciência dos juristas, sendo, antes, produto da comunicação autorrealizada (TEUBNER, 1989, p. 94). Da mesma forma que a função da linguagem não reside na intermediação de referência a um mundo exterior, servindo, antes, ao acoplamento estrutural entre consciência e comunicação (LUHMANN, 1997, p. 85), cabe ao operador do direito estabelecer o diálogo com o outro, colhendo nas idiossincrasias infanto-juvenis - cujo *determinismo estrutural* dita o modo de o sistema se relacionar com o meio ambiente - as expectativas normativas e a capacidade de superá-las.

A comunicação só admite o outro porque as palavras empregadas pelo declarante não transmitem o propósito inicial do emitente como processo institucionalizado de *alienação de sentido.* O destinatário, por sua vez, só percebe o sentido da mensagem à medida que partilha com o locutor do mesmo código de signos (RIGAUX, 2000, p. 310). Com efeito, o momento de expressão confere ao objeto intencionado pela consciência não somente um sentido para si, mas também uma significação, ou seja, a estrutura de um sinal que contém um sentido para o outro (VAZ, 2001, p. 253). O diálogo opera o reconhecimento de si na medida em que a palavra é interpelação do outro. O sujeito só adquire a consciência de si intersubjetivamente.

Quando discorremos sobre um assunto adotando uma abordagem maniqueísta, rompemos o intercâmbio que legitima o processo de comunicação. Se o outro não pode se expressar, então ele será a invenção do nosso discurso. A linguagem abandona sua função de acoplamento estrutural entre consciências morais em uma sociedade e passa a reforçar estereótipos. Toda vez que vemos um menor infrator como a personificação do mal, reforçamos em nós mesmos a ideologia de que a verdade se refugia na nossa crença do bem, mitigando nossa avaliação sobre a eticidade dos meios para alcançá-la. Com esse rigor queremos justiça segundo os nossos próprios critérios, mantendo-nos insensíveis à demanda daqueles carentes de dignidade, pois só se pode perdoar, restabelecendo a igualdade, pela aceitação de nossas próprias limitações não pressupostas pela dicotomia do bem e do mal. Afinal, qual o direito de um sistema de dizer o que é ou não direito?

Esse caráter binário da justiça criminal, baseado na oposição maniqueísta que define os contornos do não-direito pelo direito consagrado institucionalmente, implica uma visão deformada e reducionista da realidade, que influi não só numa valorização de atos, como de pessoas, de modo que a classificação do comportamento importa invariavelmente na

classificação do sujeito, isolando o indivíduo do contexto em que desenvolve sua conduta e limitando extraordinariamente a compreensão de uma situação de risco ao excluir outra resposta ao conflito com a lei que não seja uma reação punitiva.

Essa assimetria acaba alimentando o triângulo antropológico da verdade que transita pelo sagrado, porque se sustenta por um conjunto de crenças arraigadas e refratárias à crítica do outro. Por isso, a distinção entre o bem e o mal é antes de tudo a negação da condição humana sem qualquer respaldo na cultura contrária às formas de legitimação pela violência. No quarto círculo do purgatório, Dante fez ecoar da boca de Virgílio que o crime é a perversão do mesmo amor instilado pela natureza à criatura, que tanto pode ser "semente de virtudes ou germe de todos os pecados" (ALIGHIERI, 2003). A violência é justamente a interrupção do diálogo das diferenças que vem servindo como modelo profilático das anomalias sociais e para repressão à criminalidade infanto-juvenil.

Nesse sentido, desvio quer dizer diversidade. Quanto mais desigual é uma sociedade, tanto mais ela tem necessidade do controle social do tipo repressivo como instrumento de conservação e reprodução da desigualdade que distancia o delinquente da comunicação social. Verifica-se, então, um processo de despersonalização em que a reconstrução de eventos, que pertencem ao domínio da vida, ignora o significado dos atores diretamente envolvidos em sua diversidade.

Esse processo discursivo é importante para se encontrar a identidade da criança e do adolescente em situação de risco. O silêncio é sintomático da impossibilidade de encontrar uma narrativa de identidade para si mesmo, isto é, um lugar social. A narrativa de identidade é sempre uma tentativa de colocar a si mesmo em relação ao outro. Por isso, os indivíduos se posicionam entre os diversos mitos da nossa cultura mediante um processo narrativo que lhes dará formas particulares de compreender e lidar com a realidade.

Devemos adotar a mudança de paradigma para nos reposicionarmos como observadores de segunda ordem em uma perspectiva mais abrangente, pois a reconstituição dos fatos pelo menor infrator será marcada pela subjetividade que busca na narração a própria identidade. O par estímulo/resposta deve ser substituído por outro: perturbação/compensação. A lógica da causalidade linear, pressupondo a reversibilidade da criminalidade pelo controle dos estímulos, ressente-se quanto à imprevidência do delito. O comportamento divergente, apesar de desencadeado externamente, é condicionado pela estrutura do perturbado que delimita as mudanças possíveis, determinando o que efetivamente é uma perturbação para ele e o que não é. Por isso, devemos nos desligar da busca da certeza da representação adequada como reafirmação do que vemos do nosso ponto de vista, apreciando que este é o resultado de um acoplamento estrutural em um domínio experimental tão válido como o do menor infrator, se bem que o seu nos pareça menos conveniente[1].

[1] Dois sujeitos entram em uma chaminé. Um deles sai com o rosto imundo de fuligem e o outro aparece com a cara limpa. Qual deles vai se lavar primeiro? Do nosso ponto de vista é o indivíduo com o rosto sujo, mas, se renunciarmos a obviedade das aparências, deslocando o foco para o outro indivíduo com rosto limpo, perceberemos o oculto por trás das aparências. Verificaremos, então, que ocorrerá exatamente o contrário. O indivíduo que não se sujou vai deduzir do fato comum do acesso pela via anormal da chaminé a necessidade de lavar-se olhando para o aspecto do companheiro. Nem sempre as coisas são como gostaríamos que fossem.

A mudança de atitude exige o reconhecimento do nosso papel de observadores para contemplarmos o objeto e sua representação e para evitarmos confusão entre os níveis de descrição do fenômeno que emerge no plano de interações do menor infrator com o meio ambiente e a representação adequada que fazemos.

Para reconhecermos as particularidades que o julgamento precipita como supérfluo para distinção da subjetividade entre os indivíduos, devemos estar dispostos a perceber o novo mesmo nas situações mais familiares, abdicando dos rótulos e *categorias do pensamento* que subvertem a ordem de precedência da experiência em relação ao julgamento. A experiência é uma forma de discernimento que rompe com a convencionalidade de que a ação deve suceder a uma decisão. Quando um delito é perpetrado, esse ato é uma forma de compromisso com o padrão de comportamento desviado. Por isso, será insuficiente para a persuasão que o jovem infrator compreenda o ato infracional a partir de um modelo mental de delito com o qual não se sente comprometido em sua experiência. O discernimento quanto ao erro da conduta só poderá ser alcançado pela experiência, do contrário não poderá ser aproveitado como estratégia pedagógica do desenvolvimento do adolescente. Como duas consciências não se comunicam, a comunicação só terá sucesso se também afetar a experiência do infrator.

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: O EIXO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A identidade comunitária permite, com o estreitamento da convivência, a multiplicação de assistentes comunitários dispostos a agir para inibir o comportamento divergente e a interagir com o infrator, de modo a reorientar suas estratégias, restabelecendo, assim, a comunicação social. Desloca-se a resolução de conflitos das instâncias formais para a comunidade de onde emergem. A busca de novas formas de relacionamento entre contendores é debatida no seio da comunidade por quem melhor sabe avaliar e compreender a discórdia, despertando o sentimento de solidariedade entre aqueles que são incluídos no processo com o objetivo comum de resolver o problema. A responsabilidade de decidir o conflito restaura o diálogo e cria novos laços entre os indivíduos, conscientizando-os dos valores da convivência comunitária pelo reconhecimento do problema e pela construção compartilhada da solução.

Isso significa que as mudanças se darão em rede, e não de forma isolada. O pensamento em rede não crê que se possa ocorrer uma verdadeira transformação de forma segmentada. Não se muda o infrator sem alterar os demais sistemas que participam da vida dele. Segundo a visão tradicional, teríamos que recuperá-los, reintegrá-los e readaptá-los, pois a família, a escola, a indústria e a sociedade eram concebidos como harmoniosos. Contudo, o indivíduo não é definido por suas múltiplas relações, mas no conjunto de interações e trocas constantes e simultâneas expandindo-se em um contexto.

Não por acaso, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no artigo 86, que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á mediante um *conjunto articulado* das ações governamentais e não governamentais, estabelecendo no artigo 4º:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar e comunitária.* (BRASIL, 1990,grifo nosso)

Em uma sociedade pluralista, o Estado corresponde a uma das comunidades, a mais ampla e compreensiva das demais, em cujo limite as formações sociais intermediárias são contidas. O Estado, porém, não detém exclusiva dignidade como *locus* de desenvolvimento dos sujeitos de direito, de modo que as formações sociais intermediárias não dependem do seu reconhecimento para exercer essa função (RESCIGNO, 1998, p. 304). Não obstante esse reconhecimento das esferas em que o indivíduo desenvolve sua personalidade, não se pode estabelecer uma concorrência com o Estado. Tal pluralismo não prescinde de fidelidade a uma certa ideia de comunidade política que cristalize as instituições e princípios que são próprios do modo de existência coletiva pressuposto pela democracia moderna (MOUFFE, 1994, p. 105).

A concepção liberal de que cada pessoa participa de numerosas comunidades sem que nenhuma tenha prioridade sobre as outras atribui papel determinante aos indivíduos na resolução dos conflitos. Nesse sentido, não se pode criar um *nós* sem se admitir um *eles*. Daí qualquer relação pode se tornar sede de antagonismo e o *alter* começa a ser percebido como inimigo, uma vez que é essa exclusão que os constitui (MOUFFE, 1994, p. 105). O direito penal do inimigo expressa a ideia de mérito como relação de pertinência, que se baseia na seleção e discriminação do indivíduo que se torna objeto de intervenção, exatamente porque é despojado das garantias que lhe confeririam o *status* de membro da comunidade.

A tensão entre igualdade e liberdade não pode ser suprimida em uma democracia, de modo que a inclusão do *alter* no espaço comunitário é propiciada pela articulação entre a identidade e a diferença, cotidianamente recriada e renegociada, sempre aberta ao porvir e impregnada de possibilidades. As relações comunitárias evidenciam a estreita ligação pessoal que prevalece como antítese, real ou imaginária, representada no mesmo ambiente social pelas relações não comunitárias de competição ou conflito, utilidade ou consentimento, cuja contiguidade não revela comunhão de objetivos, mas, antes, a dissociação de indivíduos que permanecem virtualmente isolados. A forma de agregação por circunstâncias ou papéis contrasta com o liame fundamental da comunidade que se manifesta como "fusão do sentimento e do pensamento, da tradição e da ligação intencional, da participação e da volição" (NISBET, 2002, p. 216).

Essa relatividade pode ser reconhecida nas demandas sociais que muitas vezes não equiparam a justiça com a reação punitiva do Estado, encaminhando de outro modo o conflito uma vez que os indivíduos envolvidos no mundo da vida são repersonalizados em sua diversidade. Não existe uma ânsia revanchista das vítimas em relação aos infratores que possa definir e fundamentar, *a priori*, as formas jurídicas. Mesmo quando elas procuram por uma pessoa responsável, não o fazem no contexto do modelo punitivo de controle social, mas primordialmente numa perspectiva compensatória, educacional, terapêutica ou conciliatória (HULSMAN, 1996, p. 17). Como um sistema penal muito abrangente impede que as pessoas tomem parte nos conflitos, não seriam a adoção do dogma da culpa e o modelo punitivo os propulsores das demandas sociais vingativas? Que as formas jurídicas determinariam a reação retaliatória da população, que se modela de acordo com a resposta

do sistema penal, é hipótese tão plausível quanto a ideia de que a pena evita a realização da justiça privada, cujo caráter disperso contribuiria para a disseminação da vingança (LARRAURI, 2000, p. 15).

O modelo de justiça restaurativa recupera a reação social do monopólio do Estado, que só logrou expropriar o conflito pela neutralização da vítima em favor da comunidade. Esta, antes marginalizada pela representação do Estado, viabiliza o processo restaurativo, já não mais sob o signo do status de autoridade, mas com esteio na democracia, cuja configuração depende da maior ou menor participação popular, notadamente na potestade punitiva do Estado. No Canadá, o projeto de lei de reforma da Justiça Infanto-Juvenil, denominado *Bill C-7*, expande as alternativas de remissão, conferindo poderes e legitimidade à comunidade na esteira da diretriz da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Declaração de Viena, de 20 de abril de 2000 (PINTO, R., 2003). De sorte que a primazia da comunidade nos processos restaurativos afasta o controle judicial e o do Executivo na gerência das medidas contra os menores infratores, convertendo o sistema formal numa alternativa no caso de a ação comunitária não se revelar suficiente (PINTO, R., 2003, p. 457).

O reconhecimento da instância comunitária na prevenção da criminalidade é motivado pela ideia de reintegração (*reintegration*), correspondendo ao esforço do tratamento do delinquente segundo o paradigma epistemológico do perdão, que atende, em última análise, àquele princípio fundamental das Diretrizes de Riad, concernente à circunstância de que classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-delinquente" favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado (ORGANIZAÇÃO..., 1990). Quando se atribui o estigma de marginal, busca-se fomentar o sentimento de vergonha por meio do Direito Penal. Contudo, esse sentimento não pode ser criado artificialmente. Daí que os efeitos da "fratura vivencial" que sofre o delinquente devem ser prevenidos com a reativação do sentimento de comunidade, de modo a afetar sua identidade na vida de relação mediante sua participação na resolução do conflito. Só não haverá espaço para a vergonha como fator de inibição da infração se o indivíduo não conhece e não se importa com seus vizinhos (CHRISTIE, 1998, p. 21-22).

O reconhecimento da dependência estrutural do infrator com os demais leva o indivíduo ao estreitamento dos laços comunitários, como chave para o desenvolvimento humano enquanto ser racional independente. A partir desse reconhecimento de que não somos alheios aos grupos nos quais estamos integrados, podemos verificar que as relações sociais permitem a transcendência dos vínculos interpessoais, uma vez que contribuem para forjar a identidade individual (CONTARELO, 2002, p. 692). Taylor considera que nossa compreensão das coisas boas e importantes da vida pode transformar-se por meio do desfrute em comum com as pessoas que amamos e que alguns bens só nos tornam acessíveis por meio desse desfrute comum (TAYLOR, 1966, p. 64 apud CONTARELO, 2002, p. 692).

À medida que os outros não interagem com o delinquente, compromete-se a mediação como instrumento de inclusão. O reforço dos laços comunitários não prescinde da cooperação entre seus membros para resolver seus problemas, sem a qual a ressocialização não é alcançada. O apego ao sofrimento como atribuição do papel de vítima tanto serve à exigência frustrada de culpabilização do outro, como também pode ser entendido como

transformação do ódio em aparente perdão, já que na posição de sacrifício a dor dos sofredores destrói o outro (NARANJO, 2000, p. 74)[2]. O menor infrator não pode se estabelecer como membro da comunidade enquanto sujeito despojado de dignidade que cede seu lugar em favor da vítima, a não ser que encontre uma identidade narrativa no espaço comunitário.

A justiça restaurativa, inspirada na epistemologia do perdão, trabalha com esteio em bases autênticas de sentimento porque supõe o entrosamento social como forma de mediação informal de conflitos, contrapondo-se ao processo que, ao priorizar o binômio acusação/castigo *(denunciation/deterrence),* amesquinha a meta de responsabilização/restauração *(hold offenders accountability/healing).* É exatamente essa alienação de subjetividade que desloca o homem do centro e fim do direito, mediante abstrações normativas, para simples instrumento de uma ação simbólica.

A doutrina restaurativa inspira-se na tendência comunitarista, porém é difícil traduzir o que se entende pela palavra anglo-saxônica *community,* cuja noção está ligada à vida social, mas sem a estruturação ou organização conferida pela sociedade formal. Na comunidade, as relações espontâneas emergentes criam um nicho social que facilita a resolução da perturbação criminal que surge em seu seio com o delito, aproveitando a facilidade de articulação com seus membros, que portam valores em torno dos quais congregam o indivíduo e as instâncias institucionalizadas. A comunidade surge como grupo intermediário entre o criminoso e o sistema estatal punitivo, com a vantagem de adotar diretrizes da ética comunitária, assimilando nos processos de mediação a ideia de respeito, solidariedade e senso de responsabilidade, vista em uma perspectiva utópica. Na verdade, é o reconhecimento da impossibilidade de se alcançar uma harmonia plena que torna o projeto democrático permanentemente vivo (MOUFFE, 1994, p. 107).

Respeito, cuja expressão é a autonomia do sujeito de direito, é empregado aqui como o reconhecimento do valor intrínseco de outra pessoa. A solidariedade é resultante da confiança, que, ao viabilizar o respeito à ordem social pela previsibilidade do comportamento humano, faz surgir regras que consideram o ponto de vista do outro[3]. A confiança é esse mecanismo de simplificação das relações sociais, permitindo a legítima expectativa do *alter* pela limitação das possibilidades de comportamento em relação ao *ego*, traduzindo a idéia de pertinência ao grupo comunitário.

A autonomia liga-se ao valor da liberdade e ao valor da autodeterminação da pessoa (PINTO, C., 1994, p. 420-421). Como a autonomia, princípio tutelado constitucionalmente, não deve ser entendida de modo estritamente voluntarista a interface da diretriz ético-social do respeito, decorrente do reconhecimento da dignidade da pessoa, que encerra tanto a possibilidade de conformação das relações jurídicas - como o impedimento de que efeitos jurídicos sejam produzidos, delineando a ideia incindível entre autodeterminação e autorresponsabilidade - quanto o valor comunitarista da responsabilidade.

---

[2] Essa maneira em que o outro se torna um mal objeto foi descrita em psicoanálise como agressão inconsciente.

[3] Cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*, São Paulo, a. 3, v. 12, out/dez. 2002.

Essas diretrizes éticas comunitaristas distinguem a justiça restaurativa dos valores subjacentes à lógica retribucionista. Contrariamente à justiça restaurativa, a racionalidade do paradigma da retaliação não exprime respeito pela vítima, alijando-a do processo judicial e relegando-a a um lugar marginal da arena do conflito estabelecido pela denúncia do delito. À primeira vista reconhece-se a autonomia do delinquente, como pessoa portadora de direitos. Contudo, uma vez constatada a culpabilidade do infrator, ele passa a ser tratado como objeto sujeito ao provimento final do procedimento. A autonomia moral é incompleta, pois não se oferece oportunidade para que o acusado concorra para a busca de uma solução construtiva para os problemas causados pelo delito, nível proativo em que opera a justiça restaurativa.

A função da pena mais evidente é a separação, que afeta diretamente o sentimento de pertencimento à comunidade, visto que exclui o indivíduo do seio desta. Na pressuposição de que o indivíduo que viola a norma empreenda uma separação voluntária da comunidade, o castigo corresponderá, paradoxalmente, à separação forçada do indivíduo do convívio comum (RICOEUR, 1976, p. 111 apud MESSUTI, 2003, p. 53).

Ao contrário da epistemologia da retaliação, a justiça restaurativa não despoja antecipadamente o indivíduo da condição de membro da comunidade, e como tal ele efetivamente se torna emissor e destinatário do discurso jurídico que permite a existência desse grupo, abrindo a possibilidade do sentimento da vida em comunidade. Nesse sentido, a própria adesão às regras da mediação comunitária restabelece o *status* de membro e promove a reinserção do delinquente na vida em comunidade. Senão vejamos:

> *L'accettazione delle regole della formazione sociale e soprattutto di quei doveri che ne scaturiscono e quindi di quelle limitazioni, nel comportamento, che direttamente discendono dallo status di membro di quella determinata formazione sociale, appare una sorta di sacrificio che la persona sente a acceta di dover fare come corrispectivo all'utilità, in termini di sviluppo della propria personalità, di appartenere alla formazione sociale (FERRI, 1994, p. 39).*

Tony Marshall define a justiça restaurativa *(Restorative Justice)* como a "process whereby the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and *its implications for the future*" (MARSHALL, 1996, p. 37, grifo nosso). A justiça restaurativa não é propriamente um processo, mas, antes, constitui um conjunto de princípios. O que se destaca na definição acima é a resolução do conflito para o futuro, e nesse sentido pode-se reconhecer a função reintegradora da mediação comunitária, ao contrário da investigação retrospectiva dos fatos que, por terem ocorrido no passado, não podem ser desfeitos. De modo que as teorias da pena buscam justificar a inflição de um mal como método para eliminação do mal produzido pelo delito que ocorreu no passado, caindo na aporia da deslegitimação do direito penal, que só opera no presente pelo receio das incertezas do futuro e pela aversão quanto às contradições do passado, norteado sempre pela ideia de previsibilidade do comportamento humano[4].

[4] Cf. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronese de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A Nova Zelândia trabalha com a justiça restaurativa no âmbito da deliquência juvenil desde 1989. Em 2002, a legislação incorporou ao sistema criminal o princípio da conferência com grupos familiares *(family group conference)* como método de aproximação entre o criminoso e a vítima, inspirada na experiência bem-sucedida de mediação nos crimes cometidos por jovens infratores, compreendendo não só a oitiva dos participantes da dinâmica dos eventos, como também o envolvimento de seus familiares. Nesse sentido, a restauração não se limita ao autor e à vítima, já que também os familiares são afetados como corolário do instinto de autopreservação que agrega pessoas ligadas pela consanguinidade, guardando relação com as reações primígenas da *vindita* privada. Apesar da ênfase na participação daqueles mais afetados pela infração, especialmente interessados na compensação civil, o objetivo não se limita ao ressarcimento à vítima, mas, antes, ao diálogo como meio de alcançar uma decisão compartilhada em que autor e ofendido possam expressar desculpas *(apologise)* e expressar remorso *(remorse)*. A possibilidade de reparação do dano *(attempts to repair the harm done)* é absorvida pelo propósito de restauração do conflito por meio das reconexões com a sociedade afetada pelo crime. Se o interesse violado é limitado ao particular, o mesmo não ocorre com a reação ao crime.

A extensão da participação social mediante a adoção de técnicas da democracia deliberativa *(confering, panels, mediation or sentencing circles)* é mais eficaz do que o processo judicial que alija a vítima e o próprio delinquente, que se sente intocado pelo ritual público, ao sublimar a responsabilidade individual por um fato que parece engendrado na lide penal. A comunidade, cujas demandas sociais e emocionais são ignoradas, encontrando-se alienada do processo, tampouco se sente comprometida para a solução do problema. Enquanto o sistema criminal toma a reabilitação como propósito secundário da pena, a justiça restaurativa realça esse objetivo, tendo em vista que confere à vítima e ao infrator o papel de interlocutores, de cuja interação pode-se alcançar a reconciliação *(reconciliation)*, em contraste com o singelo efeito de prevenção da recidiva perseguido pela pena *(prevent re-offending)*.

EPISTEMOLOGIA DO PERDÃO NA MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS PELA JUSTIÇA

O que inspira a piedade é o receio de que o infortúnio testemunhado no outro se abata sobre nós. Essa projeção de que um sofrimento análogo nos alcance por identificação não resolve o problema do outro, mas antes soma à dor alheia o mal-estar que nos previne do infortúnio. O perdão que se incorpora como instrumento de ressocialização do menor infrator é mais do que sensibilidade diante da tristeza de um semelhante.

Quando se fala em uma epistemologia do perdão no enfrentamento da criminalidade infanto-juvenil, trata-se de uma disposição habitual para sentir compaixão. Na compaixão comungamos o sofrimento do outro, porque nos regozijamos pela sua existência, enquanto na piedade estimamos tristeza pelo flagelo de alguém. No primeiro caso, o amor é que desperta nosso sentimento de solidariedade, enquanto a piedade lastima a desgraça alheia por imitação do sofrimento do outro.

Adam Smith, ao confrontar piedade e misericórdia com simpatia, diz que a simpatia é mais ampla que a piedade e a misericórdia: não só o infortúnio (padrão situacional) faz brotar emoção análoga à do sofredor (reação emocional), como também não menos real é a solidariedade do expectador suscitada pela felicidade alheia (SMITH, 1999, p. 7-8). Como se vê, em ambos os casos existe simpatia como argumento de justificação do tormento do outro por intermédio da imaginação, prevenindo-nos da aflição que nos afetaria se estivéssemos na mesma situação. A simpatia não surge, pois, tanto da contemplação da paixão como da situação que a provoca (SMITH, 1999, p. 9).

Só temos compaixão por aquilo que respeitamos. Ao contrário da piedade, que traz consigo uma parcela de desprezo, a compaixão é um sentimento horizontal que se estabelece entre iguais ou, antes, que realiza essa igualdade entre aquele que sofre e aquele que compartilha seu sofrimento (COMTE-SPONVILLE, 2000, p. 127). Esse esforço no sentido de realizar uma ação concreta de benevolência não é simplesmente determinado, mas, como o amor, educado. Contudo, esse aprendizado não se realiza sozinho. A compaixão reside justamente nessa ambiguidade de ser ao mesmo tempo virtude e sentimento, isto é, no desenvolvimento em si da capacidade de senti-la (COMTE-SPONVILLE, 2000, p. 128).

A misericórdia é menos a virtude do perdão do que sua verdade: ela o realiza suprimindo o ódio, mas não a falta que ela supõe e manifesta (COMTE-SPONVILLE, 2000, p. 140). Para os cristãos, o sentido teológico do pecado consiste unicamente na revelação do perdão, concepção não ignorada, mas antes confessada no Credo: "creio na remissão dos pecados" (BERISTAIN, 1990, p. 310). Retomando as lições de Radbruch[5], para o Cristianismo o perdão subverte a essencialidade dos valores jurídicos, tendo em vista que a maneira do nosso direito é fatalmente determinada pela maneira que reveste o não direito do nosso adversário em uma perspectiva dicotômica. A não essencialidade perante Deus inscrita na expressão "não resistais ao mal" significa que para a Filosofia religiosa do Cristianismo a retaliação do crime pela espada é algo tão efêmero quanto o Estado, isto é, defender nosso direito ou sofrer uma injustiça são igualmente indiferentes em uma comunidade de amor, cujo único propósito é servir na esteira de uma epistemologia do perdão.

Não se esquece o crime, e exatamente por isso somos dispensados de buscar justificativas. Apenas o arrependimento do infrator dá sentido ao perdão, isto é, sem o reconhecimento dos próprios erros não se pode extrair da experiência da transgressão o proveito da auto-análise. A palavra arrependimento na bíblia aparece como *metanoia*, que significa mudar de ideia. Essa mudança só é possível porque o arrependimento encerra uma forma de compromisso que se traduz no reconhecimento do erro. Seu valor pedagógico só pode ser atribuído como experiência do infrator. O discernimento quanto ao desvio do ato infracional não é comunicável ao delinquente, mas poderá ser alcançado quando este for afetado em sua experiência de reavaliação do comportamento por meio do arrependimento. Se o remisso faltar com indulgência ao próximo, praticando novos delitos, sua absolvição será retirada exatamente por falta de aprendizado. De outro modo, o perdão converter-se-ia em fraqueza e pusilanimidade. Se o amor ainda não é

[5] Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, § 12°. A filosofia religiosa do Direito.

possível, porque prematuro, tornando o perdão a um só tempo necessário e supérfluo, a misericórdia é alcançada pela compreensão da personalidade do menor infrator e pela proposição da medida socioeducativa, cuja aceitação reflete a utilidade do "castigo" com o reconhecimento dos próprios erros, sem compartilhar a emoção que afetou o estado de equilíbrio do delinquente, desencadeando uma ação inadequada.

Esse perdão justo busca novo caminho epistemológico para superar o dualismo entre a religião e o direito já prenunciado pelo adágio latino *summum ius, summa iniuria*, demonstrando que a *ratio iuris* não se confunde com a *ratio legis*: enquanto esta se determina pela causa eficiente e final de elaboração da lei, aquela se verifica mediante a projeção do fenômeno jurídico como um todo, cuja correção se aferirá pelo efeito justo da hermenêutica que se propõe a resolver a controvérsia, sem recusar a aplicação da sanção necessária quando o conflito existir. Vale citar a encíclica *Dives in misericordia* do pontífice João Paulo II (apud BERISTAIN, 2000, p. 165), de 30 de novembro de 1980, sobre o tema:

> a misericórdia, entretanto, tem a força de conferir à justiça um conteúdo novo que se expressa da maneira mais singela e plena no perdão. Este, com efeito, manifesta que, além do processo de compensação e de trégua que é específico da justiça, é necessário o amor, para que o homem se fortifique como tal. O cumprimento das condições da justiça é indispensável sobretudo para que o amor possa revelar o próprio rosto. Ao analisar a parábola do filho pródigo, temos chamado já a atenção sobre o fato de que aquele que perdoa e aquele que é perdoado se encontram em um ponto essencial, que é a dignidade, vale dizer, o valor essencial do homem que não pode deixar-se perder e cuja afirmação ou cujo reencontro é fonte da mais grande alegria.

O sistema penal que se legitima pela coação observa um acontecimento através de um espelho deformante, que se apropria do fato incriminado sob o ângulo estreito de um único gesto executado num dado momento por um de seus protagonistas (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 81-82). Como a ideia de justiça e segurança da ordem jurídica opera por meio de categorias simplificadoras do turbilhão da vida, sua racionalidade caracteriza-se pela descontinuidade, assim como, em face dos fenômenos vitais, pela generalidade (RADBRUCH, 1979, p. 211). Essa metodologia do direito revela sua insuficiência diante da totalidade fluente da vida. As ações humanas não conhecem descontinuidade e particularidade, já que as diferentes ações e aspectos do sujeito não passam de movimentos dum todo uno e indivisível (RADBRUCH, 1979, p. 211). Radbruch sintetiza seu pensamento:

> Porventura, a maior mágoa daqueles que se deixam colher pelas engrenagens dessa máquina que se chama direito, consiste precisamente em terem de assistir, todos os dias, impassíveis, à interrupção caricatural que a imagem duma ação ou a imagem total de uma vida, da qual a primeira é arrancada, têm de sofrer, ao verem-se obrigados a encarar a primeira apenas na sua particularidade e a segunda só através do aspecto casual e limitadíssimo duma sua manifestação isolada. (RADBRUCH, 1979, p. 211)

A pessoa é vista na epistemologia da retaliação como uma variável independente das situações, haja vista que castigo é o estipêndio da iniquidade. Vale dizer, o sistema criminal intervém tardiamente, ao mesmo tempo em que trabalha com a imagem da ponderação do custo/benefício da pena para o infrator como se fosse a única premissa para o comportamento que queremos evitar. Na abordagem abolicionista de uma epistemologia do perdão,

torna-se central a mudança de foco da ação para a interação, do *comportamento* para a situação. Não se trata da situação nos moldes em que Adam Smith concebeu a compaixão como atitude de prevenção da emoção que nos afetaria se estivéssemos no lugar do infrator. Antes, na epistemologia do perdão cabe observar que a reação determinada pela emoção é uma força motriz que não está desvinculada de fatores endógenos, como se a *situação* não fosse, além de estímulo, também *perturbação* determinada pela elaboração singular e complexa pelo outro da paixão manifestada no delito (*compensação*).

Na seara menorista, verificamos que adolescentes envolvidos com atos infracionais são, em sua esmagadora maioria, indivíduos que desde a infância estiveram à margem de políticas sociais básicas. A não incidência do direito penal no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude é resultado da conjugação da condição peculiar da criança e do adolescente enquanto pessoas em desenvolvimento com políticas públicas. No critério da inimputabilidade penal subentende-se que a prevenção especial é atingida, antes, por um conjunto de atividades e serviços de caráter pedagógico do que pela retaliação jurisdicionalizada, isto é, a resposta do Estado deve cercar-se de mecanismos inclusivos de aprendizagem, permitindo que o crime deixe de ser a única opção ou, pelo menos, a mais atraente para a construção de uma subjetividade (coculpabilidade).[6]

A passagem do paradigma da retaliação para o paradigma do perdão não é feita a partir do desenvolvimento do primeiro paradigma, e, sim, a partir de uma série de deficiências que mostram sua insuficiência diante do novo horizonte de observação. O que está em jogo não é o desentendimento, mas algo mais básico: a diferença radical do outro. Precisamos compreender as diferenças entre os seres humanos para resolver as consequências do comportamento delinquente, focalizando melhor as interações (ZAJDSZNAJDER, 2002, p. 111).

Durkheim (1963, p. 60 et seq.) elaborou dois importantes postulados do delito: sua normalidade e funcionalidade. Na medida em que a conduta social é concebida como regulada por normas, então as formas da conduta anômica estarão determinadas pelo tipo social e estado de desenvolvimento da sociedade. Isso significa que o ato infracional não tem sua origem em nenhuma patologia individual ou social, mas é necessário para sua estabilidade e mudança. Por detrás da falta cometida, o Estado pode verificar situações de evasão escolar, opressão e desestrutura familiar, falta de políticas públicas, comprometimento com entorpecentes e aliciamento para o tráfico. Por meio do ato infracional, pode-se, sobretudo, monitorar a implementação e eficácia de outras instâncias de controle social informal, como a família, a escola e a comunidade.

[6] Coculpabilidade é expressão herdeira do pensamento socialista de Marat. Marat concordava com a legitimidade do direito penal como retribuição, mas ponderava que a lei do talião era adequada em uma sociedpade justa. O âmbito de autodeterminação de um sujeito é diferente do de outro de extrato social elevado, de modo que não se poderá atribuir a sanção penal com o mesmo grau de reprovabilidade em relação àquele que teve oportunidades. As circunstâncias sociais em que se encontra um sujeito, cujo âmbito de autodeterminação da vontade é menor, devem ser levadas em conta no abrandamento da pena consoante dispõe de maneira genérica o artigo 66 do Código Penal brasileiro. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 613) Ver também: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 267-270.

Por isso, a epistemologia do perdão no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/92) trabalha no sentido oposto à inflação legislativa que estabelece incriminação cada vez maior de comportamentos sociais.[7] O direito penal juvenil simbólico voltado para as consequências é sintoma da ineficiência da atividade repressiva e anomia de sua expansão em decorrência da perda do enfoque funcional. Ao deixar de ser um obstáculo à incriminação, o aumento do poder informal das agências repressivas torna-se seletivo e permite, no âmbito de sua discricionariedade, a planificação normativa para recuperar a práxis das disposições legais segundo um juízo de possibilidade (GALVÃO, 2000, p. 128).

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a discricionariedade atua como política criminal no sentido de exclusão da incriminação como um esforço gradual, atendendo à diretriz das Nações Unidas, que recomenda a concessão de faculdade à autoridade policial, ao Ministério Público e a outras entidades que cuidem de adolescentes autores de atos infracionais de não levá-los a ser objeto de procedimentos formais (ORGANIZAÇÃO..., 1985). A competência exclusiva do juiz para a aplicação de medida socioeducativa a adolescente pela prática de ato infracional restringe-se à hipótese do artigo 180, III, do ECA (Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça), supondo, em qualquer caso, a representação do Ministério Público, que só a ofertará quando entender inoportuna a remissão como forma de exclusão do processo com ou sem inclusão de medida socioeducativa (ECA, artigo 201, I) (BRASIL, 1990). A remissão judicial revela-se, então, como outra oportunidade para a implementação da doutrina da proteção integral do ECA, prestigiando a condição do menor infrator como pessoa de desenvolvimento incipiente da personalidade, mas em processo de maturação.

A epistemologia do perdão não só leva em consideração os aspectos cognitivos e volitivos da problemática geral da imputabilidade, mas também reconhece a transitoriedade das manifestações na conduta de pulsões primariamente destrutivas decorrentes da experiência ainda insuficiente, resultantes de conflitos internos em que *Eros* e *Thanatos* se digladiam em razão do crescimento, para, afinal, prevalecer a vida (TRINDADE, 2002, p. 47). Nesse sentido, constitui princípio fundamental das Direrizes de Riad o "reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade" (ORGANIZAÇÃO..., 1990).

A fisionomia da misericórdia divina faz da paciência uma dádiva infinita que irá marcar o ritmo das relações do salvador com o seu povo até a vinda de seu Filho (LÉON-DUFOUR, 1987, p. 595). É na encruzilhada do processo de maturidade que a piedade deixa de ser eco de um instinto de bondade que se engana a respeito de seu objeto para adquirir base sólida de fidelidade a si próprio. No cristianismo, o próximo não é aquele que se comove com o sofrimento alheio, mas a disposição de cuidado daquele que utiliza a misericórdia precede a qualquer dever ou mandamento como consequência espontânea do amor gratuito.[8]

---

[7] A regra da subsidiariedade enuncia que a intervenção do legislador para a criminalização de comportamentos deve ficar em *stand by*. Não basta a incidência eventual do comportamento incriminado, devendo este persistir no tempo como experiência criminológica. A política criminal não pode ser apanágio para a solução de problemas com baixa incidência, porque o direito penal deve ser a última ratio. Caso contrário, o direito penal deixa de atuar preventivamente à medida que deixa de ser alternativa para a resolução dos conflitos que persistem no tempo.

[8] Cf. MOREIRA, Gilvander. *Compaixão-misericórdia;* uma espiritualidade que humaniza. São Paulo: Paulinas, 1996.

O que aparentemente fragiliza o sistema, antes o fortalece pela retomada da coerência de uma dogmática que enfrenta a violência como ameaça real que nos atemoriza, e não como resposta à percepção que temos de tal ameaça, cujas consequências são dirigidas em prejuízo do próprio infrator, ou contra sua família e equivalentes simbólicos. A desigualdade e a degradação amenizam o sentimento de culpa em relação àquele que tem seu direito ao pleno desenvolvimento da personalidade violado. Na medida em que o menor infrator não é visto como sujeito moral, este dificilmente terá razões para se comportar de acordo com as regras do jogo que sistematicamente o prejudicam (VIEIRA, 1997, p. 27). Como a privação esgarça os vínculos comunitários do jovem infrator, ele não se importa de não ser alcançado pelo conjunto de direitos que protegem os outros cidadãos. Essa perda de contato com a realidade tem contribuído para a construção de um direito penal juvenil, cuja eficácia no combate à criminalidade é apenas simbólica (GALVÃO, 2000, p. 127).

A instrumentalização da epistemologia do perdão não se detém no nível de avaliação exterior que se contenta em perceber a misericórdia como uma relação de desigualdade entre aquele que a exercita e aquele que a recebe, deixando sobre este a marca difamante da culpa. A parábola bíblica do filho pródigo bem demonstra a inadequação de uma abordagem retaliatória ou, antes, como a expectativa da punição subsumida na reconciliação do perdão gerou o efeito paradoxal pelo restabelecimento do equilíbrio entre o estado de filiação e de paternidade. A verdadeira face da misericórdia manifesta-se em um plano de reciprocidade quando "reavalia, promove e sabe tirar o bem de todas as formas de mal existentes no mundo e no homem" (ENCÍCLICA..., 2001, p. 37).

A dignidade perdida é recuperada e revalorizada, porque o ato infracional só é compreendido como tal à medida que são aviventados os marcos da lei, e que a tensão entre faticidade e validade não ceda à flexibilidade do desejo, suprindo a carência de autoridade no núcleo familiar com a ideia de limite. Como a noção de limite é precedida pela de dever do Estado e da família, a ideia de reciprocidade favorece a constituição de sujeitos morais. A partir do momento em que as crianças e os adolescentes confirmarem suas expectativas de que os adultos e o Estado respeitem seus direitos, tenderão a compreender que o convívio em comunidade exige o respeito das esferas de dignidade alheias (VIEIRA, 1997, p. 28).

Arrependimento, pedra de toque da epistemologia do perdão, não é senão essa "experiência em que não somos convencidos por nada externo, mas que é percebida por uma lógica como se a outra fizesse sentido pelos mesmos princípios que esta mesma faz sentido" (BONDER, 1992, p. 147). A autocrítica só será possível se a resposta não for revertida à sua condição de pergunta. Nisso reside a diferença entre as atitudes de arrependimento e retratação: enquanto a primeira é uma experiência orientada pela pedagogia do erro, a segunda é reclamada como reação ao cinismo daquele que perpetrou o delito, mas se refugia na ignorância para se acobertar da responsabilidade. A retratação é uma forma de aliviar a opressão externa, mudando o foco da situação, como se o indivíduo estivesse se distanciando da experiência que o levou àquela reprimenda e atribuindo-a a outra pessoa. O desejo de punir apenas recrudesce o cinismo e a violência do outro (BONDER, 1992, p. 148).

Sem a comunicação entre os valores coletivos e o indivíduo não há arrependimento, porque a única possibilidade real de impunidade para um ser humano é não saber (BONDER, 1992, p. 148). Por isso, o controle social comunitário deve se sobrepor como instância que

precede à repressão pela justiça da infância e da juventude, uma vez que tanto a conduta regular como a conduta desviada são definidas em relação aos respectivos sistemas de normas e valores oficiais e subculturais. Em razão da semelhança da estrutura e da significação, visto que o ato infracional praticado pelo menor infrator reflete o grau de aceitação e interiorização dos valores da cultura ou subcultura à qual pertence, o vácuo do código de valores que a transgressão expressa deve ser imediatamente ocupado pelos valores comunitários que se reforçam e transmitem mediante idênticos mecanismos de aprendizagem e socialização (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 364). O nicho da subcultura na comunidade, que alimenta a gênese de modelos de comportamentos que expressam valores distintos da ordem social, é o resultado da descontinuidade da transmissão dos valores culturais, que acarreta a fragmentação do espaço social. Quando falha o controle social informal, deve-se priorizar a capacidade de compreensão da comunidade dos desvios de comportamento como idiossincrasias, à medida que a empatia instrumentaliza a solidariedade e restaura a comunicação social. Se o conflito revela a ambivalência dos códigos de valores próprios em relação aos oficiais, deverá ser reconhecido antes como tal pela mediação interpessoal de seus protagonistas no tecido da comunidade e somente subsidiariamente rotulado pela Justiça da Infância e da Juventude, que em todo o caso irá se esmerar em descentralizar a execução de medidas socioeducativas na comunidade.

A OITIVA INFORMAL COMO *LOCUS* PRIVILEGIADO PARA A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS, DIAGNÓSTICO DE VULNERABILIDADES E RESSIGNIFICAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SUBJETIVA INFRACIONAL

Na genealogia da conversão, o arrependimento afasta a humilhação daquele que recebe a remissão restabelecendo a verdadeira fisionomia da misericórdia, que se baseia na relação de equilíbrio subjacente à dignidade reencontrada nos valores da experiência de convivência humana. Dentre os valores dessa convivência ressai a compreensão, sem a qual a justiça perde seu conteúdo de equidade. Não é outra a orientação das Regras de Beijing, que preveem relatórios de investigação social sobre o meio social (coculpabilidade), os antecedentes e as circunstâncias da vida pregressa do jovem (anamnésia) e as condições em que se deu a prática do ato infracional (binômio perturbação/compensação) "para facilitar a adoção de uma decisão justa por parte da autoridade competente, a menos que se tratem de infrações leves, antes da decisão definitiva" (ORGANIZAÇÃO..., 1985). Por isso, a observação perceptiva da *situação* precede à observação judicativa (pensar), porque esta pressupõe um critério, e o critério não registra o acontecimento a nível psicológico do delinquente, mas apenas o padrão de comportamento não observado pelo infrator.

A remissão, na dicção do artigo 126 do ECA, pode ser aplicada pelo Ministério Público como forma de subtraí-lo da jurisdição e evitar a estigmatização do processo, "atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional" (BRASIL, 1990).

A remissão abre oportunidade para o enquadramento do perfil do menor infrator, viabilizando a antecipação da execução da medida socioeducativa adequada e ponderando o mérito e a capacidade do autor do fato de cumpri-las. Nessa perspectiva, a remissão não é despojada

do significado de indulgência do ato, haja vista que sua proposta é elaborada em um espaço de consenso durante a oitiva informal do menor acompanhado de seus pais, excluindo-se do rol das medidas eventualmente aplicadas as que implicam privação de liberdade, como semiliberdade e internação (ECA, artigo 127) (BRASIL, 1990). Como diz Shakespeare : "a qualidade da clemência é que não seja forçada [...] é duas vezes bendita; bendiz ao que a concede e ao que a recebe"[9].

Esse instituto deve ser compreendido na esteira da epistemologia do perdão, que ao privilegiar a situação repudia o apanágio do modelo garantista, cujo contrapeso é a inflição de uma sanção sem outra perspectiva que não seja retribucionista. Embora não exista mais a expressão "desvio de conduta" referida pelo antigo Código de Menores (Lei n. 6.697/79, artigo 2º, V), associada à atitude do menor que revela inadaptação familiar ou comunitária sem sua subsunção como ato infracional (Lei n. 6.697/79, artigo 2º, VI) (BRASIL, 1979), o comportamento habitual contrário aos padrões e valores aceitos no relacionamento em família e com outros grupos da organização social, sem transgredir a legislação penal, encobre um conflito entre o adolescente e o meio sociocultural sintomático da situação de risco que reclama pronta atuação do Estado. Tanto assim que o artigo 114 c/c artigo 127, ambos do ECA (BRASIL, 1990), permite a intervenção dos atores da Infância e Juventude não como corolário de um ato infracional acompanhado de provas suficientes da autoria e da materialidade do delito, mas da ilação quanto à predisposição do envolvimento do adolescente no *iter criminis* a partir da situação na qual ele se encontra[10].

O conceito de sujeito no Estatuto da Criança e do Adolescente atenua a regra *cogitationis poenam nemo patitur*[11], à medida que a afetação da esfera de desenvolvimento da personalidade do indivíduo não é isenta de controle, mas antes traduz relevância social como prematuro sinal de perigo do comportamento antissocial. Como o Estatuto considera a exposição do adolescente em situação de risco por meio da prática do ato infracional, isso não significa que não se deva ampliar o espectro do artigo 98, III, da Lei n. 8.069/92 para estender o caráter público às relações e âmbitos privados, como a preparação, a tentativa de participação, a participação em crime culposo, a associação com criminosos irremediáveis sem a estabilidade que confere à organização perfil de quadrilha ou mendicância. Não se trata de antecipação da consumação para autorizar a intervenção, haja vista que a antecipação da punibilidade não é ampliada nos limites do permitido para a prevenção e na medida do permitido para a repressão, como ocorre no direito penal, fomentando uma tendência à subjetivação (JAKOBS, 2003, p. 110). Trata-se de reconhecer que o delito é a compensação deflagrada por uma perturbação, tendo em vista que se renuncia ao *corpus delicti* para se concentrar nos fenômenos externos que já são de qualquer modo perturbadores e denotativos de uma *situação* de risco.

Note-se que a Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06), embora tenha tratado das condutas que enquadram o usuário de entorpecentes no artigo 28 sob a rubrica do Capítulo III, que

[9] "The quality of mercy is not strain'd; It droppeth as the gentle rain from heaven; Upon the place beneath: it is twice bless'd; It blessth him that gives and him that takes " O mercador de Veneza. Ato IV, cena 1, diálogo de Pórcia com Shylock.

[10] Adolescente fora da escola, quando deveria estar em sala de aula. adolescente apreendido próximo ao local do ato infracional e não raro dormindo fora de casa. adolescente usuário de drogas que estava acompanhando um outro menor que trazia consigo na mochila entorpecente, revólver. adolescente apreendido quando girou a chave da ignição do carro.

[11] O pensamento não pode sofrer pena.

trata dos *Crimes e das penas*, não previu qualquer das consequências que definem crime ou contravenção em seus três incisos (BRASIL, 2006). Nessa seara, se fôssemos privilegiar a interpretação autêntica, então não poderíamos aplicar qualquer medida socioeducativa aos adolescentes consumidores de drogas (ECA, artigo 112) (BRASIL, 1990). O art. 103 do ECA limita a classificação da conduta como ato infracional à sua descrição como "crime ou contravenção penal", pois o artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal) apenas elenca como crime "a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente"(BRASIL, 1941). No entanto, é sabido que, em uma interpretação sistemática e restaurativa, a abordagem judicativa deve ser antecedida pelo exame da *situação*, em que se vislumbra exposição a risco em virtude da própria conduta, *quid* que acompanha todo delito, mas não se exaure nele (ECA, artigo 98, III) (BRASIL, 1990). Além disso, invocamos em nosso auxílio, para a adoção de medidas socioeducativas aos usuários adolescentes, a interpretação sistemática do próprio artigo 28 da Lei n. 11.343/06, que emprega a expressão "reincidência" no § 3º que, antes de tudo, é um termo técnico que se reporta a outra conduta tipificada como crime[12] .

O foco deixa de ser a retaliação, que a matriz garantista reforça na identificação da remissão como procedimento preparatório de um ato de império, burocratizando a concessão de medidas socioeducativas em meio aberto com a interveniência obrigatória de advogado, deslocando-se para a situação sintomática do risco do adolescente. Além do mais, a aceitação da remissão proposta pelo Ministério Público não induz os efeitos preconizados no artigo 122, III, do ECA pelo seu descumprimento reiterado, sob pena de burlar a ressalva do artigo 127 do mesmo diploma, servindo, antes, como índice para aquilatar a tendência delituosa do adolescente de modo a justificar o esgotamento do benefício e a instauração do procedimento socioeducativo por meio da representação sem a preclusão da remissão que poderá ser renovada em sede judicial e em qualquer fase do procedimento socioeducativo[13].

[12] O artigo 63 do Código Penal ao definir reincidência dispõe "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime [...]"(BRASIL, 1940).

[13] Na Itália o art. 112 da Constituição enuncia regra drástica quanto à obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo Ministério Público, *"il p. m. ha l'obbligo di esercitare l'azione penale"*, que em razão de sua extrema rigidez foi temperada pela Corte Costituzionale, que na decisão de n. 88/91 estabeleceu essa regra como um importante ponto de convergência de um conjunto de princípios basilares do sistema constitucional, com o qual se entrecruzam o princípio da legalidade (art. 25), o princípio da igualdade dos cidadãos perante a Lei (art. 3), assim como o princípio da independência do Ministério Público. O princípio da obrigatoriedade da ação penal não impede que o ordenamento preveja hipóteses em que o Ministério Público, no pleno respeito à garantia de não discriminação, abstenha-se de intervir em casos de irrelevância do fato (PALOMBI, 2004, p. 585). Assim, a hipótese de irrelevância penal emerge no âmbito na infância e juventude como remissão pura e simplesmente segundo a repercussão do processo no contexto de segurança do menor, dispondo o art. 27, 1°. D.P.R. 22 de setembro de 1988, n. 448, que: "*durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il publico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrelevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne".*
Ainda no tocante ao rigor da regra da obrigatoriedade da ação penal, a Corte Constitucional na sentença n. 149, depositada em 09 de maio de 2003, admitiu a possibilidade de a decisão de extinção do processo *(sentenza di proscioglimento per irrelevanza del fatto)* ser estendida também para a fase dos debates *(dibbattimento)*, declarando a ilegitimidade constitucional do art. 27, comma 4°., do d. P.R. 448/88, na parte em que limita a oportunidade de pronunciamento da *sentenza de proscioglimento* por irrelevância do fato somente na audiência preliminar, no juízo imediato e no juízo diretissimo.

A remissão, conquanto não importe na aplicação de medida socioeducativa privativa de liberdade, porque destituída de caráter unilateral-impositivo, propicia a inclusão de medida socioeducativa de caráter bilateral-negociado, cuja eficácia está subordinada antes ao próprio ajuste que redundou na aceitação voluntária da medida do que à homologação judicial. Os encaminhamentos propostos em sede de remissão nada mais são do que antecipação do próprio Plano Individual de Atendimento (PIA). Afinal, o que é o PIA senão um *instrumento administrativo de acompanhamento, aplicação e avaliação de como o adolescente está evoluindo em termos de serviço público a partir da visão geral sobre suas condições de desenvolvimento e vulnerabilidade?*

Se o legislador quisesse que as medidas socioeducativas fossem endereçadas ao menor exclusivamente pelo juiz, não utilizaria, no artigo 112 do ECA, a expressão *autoridade competente*, mas autoridade judiciária. Além disso, o artigo 128 do ECA faculta ao adolescente, aos seus pais e ao Ministério Público ingressar em juízo a qualquer tempo com pedido de revisão, reforçando o caráter transacional do instituto (BRASIL, 1990)[14].

Na mesma esteira da diretriz do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que tornou obrigatórias as audiências de custódia, houve também a inflexão desse mesmo caráter de imperatividade às oitivas informais e à responsabilidade do membro do Ministério Público, não só em relação à análise da legalidade da apreensão como também da incolumidade física e mental de adolescentes apreendidos, exercendo neste momento o juízo de manutenção ou não de sua internação. Na prática, ao contrário do pedido de custódia provisória do adolescente, essa última análise equivale ao provimento de alvará de liberdade das audiências de custódia dependendo apenas de manifestação do Ministério Público, o que pode ser feito mediante simples ofício endereçado à direção da unidade de internação, requisitando-lhe que se proceda à entrega *incontinenti* do adolescente ao seu responsável, imediatamente após a realização da audiência informal, com fundamento no artigo 201, VIII, do ECA.

Sob a égide da obrigatoriedade das audiências de custódia, a facultatividade das oitivas informais restou fragilizada e consolidou a prerrogativa e responsabilidade do membro do Ministério Público quanto à liberação do menor apreendido. Se a autoridade policial pode e deve fazer a entrega ao responsável do adolescente apreendido na flagrância de ato infracional, em que a internação provisória se afigurar ilegítima ou sem plausibilidade factual, contanto que ele não esteja submetido à privação de liberdade por ato judicial, estende-se ao órgão do Ministério Público a mesma prerrogativa legal deferida à autoridade policial (ECA, artigo 174) (BRASIL, 1990). Como mencionamos, essa prerrogativa se torna inerente à indispensável entrevista do adolescente pelo Ministério Público, pois do contrário nem sequer haveria necessidade de sua previsão legal (ECA, artigo 179)[15]. Na falta de encadeamento

[14] Em sentido contrário: Alexandre Morais da Rosa (2003). Embora o autor admita que a remissão na fase pré-processual esteja fundada na autonomia da vontade e seja destituída das consequências do art. 122, III, do ECA, reclama a intervenção no ato de advogado como pressuposto do desenvolvimento válido e regular do processo, deixando de enfrentar a questão da postulação de revisão judicial a qualquer tempo como alternativa de desburocratização, considerando que as medidas passíveis de aplicação não têm caráter de privação de liberdade.

[15] Cf. COSTA, Epaminondas da. Natureza Jurídica da Audiência Informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90. IN: *Anais do XXI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO*; Os desafios e oportunidades do Ministério Público Brasileiro na Era Digital. AMPERJ, Rio de Janeiro, Caderno de Teses, pp. 278-284, 2015.

de uma fase pré-processual à semelhança das "audiências de custódia", sobretudo à luz do princípio legal da excepcionalidade da medida de internação (ECA, artigo 121, caput) e da regra que veda a internação de inimputáveis sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, a ausência da realização da audiência informal, embora não acarrete nulidade processual, remanesce facultativa apenas sob a perspectiva de o adolescente não poder ser chamado a produzir provas contra si.

Já a remissão aplicada em procedimento judicial é endereçada ao menor pelo juiz e não aplicada em comum acordo, como ocorre no manejo do instituto como forma de exclusão do processo, obtendo um sentido coercitivo que atende aos propósitos de prevenção geral pela pressuposição da representação do Ministério Público. O desdobramento da remissão no processo pode ser sua suspensão ou extinção, sinalizando, no primeiro caso, seu caráter sancionatório, ainda que de cunho premial. Nesse caso, o juiz deixa de pronunciar o delito emitindo provimento, cujo efeito extintivo depende do tempo de sobrestamento do feito e de outras circunstâncias, podendo consistir em um comportamento omissivo de não cometer durante o tempo[16] em que pender a suspensão novos atos infracionais (*probation*) e/ou em comportamento comissivo, como atender a frequência escolar, sessões de desintoxicação, consultas com psicólogo, assistente social etc.

Apesar de desenvolvermos uma epistemologia do perdão como resposta à criminalidade no âmbito da infância e da juventude, não compartilhamos com os críticos do sistema penal da inoperância da privação de liberdade, desde que a medida socioeducativa de internação não afaste os adolescentes das escolas, da comunidade, da família, haja vista que possuem personalidade ainda em desenvolvimento. Como diz Nils Christie (1998, p. 18), o encarceramento retira do prisioneiro traços de sua personalidade que impedem que os outros tenham alguma identificação com o infrator, uma vez que, despojado de sua humanidade, ele é visto como objeto. A ressalva quanto à não interrupção dos canais de comunicação social com o menor é que confere à medida de internação caráter socioeducativo. O ECA não permite que os espaços onde adultos cumprem pena sejam compartilhados com menores sob o regime de medida socioeducativa, porque a estigmatização da pena de prisão aplicada aos adultos é uma forma de rompimento da comunicação antecipado que segrega antes de punir, separa do convívio social porque não tem a pretensão de reintegrar. Não podemos ceder à tentação das *categorias do pensamento* de enquadrar os menores infratores como a incorporação do mal e a *nós* como a personificação do bem, porque essa discriminação só aumenta a distância que, em última análise, embaraça o fluxo comunicativo em que se articula a doutrina da proteção integral e o sistema de garantias.

Embora a privação de liberdade não contribua como meio de ajustamento do adolescente infrator, é inegável que um tratamento reformador (*probation*) só é aplicável sob um regime que admita a internação como forma de expiação de delitos. Se a internação do menor não é eficaz para dissuadir a prática de novos crimes, é certo que no curso da medida aplicada a perpetração de novos delitos é evitada ao menos temporariamente

[16] A lei alemã que trata do julgamento dos processos de adolescentes (*Jugendgerichtsgesetz*), de 11 de dezembro de 1974, prevê no § 47, III, que o procedimento retomará seu curso à vista de novos fatos e meios de prova que sirvam de plataforma para uma nova denúncia, *verbis: Wegen derselben Tat kann nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel von neuem Anklage erhoben werden.*

(CHRISTIE, 1998, p. 18). A periculosidade criminal traz consigo o perigo de recidiva, contendo um juízo repressivo quanto ao crime cometido e a probabilidade de cometimento de outros em seguida, sendo residual em relação à estratégia de abordagem da situação de risco adotada preponderantemente pelo ECA, que realça a defesa preventiva como uma avaliação da periculosidade social, isto é, não específica da periculosidade criminal e dependente da confluência de fatores objetivos[17].

A obediência às normas sociais é sempre uma questão de filiação à comunidade e à família. Ora, quando se fala em fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, como circunstância preponderante para a aplicação das medidas específicas de proteção, o artigo 100 do ECA remete à estratégia restaurativa, que também é de cunho pedagógico, concernente ao acesso e à permanência na escola. Essa verificação de ordem genética das medidas socioeducativas com a educação formal, ou seja, ministrada em instituição oficial ou reconhecida pelo sistema de ensino de cada esfera de Poder, vem expressa no artigo 53, V, da Lei n. 8.069/90, no qual a ideia de fortalecimento dos laços familiares e comunitários está solidamente assentada na garantia de escola pública e gratuita próxima à residência da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

As escolas são naturalmente vocacionadas para orientar os pais quanto ao **dever de cuidado**, e nela se convergem os eixos da educação e da saúde (dentre os fatores objetivos de vulnerabilidades), haja vista que a organização da Atenção Básica compreende Estratégia Saúde da Família (ESF), Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e Programa Saúde na Escola (PSE), enquanto o eixo assistencial é concomitante desde o ingresso do adolescente no Sistema Socioeducativo, notadamente por meio do serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI)[18]. O primeiro programa da assistência social, ligado ao Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), é destinado ao enfrentamento das **condições de vulnerabilidade** das famílias e à reabilitação da família como núcleo do **cuidado**, enquanto que a equipe de referência da família e visitas domiciliares dos agentes comunitários dariam apoio para a realização dos objetivos da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei, em Regime de Internação e Internação Provisória (PNAISARI) e desdobramentos no meio aberto. A própria PNAISARI (BRASIL, 2014, artigo 10, I, h) estabelece como objetivo na Atenção Básica "o desenvolvimento dos trabalhos com os determinantes sociais de saúde relacionados às vulnerabilidades pessoais e sociais desta população, além de outras ações que efetivamente

[17] Cf. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell, 2003, Cap. 3: A periculosidade do criminoso.

[18] Os usuários deste serviço são famílias e indivíduos que vivenciam violações de direitos por ocorrência de:
- violência física, psicológica e negligência;
- violência sexual: abuso e/ou exploração sexual;
- afastamento do convívio familiar devido à aplicação de medidas socioeducativas ou medidas de proteção;
- tráficos de pessoas;
- situação de rua e mendicância;
- abandono;
- vivência de trabalho infantil;
- discriminação em decorrência da orientação sexual e/ou raça/etnia;
- outras formas de violação de direitos decorrentes de discriminação/submissões a situações que provocam danos e agravos a sua condição de vida e os impedem de usufruir autonomia e bem-estar;
- descumprimento de condicionalidades do PBF e do PETI em decorrência da violação de direitos.

sejam promotoras da saúde integral dos adolescentes em conflito com a lei". O papel da escola é importantíssimo como ponto de convergência dos três eixos da socioeducação, em razão do colapso do controle da família como principal sintoma de **vulnerabilidade**[19].

Existe uma relação de precedência dos pais em relação aos filhos, cujo afrouxamento dos laços de filiação leva ao paroxismo da violência como resultado de um encadeamento de signos representados pela progressão de atos infracionais até o ponto em que a conduta antissocial se torna signo da subjetividade do menor. Aliás, outra não é a orientação adotada pela *Jugendgerichtsgesetz*, reconhecendo a superveniência de atos infracionais como motivo suficiente para a continuação do procedimento suspenso.

As medidas socioeducativas devem ser sempre acompanhadas de medidas protetivas, como corolário de que a justiça serve à caridade e a misericórdia não contrasta com ela. A Doutrina da Proteção Integral não é senão o apelo à misericórdia. Haverá na terapêutica eventualmente adotada a preocupação da implementação de medidas protetivas específicas ao menor, sem prejuízo daquelas destinadas à reabilitação da instância familiar, instância de controle social informal que precede imediatamente ao controle social comunitário, ao mesmo tempo em que se reporta à consciência do titular do poder familiar quanto ao Dever de Cuidado.

Como se vê, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) reforçou esse modelo de responsabilização essencialmente restaurativo, à medida que enuncia como base desse sistema a responsabilização do adolescente pelo seu ato, sempre que possível incentivando sua reparação (artigo 1º, §2º, inciso I). E, ainda, de forma bastante específica, o artigo 35, incisos II e III, da mesma Lei n. 12.594/12, estabelece a Justiça Restaurativa e seu meio de autocomposição de conflitos como resposta prioritária à atuação infracional juvenil, quando dispõe sobre a "excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se os meios de autocomposição de conflitos" e "prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e atendam às necessidades das vítimas" (BRASIL, 2012).

A revalorização do Ministério Público como mediador de conflitos, haja vista as recomendações internacionais sobre a aplicação da Justiça Restaurativa, como a Resolução 2.002/12, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Ecosoc), bem como a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, torna a oitiva informal *locus* privilegiado e estratégico para reinserção do menor infrator no sistema regular de ensino, como condição para a reconciliação do agente com as relações sociais e familiares esgarçadas. Essa circunstância é reforçada não só pelo artigo 1º, § 2º, II, da Lei n. 12.594/12, que estabelece como um dos objetivos das medidas socioeducativas a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu PIA (BRASIL, 2012), como também pelo artigo 113 do ECA, que faz alusão aos artigos 99 e 100 também do ECA. Antes de ser uma medida protetiva cuja cumulação com a medida socioeducativa é uma faculdade (ECA, artigo 99), a educação em instituição formal de ensino constitui um direito subjetivo do menor, que deve ser outorgado pela *autoridade* que primeiro contato tiver com o adolescente infrator, prefigurando como porta de entrada para o restabelecimento

[19] Cf. SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Gestão interdisciplinar e participativa das medidas socioeducativas por meio da saúde na linha do cuidado. In: XXII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, Belo Horizonte. *Caderno de teses*... Belo Horizonte: CONAMP, 2017. p. 381-389."

do controle social comunitário. Na Encíclica de João Paulo II, encontra-se lapidarmente enunciado este axioma: "o amor condiciona, por assim dizer, a justiça; e, em última análise, a justiça serve a caridade" (ENCÍCLICA..., 2001, p. 26). E a misericórdia só é autêntica se ela também emancipar, do contrário será apenas um paliativo da consciência, como sói acontecer com as medidas assistencialistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ato infracional, como situação de descompasso entre o desenvolvimento e a maturidade, revela não raro um desajuste que prenuncia, ainda no âmbito familiar, sua repercussão na comunidade. Tanto a comunidade quanto a família são fluxos comunicativos, em que a abertura cognitiva do indivíduo depende do reconhecimento de sua relação de pertencimento a cada um daqueles círculos sociais e de cuja interseção de identidades narrativas, conforme seu domínio experimental, a criança constrói sua personalidade.

A comunicação, como acontecimento, é improvável, pois ela depende da compreensão da diferença entre mensagem e informação. A autonomia do emissor assenta na distinção, por meio de seus próprios códigos operacionais, em relação ao receptor e à própria comunicação. O intercâmbio entre *alter* e *ego* só é possível porque existe uma interdependência com um outro sistema, cuja alienação de sentido (recursividade operacional) decorre da distinção atribuída ao meio circundante pelos respectivos códigos operacionais que lhes conferem tanto a identidade, enquanto cognição aberta à informação pelos próprios filtros, quanto a alteridade por força da diferenciação entre mensagem e informação. Por sua vez, a capacidade de autorreferência de um sistema social é que permite a construção do sentido da interlocução à medida que sua estrutura semântica, e somente ela, define a gramática normativa da comunicação, que recorre às próprias operações para tornar menos improvável a interação entre consciências. Como duas consciências não se comunicam, é necessário um esforço constante para a comunicação, já que pais e filhos se alternam na condição de emissor e receptor. A falta de diálogo, na medida em que nele reside a simetria oculta do amor, é o gatilho que aciona fatores predisponentes ao ato infracional.

Se a assimetria da comunicação na esfera familiar torna-se uma metáfora do abandono, então podemos reconhecer na ruptura do fluxo da comunicação a origem da compensação deflagrada. O primeiro ato constitui uma reação moral do adolescente ao sentimento de exclusão ligado à interrupção da comunicação ou à sua insuficiência, em que signos são desprovidos de significante, e os atos consecutivos que se sucedem como encadeamento de signos conformam sua subjetividade ao ato infracional.

Nesse sentido, o ato infracional é uma intercorrência sobre o desenvolvimento, cujo sintoma revela falta de cuidado em razão da indiferença. Quando o desenvolvimento psicossocial da criança é interrompido, seja pela irrelevância de significantes na comunicação, seja simplesmente pelo abandono da interlocução por parte dos pais, ela passa a interagir com uma identidade provisória que coincide com o efeito (impressão) da violência, que num primeiro

momento apenas reivindica seu lugar narrativo na família e na comunidade, para em seguida, resignado com o sentimento de não pertencimento a esses círculos sociais concêntricos, em um fenômeno conhecido como "causalidade circular", passar a se conformar às expectativas sociais quanto à reincidência dos desvios.

O desdobramento dessa interrupção da comunicação que se manifesta como reação à indiferença na esfera familiar pode ser corrigido quando se reabilita a família como fluxo comunicativo. Ao ser visto como destinatário da comunicação, o adolescente encontra um sentido para si. O diálogo opera o reconhecimento de si na medida em que a palavra é interpelação do outro. O sujeito só adquire a consciência de si intersubjetivamente. Quando discorremos sobre um assunto adotando uma abordagem maniqueísta, rompemos o intercâmbio que legitima o processo de comunicação. Se o outro não pode se expressar, então ele será a invenção do nosso discurso. A linguagem abandona sua função de acoplamento estrutural entre consciências morais em uma sociedade e passa a reforçar estereótipos.

O esquecimento do adolescente cria uma zona de conforto e permissividade, sendo que o desenvolvimento pressupõe limite, sem o qual haverá sempre descompasso entre a idade cronológica e a maturidade. É nesse espaço de esquecimento, sobretudo institucional, que viceja o desvio de conduta, em que a reincidência deixa de ser uma eventualidade e se torna uma constância. É por isso que considero a oitiva informal como primeira oportunidade de entrevista com o menor infrator como *locus* privilegiado para diagnóstico e remoção de vulnerabilidades, dentre as quais o próprio ato infracional, que necessariamente embaraçam o diálogo. Afinal, se a comunicação é improvável, porque baseada na dupla contingência de *alter* e *ego*, cujas posições se alternam durante o processo, então o sucesso da comunicação depende desse esforço de aproximação para que a seleção do emitente se torne premissa para a seleção do interlocutor, como a mais bela metáfora do amor entre pais e filhos, nós e eles.

REFERÊNCIAS

BERISTAIN, Antonio. Epistemología criminológica de la retaliación hacia el perdón. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 105, p. 303-316, jan./mar. 1990.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido do Furtado Maia Neto. Brasília: UnB, 2000.

BONDER, Nilton. *O crime descompensa; um ensaio místico sobre a impunidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391.

_____. Decreto-Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 11 dez. 1941.

_____. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 out. 1979. p. 14945.

_____. Lei n. 8.069, de 9 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. p. 13563.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 ago. 2006. p. 2.

_____. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis n.os 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n.os 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jan. 2012. p. 3, Seção 1.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 1.082, de 23 de maio de 2014. Redefine as diretrizes da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes em Conflito com a Lei, em Regime de Internação e Internação Provisória (PNAISARI), incluindo-se o cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto e fechado; e estabelece novos critérios e fluxos para adesão e operacionalização da atenção integral à saúde de adolescentes em situação de privação de liberdade, em unidades de internação, de internação provisória e de semiliberdade. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 maio 2014. p. 60, Seção 1.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um abolicionista minimalista. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, p. 13-21, jan./mar. 1998.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CONTARELO, Rúben Ortega. Las comunidades primarias y el libre desarrollo de la personalidad. *Doxa-Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, v. 25, p. 689-700, 2002.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1963.

ENCÍCLICA DE JOÃO PAULO II. *Dives in misericórdia*. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 2001.

FERRI, Giovanni Battista. *Saggi di diritto civile*. 2. ed. San Marino: Maggioli, 1994.

GALVÃO, Fernando. *Política criminal*. Belo Horizonte: Malheiros, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. Trad. Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HULSMAN, Louk. Práticas punitivas: um pensamento diferente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 13-26, abr./jun. 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas*; o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, p. 7-27, mar. 2000.

LÉON-DUFOUR, Xavier. *Vocabulário de teologia bíblica*. Trad. Frei Simão Voigt. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SANTOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *A nova Teoria dos Sistemas*. Porto alegre: UFRS; Goethe-Institut, 1997.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo A.; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-157.

MARGUTTI, Paulo Roberto. A questão da auto-referência. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 77, p. 107-129, jul./dez 1986.

MARSHALL, Tony F. The evolution of restorative justice in Britain. *European Journal of Criminal Policy and Research*, v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena.* Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronese de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, p. 91-107, 1994.

NARANJO, Claudio. *El Eneagrama de la sociedad*; males del mundo, males del alma. Vitória, Espanha: La Llave, 2000, p. 74.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação*. Curitiba: JM, 1997. p. 219-242.

NISBET, Robert A. Comunidade. In: FORRACCHI, Maralice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Org.). *Sociologia e sociedade*. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002. p. 215-221.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores: Regras de Beijing. Nova York: ONU, 29 nov. 1985.

_____. Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil: Princípios Orientadores de Riad. Nova York: ONU, 14 dez. 1990.

PALOMBI, Elio. La regola dell'obbligatorietá dell'azione penale. *Rivista di diritto processuale*, Milano, n. 2, p. 583-590, abr./jun. 2004.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 420-421.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Implantação de câmaras restaurativas junto à Promotoria e Juizado Criminal Especial. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2003, Gramado. *Caderno de teses...* Gramado: CONAMP, 2003. p. 455-459.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RESCIGNO, Pietro. Le formazioni sociali intermedie. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. 44, v. 3, p. 301-313, 1998.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 65-80.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica e racionalidade. *Sequência*, Florianópolis, ano 19, n. 35, p. 16-23, dez. 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. Ato infracional, remissão, advogado e garantismo. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 132, p. 4-5, nov. 2003.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, Jorge. *Delinquência juvenil; compêndio transdisciplinar*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

UDE, Walter. Redes sociais: possibilidade metodológica para uma prática inclusiva. In: CARVALHO, Alysson et al. (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG; Proex, 2002. p. 127-139.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Ontologia e história*. São Paulo: Loyola, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Reciprocidade e jovem infrator*. Revista do ILANUD, São Paulo, v. 03, p. 23-29, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAJDSZNAJDER, Luciano. *Ética, estratégia e comunicação na passagem da modernidade à pós-modernidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

UMBERTO MACHADO DE OLIVEIRA
Doutorando pela Universidade de Coimbra (Portugal),
no programa Direito, Justiça e Cidadania no século XXI.
Mestre em Direito, área de concentração Direito Agrário,
pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil
e Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás (UFG).
Professor da Faculdade de Direito da UFG e
promotor de Justiça do MPGO.

POSSUI A DEFENSORIA PÚBLICA LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DE IMPROBIDADE?

ARE PUBLIC DEFENDERS LEGALLY CAPABLE OF FILING PROCEDURAL IMPROPRIETIES?

EL TURNO DE OFICIO TIENE LEGITIMIDAD PARA PROPONER ACCIONES DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA?

Resumo:
Neste artigo é discutida a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o disposto no art. 5º, inc. II, da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007, bem como considerando o disposto nos incisos X e XI do artigo 4º da Lei Complementar n. 80/1994. Analisa-se a aplicação dos argumentos considerados no julgamento da ADI 3.943 e no RE 733.433-MG para o caso da legitimidade restrita do art. 17 da Lei n. 8.429/1992.

Palavras-chaves:
Defensoria Pública, improbidade, legitimidade ativa.

Abstract:
This article discusses the legal capacity of the Public Defense for the filing of a public civil action to pursuit acts of procedural impropriety , in view of the provisions of art. 5, inc. II, from the Law of Public Civil Action, with wording given by Law n. 11.488/2007, as well as considering the § 4º, items X and XI of art. 4 of the Supplementary Law n. 80/1994. We analyzed the arguments considered in the judgment of ADI 3.943 and RE 733, 433-MG for the case of restricted legitimacy of art. 17 on Law n. 8.429/1992.

Keywords:
Public Defense, impropriety, active legal capacity.

Resumen:
En este artículo se discute la legitimidad del Turno de Oficio para el enjuiciamiento de acción civil pública por acto de improbidad administrativa, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5º, inc. II, de la Ley de la Acción Civil Pública, con la redacción dada por la Ley n. 11.448 /2007, así como considerando lo dispuesto en los incisos X y XI del art. 4º de la Ley Complementaria n. 80/1994. Se analiza la aplicación de los argumentos considerados en el juicio de la ADI 3.943 y en el RE 733.433-MG para el caso de la legitimidad restringida del art. 17 de la Ley 8.429/1992.

Palabras clave:
Turno de Oficio, improbidad, legitimidad activa.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o propósito de analisar a jurisprudência que, ainda que de forma árida, já enfrentou o tema da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação cujo objeto seja o combate à prática de ato de improbidade administrativa. Em decorrência da Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014, esta instituição, antes vista como defensora de interesses dos necessitados em nível individual, teve seu perfil ampliado e passou a ser uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com a função de, "como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados" (BRASIL, 2014).

Some-se a isso as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009, nas funções institucionais da Defensoria Pública, previstas em especial nos incisos X e XI do artigo 4º da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, os quais autorizam a promoção da "mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela", e o exercício da "defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado" (BRASIL, 2009a).

Anota Osório (2007, p. 31) que "os escândalos possuem enorme mercado de consumo junto aos meios de comunicação social, ensejando vendagem alta de jornais, rádio e mídia televisiva, tendo em vista o impacto emocional que produzem na sociedade". Nessa perspectiva, após seu novo nascimento com a edição da Emenda Constitucional n. 80 e a Lei Complementar n. 132/14, a busca, pela Defensoria Pública, do "ser protagonista" na tutela da probidade parece ser, no caso, um desejo de autoafirmação institucional perante a sociedade em face do seu emparelhamento com o Ministério Público. Mas isso não pode causar preconceito em relação à sua atuação.

A LEGITIMIDADE ATIVA NA LEI DE COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sabe-se que a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, em seu artigo 17, estabeleceu 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" (BRASIL, 1992). Portanto, em interpretação literal e para aqueles que levam em conta, a nosso equivocadamente, o princípio da especificidade "*lex specialis derogat legi generali*", não haveria possibilidade de que uma outra lei (norma geral) estendesse essa legitimidade.

No entanto, a primeira observação que deve ser feita é que a expressão "ação principal, referida no art. 17, foi, na conclusão n. 6 do 1º Encontro Nacional de Promotores de

Justiça de Defesa do Patrimônio Público" , realizado nos dias 8 e 9 de maio de 1996, em Brasília-DF, denominada, como anota Santos (2002, p. 109), de "ação civil pública por ato de improbidade administrativa".

Por outro lado, a possibilidade de utilização da ação civil pública para o combate à improbidade foi objeto de decisão específica do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[1], o qual posteriormente inclusive incorporou essa nomenclatura em reiterados julgados[2].

A segunda observação é que a questão da expressão "pessoa jurídica interessada", colegitimada para propor a ação juntamente com o Ministério Público, é um tanto indefinida. Poderia, com facilidade, restringir-se sua interpretação para entender-se que seria apenas a pessoa jurídica de direito público interno (ou empresa pública) cujos cofres teriam sido lesados. No entanto, há quem defenda até mesmo a legitimidade das associações para a ação de improbidade.

Alves (1987, p. 650-651), quando trata do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, sustenta a legitimidade ativa das associações:

> O não-confinamento da legitimação, no campo dos interesses difusos, a órgãos ou agências estatais especializadas representa, sem dúvida alguma, um dos aspectos mais positivos da Lei n. 7.347/85, cujo art. 52 confere legitimidade às associações constituídas, nos termos da lei civil, há pelo menos um ano e que incluam dentre suas finalidades institucionais a tutela dos interesses difusos de que cuida a lei referida.
>
> Na órbita da improbidade administrativa, contudo, a doutrina, praticamente à unanimidade, nega a legitimidade das associações para o ajuizamento da ação com vistas à reparação do dano causado ao patrimônio público e à responsabilização do agente, isso em razão da suposta omissão do art. 17 da Lei n. 8.429/92, regra mais específica que a prevista no art. 5º da Lei n. 7.347/85. Não nos parece seja assim. Não só razões políticas mas também jurídicas conduzem ao desacerto de tal interpretação.
>
> Quanto às primeiras, não se pode perder de vista que a legitimação das associações, cuja existência, na visão de Cappelletti "supera a fraqueza do indivíduo isolado", significa uma importantíssima ferramenta de democracia participativa, cujas bases foram lançadas pelo próprio texto constitucional (arts. 12, parágrafo único; 52, XVII, XXI, XXXIII, XXXIV, XXXVIII, LXX, LXXIII; 14; 17 etc.). Ainda em tal perspectiva, deve ser ressaltado que tal legitimação visa a corrigir o grave erro, já superado pela maioria dos sistemas contemporâneos, representado pela legitimação exclusiva de entes estatais para a proteção dos interesses difusos. Um sistema de representatividade associativa é um sistema que, criticamente e de forma algo contraditória, assume a impotência do Estado para a tutela dos interesses difusos, chamando os organismos sociais a também atuarem nesse front, muitas vezes até em detrimento do próprio Estado. Nessa linha, se hoje se reconhece que a corrupção representa uma das principais causas do verificado desvio do Estado de sua finalidade essencial, que é a de atender

[1] Entendimento que já foi sumulado pelo STJ: 'Súmula 329/STJ: 'O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público'. No RESP 008549, em decisão singular publicada no dia 16/08/2017, o Ministro Sérgio Kukina, apoiado no entendimento consolidado naquele sodalício, anota que "2. Não há qualquer óbice legal à utilização da ação civil pública como meio processual para as demandas aforadas com substrato na Lei n. 8.429/92. Além de o rito estabelecido no art. 17 dessa norma ser o mesmo observado na Lei n. 7.347/85 (a partir da contestação), há perfeita sintonia entre o objeto tutelado por uma e por outra". Vide ainda: AgRg no AREsp 476375/DF e REsp 1162074/MG.

[2] Alguns exemplos: AgInt no AREsp 969536/SC; REsp 1660398/PE; e RHC 78427/SP.

> aos reclamos da coletividade, não se pode excluir da sociedade, através de seus canais mais organizados, a possibilidade de participar da "correção de rumos" do ente político.
>
> Juridicamente, ante a imprecisão da regra contida no art. 17 da Lei n. 8.429/92, parece-nos possível a aplicação do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública - aplicação muito mais "esclarecedora" que "supletória" - bastando, para tanto, que, ante a natureza dispersa do interesse aqui considerado, se considere a associação uma "pessoa jurídica interessada".

Daí a seguinte indagação: levando em conta que o STJ já firmou entendimento de que a ação civil pública é via apta para o combate à improbidade administrativa e considerando que a Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, inseriu entre os colegitimados para o exercício da ação civil pública (Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985), logo após o Ministério Público, a Defensoria Pública, seria possível a esta instituição propor ação de improbidade?

O ponto que gera dúvidas é exatamente a vocação institucional da Defensoria Pública para a tutela de interesses dos necessitados, palavra que, no léxico (FERREIRA, 1999), significa "que ou aquele que padece necessidade, privação; indigente, miserável; pobre", ou, como refere o ministro Dias Toffoli em seu voto proferido no Recurso Extraordinário 733.433-MG, "necessitados, carentes, desassistidos, hipossuficientes, menos afortunados ou pertencentes aos estratos mais economicamente débeis da coletividade"(BRASIL, 2015b).

A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO RIO GRANDE DO SUL

Vamos analisar dois julgados conflitantes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que apreciaram o tema, os quais trazem argumentos sustentáveis nos dois sentidos e ilustram à saciedade a polêmica.

O primeiro é o acórdão julgado no Agravo de Instrumento n. 70034602201, da Comarca de Bagé, lavrado pela 1ª Câmara Cível da Corte gaúcha (RIO GRANDE DO SUL, 2010), que, ao indeferir agravo instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão do juízo de primeiro grau que indeferiu pedido de extinção sem resolução do mérito de ação proposta pela Defensoria Pública para o combate à improbidade, reconheceu, por maioria, a legitimidade desta Defensoria Pública.

O argumento central do agravo ministerial foi que o artigo 17 da Lei n. 8.429/92 enumera taxativamente os legitimados para o ajuizamento de ação por responsabilidade de ato de improbidade administrativa e que a legitimidade da Defensoria Pública seria "apenas a direitos e interesses que não os tutelados na lei de improbidade"(RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Reconhecendo que a matéria será capaz de gerar bastante polêmica, o relator, desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal, após discorrer sobre a evolução legislativa sobre as atribuições da Defensoria Pública, analisou a redação atual dos artigos 1º, 3º, I a III, 4º, inc. VII e X, e entendeu que diante desses dispositivos não haveria como negar a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública para apurar ato de improbidade administrativa, no caso concreto supostamente praticado por administradores da Associação

de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae). Na hipótese, a tutela de direito de pessoa portadora de necessidades especiais (inc. XI do art. 4º) e a atuação em defesa do hipossuficiente, "sobretudo quando é o cidadão comum, o povo, quem mais sofre com os danos gerados pelos atos ímprobos praticados, que não dizem apenas com danos econômicos ao erário, mas ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo a probidade e moralidade administrativa" (RIO GRANDE DO SUL, 2010), até mesmo na busca de um direito fundamental do cidadão estavam evidentes e, assim, a legitimação da Defensoria Pública.

Fincou-se seu voto em argumentos doutrinários de Sarlet (2009, p. 60), no ponto em que defende a existência de um estreito nexo de "interdependência genética entre direitos fundamentais com a noção de Estado de direito" e que, ao falar da proibição do retrocesso (p. 4), invoca o princípio da máxima eficiência e efetividade "das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º", como algo que necessariamente abrange também a "maximização da proteção dos direitos fundamentais". Ainda, cita Canotilho (1997, p. 1224), na parte em que formula o princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, atualmente invocado no âmbito dos direitos fundamentais, como: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê".

Invocou o relator o princípio da dignidade da pessoa humana para concluir que a atuação da Defensoria Pública nas "ações coletivas há de ser o mais abrangente e universal possível, com o máximo respeito aos posicionamentos em contrário, que restringem a atuação da Defensoria Pública à defesa de direito metaindividuais de pessoas necessitadas" (RIO GRANDE DO SUL, 2010), levando em conta, inclusive, que o artigo 17 da Lei n. 8.429/92 deve ser interpretado em sintonia com o artigo 129, I, da Constituição Federal, que somente em relação à ação penal pública impõe titularidade privativa ao Ministério Público.

Referiu-se o relator aos argumentos da Defensoria Pública, no sentido de que a Lei n. 8.429/92 só não previu a sua legitimidade "pela simples razão de que, naquela época, a Defensoria Pública sequer existia na grande maioria dos estados brasileiros", sendo criada naquele estado somente em 1994. Além disso, sem probidade administrativa não haveria "dignidade da pessoa humana e nem redução das desigualdades sociais", nem mesmo existiria estado democrático de direito, e os direitos humanos naufragariam na ausência de probidade do administrador da coisa pública (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

O relator, no fechamento do seu voto, censura o recurso do Ministério Público gaúcho, pois este, muito embora refira à sua legitimidade exclusiva, além da pessoa jurídica interessada, para a ação de improbidade, apenas teria pedido o reconhecimento da ilegitimidade da Defensoria Pública e não formulou pedido recursal alternativo no sentido de assumir a titularidade ativa da ação, ou seja, quando os fatos narrados na inicial forneciam indícios de prática de ato de improbidade administrativa na Apae, o que, se confirmado, seria bastante grave, e o órgão do Ministério Público não teria agido quando deveria tê-lo feito, e tentava calar quem efetivamente o fez.

O voto divergente do desembargador Jorge Maraschin dos Santos, que deu provimento ao recurso ministerial, centrou a ilegitimidade da Defensoria Pública na interpretação literal do artigo 17 da Lei n. 8.429/92 e no fato de esta não se enquadrar no conceito de pessoa jurídica interessada em relação à Apae.

Este julgado foi objeto de agravo em recurso extraordinário que foi autuado no Supremo Tribunal Federal (STF) sob o n. 721043 e, após ter a Excelsa Corte reconhecido a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 690.838-MG, foi devolvido ao Tribunal de origem aos 13/11/12.

Ocorre que a discussão travada no Recurso Extraordinário com Agravo n. 690.838-MG não se refere explicitamente à legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública que tenha por objeto ato de improbidade administrativa, conforme será anotado em tópico específico.

O segundo julgado no TJRS que selecionamos para discussão refere-se ao julgamento da Apelação n. 70067061267.

A Defensoria Pública apelou da sentença de indeferimento da petição inicial proferida com base no artigo 295, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, cuja pretensão contida na inicial era de condenação do comandante do Corpo de Bombeiros Militar do município de Pelotas por atos de improbidade, relativos à venda de material e consultoria para a realização de projetos de planos de prevenção contra incêndio (PPCIs), com pretensão de liminar de indisponibilidade de bens e afastamento das funções exercidas no corpo de bombeiros. O réu, sendo responsável pela aprovação de projetos de planos de prevenção contra incêndio, estaria comercializando manual com instruções de prevenção contra incêndios, orientando como deveria ser feito o "PCCI" com possibilidade de contato e consultoria direta, e assim estaria supostamente se valendo de sua posição para obter vantagem indevida (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

O magistrado de primeiro grau, em sua decisão, ponderou que, de início, perfilhava o entendimento de que a Defensoria Pública possuía, com base na Lei n. 11.448/07, legitimidade para ajuizar ação civil pública. Contudo, entendeu que a Defensoria Pública careceria de competência funcional e de legitimidade ativa *ad causam* para ingressar com a ação na qual o objetivo não é a proteção de direitos difusos ou coletivos, mas sim combater a prática e impor sanção a agente público por suposto ato de improbidade administrativa, com fulcro na Lei n. 8.429/92, o que seria "incompatível com a finalidade ou vocação constitucional da instituição (art. 134 da Constituição Federal)" (RIO GRANDE DO SUL, 2015). A prerrogativa para esse tipo de ação teria sido reservada exclusivamente ao Ministério Público ou ao ente lesado, tal como prevê o artigo 17 da Lei n. 8.429/92.

A Defensoria Pública apelou e sustentou, em resumo, o seguinte: a) sua legitimidade para a tutela de direitos coletivos dos hipossuficientes, como expressão e instrumento do Estado Democrático de Direito, na forma do artigo 134 da Constituição Federal; b) a decisão revestiu-se de postura legalista e restritiva em relação à tutela dos direitos coletivos; c) A Constituição Federal atribuiu à Defensoria a defesa, em todos os graus e vias de atuação, dos direitos coletivos titularizados por hipossuficientes e desassistidos; d) a Lei n. 11.448/07 atribuiu à Defensoria Pública legitimidade para a propositura de ação civil pública; e) o artigo 4º, inciso VII, da Lei Complementar n. 80/94 reconhece legitimidade para o ajuizamento de ações para tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando o resultado puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; f) a probidade administrativa constitui direito difuso dos cidadãos; g) é do interesse de todos a preservação da lisura de atuação dos agentes públicos e adequada distribuição e destinação dos recursos; i) a população carente sofre com a postura

ardilosa dos gestores, e tais atos também afetariam direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos; j) as leis da ação civil pública e da improbidade administrativa integram o microssistema da tutela dos direitos coletivos; k) o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor admite todas as espécies de ações para a defesa de direitos protegidos naquela norma, e dele se extraem os princípios da instrumentalidade máxima do processo coletivo e não taxatividade; l) o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.943-DF, reconheceu a constitucionalidade do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85; m) a Constituição somente prevê competência exclusiva do Ministério Público para o ajuizamento de ação penal pública, na forma do art. 129, inciso I; n) a ação por ato de improbidade é classificada como civil pública.

O relator, desembargador Almir Porto da Rocha Filho, votou no sentido de que, embora o artigo 4º da Lei Complementar n. 80/94 tenha previsão de legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública para tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, disposição que também está na Lei n. 7.347/85, a Lei n. 8.429/92, que seria norma especial em relação à matéria, restringiria os autores. Recairia sobre a espécie o brocardo *lex specialis derogat legi generali*, segundo o qual a existência de lei específica afasta a incidência de norma geral, naquilo em que houver incompatibilidade entre elas. Acrescentou que, mesmo que o direito dos cidadãos à probidade da gestão pública possa ser enquadrado como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, não haveria legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação por ato de improbidade administrativa. Isto porque a própria lei que a prevê possui disposição expressa em relação à competência para o seu ajuizamento.

Aduziu que o entendimento em contrário abriria as portas para que a Defensoria Pública ajuizasse qualquer tipo de ação em substituição aos demais entes públicos, inclusive execuções fiscais, por exemplo. Isto considerando a interpretação da legislação complementar que a Defensoria Pública propunha, ou seja, seria possível sustentar também o direito da população a uma arrecadação eficiente, pois quem mais sofre com a falta de recursos dos municípios são as pessoas em estado de hipossuficiência.

Lembrou ainda que deveria ser considerado que a ação de improbidade administrativa continha previsões de graves sanções, como suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com a administração que a distingue de uma ação civil pública comum, e isso seria o motivo de a lei legitimar apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada para a sua propositura, apoiando-se, nesse ponto, no doutrinador Pazzaglini Filho (2011, p. 201), o qual defende que o Ministério Público é o "fiscal institucional por excelência" e que, como desdobramento de sua função de fiscal da lei, seria o "*custus*" da Administração Pública, "visando preservar-lhe a integridade material, legal e moral, mediante o exercício responsável e amplo da investigação (procedimento administrativo ou inquérito civil) e da propositura de ação civil de improbidade administrativa" e teria assim o "dever jurídico" de investigar por meio de inquérito civil os atos ímprobos.

Ao final, lembrou o relator que estaria pendente de julgamento no STF o Recurso Extraordinário n. 690.838, no qual foi reconhecida repercussão geral em relação à discussão da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública para tutela de direitos difusos, mas não haveria como prever se o STF pronunciar-se-ia acerca da legitimidade para os casos de improbidade administrativa.

A TESE FIRMADA NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N. 690.838-MG

A repercussão geral, admitida no Recurso Extraordinário com Agravo n. 690.838-MG[3], referia-se ao julgamento proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG) que, ao dar provimento à Apelação n. 1.0024.09.701231-4/001[4], assentou a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses e direitos difusos. Na oportunidade a Corte Mineira "consignou não ser exclusiva a legitimação atribuída pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal ao Ministério Público para propor a referida demanda, motivo pelo qual terceiros também poderiam fazê-lo desde que autorizados pela Carta da República ou por lei. Apontou ainda ser explícita

[3] A ementa do STF na admissão da repercussão geral ficou assim redigida: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL QUE LHE CONFERE TAL LEGITIMIDADE. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL." (BRASIL, 2012)

[4] Neste caso concreto, em situação similar, o juízo de primeiro grau extinguiu ação civil pública proposta pela Defensoria Pública mineira que versava sobre matéria do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em função de o artigo 210 desta lei não contemplá-la no rol de legitimados. A Defensoria Pública recorreu por meio de apelo. A Promotoria de Justiça da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte lançou parecer pelo desprovimento, mantendo-se a sentença extintiva para reconhecer a ausência de pertinência temática. A Procuradoria de Justiça oficiante perante o Tribunal opinou em sentido diverso, ou seja, pelo conhecimento e provimento do recurso para cassar a sentença de modo a prosseguir em direção ao exame de mérito. O relator votou pela cassação da sentença levando em conta, em primeiro, que a Constituição Federal não confere legitimidade exclusiva para o Ministério Público propor ação civil pública e, em segundo, considerou que a evolução legislativa conferiu à Defensoria Pública a legitimidade para propor essa espécie de ação inclusive na defesa de interesses difusos e, nesse ponto, o artigo 210 do ECA não poderia representar limitação. Entendeu ainda que seria desnecessária a demonstração de hipossuficiência para defesa de interesses difusos, com o seguinte raciocínio: "Entretanto, a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública mesmo quando para tutelar interesses e direitos difusos.Apenas quando se tratar de ação civil pública para a proteção de interesses coletivos ou individuais homogêneos é que a atuação da Defensoria Pública exige a demonstração de hipossuficiência de recursos do grupo a ser defendido. Já na defesa de interesses difusos, cuja característica é a indivisibilidade do direito e a indeterminabilidade dos titulares, não cabe tal exigência, porquanto o caráter de indivisibilidade dos direitos difusos torna impossível estabelecer distinção entre seus titulares, ou seja, impraticável a separação entre aqueles que são necessitados e os que não o são, haja vista inexistir definição dos titulares. Ademais, ainda que se invoque eventual divergência jurisprudencial ou doutrinária, a fim de contrariar o entendimento acima esposado e postular que mesmo na defesa de direito difuso se faz necessária a comprovação de que entre os beneficiados haverá pessoas hipossuficientes de recursos, nem assim haverá ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para a presente causa.Isto porque a presente demanda foi ajuizada com o objetivo de determinar que o município mantenha em funcionamento as creches e escolas de educação infantil da rede municipal de ensino de forma continuada e ininterrupta, nos meses de dezembro e janeiro, bem como seja estendido o horário de atendimento destes estabelecimentos para 44 (quarenta e quatro) horas semanais, de forma compatível com a jornada laboral dos pais.Levando-se em conta a condição socioeconômica da população de Belo Horizonte e a desigualdade social que afeta o país, é de clareza meridiana que dentre as crianças que frequentam creches e escolas de educação da rede municipal indubitavelmente haverá crianças com insuficiência de recursos (MINAS GERAIS, 2011).

A ementa ficou assim redigida: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFENSORIA PÚBLICA - DIREITO DIFUSO - LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM'. - A teor das recentes inovações legislativas, tem a Defensoria Pública legitimidade para propor Ação Civil Pública para a tutela de interesses e direitos difusos. - Pela natureza dos direitos difusos, conceituados no art. 81, parágrafo único, inc I, do CDC, impraticável se revela para a legitimação da atuação da Defensoria Pública a necessidade de demonstração de hipossuficiência das pessoas tuteladas, porquanto ser impossível individualizar os titulares dos direitos pleiteados." (MINAS GERAIS, 2011)

a legitimação conferida à Defensoria Pública pelos artigos 5º da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – e 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n. 80/94 – Lei Orgânica da Defensoria Pública" (BRASIL, 2012). Por fim, frisou o segundo grau mineiro "a inviabilidade de exigir a demonstração de hipossuficiência do grupo defendido no processo, ao fundamento de ser difuso o interesse em questão e, portanto, de natureza indivisível e com titulares indeterminados" (BRASIL, 2012).

No entanto, após o reconhecimento da repercussão geral no feito sob o n. 690.838-MG, o ministro Marco Aurélio, em "pronunciamento", acatando manifestação da assessoria jurídica da Excelsa Corte, com apoio no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, concluiu pela inadequação do instituto da repercussão geral, levando em conta que o recurso extraordinário teve a sequência indeferida na origem, o interessado protocolou o agravo que deveria ter sido julgado pelo relator, e isso não teria ocorrido e, portanto, até aquele momento, para apreciação pelo Supremo, somente havia o agravo interposto, que teria vindo no próprio processo. Anotou que descabia fragilizar o instituto da repercussão geral, "e isso acontecerá caso, de cambulhada, seja colado a processo que não se apresenta a este Tribunal com o recurso extraordinário admitido" (BRASIL, 2012).

O feito n. 690.838-MG recebeu "reautuação" como recurso extraordinário sob o n. 733.433, e, quatro anos depois, a tese da repercussão geral, fixada por maioria e vencido o Min. Marco Aurélio, que não fixou tese, ficou assim redigida: "A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas" (BRASIL, 2015b). Ou seja, a tese fixada, que transitou em julgado aos 02/07/2016, não resolve, ao menos de forma direta e *concessa maxima venia*, o problema posto, e a discussão se perpetuará nos tribunais de origem quando a causa de pedir for ato de improbidade administrativa praticado. A tese apenas reiterou o que, na essência, havia sido decidido na ADI 3943-DF, na qual se decidiu com apoio no princípio da máxima efetividade (CANOTILHO, 1997, p. 1224) e levando em conta as modernas tendências que, desde 1960, gravitam em torno da ideia de acesso à justiça, bem assim levou em conta a ausência de exclusividade dos membros do Ministério no ajuizamento de ações civis públicas.

A INVOCAÇÃO EQUIVOCADA DO BROCARDO *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI* PARA NEGAR A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Entendemos que a invocação do brocardo *lex specialis derogat legi generali* é absolutamente inadequada para sustentar que a Defensoria Pública não teria legitimidade para propor ação de improbidade administrativa, considerando que com esse raciocínio a Lei n. 8.429/92 seria uma lei especial em face da Lei n. 7.347/85.

Sabe-se que a divisão romanística do direito objetivo, quanto à extensão, classificava as normas em *ius commune* (direito comum) e *ius singulare* (direito singular). Como anota Alves (1987, p. 95), o primeiro "se aplicava às pessoas, coisas e relações jurídicas em geral; este, a certa categoria de pessoas, coisas e relações jurídicas". Como exemplo, Alves cita

que as formalidades testamentárias eram *ius commune*; as normas especiais para o testamento dos militares se enquadravam no *ius singulare*. Daí surge o brocardo no sentido de prevalecer uma norma especial sobre uma de caráter geral.

No entanto, em face da inflação legislativa, fenômeno da modernidade, e da interseção entre diversos diplomas legislativos que no cenário atual se vislumbra, a aplicação desse brocardo revela-se anacrônica, com a vênia dos que pensam em contrário. Estamos diante de um fenômeno legislativo, já há muito identificado, caracterizado pelo surgimento de um microssistema legislativo, tão bem analisado por Mota[5] (2012, p. 83-139), em que leis de mesma hierarquia versam sucessivamente sobre temas de direito material e processual que se inter-relacionam. Leonel (2007, p. 144) bem anota esse fenômeno:

> Passados vinte anos da edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), sucessivos diplomas legislativos aprovados posteriormente também trataram, paralelamente ao direito material, de questões relativas ao processo coletivo. Entre eles, especialmente: Lei 7.913/89, relativa à Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários; Lei 7.853/89, relativa à Defesa das pessoas Portadoras de Deficiência; Lei 8.069/90, o denominado Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei 8.078/90, o Código do Consumidor; Lei 8.429/92, que trata das sanções para os atos de improbidade administrativa; Lei 10.741/2003, o denominado Estatuto do Idoso.
>
> [...]
>
> A sucessão de textos legais que acabaram tratando do processo coletivo (paralelamente com normas de direito material, relacionadas a específicas hipóteses de direitos ou interesses transindividuais) veio produzir algum contra-senso e, em alguns casos, até mesmo sobreposição de textos normativos.
>
> A doutrina solucionou parcialmente tal sobreposição de leis. Reconheceu que o sistema processual coletivo é um conjunto, formado por vetores centrais, que são a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor (cujas normas processuais interagem e complementam-se mutuamente).

Esse conjunto legislativo deve ser interpretado sempre na perspectiva de sua máxima efetividade e integração.

No que tange à legitimação ativa para a ação estatuída no artigo 17 da Lei n. 8.429/92, é tema exclusivamente processual e não de direito material. Daí porque, ainda que se entenda que estamos diante de uma lei especial que prevê, em linhas gerais, sanções específicas, sob a ótica do direito material, para punição dos agentes ímprobos, no plano da legitimação nada obsta que, para a máxima efetividade, seja ampliada a legitimação por uma interpretação sistemática do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7347/85, com a redação dada pela Lei n. 11.448/07, e

[5] Mota observa que não trouxe expressa "a Lei da ação civil dentre o rol de bens tutelados ao patrimônio público, no sentido definido neste trabalho". Contudo, a Lei n. 13.004/14 incluiu o inciso VIII no artigo 1º: "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] VIII – ao patrimônio público e social". Portanto, atualmente não resta dúvida alguma de que a ação civil pública pode ser utilizada para defesa do patrimônio público, no conceito pelo autor desenvolvido em sua obra (2012, p. 63-71, 132).

dos incisos VII e VIII, artigo 4º, da Lei Complementar n. 80/94 – Lei Orgânica da Defensoria Pública, que supere a aparente antinomia, para lhe outorgar a legitimidade.

É de se rechaçar que a Defensoria Pública, como instituição, seja menos responsável que o Ministério Público na decisão pelo ajuizamento de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como fica implícito quando se diz que a Lei n. 8.429/92 possui "sanções graves" e por isso deveria ser interpretada restritivamente a legitimação do seu art. 17. Pode-se argumentar que essa instituição seja menos madura que o Ministério Público na atuação em certos temas. Isso pode ser ponderado. Todos os eventuais excessos são corrigidos pelo Poder Judiciário, no plano jurisdicional e, no plano administrativo pela via das corregedorias. Contudo, como bem anotou o Min. Ayres Britto em voto proferido na ADI n . 3700-DF (BRASIL, 2009b):

> A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.

Os sólidos argumentos apresentados no voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no julgamento, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário n. 733.433-MG, refutando a ausência da legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações fundadas no ECA, em razão da omissão de referência expressa à instituição no rol de legitimados dos incisos I a III art. 210, são válidos para o caso da ausência de referência no artigo 17 da Lei n. 8.429/92.

Nesse sentido, o ministro Dias Toffoli, depois de analisar alguns casos concretos em que houve o balizamento, pelo Poder Judiciário, da pertinência temática para o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público e discorrer sobre a identificação de sua presença quando se trata de interesses coletivos e difusos, entendendo que o mesmo raciocínio deveria ser aplicado à Defensoria Pública, e também o requisito da representatividade adequada, assinala:

> Essa é a hipótese do caso concreto que se está a julgar. Na espécie, verificamos que há interesse difuso, pois os beneficiários não são apenas os atuais alunos matriculados no ensino infantil na rede pública do Município de Belo Horizonte/MG, estando incluídos no rol de beneficiários os próximos usuários do serviço, a ele ligados por uma situação de fato que pode ser, pelo que já me referi, presente para alguns e futura para outros.
>
> Há de se destacar que a titularidade dos direitos difusos, e aqui ficaremos apenas no âmbito da análise desses direitos, não pode ser confundida com legitimidade processual.

A pertinência temática, conceito construído no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, em face da ampliação do rol de legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade no texto constitucional vigente, foi assim resumida pelo Min. Celso de Mello:

> O requisito da pertinência temática que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (BRASIL, 2006).

Já a representatividade adequada, anota o Min. Relator Dias Toffoli, que é originária do regime norte-americano do sistema das *class action*, com a expressão a*dequacy of representation*:

> cuida-se de elemento essencial para a identificação da legitimidade, pois dela dependem os efeitos da coisa julgada, que deve estar interligada aos limites subjetivos da relação jurídica processual. No caso de associações que promovem ações metaindividuais, há que se verificar o preenchimento dos requisitos da sua pré-constituição (com antecedência ânua) e da correlação entre os objetos da ação e os fins institucionais expressamente especificados (BRASIL, 2006).

Portanto, se a essência da atuação da Defensoria Pública é a defesa dos necessitados, a pertinência temática de sua atuação, quando do ajuizamento de ação civil pública para combate à improbidade, será aferida *secundum eventum litis*, ou seja, diante da indagação da presença, no caso concreto, de interesses de pessoas necessitadas, ainda que de modo indireto e não exclusivo, na correção e punição do ato ímprobo. Se o dinheiro do erário está sendo desviado e disso resulta, por exemplo, a má prestação do serviço público que atende pessoas carentes, por que impedir que a legitimação seja reconhecida com apoio na conjugação dos dispositivos mencionados da Lei da Ação Civil Pública, da Lei Complementar Orgânica da Defensoria Pública e da Lei de Combate à Improbidade Administrativa? Não há motivo.

Caberá ao Poder Judiciário modelar, a exemplo do que vem sendo feito em relação ao próprio Ministério Público ao longo dos anos, os limites de atuação da Defensoria Pública no combate à improbidade administrativa.

Na ADI 3.943 questionou-se a validade jurídico-constitucional do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 11.448/07. Nela sustentou-se vício material de constitucionalidade sob o argumento de que a Defensoria Pública teria sido criada para defender interesses dos necessitados, que deveriam ser individualizáveis, o que afastaria sua legitimidade para atuar na defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A ação foi julgada improcedente (BRASIL, 2015a), e na ementa registrou-se, inclusive, a ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública.

Nessa ADI 3.943, a eminente relatora, ministra Cármem Lúcia, entendeu que, para a legitimação da Defensoria Pública, bastaria a presunção de que necessitados constariam no rol dos atingidos pela ação coletiva no tocante à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

> Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República:
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2015a).

No parecer lançado pela saudosa jurista Ada Pellegrini Grinover na referida ADI, por solicitação da Defensoria Pública, ela se posicionou na mesma linha:

> Saliente-se, ainda, que a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos se aplica exclusivamente às demandas individuais, porquanto, nas ações coletivas, esse requisito resultará naturalmente do objeto da demanda – o pedido formulado. Bastará que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos sejam necessitados. E, conforme já decidiu o TRF da 2ª Região, nada há nos artigos 5º, LXXIV e 134 da CF que indique que a defesa dos necessitados só possa ser individual[12]. Seria até mesmo um contrassenso a existência de um órgão que só pudesse defender necessitados individualmente, deixando à margem a defesa de lesões coletivas, socialmente muito mais graves (BRASIL, 2015a).

Conclui-se, então, que há abundância de fundamentos para o reconhecimento dessa legitimação ativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora no julgamento do RE 733.433-MG a tese fixada não tenha reconhecido a legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, os argumentos utilizados para superar a ilegitimidade diante da omissão do art. 210 do ECA são plenamente aplicáveis ao caso de omissão do art. 17, da Lei n. 8.429/92. É de se reconhecer, assim, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para as hipóteses desta lei, e caberá ao Poder Judiciário corrigir eventuais excessos que desbordem do perfil da instituição, utilizando-se da avaliação da pertinência temática e da representatividade adequada nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. *Direito romano*. 6. ed. rev. e acresc. Forense: Rio de Janeiro, 1987.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Ministério da Justiça, Brasília, DF, 3 jun. 1992. p. 6993.

_____. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Ministério da Justiça, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, n. 220, 17 nov. 2006.

_____. Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 out. 2009a. p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.700. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 43, 6 mar. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 690.838-MG. Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 223, 13 nov. 2012.

_____. Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 2014. p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943. Rel. Min. Carmen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 154, 6 ago. 2015a. p. 112.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 733.433-MG. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 4 nov. 2015b.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. 1522 p.

FERREIRA, A. B. H. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*: português/ português. São Paulo: Nova Fronteira, 1999. Versão 3.0.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 987 p.

LEONEL, R. B. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144-155.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Comarca de Belo Horizonte. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível. Processo n. 1.0024.09.701231-4/001. Julgado em: 17/05/2011. Rel. Des. Belizário De Lacerda. Belo Horizonte, 3 jun. 2011.

MOTA, R. C. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. 279 p.

OSÓRIO, F. M. *Teoria da improbidade administrativa* – má gestão pública – corrupção – ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 574 p.

PAZZAGLINI FILHO, M. *Lei de improbidade administrativa comentada.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Comarca de Bagé. Agravo de Instrumento n. 70034602201. Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal. Porto Alegre, 19 maio 2010.

_____. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Comarca de Pelotas. Apelação Cível n. 70067061267. Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho. Porto Alegre, 25 nov. 2015.

SANTOS, C. F. B. *Improbidade administrativa*: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 273 p.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.