

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 382.

(ano VII)

(29/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



29/06/2015 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Investigação criminal: primeiras análises pontuais do projeto de Lei 5.776/13](#)

ARTIGOS

29/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O novo enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - A Lei Maria da Penha, a transação penal e a suspensão condicional do processo](#)

29/06/2015 Vinicius Hsu Cleto

» [O Tribunal Penal Internacional e os chefes de estado e de governo](#)

29/06/2015 Tayson Ribeiro Teles

» [Inovações da Lei Federal n.º 13.105/2015 \(O "Novo CPC"\): A aplicação das Normas Processuais](#)

29/06/2015 Denis Caramigo

» [O estupro no Brasil: De quem é a culpa?](#)

29/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Dos Planos de Resíduos Sólidos: Singelos Apontamentos ao Decreto nº 7.404/2010](#)

29/06/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [O lobby dos juízes num judiciário desacreditado](#)

MONOGRAFIA

29/06/2015 Wanessa Borges de Araújo

» [Ressocialização do adolescente infrator: onde entra a responsabilidade familiar? Adolescente infrator e a responsabilidade familiar](#)

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: PRIMEIRAS ANÁLISES PONTUAIS DO PROJETO DE LEI 5.776/13

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal. Autor de várias obras jurídicas.

1-NOTA INTRODUTÓRIA

O Projeto de Lei 5.776/13, de autoria da Deputada Federal Marina Sant'Anna pretende regular a investigação criminal pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público. Neste trabalho inicial serão abordados alguns pontos considerados interessantes e importantes sobre a temática.

Muito embora a posição deste autor seja contrária, em princípio, à atuação direta do Ministério Público na fase de Investigação Criminal, considerando que o modelo brasileiro conta com uma autoridade que pode imprimir ao nosso Sistema Acusatório uma configuração ideal (o Delegado de Polícia Civil ou Federal), pois que permite uma divisão entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Não exige de ninguém o humanamente impossível, ou seja, ser parte e ao mesmo tempo imparcial (o que, aliás, viola um dos mais básicos princípios da lógica, qual seja, o da “não – contradição”; não é possível ser e não ser ao mesmo tempo). Com a divisão de funções original do nosso modelo de persecução penal, destaca-se o Delegado de

Polícia como uma autoridade isenta e dotada, ao menos potencialmente, de imparcialidade necessária para a investigação, no bojo da qual não devem ser produzidas provas dirigidas somente à acusação, mas à busca dos fatos reais, sejam eles aproveitáveis pela defesa ou pela acusação. E isso é humanamente possível e exigível da figura do Delegado exatamente porque ele não é parte no processo penal, ele não atua em Juízo no futuro processo.

Não obstante, os comentários que seguem irão, na medida do possível, se apartar dessa questão de fundo, atendo-se à análise direta do conteúdo do Projeto de Lei 5.776/13 com enfoque em seus aspectos técnicos e inovações. [\[1\]](#) Isso até porque a saga empreendida pelo Ministério Público para atuar na fase de Investigação Criminal foi marcada por uma conduta de grande astúcia, a qual é preciso reconhecer (embora a astúcia, a sagacidade nem sempre combinem com a legalidade e, especialmente, com a moralidade). O Ministério Público não se preocupou com a controvérsia jurídica que suscitaria sua atuação na investigação criminal e não teve peias em se aventurar diretamente e sem qualquer satisfação à legalidade, em investigações de grande porte com a formação de verdadeiras forças – tarefa a otimizarem resultados, acaso comparados às investigações do dia a dia de qualquer unidade. É evidente que grupos especializados dedicados somente a certos casos especiais obtêm melhores resultados do que um investigador que cuida de centenas de Inquéritos Policiais ao mesmo tempo. A absoluta falta de embasamento legal foi supostamente preenchida por Resolução interna e por alegações de poderes constitucionais implícitos. Ora, Resolução

não é Lei e Processo Penal é matéria de Lei Federal, jamais de norma administrativa. Ademais, ainda que a Constituição Federal, “ad argumentandum tantum”, conferisse ao Ministério Público, mesmo que implicitamente, poderes investigatórios criminais, isso ainda dependeria de Lei Processual Penal Federal para se concretizar. Essas noções são basilares e pessoas de escol que compõem o Ministério Público certamente não as desconheciam. Entretanto, simplesmente partiram para a ação. Uma vez colhidos frutos com a ação concreta, a anulação de todos esses procedimentos, diga-se de passagem, escolhidos a dedo por sua repercussão midiática e social, exigiria do Judiciário uma coragem sobrenatural. Estava então aberto o caminho para as investigações ministeriais com o beneplácito, ainda que certamente constrangido, do próprio Supremo Tribunal Federal, indisposto a surgir no cenário como aquele que semearia a impunidade em casos de grande repercussão nacional, posando o Ministério Público como uma espécie de herói injustiçado em sua luta hercúlea contra o mal e as forças que o sustentam. O cenário foi perfeito, de modo que hoje parece realmente não restar qualquer outra alternativa que não seja a regularização dessa situação esdrúxula, mediante a edição de uma legislação que ao menos estabeleça regras e contenções para essa espécie de investigação.

É neste cenário que se parte para a análise de alguns pontos do Projeto de Lei 5.776/13.

2-COMENTÁRIOS PONTUAIS AO PROJETO DE LEI 5.776/13

2.1-COLABORAÇÃO E INTERAÇÃO

Pode-se dizer que ao menos do ponto de vista formal e ideal o projeto sob comento, em seu artigo 1º., promove e incentiva algo muito positivo, que consiste numa “interação” e “colaboração” em “atuação conjunta” da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Acena, inclusive com uma ausência de subordinação ou sobreposição entre os órgãos, eis que erige um modelo consensual entre aquilo que denomina de “órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais”. Essa redação produz o entendimento de que a Polícia Judiciária e o Ministério Público devem atuar em pleno entendimento, consonância e harmonia, sem disputas ou pretensões de mando. Resta saber se entre o ideal da lei e a realidade prática haverá consonância.

2.2-DAS ESPÉCIES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A Investigação Criminal surge como um gênero do qual derivam duas espécies: a)O Inquérito Policial, presidido pela Autoridade Policial em sentido estrito, ou seja, o Delegado de Polícia de Carreira Civil ou Federal; e b)O Inquérito Penal, presidido por Membro do Ministério Público também Estadual ou Federal (inteligência do artigo 2º. c/c artigo 3º.).

Corretamente a legislação em projeto ressalva as infrações de menor potencial ofensivo, as quais serão apuradas por meio de Termo Circunstanciado de acordo com o disposto no artigo 61 c/c 69 da Lei 9.099/95. Parece deixar o Projeto bem claro o fato de que os Termos Circunstanciados ficarão por conta da Polícia Judiciária, pois que mais adiante, no artigo 4º., III, estabelece que o Ministério Público, ao receber peças que configurem infração de menor potencial, as encaminhará ao

Juizado Especial Criminal, sem mencionar qualquer ato de investigação, ainda que preliminar. Este é um evidente sinal da seletividade da atuação ministerial que sempre existiu e continuará a existir com eventual aprovação desse Projeto. Há muita vontade de investigar por parte do Ministério Público, mas nenhuma vontade de cuidar do grosso do dia a dia criminal. Para isso prefere sempre a máxima “de minimis non curat praetor” (“o pretor não cuida de coisas pequenas”).

Vale observar que a nomenclatura usada no Projeto para a investigação a cargo do Ministério Público não parece ser a tecnicamente mais adequada. Chamar tal investigação de “Inquérito Penal” é bastante inusitado. Isso porque a investigação é ato de persecução penal, mas não tem ligação direta com o Direito Material (Direito Penal), estando ligada ao Processo Penal em sua fase pré – processual. É claro que a investigação criminal e o processo penal em geral têm intimidade com o Direito Penal e dele se valem o tempo todo em interdisciplinaridade. No entanto, ao denominar o procedimento de “Inquérito Penal”, passa-se uma impressão de que esse procedimento constitui uma espécie de instrumento de coerção direta para aplicação da lei penal. Na verdade, não passa de uma fase preliminar para preparação de futura acusação em juízo. Dessa forma, melhor nomenclatura se seguiria se o legislador usasse o mesmo velho critério utilizado para o “Inquérito Policial”, ou seja, denominá-lo de acordo com quem o preside. Se o “Inquérito Policial” é assim chamado porque presidido pela Autoridade Policial (Delegado de Polícia), então o Inquérito conduzido pelo Ministério Público deveria chamar-se “Inquérito Ministerial”.

2.3-DA ATUAÇÃO CONJUNTA

Prestigiando o artigo 1º. do próprio Projeto, seu artigo 6º. estabelece que mesmo que a iniciativa de instauração do inquérito tenha partido de um dos legitimados, isso não impedirá a sua “atuação conjunta”. Mais uma vez se pretende dar destaque e incentivo à ação colaborativa entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Percebe-se que o legislador quer ressaltar que essas instituições não estão postas para se digladiarem e sim para atuarem conjuntamente contra o crime. Assim sendo, tanto poderá o Ministério Público colaborar na investigação instaurada pelo Delegado de Polícia, como poderá este prestar auxílio ao Ministério Público na investigação por este deflagrada. Essa atuação conjunta deve dar-se, segundo dispõe o artigo 6º., § 1º., mediante “acordos de cooperação ou entendimentos” entre o Delegado de Polícia e o Ministério Público. Nesses casos as diligências a serem encetadas devem ser determinadas de “comum acordo” e as medidas cautelares podem ser propostas de ofício pelo Promotor ou mediante representação da Autoridade Policial a ele, que ajuizará o pedido. A realização das diligências de “comum acordo” bem define a relação de não – subordinação dos órgãos que atuam conjuntamente. Entretanto, na questão das medidas cautelares pode haver uma interpretação equivocada de que a Autoridade Policial estaria submetida ao Ministério Público. Tendo em vista uma interpretação sistemática da legislação, que não estabelece subordinação, é possível chegar à conclusão de que também as medidas cautelares serão, no caso de atuação conjunta, decididas de “comum acordo”. Havia apenas a necessidade de

estabelecer quem levaria o pedido a juízo e houve a eleição do Ministério Público, o que não implica subordinação do Delegado de Polícia, mas mera determinação de tarefas, evitando, numa atuação conjunta, duplicidade de pedidos. A escolha do Ministério Público para o ajuizamento no caso de atuação conjunta parece bastante natural, já que ele atua diretamente em juízo ao contrário da Autoridade Policial.

2.4-LEGITIMIDADE PARA INSTAURAÇÃO

Como já visto, o Delegado de Polícia instaura o Inquérito Policial e o Promotor instaura o Inquérito Penal. Ocorre que o Delegado de Polícia tem atribuição para instauração de Inquérito Policial independentemente da natureza da ação penal da infração em apuração (pública ou privada). Já o Ministério Público somente está legitimado a instaurar Inquérito Penal para apuração de infrações de ação penal pública (incondicionada ou condicionada) (inteligência do artigo 4º., Parágrafo Único c/c artigo 3º., § 1º., II, “in fine”). Essa limitação do Ministério Público não é em nada diminutiva de seu prestígio. Apenas tem a ver com a sua titularidade exclusiva da ação penal pública e sua falta de legitimidade para agir em casos de ação penal privada. Assim sendo, essas investigações ficam a cargo do Delegado de Polícia.

Não obstante, tanto o Delegado como o Promotor, nos crimes de ação penal pública condicionada, somente poderão agir se o ofendido ofertar representação (artigo 7º., § 1º.). O mesmo se diga das ações penais em que há condicionamento à requisição do Ministro da Justiça. Por seu turno, o Delegado de Polícia, nas ações penais privadas também

somente poderá atuar mediante requerimento prévio do ofendido ou de quem o represente ou suceda (artigo 7º., § 2º.).

Importa ainda ressaltar que a investigação criminal tratada no Projeto, a qual se refere ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público, não impede a atribuição das mesmas funções a outras Autoridades Administrativas por meio de lei (artigo 2º., Parágrafo Único).

2.5-DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES

Algo que já é naturalmente realizado a fim de evitar instaurações sem justa causa, que são as investigações preliminares em face de “notitia criminis” não devidamente instruída, em boa hora é regulamentado pela legislação no artigo 10, § 1º. que estabelece que, independentemente da futura instauração de inquérito policial ou penal, as autoridades legitimadas poderão realizar “averiguações preliminares” a fim de “aferir o suporte fático da notícia de crime”. O Projeto ainda estabelece um prazo máximo sem possibilidade de renovação para a conclusão dessas “averiguações preliminares”. Esse prazo é de 30 dias. Com fulcro em meras investigações preliminares, estabelece o projeto que não poderão ser concedidas medidas cautelares que importem em reserva de jurisdição (cautelares jurisdicionais), como, por exemplo, busca e apreensão, prisões cautelares, interceptações telefônicas etc.

Assim sendo, é de se concluir que se o Delegado de Polícia ou o Promotor quiserem obter medidas cautelares jurisdicionais deverão proceder às instaurações respectivas de Inquérito Policial ou Penal, os quais passam a ser condição para a concessão de tais medidas.

Entende-se que ao menos a busca e apreensão deveria ser excepcionada nessa vedação durante as investigações preliminares, pois que muitas vezes é a única forma de aferir a verossimilhança de uma denúncia ou notícia de crime e ensejar, ao depois, a instauração de inquérito ou mesmo a sua não instauração por falta de base mínima, inclusive por falta de materialidade. A vedação abrangendo a busca e apreensão fará nascer uma enxurrada de inquéritos desnecessários que somente atulharão os cartórios policiais, ministeriais e judiciais já bastante sacrificados. Se há nesse Projeto alguma pretensão de aumentar a eficiência da Investigação Criminal, essa é uma revisão que se impõe.

2.6-DOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGAÇÃO DISPONIBILIZADOS À POLÍCIA JUDICIÁRIA E AO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 10, § 3º. estabelece que a Autoridade Policial ou o membro do Ministério Público terão ao seu dispor para os fins da investigação criminal eficaz todas as técnicas e meios existentes dentro da legalidade. Não poderia ser de outra forma por dois motivos: primeiro porque se um fim é posto a alguém ou uma instituição, necessariamente os meios para sua consecução devem também ser dados sob pena de exigir o impossível. No seguimento é preciso atentar para a importante menção de que os meios disponibilizados de investigação são aqueles legalmente permitidos, como não poderia ser diverso, tendo em vista o disposto no artigo 5º., LVI, CF e artigo 157, CPP, que veda as provas ilegais. Não obstante, isso não quer dizer que os meios investigatórios precisem ser previstos expressamente e minudentemente na legislação.

Como se sabe, no Processo Penal a prova pode ser feita por todos os meios legais nominados (previstos expressamente pela lei) ou inominados (fruto da criatividade do investigador), desde que não violem a legalidade ou mesmo a moralidade. Isso jamais pode ser modificado, principalmente na fase de investigação, onde as circunstâncias de busca dos fatos e elementos de provas são totalmente imprevisíveis e a atividade deve ser dotada de certo grau de informalidade.

O artigo 10, § 3º. da legislação projetada ensejará, acaso aprovado, uma revolução no que tange a algumas legislações que serão tacitamente revogadas pelo dispositivo. Tratam-se de leis que estabelecem a exclusividade de certas atividades investigatórias ou medidas cautelares ao Delegado de Polícia ou no bojo do “Inquérito Policial”. São apenas exemplos:

a) Interceptação Telefônica – Embora a Lei 9.296/96 permita o pedido pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público e esta possa se processar tanto no Inquérito como no Processo (artigo 1º. c/c artigo 3º., I e II, da Lei 9.296/96), a condução dos procedimentos de interceptação é claramente exclusiva da Autoridade Policial, cabendo ao Ministério Público somente o seu acompanhamento facultativo (inteligência do artigo 6º., da Lei 9.296/96). Com o eventual advento do artigo 10, § 3º., da legislação em projeto, haverá uma derrogação do artigo 6º., da Lei de Interceptação Telefônica, pois se o Ministério Público passa a ter todos os meios de prova e investigação a seu dispor no “Inquérito Penal”, passará a poder também *conduzir* os procedimentos sobreditos.

b)Prisão Temporária – Novamente a Lei 7.960/89 permite o pedido de Prisão Temporária à Autoridade Policial ou ao Ministério Público (artigo 2º., “caput”, da Lei 7.960/89). Contudo, obviamente, sendo a Prisão Temporária, uma cautelar constritiva típica da fase de investigação, naturalmente está muito mais afeta ao Delegado de Polícia. Além disso, o artigo 1º., I, da Lei de Prisão Temporária estabelece que esta somente será decretada quando for “imprescindível para as investigações do *inquérito policial*”, o que efetivamente a limita a esse procedimento. Aliás, este sempre foi um dos óbices legais para a legitimação da investigação pelo Ministério Público. Porém, com o possível advento do artigo 10, § 3º., da lei em projeto, certamente outra revogação (derrogação) tácita ocorrerá, sendo de se ler no artigo 1º., I, da Lei 7.960/89 que a Prisão Temporária passará a caber quando for “imprescindível para as investigações do *inquérito policial ou penal*”.

2.7-DO REGRAMENTO DO TRATO DAS DENÚNCIAS ANÔNIMAS

A questão da validade e do procedimento a ser adotado quanto ao recebimento de denúncias anônimas tem sido um vácuo legislativo considerável. Há, contudo, certo consenso quanto ao fato de que a denúncia apócrifa, por si só, não tem o condão de gerar quaisquer consequências, até porque a própria Constituição Federal veda o anonimato (inteligência do artigo 5º., IV, CF). Concomitantemente há também certo acordo no sentido de que a denúncia anônima pode ser uma notícia inicial de crime a partir da qual investigações preliminares podem e devem ser desatadas a fim de então obter dados concretos que suplantem a mera manifestação apócrifa e justifiquem a instauração

formal de um procedimento apuratório. Pois é exatamente isso que determina o § 4º., do artigo 10 da legislação projetada. Essa previsão é muito bem vinda, já que colmata uma lacuna legal antiga e de forma bastante coerente.

2.8-DA CRIAÇÃO DE COMUNICAÇÕES DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO E DOS RECURSOS CONTRA A DECISÃO QUE DENEGA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO

O artigo 11 determina a comunicação de instauração de Inquérito Penal ao Procurador Geral ou Procurador Regional Eleitoral (em caso de crimes eleitorais), bem como ao Juízo competente. Mantém um controle interno das atividades e cria, finalmente, algum controle externo para as investigações ministeriais por parte do Judiciário. Isso em consonância, aliás, com o disposto no artigo 49 do mesmo diploma que estabelece que “a investigação criminal está sempre sujeita a controle judicial de legalidade”, o que é válido tanto para o Inquérito Penal quanto para o Policial.

Quanto ao indeferimento de instauração ou à própria instauração de Inquérito Penal pelo Ministério Público há previsão de recurso do interessado ao Procurador Geral ou órgão colegiado ao qual for atribuída tal função por lei orgânica (artigo 11, Parágrafo Único). Neste ponto, considera-se correta a previsão do recurso em caso de indeferimento, mas não se vê razão para o recurso em caso de instauração, até mesmo cotejando o presente dispositivo e o artigo 48 do mesmo Projeto que, acertadamente, faz com que o trancamento do inquérito seja algo excepcionalíssimo.

Doutra banda, o artigo 12 determina a comunicação da instauração do Inquérito Policial ao Juízo Competente e ao Chefe de Polícia. Note-se que o Parágrafo Único do artigo 12 somente prevê recurso ao “Chefe de Polícia” em caso de indeferimento de requerimento e não no caso de instauração, o que é mais condizente com a técnica, o entendimento dos tribunais e a própria sistemática da lei projetada, conforme o disposto no artigo 48 supra mencionado.

A comunicação do Juízo competente é bem posta, pois possibilita, por exemplo, o controle dos prazos desde o início do procedimento, seja do Inquérito Policial ou do Penal. Quanto às comunicações internas, no caso do Ministério Público, a sistemática parece correta. Mas, no caso da Polícia Judiciária, o Projeto infelizmente se aferra a uma expressão ultrapassada e cujo significado é multifário e equívoco, qual seja, “Chefe de Polícia”. O Código de Processo Penal faz uso dessa expressão (artigo 5º., § 2º., CPP) e com isso causa incrível celeuma interpretativa há tempos já sendo hora de acabar com esse problema e não perpetuá-lo na novel legislação.

Conforme bem observa Greco Filho, sequer existe mais a figura do “Chefe de Polícia”, variando as interpretações sobre essa figura (Delegado Geral, Secretário de Segurança, Diretor Geral da Polícia Federal). [2]

Portanto, a melhor orientação seria que tanto a comunicação quanto o recurso referente ao indeferimento de instauração fossem dirigidos ao *superior hierárquico imediato da autoridade policial atuante no caso*, além de se mencionar, no caso do recurso, a possibilidade

também de o interessado se dirigir ao Ministério Público e/ou ao Judiciário que poderão, se o caso, requisitar a instauração. Na verdade, é isso o que já ocorre na prática, independentemente do uso anacrônico da expressão “Chefe de Polícia”.

Anote-se que em projeto anterior que tratava sobre a investigação criminal (Projeto de Lei 4.209/2001) o tratamento da matéria do recurso contra o indeferimento pelo Delegado do requerimento de instauração de Inquérito Policial era formatado de maneira bem melhor. Dada nova redação ao artigo 4º., CPP, havia a previsão de um § 5º., em que o recurso em estudo seria dirigido, conforme proposto neste texto, à “autoridade policial superior”, bem como se previa a possibilidade de “representação ao Ministério Público”, o qual, se o caso, requisitaria o Inquérito Policial. Além disso, ao contrário do atual Projeto que é silente, o Projeto de Lei 4.209/01 previa um prazo para esse recurso, que seria de cinco dias. Em qualquer recurso a previsão de um prazo para seu exercício é relevante sob pena de perpetuação da indeterminação de situações jurídicas importantes.

Uma observação que se considera pertinente é que a comunicação judicial parece bem vinda para propiciar um controle externo das atividades investigatórias Policiais e Ministeriais desde o início. No entanto, a comunicação interna surge como uma burocracia desnecessária e que somente fará entulhar ainda mais as instituições com papelada ou arquivos.

Outra questão que surge é o caso de haver, como poderá doravante ocorrer, investigações paralelas no Ministério Público e na

Polícia Judiciária. Não se pode pensar na comunicação mútua de instaurações que evitaria esse fato, pois eventualmente haverá investigações cujo sigilo será imprescindível. Em caso de algum conflito seria interessante que a lei estabelecesse uma forma de resolução, propondo inicialmente a atuação conjunta nos moldes dos artigos 1º. c/c artigo 6º. Não sendo isso possível por qualquer motivo, deveria ser previsto um *incidente de conflito de atribuições* a ser solvido pelo Juiz competente em decisão irrecorrível, evitando-se procrastinações e privilegiando a isonomia entre os órgãos envolvidos, já que o Delegado de Polícia não pode recorrer.

2.9-O EXERCÍCIO DA DEFESA NA FASE INVESTIGATÓRIA

Corretamente o artigo 16 determina que sempre que possível seja o indiciado notificado a participar do Inquérito Policial ou Penal, apresentando requerimentos de provas, juntando documentos etc., bem como apresentando advogado para acompanhamento. Esse dispositivo é salutar e acompanha o que já é hoje disposto no artigo 14, CPP. Mais adiante, no mesmo diapasão, surge o artigo 24 e seu Parágrafo Único, acrescentando também a mesma possibilidade de atuação à vítima e seu representante legal.

A faceta imparcial da fase investigatória é explicitada pelo Parágrafo Único do artigo 16 quando determina que as provas e indícios exculpatórios deverão ser obrigatoriamente juntados aos autos dos Inquéritos Policial ou Penal.

O artigo 17 garante ao advogado atuante no caso o acesso amplo aos autos de Inquérito Policial no exercício da defesa técnica. Esse

dispositivo é praticamente uma transcrição da escorreita Súmula Vinculante STF n. 14.

2.10- DA INSTRUÇÃO E TRAMITAÇÃO

O artigo 19 e seguintes do Projeto procuram dar mais celeridade e informalidade à instrução, especialmente no que diz com a coleta de depoimentos e declarações.

No artigo 25 é estabelecido que as cautelares jurisdicionais deverão ser requeridas ou representadas ao Juiz (o que é óbvio), estabelecendo-se um prazo de 48 horas máximo para a decisão. É preciso lembrar que há outros prazos previstos em dispositivos do Código de Processo Penal e Leis Esparsas, os quais, se entende que não são revogados tacitamente. Esse prazo de 48 horas do Projeto parece ser dirigido aos casos em que a lei não preveja prazo específico. Trata-se de prazo impróprio, de modo que sua superação não impedirá o ulterior deferimento da medida.

Também se prevê que nos casos de representação da Autoridade Policial é obrigatória a manifestação prévia do Ministério Público, caso em que o prazo sobredito passará a contar a partir da nova vista judicial. Esse dispositivo passa a determinar então que em qualquer cautelar, inclusive naquelas em que hoje não é prevista a obrigatoriedade de oitiva prévia ministerial, esta passará a ser imprescindível sob pena de nulidade do ato. Na prática isso não altera muito o quadro porque é hábito que o Ministério Público opine em todos os pedidos, ainda quando não há previsão legal expressa.

Outra medida que tem o intuito de agilizar os procedimentos é a previsão de tramitação direta do Inquérito Policial entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, pondo fim à intermediação judicial (artigo 26). Essa medida já vem também sendo tomada em alguns juízos, mormente na esfera federal, mesmo à margem do que dispõe o Código de Processo Penal.

Parece inútil o artigo 27 que determina que as representações da Autoridade Policial que independam de ordem judicial serão encaminhadas diretamente ao Ministério Público para providências a seu cargo. Ora, as representações que a Autoridade Policial faz somente têm razão de ser em caso de reserva de jurisdição. Em caso contrário a própria Autoridade Policial é dotada de poderes investigatórios e inclusive requisitórios, não necessitando em nada do Ministério Público, a não ser em eventual troca de informes, o que não configura propriamente uma *representação*, mas colaboração investigativa. Essa conclusão se reforça à vista da Lei 12.830/13 que regula a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Igualmente se reforça pelo próprio Projeto de acordo com seus artigos 1º. c/c 6º., de modo que o artigo 27 parece sistematicamente inadequado no bojo do próprio Projeto que o abriga.

Talvez a única salvação interpretativa para o artigo 27 seja considerar os casos em que a Autoridade Policial represente por mera dilação de prazo e por autorização para remessa dos autos originais para perícia, por exemplo, (v.g. perícia contábil). Esses eram pedidos dirigidos ao Juiz que doravante seriam dirigidos ao Ministério Público nos novos

moldes da tramitação direta. Ainda assim entende-se que o dispositivo sob análise é supérfluo, já que estaria implícita na tramitação direta estabelecida pelo artigo 26, a sistemática acima.

2.11-DA PUBLICIDADE

Nos artigos 29 e 30 é regulada a publicidade como regra para o Inquérito Policial ou Penal e o sigilo externo como exceção devidamente fundamentada ou mesmo interno e externo para as diligências cuja eficácia disso dependa e que ainda não foram realizadas como, por exemplo, uma busca e apreensão, o cumprimento de um mandado de prisão preventiva, a interceptação telefônica. Nos casos dessas diligências, até a sua realização o sigilo será interno e externo. Após a realização passará a ser apenas interno, se for o caso de a Autoridade responsável o decretar. Ou seja, normalmente, mesmo decretado o sigilo este abrangerá somente o público em geral e não o advogado e o investigado, que terão amplo acesso aos autos para o exercício da defesa. Excepcional e temporariamente poderá ser decretado o sigilo interno, no caso de diligências que dele não podem prescindir sob pena de absoluta ineficácia. Mesmo assim, tão logo findas, o sigilo, se mantido pela Autoridade, será apenas interno, tendo o advogado e seu cliente acesso irrestrito aos documentos já produzidos e juntados aos autos. Esse regramento está em plena consonância sistemática com o artigo 17 do mesmo Projeto.

Também é importante salientar que o Projeto garante o sigilo em prol do investigado abrigado pela Presunção Constitucional de Inocência, permitindo a prestação de informações ao público pelas

Autoridades Presidentes, mas de forma objetiva e sem ofensa à dignidade do mero suspeito (artigo 29, § 1º, III). Também é vedada a apresentação do investigado à imprensa, salvo em caso de consentimento expresso de seu advogado ou defensor público. Essas são medidas salutaras para evitar a espetacularização da investigação, infelizmente promovida por alguns operadores do Direito e, especialmente, pela Imprensa.

2.12-DOS PRAZOS

O Projeto mantém o prazo de dez dias para conclusão do inquérito com indiciado preso (prazo este contado como prazo penal nos termos do artigo 31). Há ressalva no dispositivo para outros prazos legalmente previstos como, por exemplo, na Lei 11.343/06 (artigo 51), cujo prazo para indiciado preso é de 30 dias. Dessa forma, não há revogação tácita de dispositivos anteriores que dispõem de modo diverso. Uma exceção é o artigo 66 da Lei 5.010/66 que regula o prazo do Inquérito Policial na Polícia Federal, prevendo um prazo de 15 dias prorrogável. Esse dispositivo é revogado expressamente pelo Projeto em estudo em seu artigo 50, de modo que a conclusão é a de que o prazo para término do Inquérito Policial na Polícia Federal também será de 10 dias quando o indiciado estiver preso. A medida é adequada, pois harmoniza os sistemas estaduais e federal de investigação.

Também o prazo para indiciado solto continua sendo de 30 dias com possibilidade de prorrogação mediante representação ao Ministério Público no caso do Inquérito Policial. [3] Este prazo de 30 dias é processual.

O Projeto inova impondo um prazo máximo para a conclusão do Inquérito Policial, prazo este de 90 dias. Dessa forma, haveria a possibilidade de duas prorrogações ordinárias e, a partir daí novas prorrogações extraordinárias mediante *representação* [4] fundamentada da Autoridade Policial ao Ministério Público. Observe-se que esses prazos, inclusive o de indiciado preso, são prazos impróprios, de modo que o Estado não perde o direito de punir devido à sua infração. No caso do indiciado preso, entretanto, a prisão deverá ser relaxada por excesso de prazo, o que, porém, não implica que se torne prazo próprio, pois os demais procedimentos poderão seguir normalmente com o investigado solto. O estabelecimento do prazo impróprio de 90 dias para conclusão do Inquérito Policial é inócuo, vez que na maioria dos casos as unidades policiais convivem com grande déficit pessoal e até material, tornando impossível esse cumprimento. Não é por meio de um artigo de lei que esses problemas serão superados. Aqui impera um espúrio simbolismo jurídico.

Tratamento similar é dado ao Inquérito Penal instaurado pelo Ministério Público nos artigos 34 e 35, cujas eventuais prorrogações de prazo serão concedidas por decisão fundamentada do Conselho Superior do Ministério Público ou órgão criado por lei com tal delegação.

2.13-DA PRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO

Acertadamente estabelece o artigo 36 do Projeto que tanto o Inquérito Policial como o Penal não são condição de procedibilidade ou pressuposto processual para ao ajuizamento de ação penal, nada impedindo que outras peças informativas ou investigações de outros

órgãos legitimados legalmente sejam a base para futuro Processo Penal. Já houve tentativas legislativas de tornar o Inquérito Policial imprescindível para o futuro Processo, sempre rejeitadas. E corretamente, pois nada está a indicar que, de posse de elementos informativos suficientes, deva ficar o titular da ação penal obrigado a requisitar atualmente Inquérito Policial ou, no futuro, fazer isso ou instaurar um Inquérito Penal prévio. Isso seria contrário à razoabilidade dos prazos, à celeridade e, portanto, ao interesse público que não é satisfeito pela burocratização inócua da Justiça.

2.14-DA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO

Os Inquéritos Policial e Penal continuam sendo concluídos por relatório da autoridade presidente (artigo 37). Ademais, permanece o sistema da união dos autos de Inquérito com os do processo, conforme dispõe o artigo 39, não adotando o Projeto a fórmula da separação ou cisão em que somente as peças que digam respeito a provas irrepetíveis são levadas a juízo. Esse sistema de separação é proposto por parte da doutrina nacional e adotado em alguns países. Por todos, observe-se a manifestação de Lopes Júnior:

Elogiável, sem dúvida, a técnica adotada pelo sistema italiano, de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (indagine preliminare), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente

probatório. Como explicam Dalia e Ferraioli, um dos motivos da clara distinção entre o procedimento per le indagini preliminari e o processo é exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré-processual. [\[5\]](#)

Obviamente permanece a possibilidade de devolução dos autos de Inquérito Policial para novas diligências, desde que imprescindíveis para a denúncia a critério do Ministério Público (artigo 40). Uma observação deve ser feita com relação à redação do artigo 40 do Projeto. Em uma interpretação sistemática, considerando que há uma *tramitação direta* entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, nos termos do artigo 26 do mesmo diploma, não parece correto e emprego da palavra “requerer” no artigo 40 ao tratar da cota ministerial. Ora, na tramitação direta o Ministério Público poderá certamente requisitar diretamente, sem intermediação judicial, as diligências que entender imprescindíveis à denúncia.

Repete o Projeto a vedação quanto ao arquivamento de Inquéritos Policiais pela Autoridade Policial (artigo 41). Ademais, o arquivamento dos Inquéritos Policial ou Penal passam a ser “promovidos” diretamente pelo Ministério Público e encaminhados ao Juiz para simples homologação (artigo 43). Em caso de não homologação caberá ao Juiz remeter os autos ao Procurador Geral, seguindo-se o mesmo trâmite que hoje é previsto no artigo 28, CPP, ou seja, se o

Procurador concordar com o Juiz, ofertará a denúncia ou nomeará outro Promotor para fazê-lo; se concordar com o Promotor, remeterá os autos para arquivamento obrigatório pelo magistrado (Parágrafo Único do artigo 43).

Finalmente o artigo 45 reitera o hoje disposto no artigo 18, CPP quanto à possibilidade de desarquivamento do inquérito com o surgimento de fatos novos que possibilitem novas investigações. Esse desarquivamento deverá ser pedido ao Juiz seja pelo Delegado de Polícia, seja pelo membro do Ministério Público.

CONCLUSÃO

O Projeto de Lei 5.776/13, ao regular a Investigação Criminal pelo Delegado de Polícia e pelo Ministério Público, criando a dicotomia entre os instrumentos do “Inquérito Policial” e do “Inquérito Penal” tem a virtude de legalizar a atuação irregular que se propaga no país em investigações à margem de qualquer sustento legal realizadas pelo Ministério Público e legitimadas a fórceps pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, o ideal seria a coragem para enfrentar os desafios de respeito à legalidade e, especialmente, à constitucionalidade. Há Juízes no Brasil, mas não são muitos, mesmo porque a exigência para o exercício jurisdicional às vezes é sobre – humana, sendo necessária extremada coragem para se colocar em defesa da lei e da Constituição, mesmo diante de fatos consumados ao seu arrepio, por piores que sejam as consequências práticas. Isso porque essas consequências somente são ruins em aparência, vez que na medida em que asseguram a legalidade e

constitucionalidade, preservam valores e interesses que transcendem os meros casos concretos.

Há ainda uma terrível falha na legislação projetada, ainda em tempo de ser ajustada. Não há impedimento para que o mesmo membro do Ministério Público que conduz o Inquérito Penal ofereça a denúncia e siga no processo. Isso é bastante indesejável, eis que a imparcialidade do “parquet” também é necessária na formação de sua convicção e na condução do processo. Como regular isso, seja pela criação de grupos especializados regionalizados somente para investigação pelo Ministério Público, seja pela delegação de presidência a outro Promotor que não seja o natural do processo futuro, selecionado em comarcas próximas, é um problema secundário. O importante seria haver essa previsão.

A crítica acima é formulada com ciência da Súmula 234 STJ que dispõe que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Entende-se que o alcance da Súmula é restrito aos casos de uma participação esporádica do Ministério Público, acompanhando diligências isoladas como, por exemplo, um interrogatório policial ou uma perícia ou mesmo atuando na sua função de controle externo da atividade policial. A Súmula a nosso ver não abrange, nem poderia o caso em que o Ministério Público conduz as investigações, presidindo-as do início ao fim, tal qual ocorrerá com o Inquérito Penal. Observe-se que quando um Promotor foi Delegado de Polícia e atuou num Inquérito Policial, ele não pode ofertar denúncia e seguir no processo respectivo de acordo com o disposto no artigo 252, I

c/c 258, CPP. Por que poderia fazê-lo se presidiu a investigação já como Promotor? Não há qualquer razão palpável para tratamento diferenciado.

Na verdade, como já dito, o ideal não seria a criação de uma legislação “ad hoc” para colmatar as ilegalidades já cometidas e acatadas, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal pelos motivos já claramente expostos de uma bem urdida tática de conquista de atribuição à margem da lei. Mesmo porque, ainda que se impeça o Promotor – Investigador de denunciar e seguir no processo, há que lembrar que o Ministério Público é um órgão caracterizado pela sua *unidade*. Dessa forma, a infração a um Sistema Acusatório ideal é inevitável. O Projeto de Lei 5.776/13 se apresenta, portanto, como uma opção de um “mal menor”, ao menos aparentemente. Isso porque cabe a indagação: será mesmo um “mal menor” acobertar ilegalidades pretéritas mediante legislações produzidas “ad hoc”? O mesmo serve para decisões jurisprudenciais que legitimam e evitam declarar a nulidade de investigações devido à sua repercussão social, ainda que marcadamente ilegais. Não haverá aí uma perda inestimável das garantias individuais e da própria efetividade do Princípio da Legalidade e da força das normas constitucionais?

Por fim resta ressaltar que não haverá, acaso aprovado o Projeto, seja expressa, seja tacitamente, a revogação da Lei 12.830/13, que trata da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, eis que esta não é incompatível com a legislação projetada e nem esta última trata inteiramente da matéria de investigação criminal,

especificamente dos pontos regulados na Lei 12.830/13 que servem de complemento   futura legisla o nos casos do Inquérito Policial. Serão normativas complementares e harm nicas no ordenamento jurídico brasileiro atinente ao tema da Investiga o Criminal.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do Inquérito policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 12.05.2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investiga o Preliminar no Processo Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOTAS:

[1] Para maior aprofundamento quanto   crítica da atua o do Ministério Público na Investiga o Criminal, remeto o leitor a trabalho anterior: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do Inquérito policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 12.05.2015.

[2] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

[3] Note-se que isso torna mais inútil ainda o disposto no artigo 27 do Projeto ao tratar da tramita o direta.

[4] Na dic o do projeto   usada a palavra “requerimento”, absolutamente inadequada para a atua o do Delegado de Polícia.

[5] LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investiga o Preliminar no Processo Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

O NOVO ENUNCIADO DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - A LEI MARIA DA PENHA, A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Acaba de ser publicado um novo Enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: *“A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”* (Súmula 536).

Como se sabe, a Lei nº. 11.340/06, a chamada *“Lei Maria da Penha”* criou *“mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”*. Segundo a lei, *“configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero*

que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” A violência pode ser praticada: a) “no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”; b) “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” ou c) “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

Ademais, compreende: a) *“a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”; b) “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”; c) “a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao*

matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”;d) “a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” e e) “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

É importante ressaltar que a lei não contém nenhum novo tipo penal, apenas dá um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já elencadas em nossa (vasta e exagerada) legislação. De toda maneira, entendemos extremamente perigosa a utilização, em um texto legal de natureza penal e processual penal (e gravoso para o indivíduo), de termos tais como *“diminuição da auto-estima”, “esporadicamente agregadas”, “indivíduos que são ou se consideram aparentados”, “em qualquer relação íntima de afeto”, etc., etc.*

Segundo o seu art. 6º., a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos; logo, é possível que a apuração do crime daí decorrente seja da atribuição da Polícia Federal, na forma do art. 1º., caput e inciso III, da Lei nº. 10.446/02; ainda em tese, também é possível que a competência para o processo e julgamento seja da Justiça Comum Federal, ex vi do art. 109, V-A, c/c o § 5º., da Constituição Federal, desde que se inicie, via Procurador-Geral da República, e seja julgado procedente o Incidente de

Deslocamento de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça). Esta conclusão decorre das normas referidas, bem como em razão do Brasil ser subscritor da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher[1] e da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher[2].

O art. 41 da lei estabelece que *“aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.](#)”*

Eis o problema.

Não pretendemos ferir suscetibilidades ou idiosincrasias, apenas manifestar o nosso entendimento sobre uma norma jurídica que entendemos ferir a Constituição Federal. Como diz Paulo Freire, *“só, na verdade, quem pensa certo, mesmo que, às vezes, pense errado, é quem pode ensinar a pensar certo. E uma das condições necessárias a pensar certo é não estarmos demasiado certos de nossas certezas. Por isso é que o pensar certo, ao lado sempre da pureza e necessariamente distante do puritanismo, rigorosamente ético e gerador de boniteza, me parece inconciliável com a desvergonha da arrogância de quem se acha cheio ou cheio de si mesmo.”*[3]

Estamos de acordo com a tutela penal diferenciada para hipossuficientes (inclusive pelo desvalor da ação), mas sem máculas à Constituição Federal e aos princípios dela decorrentes e inafastáveis. Neste ponto, concordamos com Naele Ochoa Piazzeta, quando afirma que *“corretas, certas e justas modificações nos diplomas legais devem ser buscadas no sentido de se ver o verdadeiro princípio da igualdade entre*

os gêneros, marco de uma sociedade que persevera na luta pela isonomia entre os seres humanos, plenamente alcançado.”[\[4\]](#)

Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, “*princípios como o da isonomia e proporcionalidade são engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das ‘garantias fundamentais’.*”[\[5\]](#)

Igualmente, “*el principio de proporcionalidad que, como ya indicado, surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.*”[\[6\]](#)

Na lição de Sebastián Melo, “*sendo o Direito Penal um instrumento de realização de Direitos Fundamentais, não pode prescindir do princípio da proporcionalidade para realização de seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade, na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em Ética e Nicômaco é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito. Desta forma, para Aristóteles, a regra será justa quando seguir essa proporção. Nas palavras do filósofo grego em questão, a sua igualdade proporcional representa uma ‘conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o*

quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional’.”^[7]

Reafirmamos, com Humberto Ávila, que a igualdade (que ele denomina de postulado) *“estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”* Para ele, a proporcionalidade (que também seria um postulado) *“aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.”*^[8]

Entendemos tratar-se de artigo inconstitucional. São igualmente feridos princípios constitucionais (igualdade e proporcionalidade^[9]). Assim, para nós, se a infração penal praticada for um crime de menor potencial ofensivo (o art. 41 não se refere às contravenções penais) devem ser aplicadas todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), além da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal).

Creemos que devemos interpretar tal dispositivo à luz da Constituição Federal e não o contrário. Afinal de contas, como já

escreveu Cappelletti, *“a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.”*^[10] Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Segundo Frederico Marques, a Constituição Federal *“não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico.”*^[11]

A prevalecer a tese contrária (pela constitucionalidade do artigo), uma injúria praticada contra a mulher naquelas circunstâncias não seria infração penal de menor potencial ofensivo (interpretando-se o art. 41 de forma literal).

Insistimos que o princípio da proporcionalidade não foi observado, o que torna inválida esta norma (como também a do art. 17), apesar de vigente. Como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio *“desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.”*^[12]

Para Pedraz Penalva, *“a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.”*^[13]

Feriu-se, outrossim, o princípio da igualdade, previsto expressamente no art. 5º., caput da Constituição Federal. Este princípio constitucional *“significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.”* Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a igualdade *“ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”*^[14]

Para Ignacio Ara Pinilla, *“la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.”*^[15]

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, *“há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza atual e*

definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”^[16]

Para Pontes de Miranda, os enunciados de igualdade vinham aos poucos, ao longo da história, *“desbantando as desigualdades artificiais”*, tudo se passava, prossegue Pontes de Miranda, *“(…) como se alguma tesoura estivesse a aparecer, em certos momentos, para cortar galhos que cresceram demais”*. A lei, e seu conteúdo de uniformidade, seria indicativa também da expansão dos critérios de igualdade, em favor de sua dinâmica de materialidade, na medida em que regras gerais e abstratas enfrentaram costumes e *“atos esporádicos de príncipes legisladores”*. A igualdade formal seria viciada na origem, porquanto não teria levado em conta diferenças que há na educação e nos meios de produção. Ainda que esses últimos matizem aqueles primeiros, na percepção de uma quase teologia marxista, há exceções, poucas, porém insuficientes para desmentir que o poder é também causa e consequência da instrução. Pontes de Miranda entendia a igualdade formal como um comando de abstenção para o Estado, enquanto a igualdade material fixaria um comando de ação, uma obrigação de fazer, na tipologia privatística. Lembrava que a regra da igualdade (consubstanciada na máxima de que todos somos iguais perante a lei) teria como destinatários — principalmente — os legisladores, democráticos ou não. A democracia é fundamento e razão da igualdade real; nesse sentido, ainda com Pontes, *“se não há democracia, o princípio da igualdade perante a lei já sofre, inicialmente, grave mutilação: nem todos são iguais quanto à participação na criação da ordem estatal”*. Os

arranjos institucionais não democráticos são, essencialmente, refratários a qualquer configuração de igualdade. O jurista alagoano criticou os autores que insistiam que o princípio da igualdade seria mera referência abstrata, ainda que incluído em várias constituições. Segundo esses autores (todos alemães) o princípio da igualdade guardaria o mesmo grau de abstração dos preceitos de direito natural, qualificando-se como mera tautologia, a exemplo de noção que nos daria conta de que *“a lei vale para todos para os quais vale”*. Pontes de Miranda refutou essa posição, insistente na compreensão de que a igualdade é um fato normativo que deve ser aplicado, dotado de normatividade, em linha conceitual que o aproxima de conceitos contemporâneos que enfatizam a força normativa da Constituição, afirmando que *“não há por onde se possa considerar abstrato preceito que morde tão fundo a realidade, que tão bem decepa, aqui e ali, injustiças concebidas, mediante exceção favorável ou desfavorável”*. O enunciado da isonomia, prossegue Pontes de Miranda, é substancialmente atemporal, atuando no presente e no futuro, ainda que dependente de enfrentamento de um outro desafio também juridicamente irrenunciável: o direito adquirido. A igualdade material também se realiza quando se carrega o princípio de obrigatoriedade para todos *“os executores administrativos ou judiciais”*. O princípio da isonomia, continua Pontes, exerceria duas funções: regularia a feitura das leis, balizando-as com exigência que é igual para todos, bem como seria regra superior de interpretação para o direito já feito. É matriz exegética de toda a Constituição, o fundamento de todos os outros princípios. Pontes de Miranda foi um humanista, carregado de

tradição franciscana e de fé inquebrantável na missão do Direito, também como instrumento de nossa redenção moral.[\[17\]](#)

Mas, infelizmente, como afirma Francesco Palazzo, *“a influência dos valores constitucionais vem, pouco a pouco, crescendo sempre no arco dos tempos, sem que, no entanto, ainda assim as transformações constitucionais tenham logrado produzir a esperada reforma orgânica do sistema penal, inclusive.”*[\[18\]](#)

Canotilho explica que são *“princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”*[\[19\]](#)

Este art. 41 também afronta o disposto no art. 98, I da Constituição Federal, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional; neste sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

“A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta.”[\[20\]](#)

“A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta.”[\[21\]](#)

Igualmente Cezar Roberto Bitencourt, para quem *“a competência ratione materiae, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos e contravenções penais.”* [22]

Sidney Eloy Dalabrida também já escreveu:

“A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (ratione materiae), e, sendo assim, absoluta.” [23]

Repita-se que a competência da qual ora falamos tem índole constitucional (art. 98, I da Carta Magna), sendo nulos todos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, *“pois o processo é como se não existisse.”* [24]

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitável não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

É bem verdade que a própria Lei nº. 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a sua competência (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º.), mas este fato não representa obstáculo ao que dissemos, pois se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a

Lei nº. 9.099/95, permitida pelo art. 98 da Constituição. Em outras palavras: ao delimitar a competência dos Juizados, poderia a respectiva lei, autorizada pela Lei Maior, estabelecer exceções à regra, observando, evidentemente, os critérios orientadores estabelecidos pela própria lei. Efetivamente, na Lei nº. 9.099/95 há duas causas modificadoras da competência: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único). Porém, o certo é que tais disposições não ferem a Constituição Federal, pois as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62, Lei nº. 9.099/95). Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Observa-se que se as leis respectivas *“podem definir quais são as infrações, podem, também, o menos, que é excluir aquelas que, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, não são recomendadas para serem submetidas ao Juizado, desde que não se subtraia de todo a competência estabelecida constitucionalmente”*, como bem anotou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.[\[25\]](#)

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a

competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional.

O texto constitucional é explícito ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumariíssimo. Segundo Antonio Scarance Fernandes, *“a incorporação, nos ordenamentos, de modelos alternativos aos procedimentos comuns ou ordinários gera para as partes o direito a que, presentes os requisitos legais, sejam obrigatoriamente seguidos. (...) Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento.”*^[26]

Ademais, *“o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que devem ser obedecidas para que seja legítima a competição. O cumprimento dos atos e fases procedimentais se impõe tanto ao Juiz quanto às partes e a todos os sujeitos que participarem do processo, isso porque o procedimento é integral. Além disso, prevendo a lei um procedimento específico para determinada relação de Direito Material controvertida, não cabe ao Juiz dispensá-la, impondo-se sua observância, em respeito ao devido processo legal. Justifica-se isso em virtude de os atos previstos na cadeia procedimental serem adequados à tutela de determinadas situações, daí serem imprescindíveis, ou seja, o procedimento ostenta uma tipicidade.”*^[27]

A propósito, mutatis mutandis, veja um trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2:

“(...) Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça[28], tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. (...) Vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque inassimiláveis tais situações - a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais[29], por tratar-se de matéria posta sob reserva absoluta de Constituição. (...) Em suma, Senhora Presidente, o Congresso Nacional não pode - simplesmente porque não dispõe, constitucionalmente, dessa prerrogativa – ampliar (tanto quanto reduzir ou modificar), mediante legislação comum, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados[30]. (...) O ponto está em

que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. (...) Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. (...) Daí a correta lição expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE (“Revista de Direito Renovar”, vol. 24/78-79, set/dez 02), que também recusa, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, mediante verdadeira “sentença legislativa”, explicitar, em texto de lei ordinária, o significado da Constituição. Diz esse ilustre autor: ‘Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada interpretação da Constituição conforme as leis, mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de mão trocada se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos. O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma ‘legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis’. Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como

concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação 'correta' do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este."

Diante do exposto, este novo enunciado não deve ser aplicado pelo Juiz, pois, como se sabe, o controle de constitucionalidade judiciário no Brasil tem o caráter difuso[31], podendo "perante qualquer juiz ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em conseqüência deixar de aplicar o ato inquinado", na lição do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[32]

NOTAS:

[1] Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

[2] Firmada em 1994 na cidade brasileira de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

[3] Pedagogia da Autonomia, São Paulo: Paz e Terra, 35^a. ed., 2007, p. 28.

[4] O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro – Uma Abordagem de Gênero, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 174.

[5] Introdução ao Direito Processual Constitucional, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

[6] Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 29.

[7] “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, texto inserto na obra Princípios Penais Constitucionais, Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 203.

[8] Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

[9] É cediço que o princípio da proporcionalidade está implícito na Constituição Federal. Os princípios implícitos, como se sabe, *“podem ser apreendidos a partir de uma pluralidade, mais ou menos vasta, de normas explícitas, ou ainda ser extraídos não mais de uma pluralidade de disposições, mas de uma única disposição. Isso se dá toda vez que de uma única disposição se extrai, além da norma expressa que constitui seu significado, também uma norma ulterior implícita. Finalmente, restam aqueles princípios totalmente implícitos, que são deduzidos não de uma disposição, mas da ‘natureza das coisas’, da ‘Constituição material’, do sistema jurídico como um todo, de outros princípios implícitos à sua volta, e assim por diante.”* Quanto à proporcionalidade, *“sua natureza de princípio jurídico é evidenciada quando, à parte da generalidade e do aspecto vago do que impõe (...), é possível também verificar que se encontra entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei aos casos concretos.”* (Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da

Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 58, com grifo nosso).

[10] **Apud** José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

[11] Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

[12] O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

[13] **Apud** Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

[14] Obra citada, p. 67.

[15] “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, artigo que compõe a obra coletiva denominada “El Principio de Igualdad”, coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

[16] Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

[17] Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos), São Paulo: Saraiva, 1979, páginas 485 a 487 (Revista Consultor Jurídico, 7 de junho de 2015, 8h00 - <http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/embargos-culturais-principio-igualdade-obra-pontes-miranda-fe-direito>).

[18] Valores Constitucionais e Direito Penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 117.

[19] Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

[20] Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

[21] Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 69.

[22] Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., p. 59.

[23] Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

[24] Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, São Paulo: Saraiva, Vol. II, 12ª. ed. p. 503.

[25] Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

[26] Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 67/69.

[27] Luciana Russo, “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”, artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[28] E também dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência encontra sede igualmente na Carta Magna.

[29] Repetimos: e também dos Juizados Especiais Criminais.

[30] Idem.

[31] Segundo José Afonso da Silva, entre nós, este “*sistema foi originariamente instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições*

sucessivas até a vigente.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995).

[32] Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 17ª. ed., 1989, p. 34.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E OS CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO

VINICIUS HSU CLETO: Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 75757. Bacharel em Direito pela UFPR.

Resumo: O trabalho analisa os meios de que dispõe o Tribunal Penal Internacional para fazer valer suas decisões contra altos funcionários estatais, especialmente Chefes de Estado e Chefes de Governo. A pesquisa aborda os recentes casos de Quênia e Sudão e discute os limites da cooperação internacional quando os interesses de altos mandatários se veem restringidos. A metodologia se baseou em revisão bibliográfica de livros, periódicos e diplomas legais.

Palavras-Chave: Tribunal Penal Internacional; Cooperação Internacional; Imunidade de Chefes de Estado; Imunidade de Chefes de Governo.

1 Introdução

O trabalho estuda a contradição aparente entre a imunidade de Chefes de Estado e de Chefes de Governo quando presentes em jurisdição de terceiros países e o disposto no art. 27 do Estatuto de Roma, que afirma a “irrelevância” da condição oficial do eventual sujeito ativo de crime cometido no diploma em questão. A pesquisa trata das normas de Direito Internacional Público sobre as duas figuras acima aludidas e de situações controversas que podem vir a ocorrer.

Busca-se, assim, sanar possíveis dúvidas advindas da impossibilidade fática de tornar o TPI um “órgão jurisdicional universal”, principalmente por conta da resistência de importantes potências mundiais em admiti-lo, tais quais Estados Unidos, China e Rússia.

2 Chefes de Estado e Chefes de Governo segundo o Direito Internacional Público Contemporâneo

O Chefe de Estado é, para o Direito Internacional, o máximo representante do país em suas relações exteriores. Caso se encontre em território estrangeiro, seus documentos, meios de transporte e residência são invioláveis. Demais, conta com isenção de cobrança de direitos aduaneiros e com imunidade de jurisdição territorial, seja penal, seja cível[1].

É possível que alguns Estados discriminem Chefe de Estado e Chefe de Governo. Caso a distinção exista, o Chefe de Governo, ao visitar outro país no exercício de suas funções, goza de Imunidade Soberana ou Imunidade Estatal tal qual o Chefe de Estado.

Exemplificadamente, o costume internacional foi reconhecido pela Corte de Cassação francesa, que se opôs à possibilidade de perseguir penalmente um Chefe de Estado estrangeiro que estivesse no poder[2].

Muito embora a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas já tenha se manifestado pelo afastamento da imunidade de jurisdição em caso de crimes contra a humanidade, mesmo os internacionalistas mais progressistas admitem que não é regra expressa[3]. Ainda, é impossível deixar de notar a provável politização

dos casos que permitiriam a marginalização da imunidade jurisdicional: são crimes contra a humanidade aqueles constantes do Estatuto de Roma? O que ocorre caso nenhum dos países envolvidos seja signatário do instrumento e se a promoção do caso não começou pela ONU? Deve o Estado anfitrião deter e entregar o Chefe de Estado? Se sim, para que órgão jurisdicional, interno ou internacional? Todas essas dúvidas dependeriam da resposta do Estado soberano que recebe o Chefe de Estado. Inevitavelmente, haveria dose de arbitrariedade política na resposta a cada uma delas, expressão do voluntarismo político de que fala Vivian Marangoni, essencial para a consecução do Direito Penal Internacional[4].

A proteção jurisdicional a Chefes de Estado e de Governo diz respeito, obviamente, àqueles que exercem a função. O caso Fujimori é bastante emblemático para demonstrar que indivíduos que não mais detenham esses predicados podem sofrer da jurisdição penal de outro país[5].

2.1 Chefes de Estado e Chefes de Governo e o art. 27 do Estatuto de Roma – Aplicação contra Chefes no Poder

Apesar de todas as ressalvas e deferências acima feitas, é digno de destaque a forma enfática pela qual o Estatuto de Roma estabelece a irrelevância da condição oficial para efeitos da devida persecução penal:

Artigo 27

Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto **será aplicável** de forma igual a todas as pessoas **sem distinção** alguma baseada na qualidade oficial. **Em particular, a qualidade** oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, **de representante eleito** ou de funcionário público, **em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto**, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou **normas de procedimento especiais** decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, **não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição** sobre essa pessoa[6]. (grifo do autor)

O art. 27 do Estatuto de Roma não deixa margem a dúvidas e determina que as decisões da Corte devem ser cumpridas contra representantes que estejam no exercício de qualquer cargo, inclusive contra Chefes de Estado e congêneres no poder. No entanto, tamanho rigor e rechaço contra possível impunidade são relativizados quando temos em conta que presidentes e monarcas dificilmente seriam encaminhados ao Tribunal Penal Internacional por meio de

procedimentos internos, uma vez que são os naturais superiores hierárquicos do Exército e de forças de coação legítima.

Diante deste obstáculo, um meio de se assegurar o *surrender* de Chefe de Estado é a detenção do mandatário noutro país que tenha ratificado o Estatuto de Roma. Com efeito, todo Estado-parte do Tribunal Penal Internacional se obriga a cooperar[7] e garantir que as decisões nele proferidas sejam observadas, independentemente da condição oficial que sustenta o sujeito ativo. É o que prescreve o art. 86 do Estatuto:

Artigo 86

Obrigação Geral de Cooperar

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste[8].

3 Aplica o do Art. 27 do Estatuto de Roma contra Chefes de Estado e de Governo – Situa es Ideais

Nesta se o, analisaremos casos em abstrato. Em todos, partimos do pressuposto de que o Chefe de Estado ou de Governo visita país que introduziu o Estatuto de Roma em seu ordenamento jurídico interno. Entenderemos que o anfitrião recebeu pedido de deten o e entrega do visitante, nos termos do art. 59 do Estatuto, e que dispõe de meios coercitivos para satisfazer a peti o. *Por fim, partiremos do pressuposto de que o caso não se iniciou por promo o do Conselho de*

Segurança das Nações Unidas, pois, neste caso, a obrigação de cooperar com o Tribunal depende do que determine a resolução que promoveu a remessa.

Antes, porém, cabe ressaltar os artigos 12 e 13 do Estatuto de Roma:

Artigo 12

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos *a)* ou *c)* do artigo 13, **o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal** de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) **Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa**, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) **Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.**

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX. (grifo do autor)

Artigo 13

Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) **Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;**

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer

situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15. (grifo do autor)

3.1 Cenário – Ambos os Estados São Membros do Tribunal Penal Internacional

Se ambos os Estados admitem o Estatuto de Roma e se o crime tipificado foi cometido após a entrada em vigor do Estatuto, *deve o anfitrião deter e entregar o Chefe de Estado ou de Governo visitante.*

A solução que se impõe é única. Embora o costume internacional não preveja a possibilidade de uso da força contra Chefe de Estado, o Estatuto de Roma admite-o no art. 27. Ao acatarem o tratado internacional, ambos os países devem marginalizar eventuais empecilhos internos pela aplicação do critério da especialidade na resolução de antinomias jurídicas.

Nada permite afastar a solução em tela. De fato, a imunidade estatal do Chefe de Estado, conquanto regra, admite exceções mutuamente acordadas.

O art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que positiva regras consuetudinárias, dispõe como regra geral de interpretação a leitura do tratado de acordo com seu contexto, objetivo e finalidade^[9]. Parece razoável pressupor que o art. 27 foi redigido tendo por fim garantir que nem altos funcionários possam se eximir da

jurisdição da Corte, independentemente das prerrogativas que o Direito Internacional tradicional lhes conceda.

3.2 Cenário – Apenas o Anfitrião é Membro do Tribunal Penal Internacional e o Crime foi Cometido em País que não Internalizou o Estatuto de Roma

Neste caso, o Estado-parte, anfitrião, *não deve obedecer à petição de detenção e entrega do visitante*. Se o Tribunal Penal Internacional fizesse semelhante requerimento, cometeria flagrante ilegalidade. A jurisdição da Corte, segundo o art. 12 do tratado, pode, no máximo, 1) afetar nacional de Estado-parte, que tenha cometido crime previsto no Estatuto de Roma em território de Estado não parte ou; 2) afetar nacional de Estado não parte, que tenha praticado tipo do Estatuto de Roma em Estado-parte.

Na presente situação, o crime não poderá ser punido pelo TPI.

3.3 Cenário – Apenas o Anfitrião é Membro do Tribunal Penal Internacional e o Crime foi Cometido em País que Internalizou o Estatuto de Roma

Sem lugar a dúvidas, trata-se do caso mais obscuro dentre todas as situações possíveis. Chame o caso de lacuna jurídica ou de *hard case*, a solução que se imponha deve acabar por violar outras prescrições, seja de direito interno, seja de direito internacional.

Caso o anfitrião atenda o pedido de detenção e entrega, o Chefe de Estado visitante será forçado a sofrer constrições em sua liberdade de ir e vir sem que seu país tenha acordado o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Com isso, impossível falar de

norma especial sobre norma geral: para o Estado visitante, a única norma internacional existente é a que concede imunidade penal a Chefes de Estado e de Governo. É o entendimento típico do **voluntarismo** no Direito Internacional Público, segundo o qual o fundamento deste ramo do Direito é a vontade dos Estados^[10].

Nenhum país, figura maior dentre as que possuem personalidade jurídica de direito internacional público, poderia ser obrigado a seguir normas com as quais não está de acordo.

Embora tachado de conservador e retrógrado, o voluntarismo nada mais é do que corolário do Princípio da Soberania estatal nas relações internacionais, que, por sua vez, garante a existência do Princípio da Igualdade entre Estados. Curiosamente, ambos os princípios são especialmente caros a países cujo potencial militar é deficiente, em regra, países de menor desenvolvimento relativo que combatem o “obsoletismo” no Direito Internacional Público.

Por outro lado, caso o anfitrião se negue a cumprir a petição, automaticamente violará seu compromisso com o Tribunal Penal Internacional. Não suficiente, acaba por descumprir o direito interno, que admitiu o Estatuto de Roma como direito positivo e nacional.

Esta conjuntura pode, entretanto, ser evitada pelo próprio Tribunal Penal Internacional:

Artigo 98

Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega

1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2. O Tribunal pode não dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Trata-se de norma que permite à Corte evitar que o Estado-anfitrião se veja diante de situação em que teria de escolher a ilegalidade a cometer. Ocorre que a prescrição se dirige ao órgão competente do

Tribunal, não ao Estado nacional, que, teoricamente, teria de obedecer às petições proferidas.

Perante o caso em tela, entendemos que o anfitrião *não deve obedecer à petição de detenção e entrega*. Caso o TPI faça semelhante requerimento, estaria forçando o país-membro à ilegalidade, o que é desabrido na sistemática jurídica.

Obviamente, nada impede que a Corte exija a detenção e entrega de nacional de Estado não membro que tenha cometido crime em Estado que integre o TPI, *desde que não sustente imunidade jurisdicional penal*.

A solução pode parecer injusta, mas trata-se de inconveniente derivado do fracasso em tornar o TPI uma verdadeira jurisdição universal.

4 Aplicação do Art. 27 do Estatuto de Roma contra Chefes de Estado e de Governo – Situações Reais

Nesta seção, analisaremos como alguns países lidaram com situações similares aos casos em abstrato.

4.1 O Caso Sudanês

Famoso por conflitos étnicos, o Sudão foi recentemente separado em Sudão e Sudão do Sul[11].

Anos antes, porém, o país passou por grave crise humanitária. Na região Oeste, o Estado teria lançado mão da guerrilha Janjaweed para atacar membros da sociedade civil no contexto de guerra interna[12]. Os relatos contam casos de homicídios e estupros etnicamente motivados.

Como o Sudão não é Estado-parte do TPI, coube ao Conselho de Segurança das Nações Unidas enviar o caso à Corte, por meio da *remessa* de caso.

Em 2009, a Câmara de Instrução do TPI decidiu expedir mandado de prisão contra Omar al-Bashir, que teria sido corresponsável pelas atrocidades cometidas. Trata-se da primeira ordem de detenção contra Chefe de Estado ainda no poder[13].

Solenemente ignorado pelo Estado sudanês, o mandado de prisão teria de ser cumprido por outros países que aderiram ao Tribunal Penal Internacional.

Al-Bashir visitou a China, país que não aceita a jurisdição da Corte e que foi criticado por não cooperar pela punição de violadores do Direito Penal Internacional[14][15]. Embora a postura de Pequim possa ser criticável, não foi conduta antijurídica, pois a remessa do caso pela CSNU ao TPI asseverou que “*while recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute, urges all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully*”[16].

Em 2010, Omar al-Bashir visitou Quênia e Chade, países que ratificaram o Estatuto de Roma. *Não detido, houve patente violação de obrigação internacional*, salvo se algum desses Estados tivesse assumido obrigação internacional outra que atacasse o art. 27, o que significaria a imediata denúncia do Estatuto de Roma, que não admite reservas (art. 120 do Estatuto).

Em declaração ao Congresso Nacional, o ex-Ministro das Relações Exteriores Celso Amorim afirmou que a vinda de al-Bashir ao Brasil significaria sua detenção, uma vez que o país se comprometeu a cooperar com o Tribunal Penal Internacional^[17]. *Tal qual analisado na seção de casos em abstrato, é posicionamento correto e condizente com o ordenamento pátrio.*

4.2 O Caso Queniano

Uhuru Muigai Kenyatta é presidente do Quênia desde 2013. É acusado de assassinato, deportação ou transferência forçada, estupro, perseguição e outros atos desumanos, conforme o art. 7º do Estatuto. Supostamente, perpetrou tais atos após as eleições de 2007, sob motivação étnica.

O presidente queniano deve cooperar com a Corte por força de direito interno, independentemente do cargo que atualmente ocupa, uma vez que o Quênia ratificou o Estatuto de Roma. A não cooperação e expedição de mandado de detenção o fará sofrer da mesma condição que Omar al-Bashir.

4.3 O Caso Estadunidense

Marcadamente intervencionistas, os Estados Unidos da América receiam que seu Chefe de Estado ou alto burocrata sejam acusados pelo TPI por conta de eventos de guerra deflagrada em território de Estado-membro da Corte.

Cientes da possível interpretação que demos na seção “Apenas o Anfitrião é Membro do Tribunal Penal Internacional e o Crime

foi Cometido em País que Internalizou o Estatuto de Roma”, o governo norte-americano aprovou o *American Service-Members' Protection Act*^[18], que permite ao Executivo tomar as atitudes necessárias para libertar cidadãos norte-americanos que venham a ser presos ou detidos pelo Tribunal.

Trata-se de desincentivo político promovido pelos estadunidenses para evitar que Estados-membro seguissem eventual mandado de detenção da Corte.

5 Conclusão

O Tribunal Penal Internacional passa por dificuldades operacionais que podem prejudicar as atividades do organismo no futuro.

A Corte depende da atuação de seus membros, mesmo que signifique indisposição com Chefes de Estado de outros países. A falta de observância dificilmente acarretaria maiores sanções ao Estado descumpridor do Estatuto de Roma, pelo que podemos diagnosticar a Corte como uma organização internacional “sem dentes”, na expressão empregada por analistas das relações internacionais. É bem verdade que Estados que possuam Judiciário e Ministério Público independentes podem exigir a entrega de Chefe de Estado no poder por meio de procedimentos internos, mas não tende a ser a regra em muitos regimes, principalmente ditaduras.

Poucas soluções parecem razoáveis diante desse impasse. Criar uma força de choque do Tribunal Penal Internacional poderia levar a conflito militar entre a organização internacional e o Estado em que se

localiza o sujeito ativo. Requerer o uso de força do Conselho de Segurança das Nações Unidas significaria a indesejada politização do Tribunal, uma vez que o P5[19] não aceitaria legitimar ações de força contra aliados e muitos menos contra os próprios interesses. Mesmo que uma sofisticada engenharia de embargos econômicos pudesse ser criada, seria apenas a sociedade civil a penalizada pelas atrocidades de altos burocratas.

Não suficiente, o Tribunal Penal Internacional tem de fazer frente ao crescente descontentamento de países africanos. Vários estadistas daquele continente afirmam que há discriminação na escolha dos casos, motivo pelo qual a União Africana discute a possível denúncia em massa do Estatuto de Roma[20], o que levaria ao esvaziamento da organização e ao conseqüente distanciamento do ideal da “jurisdição universal”.

Em suma, o TPI tem dois grandes problemas práticos que devem ser enfrentados no tratamento dos casos que envolvam Chefes de Estado e de Governo: 1) Criar meio que assegure a entrega de Chefes de Estado com auxílio de países-membro, prevista sanção negativa às partes que descumpram pedidos de detenção; 2) Evitar denúncias do Estatuto de Roma, inclusive com sanções premiais àqueles que permanecerem na organização internacional. A título de exemplo, poder-se-ia criar programa de ajuda às vítimas dos crimes previstos no Estatuto, desde que o Estado seja membro da Corte.

Não são dilemas cuja resolução seja fácil ou intuitiva, mas propostas concretas devem ser criadas para garantir a manutenção da

credibilidade de uma Corte que busca punir aqueles que cometeram os crimes mais graves contra a comunidade internacional.

6 Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILLA, Rubén Carnerero; AVENA, Claudia de Miranda. *Demandas contra Chefes de Estado*

Estrangeiros: Imunidade Internacional vs Proteção dos Direitos Humanos. In: **Ciências Penais**, v. 13, Jul/2010, p. 68-.

MARANGONI, Vivian. *A Efetividade do Direito Internacional Penal à Luz do Caso al-Bashir no TPI*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 101. Mar/2013. p.317-.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *Crimes contra a Humanidade Cometidos pelo Estado ou por Indivíduos com a Conivência Estatal à Luz do Direito Interno e Internacional*. In: **Revista dos Tribunais**. v.93. Jan/2011. p.383-

LIMA, Renata Mantoveni de. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.83-86.

MELLO, Celso D. A. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.

BBC. *Delayed Sudan Leader Omar al-Bashir Arrives in China*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13929867> . Último acesso em 14.12.2013.

AMNESTY INTERNATIONAL. *China Must Arrest Sudanese President*. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/china-must-arrest-sudanese-president-2011-06-16>. Último acesso em 14.12.2013.

ICC. *The trial of Uhuru Kenyatta before the ICC Trial Chamber V(b) to start on 5 February 2014*. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr958.aspx. Último acesso em 15.12.2013.

REUTERS. *African Union Runs Critical Eye Over ICC*. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2013/10/11/us-africa-icc-idUSBRE99A0BS20131011>. Último acesso em 17.11.2013.

NOTAS:

[1] ACCIOLY, Hildebrando et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 486.

[2] Trata-se do caso ILR 125/508-510, de 13.3.2001. Cf. CASTILLA, Rubén Carnerero; AVENA, Claudia de Miranda. *Demandas contra Chefes de Estado Estrangeiros: Imunidade Internacional vs Proteção dos Direitos Humanos*. In: **Ciências Penais**, v. 13, Jul/2010, p. 68-.

[3] CASTILLA, Rubén Carnerero; AVENA, Claudia de Miranda. *Demandas contra Chefes de Estado Estrangeiros: Imunidade Internacional vs Proteção dos Direitos Humanos*. In: **Ciências Penais**, v. 13, Jul/2010, p. 68-.

[4] MARANGONI, Vivian. *A Efetividade do Direito Internacional Penal à Luz do Caso al-Bashir no TPI*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 101. Mar/2013. p.317-.

[5] BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *Crimes contra a Humanidade Cometidos pelo Estado ou por Indivíduos com a Conivência Estatal à Luz do Direito Interno e Internacional*. In: **Revista dos Tribunais**. v.93. Jan/2011. p.383-

[6] BRASIL. Decreto n. 4.338, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do TPI.

[7] LIMA, Renata Mantoveni de. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.83-86.

[8] BRASIL. Decreto n. 4.338, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do TPI.

[9] Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

[10] MELLO, Celso D. A. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.148.

[11] O Sudão do Sul logrou a independência oficial em 9.6.2011. Ingressa nas Nações Unidas cinco dias depois.

[12] CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 92.

[13] CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 105.

[14] BBC. *Delayed Sudan Leader Omar al-Bashir Arrives in China*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13929867> . Último acesso em 15.6.2015.

[15] AMNESTY INTERNATIONAL. *China Must Arrest Sudanese President*. Disponível em: <https://www.amnesty.org/press->

[releases/2011/06/china-must-arrest-sudanese-president/](#). Último acesso em 15.6.2015.

[16] CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 95.

[17] CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 146.

[18] CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 87.

[19] Membros permanentes do CSNU com poder de veto: Estados Unidos, China, França, Grã-Bretanha e Rússia.

[20] REUTERS. *African Union Runs Critical Eye Over ICC*. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2013/10/11/us-africa-icc-idUSBRE99A0BS20131011> . Último acesso em 15.6.2015.

INOVAÇÕES DA LEI FEDERAL N.º 13.105/2015 (O "NOVO CPC"): A APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da UFAC.

Resumo: o objetivo do presente se esmera no desvelar a inovação trazida ao mundo júris pátrio pelo “Novo CPC” (Código de Processo Civil), a Lei Federal n.º 13.105/2015, referente à aplicação das Normas Processuais no Brasil. Ou seja, vernáculo grosso, o novo Diploma Processual Civil, diferentemente do “antigo”, mas ainda em vigor até 16 de março de 2016, atual Código de Processo Civil, que não possui qualquer norma relativa à instruções de como dar-se-á, no território pátrio, a aplicação das normas civis adjetivas.

Palavras-chave: “Novo CPC”. Aplicação das Normas Processuais.

Abstract: the objective of this strives to uncover the innovation brought to the world by juries parental "New CPC" (Code of Civil Procedure), the Federal Law No. 13,105 / 2015 on the application of the Procedural Rules in Brazil. Ie coarse vernacular, the new Diploma Civil Procedure, unlike the "old" but still in force until March 16, 2016, current

Civil Procedure Code, which has no standard for instructions on how will occur, , in the homeland, the application of the adjective civil standards.

Keywords: New CPC ". Application of Procedural Rules.

Introdução

Em primeira nota, cumpre exalar que o Novo Código de Processo Civil, Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que possui *vocatio legis* de 1 (um) ano, portanto somente passando a ter eficácia (a valer de *facto*), a partir de 16 de março de 2016, é o documento que regulará, com o surgir do ano vindouro, todos os procedimentos de abertura, tramitação e julgamento de feitos com material de direito privado no Brasil, bem como servirá como *legis* subsidiária a outros ramos da Ciência Jurídica.

1 O conceito de processo civil e jurisdição

Consoante diz Maria Helena Diniz *apud* Teles (2015), a indagação sobre o que seja Direito é antiga e causadora de muitas inexatidões. Entretanto, é pacífico para a Ciência hodierna que Direito é uma Ciência Jurídica e Social Aplicada, caracterizada por ser, em si mesma, o amplexo ou conjunto de normas gerais e positivas que têm a função de regular a vida em sociedade. Sendo que, do latim, direito rememora *directum* – aquilo que é reto, conforme a lei.

Com espeque em tais ponderações, nos surge uma pergunta fulcral: se o Direito é o conjunto de normas que regulam a vida em sociedade, o que é, então, o processo civil? E a jurisdição?

Processo Civil é, para a maioria dos doutrinadores pátrios, como Wambier (2014), o meio (conjunto de procedimentos, normas [regras e

princípios] etc.) de solução de conflitos ou lides, em uma visão Carneluttiana da disputa privada.

Neste substrato de exposição, cuida ressaltar a *opinio* de Rocha (1996), para quem um processo não é apenas um calhamaço de papel com despachos, pareceres, oitivas, provas e documentos análogos, sendo, em verdade, uma relação jurídica composta pela soma de um aspecto interno (o processo) e um aspecto externo/exterior (o procedimento).

Sendo que o processo, sentido lato, sempre terá um conteúdo ou carga de direito material/substancial, enquanto o procedimento é puro, ou em sua maioria, direito formal. Isto é, em resumo, é factível vislumbrar o procedimento como a seqüência de atos no processo constituinte da relação jurídica existente.

Relação jurídica esta que é inculpida e se dá no âmbito do plasma em que se encontram autor, réu e juiz, na chamada relação *actum trium personarum*.

Nesta esteira de esposamento, surge-nos a jurisdição (*juris + dicção*), a qual, vernáculo grosso, é o ato de o Estado-juiz “dizer o direito”. Isto é, alguém, pessoa física ou jurídica, acreditando ter direito a alguma coisa ou prestação em face de outrem, procura o Estado e a este, por meio de um juiz (efetivo, inamovível, imparcial etc), analisa o *case*, suas particularidades, ouve a outra parte e engendra um *decisum*, que deve ser imediatamente cumprido.

Neste tonário, conforme nos ensina Santos (1997), para cumprir sua função jurisdicional (dizer o direito), o Estado – o Poder Judiciário, não atua de forma livre. Ele se esmera em regras. Normas materiais, formais, axiológicas. Nesse meandro, na seara civil, em que são debatidos

conflitos privados – que não interessam ao Estado/coisa pública, existem as normas processuais civis, sendo o Código de Processo Civil, a principal e precípua norma deste ramo da Ciência Jurídica.

2 O atual CPC *in faciem* do “Novo CPC”: diferenças formais

A nova lei processual canária muito difere da atual, ainda em vigência, a Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. O atual código possui 1.220 artigos enquanto o novo tem 1.072, o que demonstra, *prima facie*, sua maior valoração positiva por uma redução gramatical dos aspectos singulares do processo privado pátrio, a fim de garantir agilidade processual na aplicação das normas.

Nesta toada, conforme preceitua Houck Filho (2015), o novo diploma processual traz consigo a perfectibilização de um desejo há muito tempo ambicionado pelos amantes da Ciência Processual Privada, qual seja: uma fase de conciliação prévia entre as partes, no desiderato de tentar evitar a trilha judicial para a solução exígua de conflitos.

Ademais, assevera, ainda, o autor, com muita robusteza, que o “Novo CPC” também carrega em suas páginas uma simplificação das relações processuais, porquanto se direciona a uma busca por mecanismos que batem de frente com postergações recursais desnecessárias, ofertando maior agilidade e pragmaticidade às decisões judiciais.

Nesse enfoque, quadra anotar que o novo diploma processual privado brasileiro é dividido da seguinte forma: Parte Geral, com Livros do I ao VI, sendo que o Livro I trata das “Normas Processuais Civis (Artigos 1.º a 15), o Livro II trata da “Função Jurisdicional” (Artigos 16 a 69), o Livro III trata dos “Sujeitos do Processo” (Artigos 70 a 187), o Livro IV trata dos “Atos Processuais” (Artigos 188 a 293), o Livro V

trata da “Tutela Provisória” (Artigos 294 a 311) e o Livro VI trata da “Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo” (Artigos 312 a 317).

Patente se faz arrazoar, ainda, que a Parte Especial do diploma, a qual compreende dos Livros de I a III e um Livro Complementar, é dividida da seguinte maneira: Livro I, que trata do “Processo de Conhecimento e Cumprimento da Sentença” (Artigos 318 a 770), Livro II, que trata do “Processo de Execução” (Artigos 771 a 925), Livro III, que trata dos “Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais” (Artigos 926 a 1.044) e o Livro Complementar (Artigos 1.045 a 1.072).

Sendo que, o CPC de 1973, basicamente é dividido em cinco Livros, a saber: Livro I, que trata do “Processo de Conhecimento”, Livro II, que trata do “Processo de Execução”, Livro III, que trata do “Processo Cautelar”, Livro IV, que trata dos “Procedimentos Especiais” e o Livro V, o qual trata das “Disposições Finais e Transitórias”.

3 o “Novo CPC” e aplicação das Normas Processuais

Pois bem, após os comentários iniciais relevantes ao entendimento do presente, chegamos ao tópico de baldrame da pesquisa, a saber, uma das novidades eliciadas pelo novo Diploma Processual Civil pátrio a chamada regra da aplicação das Normas Processuais.

Sobre o “Novo CPC”, aduz Houck Filho (2015, p. 155) que:

“Consoante previsto no art. 13, a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções

ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

Neste almir , firma, ainda, o dito autor que “o art. 14 dispõe que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitadas os atos processuais praticados e as situa es jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (HOUCK FILHO, 2015, p. 155).

Nesta perspectiva, cuida anotar, ainda, que na inexistência de normas que regulamentem feitos eleitorais, administrativos ou laborais, as disposi es do “Novo CPC” serão (devem ser – não   uma faculdade) aplicadas   espécie, conforme reda o do seu Art. 15, o qual diz que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposi es deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente (BRASIL, 2015)”.

Nesse prisma, nos parece que a nova regra em apreço   possuidora de denot vel relevância na medida em que, a nosso simplório ver, visa a deixar clarificado, no próprio Código de Processo Civil a maneira como se dará a aplica o das leis processuais brasileiras.

Ademais, o antigo CPC afigura-se como menos valorador do comportamento de, na própria norma, explicar sua aplica o. Isso, porquanto o CPC de 1973, quanto   aplica o das Normas Processuais, apenas diz em seu Art. 1.211, localizado no final do Código – diferentemente do novo diploma que trata da temática logo no Art. 13, que “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposi es aplicar-se- o desde logo aos processos pendentes (BRASIL, 1973)”.

Considerações Finais

Por final, como se enxergou, o objetivo do presente foi, em análise das novas normas trazidas ao direito brasileiro pela Lei Federal n.º 13.105/2015 (O “Novo CPC”), por em relevo a inovação referente à **aplicação das Normas Processuais**.

Desse *modus*, a nosso ver, se clarifica como patentemente relevante a temática abordada, porquanto o Código de Processo Civil pátrio atual foi modificado com a produção do “Novo CPC” não apenas pelo bel deleite e volição dos integrantes do Poder Constituinte Derivado brasileiro, mas pela necessidade de constante mudança que exurge do Direito enquanto Ciência. Isso, pois não mais se perpetua nesta maravilhosa Ciência uma visão arrimada em fundamentos inertes e indiferentes às diversidades e necessidades do seio social.

Referências

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (“Novo CPC”)**. Brasília: Presidência da República, 2015.

_____. **Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC)**. Brasília: Presidência da República, 1973.

HOUCK FILHO, Geraldo. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Online, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo. 3.ª Ed.** São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol 2. 19ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 1997.

TELES, Tayson Ribeiro Teles. **Noções Básicas de Ciência Jurídica e Direito à Educação**. Artigo. Brasília: Conteúdo Jurídico, 10 de jun. 2015. Acesso em: 21 de jun. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. 14.^a Ed.** São Paulo: Editora RT (Revista dos Tribunais), 2014.

O ESTUPRO NO BRASIL: DE QUEM É A CULPA?

DENIS CARAMIGO

A cultura brasileira, pra quase tudo, é sempre vista de forma distorcida na maioria dos casos. Não é diferente no crime de estupro.

Muito comum ouvirmos de pessoas que não sofrem a lesão física e moral, ora tratada, que o motivo do estupro fora a roupa que a pessoa estava usando; o jeito que se comportara; a família que tal pessoa vem e, pasmem, em muitos casos, sugere-se que a pessoa “mereceu mesmo” ter sido estuprada.

Como alguém merece ser estuprado? No mínimo, quem pensa dessa forma sequer sabe o que significa tal atentado contra a pessoa e sua dignidade humana e, mais, contra uma sociedade inteira.

Não podemos ter esse tipo de pensamento, ainda, nos dias atuais.

Já dizia Montesquieu que *“A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos”*.

Protege-se no crime de estupro não somente a integridade física e moral, mas a liberdade sexual, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade da pessoa humana.

Mas afinal, de quem é a culpa pelo estupro no Brasil?

Esta é uma pergunta que parece ser detentora de muitas respostas. Somente parece, pois existe uma única resposta para ela.

A culpa pelo estupro no Brasil é, única e exclusivamente, do estuprador.

Não é da roupa que a pessoa usa, não é do jeito que a pessoa caminha, não é do jeito que a pessoa fala ou se comporta e, muito menos, das estrelas. A culpa é do estuprador e pronto!

Talvez esta resposta que buscamos seja o fator principal que faz muitas pessoas que são estupradas, sentirem-se impotentes e desencorajadas a buscarem ajuda profissional médica e policial.

Não é fácil buscar ajuda em uma “sociedade juiz” que, utopicamente, se acha dona da verdade e razão quando não o é. Quando assim se comporta, exclui-se aquele que mais dela precisa: a vítima.

Em muitos casos, não é raro encontrar quem foi vítima de estupro se perguntando não ter sido ela, a pessoa, culpada para que aquilo ocorresse. A vítima acaba se tornando ré de si mesma.

Isso acontece, infelizmente, pelos dogmas impostos pela sociedade desinformada, ou melhor, informada por ficções jurídicas em programas televisivos sensacionalistas que alienam a mente humana e distorcem os fatos da vida real em busca da nefasta audiência a qualquer custo, quando deveriam fazer uma campanha informativa real em vez de pregar pena de morte onde não se discute em um Estado Democrático de Direito.

O presente ensaio não tem a intenção de adentrar no aspecto jurídico-informativo do crime em tela, porém, é de suma importância, também, uma análise social voltada para a vítima que se torna insólita em um momento tão crítico de sua vida.

Que dignidade humana tem a vítima de estupro? Pra ela nenhuma, para a sociedade deve ter toda.

Quão difícil é para alguém que fora estuprado buscar ajuda e, pior, que tipo de ajuda buscar se a informação inexiste? Nesse momento, a

dignidade da pessoa humana, prevista na Carta Constitucional, não vale de nada. Triste realidade.

O que tem que mudar, urgentemente, é a visão da sociedade para com a vítima de estupro e, também, o modo como é feito o tratamento clínico/moral/social dessas pessoas que sofreram um atentado contra a alma.

Não é apontando o dedo, classificando tal pessoa como “estuprada” que vai resolver o problema. A maior mudança encontra-se, antes de tudo, dentro de nós mesmos.

Claro e evidente que as políticas governamentais de combate à violência devem ser intensificadas e aprimoradas a cada dia, mas não podemos esquecer de que são seres humanos que as operam. Seres humanos que hoje são juízes sociais e que amanhã podem ser vítimas de seus votos, hoje, proferidos.

A vítima de estupro em momento algum deve sentir-se responsável pelo ocorrido devendo, sempre, procurar ajuda especializada para remediar o ocorrido.

Deve fazer valer o que a nossa Constituição Federal resguarda sem dar ouvidos para credices populares e irresponsáveis sociais que deturpam os reais caminhos a serem seguidos.

Por mais que a alteração legislativa de 2009 tornou o homem, também, sujeito passivo do estupro, não há dúvidas de que são as mulheres que sofrem as maiores incidências.

O fato de uma mulher ser prostituta, por exemplo, não o dá “direito” de ser estuprada; o fato de ser casada e não querer fazer sexo com seu

marido, não é motivo para que tal delito ocorra. Alguns pensamentos arcaicos devem ser removidos de nós o quanto antes.

Infelizmente, ainda, vai levar algum tempo para que a vítima de estupro tenha o tratamento que mereça ter, porém, não carregar o fardo da culpa hipotética para consigo mesmo já é um avanço, ao menos, pessoal.

Por fim, a vítima de estupro deve sempre ter em mente que ela é a vítima. Não é ela quem deve prestar contas ao Estado, mas o Estado a ela.

A dignidade é única e em qualquer lugar, devendo ser respeitada incondicionalmente.

DOS PLANOS DE RESÍDUOS SÓLIDOS: SINGELOS APONTAMENTOS AO DECRETO Nº 7.404/2010

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se

desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Planos de Resíduos Sólidos.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial; 4 Dos Planos de Resíduos Sólidos: Singelos Apontamentos ao Decreto nº 7.404/2010.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46-DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.*”

Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do*

interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível^[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de

consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais,*

artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que

concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda

a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e

pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na hígidez, ao cumprir os

preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnado de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro,

os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda

eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator:

Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos,

na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações

presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*[17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E

as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que

regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja

qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao

complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Dos Planos de Resíduos Sólidos: Singelos Apontamentos ao Decreto nº 7.404/2010

Inicialmente, cuida anotar que, nos termos do artigo 45 do Decreto[22] em comento, são planos de resíduos sólidos: I - o Plano Nacional de Resíduos Sólidos; II - os planos estaduais de resíduos sólidos; III - os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas; IV - os planos intermunicipais de resíduos sólidos; V - os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos; e VI - os planos de gerenciamento de resíduos sólidos. O Ministério do Meio Ambiente e os demais órgãos competentes darão ampla publicidade, inclusive por meio da rede mundial de computadores, à proposta preliminar, aos estudos que a fundamentaram, ao resultado das etapas de formulação e ao conteúdo dos planos referidos no Capítulo II do Título VI do Decreto em comento, bem como assegurarão o controle social na sua formulação, implementação e operacionalização, observado o disposto na Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, e na Lei nº 11.445, de 2007. Os planos de gerenciamento de resíduos da construção civil serão regidos pelas normas estabelecidas pelos órgãos competentes do SISNAMA. O Plano Nacional de Resíduos Sólidos será elaborado pela União, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de vinte anos, devendo ser atualizado

a cada quatro anos. A elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos deverá ser feita de acordo com o seguinte procedimento: I - formulação e divulgação da proposta preliminar em até cento e oitenta dias, contados a partir da publicação do Decreto, acompanhada dos estudos que a fundamentam; II - submissão da proposta à consulta pública, pelo prazo mínimo de sessenta dias, contados da data da sua divulgação; III - realização de, no mínimo, uma audiência pública em cada região geográfica do País e uma audiência pública de âmbito nacional, no Distrito Federal, simultaneamente ao período de consulta pública referido no inciso II; IV - apresentação da proposta daquele Plano, incorporadas as contribuições advindas da consulta e das audiências públicas, para apreciação dos Conselhos Nacionais de Meio Ambiente, das Cidades, de Recursos Hídricos, de Saúde e de Política Agrícola; e V - encaminhamento pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente ao Presidente da República da proposta de decreto que aprova aquele Plano.

Os planos estaduais de resíduos sólidos serão elaborados com vigência por prazo indeterminado, horizonte de atuação de vinte anos e deverão ser atualizados ou revistos a cada quatro anos. Os planos estaduais de resíduos sólidos devem abranger todo o território do respectivo Estado e atender ao conteúdo mínimo previsto no art. 17 da Lei nº 12.305, de 2010. Além dos planos estaduais, os Estados poderão elaborar planos microrregionais de resíduos sólidos, bem como planos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas. Na elaboração e implementação dos planos referidos no *caput* do artigo 49, os Estados deverão assegurar a participação de todos os Municípios que integram a respectiva microrregião, região metropolitana ou aglomeração urbana. O conteúdo

dos planos referidos no *caput* do artigo 49 do Decreto em comento deverá ser estabelecido em conjunto com os Municípios que integram a respectiva microrregião, região metropolitana ou aglomeração urbana, não podendo ser excluída ou substituída qualquer das prerrogativas atinentes aos Municípios.

Os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos serão elaborados consoante o disposto no art. 19 da Lei nº 12.305, de 2010. Os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos deverão ser atualizados ou revistos, prioritariamente, de forma concomitante com a elaboração dos planos plurianuais municipais. Os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos deverão identificar e indicar medidas saneadoras para os passivos ambientais originados, entre outros, de: I - áreas contaminadas, inclusive lixões e aterros controlados; e II - empreendimentos sujeitos à elaboração de planos de gerenciamento de resíduos sólidos. Os Municípios com população total inferior a vinte mil habitantes, apurada com base nos dados demográficos do censo mais recente da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, poderão adotar planos municipais simplificados de gestão integrada de resíduos sólidos. Os planos municipais simplificados de gestão integrada de resíduos sólidos referidos no **caput** deverão conter: I - diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, com a indicação da origem, do volume e da massa, a caracterização dos resíduos e as formas de destinação e disposição final adotadas; II - identificação das áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, observado o plano diretor de que trata o § 1º do art. 182 da Constituição e o zoneamento ambiental, quando

houver; III - identificação da possibilidade de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros Municípios, considerando a economia de escala, a proximidade dos locais estabelecidos e as formas de prevenção dos riscos ambientais.

Os Planos Municipais de Gestão deverão, ainda, conter: IV - identificação dos resíduos sólidos e dos geradores sujeitos ao plano de gerenciamento ou ao sistema de logística reversa, conforme os arts. 20 e 33 da Lei nº 12.305, de 2010, observadas as disposições deste Decreto e as normas editadas pelos órgãos do SISNAMA e do SNVS; V - procedimentos operacionais e especificações mínimas a serem adotadas nos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, incluída a disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, em consonância com o disposto na Lei nº 11.445, de 2007, e no Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010; VI - regras para transporte e outras etapas do gerenciamento de resíduos sólidos de que trata o art. 20 da Lei nº 12.305, de 2010, observadas as normas editadas pelos órgãos do SISNAMA e do SNVS, bem como as demais disposições previstas na legislação federal e estadual; VII - definição das responsabilidades quanto à sua implementação e operacionalização pelo Poder Público, incluídas as etapas do plano de gerenciamento de resíduos sólidos; VIII - programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização, a coleta seletiva e a reciclagem de resíduos sólidos; IX - programas e ações voltadas à participação de cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, quando houver; X - sistema de cálculo dos custos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de

resíduos sólidos, bem como a forma de cobrança desses serviços, observado o disposto na Lei nº 11.445, de 2007.

Os Planos Municipais de Gestão deverão, também, conter: XI - metas de coleta seletiva e reciclagem dos resíduos; XII - descrição das formas e dos limites da participação do Poder Público local na coleta seletiva e na logística reversa, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 12.305, de 2010, e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; XIII - identificação de áreas de disposição inadequada de resíduos e áreas contaminadas e respectivas medidas saneadoras; e XIV - periodicidade de sua revisão. O disposto no artigo 51 não se aplica aos Municípios: I - integrantes de áreas de especial interesse turístico; II - inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; ou III - cujo território abranja, total ou parcialmente, unidades de conservação. Os Municípios que optarem por soluções consorciadas intermunicipais para gestão dos resíduos sólidos estão dispensados da elaboração do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, desde que o plano intermunicipal atenda ao conteúdo mínimo previsto no art. 19 da Lei nº 12.305, de 2010.

Os serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos, compostos pelas atividades mencionadas no art. 3º, inciso I, alínea “c”, e no art. 7º da Lei nº 11.445, de 2007, deverão ser prestados em conformidade com os planos de saneamento básico previstos na referida lei e no Decreto nº 7.217, de 2010. No caso dos serviços mencionados no art. 53, os planos de resíduos sólidos deverão ser compatíveis com os planos de saneamento básico previstos na Lei nº

11.445, de 2007, e no Decreto nº 7.217, de 2010, sendo que: I - o componente de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos do Plano Nacional de Resíduos Sólidos deverá atender ao conteúdo mínimo previsto no art. 52, inciso I, da Lei nº 11.445, de 2007, e no art. 15 da Lei nº 12.305, de 2010; e II - o componente de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos dos planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos deverá atender ao conteúdo mínimo previsto no art. 19 da Lei nº 11.445, de 2007, e no art. 19 da Lei nº 12.305, de 2010. O Plano Nacional de Resíduos Sólidos deverá ser elaborado de forma articulada entre o Ministério do Meio Ambiente e os demais órgãos e entidades federais competentes, sendo obrigatória a participação do Ministério das Cidades na avaliação da compatibilidade do referido Plano com o Plano Nacional de Saneamento Básico. O componente de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos dos planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos poderá estar inserido nos planos de saneamento básico previstos no art. 19 da Lei nº 11.445, de 2007, devendo ser respeitado o conteúdo mínimo referido no art. 19 da Lei nº 12.305, de 2010, ou o disposto no art. 51, conforme o caso.

Os empreendimentos sujeitos à elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos localizados em um mesmo condomínio, Município, microrregião, região metropolitana ou aglomeração urbana, que exerçam atividades características de um mesmo setor produtivo e que possuam mecanismos formalizados de governança coletiva ou de cooperação em atividades de interesse comum, poderão optar pela apresentação do referido plano de forma coletiva e integrada. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos apresentado na forma

do *caput* do artigo 55 deverá conter a indicação individualizada das atividades e dos resíduos sólidos gerados, bem como as ações e responsabilidades atribuídas a cada um dos geradores. Os responsáveis pelo plano de gerenciamento de resíduos sólidos deverão disponibilizar ao órgão municipal competente, ao órgão licenciador do SISNAMA e às demais autoridades competentes, com periodicidade anual, informações completas e atualizadas sobre a implementação e a operacionalização do plano sob sua responsabilidade, consoante as regras estabelecidas pelo órgão coordenador do Sistema Nacional de Informações Sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos - SINIR, por meio eletrônico. No processo de aprovação do plano de gerenciamento de resíduos sólidos, será assegurada a utilização dos subprodutos e resíduos de valor econômico não descartados, de origem animal ou vegetal, referidos na Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, e na Lei nº 9.972, de 25 de maio de 2000, como insumos de cadeias produtivas. Será ainda assegurado o aproveitamento de biomassa na produção de energia e o rerrefino de óleos lubrificantes usados, nos termos da legislação vigente. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos dos empreendimentos listados no art. 20 da Lei nº 12.305, de 2010, poderá prever a participação de cooperativas ou de associações de catadores de materiais recicláveis no gerenciamento dos resíduos sólidos recicláveis ou reutilizáveis, quando: I - houver cooperativas ou associações de catadores capazes técnica e operacionalmente de realizar o gerenciamento dos resíduos sólidos; II - utilização de cooperativas e associações de catadores no gerenciamento dos resíduos sólidos for economicamente viável; e III - não houver conflito com a segurança operacional do empreendimento. No atendimento ao previsto no art. 58, o

plano de gerenciamento de resíduos sólidos deverá especificar as atividades atribuídas às cooperativas e associações, considerando o conteúdo mínimo previsto no art. 21 da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Art. 60. As microempresas e empresas de pequeno porte, assim consideradas as referidas nos incisos I e II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que gerem apenas resíduos sólidos domiciliares ou equiparados pelo poder público municipal, nos termos do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.305, de 2010, estão dispensadas de apresentar o plano de gerenciamento de resíduos sólidos. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos das microempresas e empresas de pequeno porte, quando exigível, poderá ser inserido no plano de gerenciamento de empresas com as quais operam de forma integrada, desde que estejam localizadas na área de abrangência da mesma autoridade de licenciamento ambiental. Os planos de gerenciamento de resíduos sólidos apresentados na forma do **caput** conterão a indicação individualizada das atividades e dos resíduos sólidos gerados, bem como as ações e responsabilidades atribuídas a cada um dos empreendimentos. Os planos de gerenciamento de resíduos sólidos das microempresas e empresas de pequeno porte poderão ser apresentados por meio de formulário simplificado, definido em ato do Ministério do Meio Ambiente, que deverá conter apenas as informações e medidas previstas no art. 21 da Lei nº 12.305, de 2010. O disposto na Seção III do Capítulo III do Título VI do Decreto em comento não se aplica às microempresas e empresas de pequeno porte geradoras de resíduos perigosos.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015: “*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna –

Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

[18] BRASIL. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

O LOBBY DOS JUÍZES NUM JUDICIÁRIO DESACREDITADO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do periódico Jornal da Cidade, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, é Membro da Associação Brasileira de Imprensa ABI, radialista, consultor e dirigente sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96), Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), é Assessor Especial da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Barra da Tijuca - RJ, no campo da advocacia, com foco no judiciário brasileiro, vem dando através de matérias temáticas, apoio as causas do segmento através do seu "Blog online", e colabora com 29 dos principais sites jurídicos trabalhistas do País.

Acaba de ser divulgado o Índice de Percepção do Cumprimento das Leis (IPCLBrasil), mensurado pela FGV Direito SP, revelando que a confiança do brasileiro no Judiciário e em diversas instituições caiu no primeiro trimestre de 2015, na comparação com o último relatório lançado, em março de 2014. A confiança no Judiciário e na polícia é ainda menor, se comparada com as respostas dadas por brancos e amarelos. Estes confiam na polícia e no Judiciário em índices, respectivamente, de 37% e 27%; estes caem para 30% e 22% se perguntarem a negros, pardos e indígenas. Quando se refere ao Governo Federal e ao Congresso Nacional, chegando a 24% e 20%, mas cai a confiança para 18% e 14%, quando a resposta é dada por brancos. Extenuado e débil o judiciário realmente existe para servir dois senhores, os seus integrantes e o governo.

O lobby de associações de magistrados tem ficado na dianteira, superando os movimentos dos sindicatos e ONGs na luta por conquistas para seus segmentos. Recente os juízes derrubaram no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), medida que poria fim ao pagamento de verbas acumuladas, questionadas na justiça, mas ainda sem solução. O trabalho dessas instituições tem um significado ímpar, porque extrapola o espaço que por excelência, pertence á sociedade, e até que se prove ao contrário, o juiz não fala pela sociedade, fala pelo estado e por ele próprio. As denominadas “notas técnicas”, invadem diariamente os gabinetes de relatores legislativos, mesas diretoras da Câmara e do Senado, sugerindo efeito modificativo, aditivo ou contrário aos projetos de lei, que são propostos pelos legisladores. O assédio em Brasília é publico e notório. Os sindicatos (cooptados pela CUT) na esteira chegam depois, ou sequer atuam. A prova disso é a reforma trabalhista, onde o juiz atua com ênfase, superando e suplantando as agremiações dos trabalhadores.

Posso fazer minhas criticas, porque sempre fui esmerado. Sai juiz, em 2001, deixei o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região com os processos sob minha relatoria “zerados”, durante todo período que ali estive. Sempre “zerei” estatística que eram por transparência, publicadas no DOU.

Recente a ministra Nancy Andrighi Corregedora Nacional de Justiça, “suspendeu, desde o dia 12 de junho deste ano, a obrigatoriedade de alimentação – por parte dos juízes de 1º e 2º graus – dos dados do

sistema “Justiça Aberta”, que é gerenciado pela Corregedoria Nacional de Justiça. O sistema vem sendo processado desde 2008, (data de sua implantação), e desde então recebia dados e relatórios de produtividade das secretarias. Para melhor avaliar, dado á importância desta “transparência” *data venia*, apregoada no bojo do Pacto Republicano, identificou lançamentos de valores altíssimos nos salários de desembargadores do Tribunal paulista. Além disso, ele espelhava a realidade do que ocorria nas varas e gabinetes, podendo através deste instrumento estatístico ver as falhas que ocasionam a morosidade do judiciário.

O fato é que o governo politicamente fragilizado mergulhou nas “trevas da incerteza”, e com isso provoca o descrédito e retração econômica. Escândalos de corrupção, Congresso e governo em descontrole, agravado com uma “oposição” na própria base governista. Falta dinâmica, planejamento e o anúncio concreto da retomada no campo social e administrativo. Um dos mais graves exemplos é a Previdência Social. Seu gasto com aposentadorias no Brasil é superior à arrecadação da Previdência desde abril de 1997, e o Tesouro tem de desembolsar alguns bilhões para cobrir o rombo. Milhares de empresas fecham suas portas. O desemprego é assustador, e demanda uma perspectiva de mais demissões. O sinal desta debilitada situação: montadoras de veículos estão com encalhe de 40%. Em meio á turbulência, juízes pressionam por verbas pessoais, pressionam parlamentares nos PLs que tratam questões de fundo das relações de trabalho, em flagrante desrespeito a regra, quando deveria se abster de interferir em matéria que á frente estará julgando.

UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA
CURSO DE DIREITO

WANESSA BORGES DE ARAÚJO

**RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR: ONDE ENTRA
A RESPONSABILIDADE FAMILIAR?**
ADOLESCENTE INFRATOR E A RESPONSABILIDADE FAMILIAR

Goiânia
2015

WANESSA BORGES DE ARAÚJO

**RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR: ONDE
ENTRA A RESPONSABILIDADE FAMILIAR?**
ADOLESCENTE INFRATOR E A RESPONSABILIDADE FAMILIAR

Monografia apresentada à Disciplina
Orientação Metodológica para Trabalho
de Conclusão de Curso, requisito
imprescindível à obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Universidade
Salgado de Oliveira.

Orientadora: Prof^ª. Ivone Elizabeth Corrêa
Santomé.

Goiânia
2015

Wanessa Borges de Araújo

**RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR: ONDE
ENTRA A RESPONSABILIDADE FAMILIAR?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Salgado de
Oliveira como parte dos requisitos para conclusão do curso.

Aprovada em de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Débora Cristina Xavier – UNIVERSO

Ivone Elizabeth Corrêa Santomé -Professora Orientadora

Orientador ²

Dedico este trabalho aos meus pais e minha irmã - que são o meu alicerce e sem eles nada disso seria possível - e aos meus amigos. Obrigada pelo apoio, carinho e compreensão.

Essa vitória não é só minha, é nossa!

Agradeço primeiramente a Deus por me dar força e sabedoria para concretizar mais um sonho. Agradeço também aos meus pais, Aécio e Terezinha pelo incentivo, apoio e compreensão nessa caminhada, para não desistir dos meus ideais. Sem eles esta tarefa não seria possível.

Agradeço à Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO pela oportunidade e apoio nessa longa caminhada e, em especial, a minha orientadora Prof^a. Ivone Elizabeth Corrêa Santomé pelo seu profissionalismo e dedicação durante o processo de orientação deste trabalho.

“A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos”.
Barão de Montesquieu

RESUMO

O estudo que ora se apresenta tem como principal objetivo abordar até onde vai a responsabilidade do Estado na ressocialização do adolescente infrator e onde entra o dever familiar deste jovem para que o trabalho socioeducacional do Estado tenha continuidade no convívio familiar, no que tange ao artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Eca. A realidade tem mostrado que o trabalho realizado pelo Estado para diminuir o número de reincidência das infrações cometidas por menores (crianças e adolescentes menores de 18 anos) não vem surtindo efeitos desejáveis. Levando-se em consideração que grande parte dos adolescentes que cometem atos infracionais vem de famílias “desestruturadas”, o trabalho do Estado em retirar estes jovens da sociedade para a sua ressocialização se torna quase que em vão se não for trabalhada a instituição familiar em que este adolescente está crescendo. Mesmo sabendo que é dever da família proporcionar ao adolescente uma convivência familiar onde ali ele possa encontrar respeito, dignidade, carinho, enfim, assistência moral para que este jovem possa se tornar um adulto digno e honesto, sabe-se que não é o que ocorre nos casos dos adolescentes que cometem atos infracionais. Tendo o adolescente uma base familiar sólida – pais presentes e participativos – a propensão de cometerem atos infracionais é reduzida. Sendo assim, faz-se necessário uma assistência por parte do Estado à família deste jovem para que o trabalho sócioeducativo do órgão público venha surtir os efeitos desejáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Responsabilidade familiar; Adolescente em conflito com a lei;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI	12
1.1 Breve histórico do Código de Menores e do ECA.....	12
1.2 Internos da Febem-SP.....	16
2. MENOR INFRATOR NA ATUALIDADE	20
2.1 Perfil do menor infrator na atualidade e o convívio familiar	20
2.2 Da medida privativa de liberdade (Internação)	25
2.3 Unidades de internação e as medidas socioeducativas.....	28
3. ADOLESCENTE RESSOCIALIZADO	34
3.1 A participação da família na aplicabilidade da medida de internação.....	34
3.2 Acompanhamento do adolescente ressocializado por parte do Estado.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

Está cada vez mais comum noticiarem em telejornais, na Internet e em jornais de grande circulação crianças e adolescentes envolvidos em atos infracionais de diferentes proporções. Essa violência crescente que conta com a participação destes, mais conhecidos como menores infratores advêm de uma série de fatores sociais, morais e psicológicos.

Sendo tais “menores” amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado, dentro dos limites cabíveis, vem exercendo o seu papel adotando medidas socioeducativas para a ressocialização destes jovens. No entanto, não se pode excluir desse contexto o papel fundamental da família no trabalho socioeducacional.

A participação familiar do adolescente na sua ressocialização não encontra maior aprofundamento nas doutrinas, sendo a maioria delas limitadas a estudar e discutir sobre o papel do Estado em fazer valer o Estatuto da Criança e do Adolescente e, também, em tratar especificamente o jovem infrator. Porém, verifica-se que grande parte dos menores envolvidos em infrações penais vem de uma família “desestruturada”, sem uma base familiar sólida e sem uma assistência moral digna. Sendo assim, o trabalho do Estado em “retirar” esse jovem da sociedade para a sua ressocialização se torna quase que em vão se não for trabalhada a instituição familiar em que este adolescente está crescendo, pois é para esta “família despreparada” que este jovem retornará após o tratamento.

Em se tratando das jurisprudências analisadas, estas também são focadas nos adolescentes infratores que cumpriram ou estão encaminhados a cumprir a medida privativa de liberdade (internação), o que é compreensível, porém, os julgados não mencionam sobre qualquer assistência social às famílias deste jovem, assim como o encaminhamento destas famílias a programas de reestruturação familiar para que estes pais/responsáveis possam dar continuidade na medida adotada pelo Estado quando o jovem retornar ao convívio social.

Fazendo uma breve análise do contexto histórico do adolescente em conflito com a lei e trabalhando, já na atualidade, o artigo 121 do Estatuto da

Criança e do Adolescente – que trata das medidas privativas de liberdade – o estudo desenvolvido durante o trabalho promove uma análise sobre o limite do Estado no cumprimento do artigo 121 e onde se inicia o dever da família com a sua participação no retorno deste jovem ao convívio familiar, assim como na sua recuperação; e, não deixando de citar – ainda que superficialmente – o conteúdo dos artigos 129 e 130 do mesmo Estatuto, que trata das medidas pertinentes aos pais ou responsáveis.

A realidade, a algum tempo, tem mostrado que o trabalho realizado pelo Estado para diminuir o número de reincidências das infrações cometidas por adolescentes infratores não vem surtindo os efeitos desejáveis. Basta fazer uma breve pesquisa para se confirmar que grande parte dos adultos que, hoje, respondem processos na área criminal por motivos diversos – furtos, roubo – tiveram suas primeiras “experiências” desse sentido quando ainda eram menores de 18 anos.

Tal problema vem atingindo dimensões cada vez mais ascendentes visto que, muitas vezes, a violência que estes jovens infratores levam para a sociedade começa dentro de casa onde, estes, são vítimas de violência, abuso, negligência, falta de assistência moral por parte dos próprios familiares. E o resultado deste quadro de abandono são jovens cada vez mais violentos e destemidos.

Considerando o contexto histórico dos adolescentes na prática de atos infracionais, nos casos em que se adota a medida privativa de liberdade, faz-se necessário analisar qual tem sido o trabalho Estado para que as famílias destes adolescentes “retirados” do convívio social possam recebê-lo de forma a dar continuidade no trabalho do órgão público, tendo em vista que muitos destes adolescentes infratores carecem de amparo familiar e os impactos causados pela negligência da família na formação de uma pessoa em desenvolvimento podem causar impactos irreparáveis futuramente.

O objetivo do presente trabalho é analisar e compreender até onde vai a responsabilidade do Estado na ressocialização do adolescente que comete atos infracionais e onde entra o dever da família para que o trabalho socioeducacional tenha continuidade no convívio social e este jovem não volte a cometer atos infracionais; serão analisados também os problemas causados

quando o adolescente que cumpre medida privativa de liberdade volta ao convívio social sem o devido amparo familiar; e, por fim, ampliar os conhecimentos a respeito da responsabilidade do Estado e da família na ressocialização do adolescente infrator.

Tendo em vistas as considerações aqui descritas, faz-se necessário analisar e compreender de forma mais clara este assunto que é tão delicado e, ao mesmo tempo, se torna tão polêmico e interessante para a sociedade em geral.

1. ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

1.1 Breve histórico do Código de Menores e do ECA

Menores infratores, delinquentes, pivetes, trombadinhas. Independente da expressão utilizada, estes termos referem-se às crianças e adolescentes menores de 18 anos que cometem atos infracionais¹. Estes são considerados inimputáveis e essa inimputabilidade decorre de estudos científicos, medicinais e sociológicos que consideram, de forma geral, imaturos os menores de 18 anos, tanto no aspecto mental, quando no aspecto físico.

Desde os anos 90, o adolescente que comete atos infracionais possui amparo em um estatuto próprio - Estatuto da Criança e do Adolescente – que especifica o tratamento legal e social que deve ser oferecido às crianças e adolescente do nosso país, porém, nem sempre foi assim.

Analisando o contexto histórico da Constituição Brasileira tem-se que, as Constituições do Império (1824) e da Primeira República (1891) não mencionavam sobre menor infrator. Porém, o Código Criminal do Império (1830) trouxe que, menores de 14 anos que cometessem atos infracionais tendo discernimento dos atos cometidos eram recolhidos às Casas de Correção, até que completassem 17 anos de idade.

Já o primeiro Código Penal (1890) trouxe que, em se tratando de responsabilidade criminal, os menores de 9 anos em geral, e os menores entre 9 e 14 anos que tivessem agido sem discernimento, não seriam tratados como criminosos. Entretanto, os menores entre 9 e 14 anos que tivessem praticado atos infracionais e que tivessem discernimento dos seus atos eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares pelo tempo que o juiz determinasse, desde que não excedesse os 17 anos de idade. Em 1921 este mesmo código sofreu algumas modificações tanto na classificação dos delitos e suas penas quanto na eliminação do critério de discernimento e, ainda, passando a considerar os menores de 14 anos irresponsáveis em termos penais.

¹Segundo o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “*considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*”

A primeira legislação brasileira voltada para menores foi o Decreto 17.943-A de 12 de outubro de 1927 que foi também o primeiro Código de Menores da América Latina. O código, de autoria do juiz José Cândido de Mello Mattos, considerado o “Apóstolo da Infância Abandonada”, ficou conhecido como Código Mello Mattos. Dentre as principais mudanças que a lei introduziu no Brasil, pode-se mencionar a estruturação dos internatos; instituiu a internação em reformatório por período de 3 (três) a 7 (sete) anos em se tratando de adolescente infrator; instituiu também um juízo privado de menores; e a criação de Polícia Especial de Menores.

José Cândido de Mello Mattos foi um dos pioneiros na proposição de “liberdade vigiada” em se tratando de menor infrator. Segundo o conceituado legislador, os menores infratores deveriam permanecer em companhia dos pais/responsáveis, porém, ainda sob a vigilância do juiz. O autor do Código, porém, dispensou a pesquisa de discernimento apenas colocando que, caso o menor não fosse abandonado e nem pervertido (termo utilizado na época), o mesmo seria recolhido pela autoridade a uma escola de reforma pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

O Código Melo Matos de 1927 foi uma iniciativa pioneira na legislação brasileira e destaca-se a assistência aos menores de 18 anos, onde, já no Capítulo 1, definiu o objeto e a finalidade da lei tendo tal código uma visão que corresponde aos conceitos atuais abrangendo o “menor abandonado” e o “menor delinquente” pretendendo, assim, oferecer a estes assistência e proteção.

Em 1940, com a chegada do atual Código Penal, foi fixada como sendo de 18 anos a idade que distingue a imputabilidade da inimputabilidade penal.

Assim como o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1979 o Código de Menores de 1979 já previa a suspensão do pátrio poder em casos de negligência e abuso de autoridade e, estabeleceu o termo “menor em situação irregular” ao se referir aos menores de 18 anos abandonados materialmente, em perigo moral e com desvio de conduta.

Em se tratando de menores infratores, o Código de Menores de 1979 outorgava aos juízes poderes que colocava o adolescente simplesmente como

objeto de análise investigatória, sem a obrigatoriedade da participação de um advogado.

Quanto às medidas adotadas a tais menores que cometiam atos infracionais, o código dispunha ainda, que estes adolescentes poderiam ser internados em instituição adequada (caso não houvesse vaga na instituição o adolescente poderia ser colocado em estabelecimento destinado a maiores de 18 anos), passando por avaliações periódicas, com intervalo de até 2 (dois) anos, até que a autoridade judiciária determinasse a sua “desinternação”.

Diante deste contexto, existia sempre a possibilidade do menor infrator ficar recluso por tempo indeterminado, pois, mesmo depois de completados os 21 anos de idade, se verificado necessidade, o caso passaria para o juízo de execuções penais.

O Código Mello Mattos (1927) já trazia o que, na época, o legislador denominava de “Liberdade Viglada” que, no Código de Menores de 1979 e, hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente denomina “Liberdade Assistida”. Entretanto, em se tratando de comparativos entre a "Liberdade Viglada" do Código de Menores de 1927 e a "Liberdade Assistida" do Código de Menores de 1979, temos:

CAPÍTULO VIII - DA LIBERDADE VIGIADA:

Art. 92 - A liberdade viglada consiste em ficar o menor em companhia e sob a responsabilidade dos pais, tutor ou guarda, ou aos cuidados de um patrono, e sob a vigilância do juiz, de acordo com os preceitos

seguintes:

1 - A vigilância sobre os menores será executada pela pessoa e sob a forma determinada pelo respectivo juiz.

2 - O juiz pode impor aos menores as regras de procedimento e aos seus responsáveis as condições, que achar convenientes.

3 - O menor fica obrigado a comparecer em juízo nos dias e horas que forem designados. Em caso de morte, mudança de residência ou ausência não autorizada do menor, os pais, o tutor ou guarda são obrigados a prevenir o juiz sem demora.

4 - Entre as condições a estabelecer pelo juiz pode figurar a obrigação de serem feitas as reparações, indenizações ou restituições devidas, bem como as de pagar as custas do

processo, salvo caso de insolvência provada e reconhecida pelo juiz, que poderá fixar prazo para ultimateção desses pagamentos, tendo em atenção as condições econômicas e profissionais do menor e do seu responsável legal.

5 - A vigilância não excederá de um ano.

(Código de Menores de 1927)

Já o Código de Menores de 1979 (que tratava a liberdade vigiada como liberdade assistida), dispunha em seu art. 38:

Aplicar-se-á o regime de liberdade assistida nas hipóteses previstas nos incisos V e VI do art. 2º desta Lei, para o fim de vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor.

Parágrafo único. A autoridade judiciária fixará as regras de conduta do menor e designará pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso.

Verifica-se que, diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), tanto no Código de Menores de 1927 quanto no de 1979 o adolescente era objeto de intervenção judicial e o objetivo dessa “Liberdade Vigiada/Assistida” era impor regras de conduta escolhida pelo juiz que nomeava uma pessoa capacitada para servir de “carrasco” do judiciário contra o menor infrator e, assim, coibir o adolescente de seguir o caminho da irregularidade.

Diferenciando o termo “vigiar” do termo “assistir” mencionado no Código de Menores de 1927 e no Código de Menores de 1979 (respectivamente), tem-se que “vigiar” remete a ideia de inércia, observar, já o termo “assistir” dá ideia de movimento, acompanhar.

Hoje, tanto a “Liberdade Assistida” quanto a “Medida de Internação”, ambos presentes no atual Estatuto da Criança e do Adolescente, possuem outro significado. Em se tratando da liberdade assistida, presente nos artigos 118 a 120 do ECA, o prazo mínimo é fixado em seis meses podendo ser, a qualquer tempo, prorrogada, revogada ou substituída por outra medida.

Antônio Chaves (op. cit. 1994:454-455) ensina:

“A liberdade assistida consiste em submeter o menor, após entregue aos responsáveis, ou após liberação do internado, à assistência (inclusive vigilância discreta) com o fim de impedir a reincidência e obter a certeza da reeducação.”

O período máximo, por analogia ao da internação, nos casos de liberdade assistida, é de três anos (STJ, HC 46.231/SP, j. 14.03.2006).

Pode-se verificar, assim, uma grande evolução nas leis em se tratando de adolescente infrator e, contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, em toda a sua estrutura, normativas que versam sobre a importância de se respeitar os direitos e garantias da criança e do adolescente e, ainda, a importância da família não apenas na ressocialização do adolescente infrator, mas também na formação de caráter da pessoa em desenvolvimento, fazendo do convívio familiar mais que uma obrigação por parte das unidades educacionais.

Dentre outras mudanças, o Estatuto preocupou-se em definir estratégias que impedisse a reincidência do adolescente infrator, conduzido por uma linha não apenas técnico-pedagógico mas, principalmente, focalizando na reintegração sócio-familiar.

1.2 Internos da Febem-SP

Nascida sob a repressão da ditadura militar, a Unidade Educacional-15 - criada na segunda década de 70 - foi a primeira unidade da Febem-SP (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) e seu objetivo era buscar um conhecimento que superasse as concepções repressivas no tratamento de adolescentes infratores da época (houve, então, uma substituição do termo menor por aluno). Já a Unidade Desembargador Theodomiro Dias (UE-15), instalada no antigo Pavilhão Central do Quadrilátero do Tatuapé, foi planejada por técnicos da recém-inaugurada Febem-SP para reorganizar o fluxo de triagem da própria Febem-SP.

Na UE-15 buscava-se a excelência do trabalho junto aos alunos, com a inserção na comunidade - trabalho e escola. Os meninos frequentavam a

escola pública do bairro, acompanhados de orientadores pedagógicos e psicólogos educacionais, e havia a colocação no trabalho em que os meninos poderiam manter quando desinternados.

Porém, os atos de violência e demais atos abusivos eram cotidianos, como tapas na cara e confinamentos em locais denominados de "sala da justiça", onde os meninos ficavam dias sem ver o sol. Esta prática era conhecida como "Tranca" - punição proibida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Os que mais apanhavam eram os que não tinham família ou os pais eram doentes.

Uma das atividades representativas da UE-15 era denominada de "Boa Noite", onde todos os adolescentes da casa participavam desta atividade. Um dos temas da atividade do dia 23 de novembro de 1977 era: *Por que os alunos fogem da casa?* E as repostas dos alunos foram:

- ✓ Porque não gosta da casa;
- ✓ Porque o inspetor bate no aluno;
- ✓ O inspetor não tem diálogo;
- ✓ Os inspetores falam gritando;
- ✓ Porque não querem ver o "sol nascer quadrado", querem liberdade;
- ✓ Os inspetores não sabem trocar ideia, discutir sem partir para briga...

Assim, as fugas da UE-15 eram bastante frequentes, era um investimento individual, embora os motivos fossem os mesmos.

Nesta década, todos os adolescentes infratores e os procedimentos adotados para os casos, eram de responsabilidade do Estado – os menores não permaneciam em instituições particulares -, chegando a permanecerem até mesmo em delegacias.

Já na década de 80, foi fundada a UE-20, destinada a jovens e adultos e, inicialmente, para atender os internos transferidos de Sorocaba. Era uma unidade de alta contenção, porém não tinha um plano de atuação definido.

O conceito de periculosidade da UE-20 era decodificado de acordo com as práticas de delitos graves – homicídio, latrocínio, assaltos. Os jovens, frequentemente, chegavam à unidade algemados e com um carimbo atravessa

no prontuário, onde se lia: “réu perigoso” e, por conta disso, só podiam sair da unidade também algemados.

Segundo Maria de Lourdes Trassi (2006, p. 110), 51 adultos diagnosticados como portadores de periculosidade social passaram por esta unidade. A autora menciona ainda que o relacionamento destes internos com seus familiares é descrita como conflitivo, em especial na relação com o pai, percebendo ainda que, as famílias destes jovens tinha uma estrutura diferente das famílias consideradas “padrão” pela sociedade. No geral são mães com filhos de vários companheiros.

Com muros altos e portas de ferro, visando o isolamento do adolescente com o mundo externo, a UE-20 tinha instalações que mais pareciam uma contenção a uma instituição. A inexistência de janelas e o espaço restrito dificultava a ventilação interna causando uma série de doenças respiratórias até mesmo nos funcionários. Os internos eram controlados 24 horas por dia.

No trabalho realizado por esta unidade (UE-20), o convívio familiar não era prioridade, com isso, os adolescentes que voltavam para o convívio de suas famílias reincidiam mais rapidamente que aquelas que iam para outro local de moradia.

No início da década de 90 surgiu em São Paulo a Secretaria do Menor com programas de atendimento na área de prevenção e passou também a coexistir a Secretaria de Promoção Social onde a Febem-SP estava alocada. No discurso de posse, a Secretaria disse que a nova secretaria não incluiria a Febem-SP. Porém, quando a Secretaria do Menor assumiu a Febem-SP, houve muitas rebeliões no quadrilátero de Tatuapé.

Ainda na década de 90, o Departamento da Criança e do Adolescente da SDH fez uma publicação dizendo que o estado de São Paulo era o pior quando se tratavam das condições de privação de liberdade dos adolescentes. No final desta mesma década, uma tropa de funcionários invadem as unidades com a justificativa de conter os meninos.

A grande rebelião desta década, na Imigrantes, afirmou e demonstrou as precariedades da instituição, onde a tortura nunca havia sido erradicada e, com isso, os adolescentes ficavam cada vez mais cruéis. Em plena vigência do ECA, o Executivo perdeu a oportunidade de superar a visão vingativa dos

adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais. Após este fato histórico, os adolescentes foram transferidos para o quadrilátero de Tatuapé, para Cadeia ou Presídio de Santo André enquanto aguardavam a reforma do Presídio de Pinheiros e o término da construção de Franco da Rocha.

Em 2005, 245 meninos são transferidos para a Casa de Custódia de Taubaté e cerca de 80 (dos 700 meninos) começam a ser transferidos, em um caminhão de presos do sistema penitenciário, para um presídio a mais de 600 km de São Paulo. A redução da idade penal em São Paulo já era uma prática.

Por fim, pode-se dizer que a Febem-SP ficou mais conhecida pelas denúncias de maus tratos, torturas e superlotações - que resultavam em rebeliões e fugas - do que pela ressocialização do adolescente. Houveram várias denúncias encaminhadas para diversas entidades de direitos humanos, como a Organização dos Estados Americanos (OEA) desencadeando várias crises e noticiários nacionais e internacionais revelando os maus tratos contra os adolescentes ali presentes. O que era para ser uma unidade educacional acabou se tornando uma "escola" para os jovens se tornarem pessoas mais revoltadas e violentas. Fez-se necessário, então, promover mudanças na gestão da Febem-SP e, contudo, o seu nome que passou a ser Fundação Casa (2006).

O complexo de Tatuapé foi desativado em 2006 para dar lugar a construção de 59 presídios.

2. MENOR INFRATOR NA ATUALIDADE

2.1 Perfil do menor infrator na atualidade e o convívio familiar

"Precisava de dinheiro. Para sobreviver, para ajudar minha família. Mas também usei para mim, para comprar roupas de marca." afirma. Trata-se este do relato de um adolescente, morador de Ceilândia-DF, divulgado pelo Correio Brasiliense em março de 2014. Este mesmo adolescente, sentenciado por ato infracional de furto e cumprindo medida de internação na Unidade de Internação do Plano Piloto - UIPP, conta ainda que havia conhecido o pai recentemente e o mesmo estava preso por homicídio.

Este mesmo jornal trouxe ainda um estudo encomendado pela Secretaria da Criança com o intuito de auxiliar o desenvolvimento de políticas públicas para ressocializar jovens em situação de risco. A pesquisa realizada pela Companhia de Planejamento do DF (Codeplan), em dezembro de 2013, entrevistou 1.147 jovens e, desses, cerca de 539, entre 15 e 16 anos, cumprem medida de internação e não contam com a presença do pai na família.

Ainda segundo a pesquisa, dos adolescentes que cumprem medida de internação na UIPP, 46,2% residiam somente com a mãe, 17% com a mãe e o pai, 2,4% somente com o pai, 10,1% com a mãe e o padrasto e 1,0% com o pai e a madrasta.

A pesquisa trouxe ainda que a participação de adolescentes em atos infracionais está presente em todas as classes sociais, porém é mais acentuada nas famílias mais desfavorecidas.

Renato Varalda, promotor da Infância, explica que os adolescentes das regiões periféricas convivem com a violência e, explica ainda, que falta controle familiar, pois a maioria destes jovens só tem a mãe que, então trabalhando, não tem tempo para controlá-los.

A criança e o adolescente tem uma proteção especial do Estado que, juntamente com a família e a sociedade, tem o dever de garantir a estes, ditos menores, o direito à vida, à saúde, à liberdade, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal:

Artigo 227: É dever da família, da Sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

De tempos e em tempos tudo muda. As necessidades mudam. Os valores mudam. Verifica-se, contudo, que a concepção de família também vem sofrendo grandes mudanças onde, estas, enfrentam desafios que dificultam o ato de dar o afeto e as orientações que seus filhos necessitam. Os jovens, cada vez mais, exprimem esta falta de orientação familiar e, com isso, tendem a ser mais vulneráveis a atos de violência.

Considerando as mudanças ocorridas na estrutura familiar, esta continua exercendo um papel ímpar no processo de desenvolvimento do adolescente. A instituição familiar possui importância fundamental no desenvolvimento destes indivíduos, ao transmitir valores e na formação de caráter, por meio do carinho, da atenção, do estabelecimento de limites.

Para Maria Helena Diniz:

“O Poder Familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quando à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.”

Já Waldyr Grisard Filho conceitua Poder Familiar como sendo "*o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.*"

Outra pesquisa realizada, em agosto de 2003, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) já trazia algumas características dos adolescentes privados de liberdade no Brasil onde revelou que 81% não viviam com a família

quando praticaram o delito; 76% tem idade entre 16 e 18 anos; e 51% dos adolescentes não frequentavam a escola.

Estes dados revelam a importância da presença familiar na vida de um jovem para que o mesmo tenha uma adolescência digna e uma expectativa de futuro promissor, apesar de já terem este direito assegurado no ECA.

Os artigos 129 e 130 da Lei nº 8069/90 dispõem sobre as medidas pertinentes aos pais ou responsável e, dentre as medidas estão:

Art. 129: são medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

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

Ouvindo a opinião de vários adolescentes a respeito de temas variados, a Unicef constatou que os 87% dos jovens apontam a família como sendo o principal responsável pela garantia do bem-estar deles. O estudo aponta ainda que a família é fonte de alegria e as brigas familiares são um dos principais motivos de infelicidade.

Segundo Drauzio Varella, médico estudioso do cárcere:

O desenvolvimento físico e psicológico das crianças acontece por imitação... Enquanto não aprendemos a educar e oferecer medidas preventivas para que os pais evitem ter filhos que não serão capazes de criar, cabe a nós a responsabilidade de integrá-los na sociedade por meio da educação formal de bom nível, das práticas e de oportunidade de desenvolvimento.

A família é o ponto primordial na socialização de um adolescente, uma vez que é o lugar onde o indivíduo cresce, experimenta as primeiras recompensas e punições. A família é o primeiro modelo de comportamento para uma criança, um adolescente. Mas nem sempre este modelo de

comportamento familiar é um exemplo benéfico por conta de uma estrutura familiar precária.

Segundo a Norma Operacional Básica - NOB/SUAS (2005, p.19):

Para a proteção social de Assistência Social o princípio de matricialidade sociofamiliar significa que:

- ✓ a família é o núcleo social básico de acolhida, convívio, autonomia, sustentabilidade e protagonismo social;
- ✓ a defesa do direito à convivência familiar, na proteção de Assistência Social, supera o conceito de família como unidade econômica, mera referência de cálculo de rendimento per capita e a entende como núcleo afetivo, vinculado por laços consanguíneos, de aliança ou afinidade, que circunscrevem obrigações recíprocas e mútuas, organizadas em torno de relações de geração e de gênero;

O vínculo familiar, desde os tempos mais antigos, tem um papel fundamental na constituição de uma pessoa em desenvolvimento exercendo importante influência no comportamento individual através da educação fazendo, assim, com que a instituição familiar seja responsável pelo processo de socialização primária das crianças e dos adolescentes.

Para Denise Bragotto:

A adolescência é uma fase complexa, marcada por transformações biopsíquicas e frequentemente associada à necessidade de auto-afirmação e de independência. É preciso que a família compreenda e auxilie o adolescente a lidar com os problemas e situações típicas desta fase, sem permitir a transgressão de regras básicas de convivência pacífica e educação. Se o adolescente tiver todas as suas vontades realizadas e não aprender a lidar com frustrações, será difícil sua adequação aos mecanismos de controle.

Quanto à família, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Raid – traz que:

- Os governos deverão adotar políticas que permitem o crescimento das crianças num ambiente familiar estável... Facilitar serviços

adequados para famílias que necessitam de assistência para a resolução de situações de instabilidade ou conflito;

- Quando não existir um ambiente familiar estável e firme e quando os esforços da comunidade para oferecer assistência aos pais, nesse aspecto, tiverem fracassado e a família numerosa já não puder cumprir essa função, deverá recorrer-se a outras possíveis modalidades de situação familiar, entre elas o acolhimento familiar e a adoção;
- Deverão ser adotadas medidas e elaborados programas para dar às famílias a oportunidade de aprender suas funções e obrigações em relação ao desenvolvimento e ao cuidado de seus filhos;

No Brasil da atualidade, as construções jurídicas que estão diretamente e indiretamente ligadas às crianças e aos adolescentes dão um destaque especial quanto à sua efetividade. Existem muitas leis que protegem a instituição familiar, porém, muita coisa ainda tem por fazer porque, afinal, as normas constitucionais, penais e do ECA não vem surtindo os efeitos que delas se espera, na maioria dos casos elas não são respeitadas.

A família é o sistema onde se forma um modelo explicativo conjugando crenças e valores, principalmente para que as crianças e adolescentes aprendam desde cedo o discernimento entre o certo (legal) e o errado (conflito com a lei).

Em se tratando do aumento da criminalidade, Heleno Cláudio Fragoso (1991, p. 441) diz que:

A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência.

Em se tratando dos fatores criminais relacionados aos aspectos que atuam negativamente sobre a criança e o adolescente, pode-se destacar: famílias sem coesão; pai delinquente e hostil; mãe indiferente e hostil; e famílias numerosas.

Essas informações são importantes para demonstrar que já há alguns anos a relação *adolescente-infrator/família-desestrutura* estão diretamente ligadas e é errôneo afirmar que os adolescentes infratores são "meninos de rua" que foram abandonados ou saíram de casa por opção. A motivação do ingresso no mundo infracional está ligada mais à qualidade do convívio familiar que por qualquer outro motivo.

2.2 Da medida privativa de liberdade (Internação)

A privação de liberdade como medida socioeducativa é uma questão ainda polêmica na sociedade sendo, este, um assunto inacabado, principalmente quanto a sua efetividade em ressocializar os adolescentes internos, procurando evitar que estes permaneçam no crime.

O que o Direito Penal chama de crime, o conflito com a lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente denomina ato infracional. Contra a equiparação de Crime com Ato Infracional, Mário Luiz RAMIDOFF se manifesta nos seguintes termos:

O legislador equiparou o ato infracional ao crime, não sendo válida tal equiparação, considerando que a diferença entre eles não está somente na nomenclatura e nas consequências jurídicas, mas também no conteúdo normativo, o âmbito de aplicação, a metodologia e estratégias teórico-pragmáticas, bem como as medidas socioeducativas e as sanções penais pois aquelas possuem caráter sócio-pedagógico e estas para evitar a dessocialização.

Comparando as Unidades de Internação com Sistema Penitenciário, prescrita no processo penal, João Batista Costa Saraiva sintetiza:

O que distingue fundamentalmente da pena imposta ao maior de 18 anos é que, enquanto aquela é cumprida no sistema penitenciário - que todos sabem o que é, nada mais fazendo além do encarcerar - onde se misturam criminosos de toda

espécie e grau de comprometimento – aquela há de ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimentos pedagógico e psicoterápico, adequados a sua condição de pessoa em peculiar estágio de desenvolvimento.

Obedecendo a Organização das Nações Unidas - ONU, ao Fórum Nacional de Dirigentes Governamentais de Entidades Executoras da Política de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – FUNACRIAD, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, as Regras de Beijing e demais órgãos que defendem os direitos das crianças e dos adolescentes e lutam pela melhoria do atendimento a eles, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe em seu artigo 121, Caput que *a internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.*

As medidas socioeducativas de internação são aplicadas a adolescentes entre 12 e 18 anos que praticam atos infracionais e podem ser estendidas, excepcionalmente, até os 21 anos de idade, conforme previsto no art. 2º, Parágrafo Único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe: “Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.”.

Segundo Valter Kenji Ishida (2015, p. 306) “Constitui a medida de internação a mais grave dentre as socioeducativas, a teor do *Caput*, em medida privativa de liberdade.”.

Sendo aplicadas somente em circunstâncias mais gravosas, o intuito central da medida de internação será o de resgatar a cidadania que só é possibilitado com a educação voltada à socialização e formação de caráter do adolescente.

Ainda que a medida privativa de liberdade seja uma resposta do ECA à prática de um delito cometido pelo menor de 18 anos de idade e a última na hierarquia em se tratando de medidas socioeducativas, esta se destina a

adolescentes infratores com maior periculosidade e tem um caráter educativo, não punitivo.

Demandando uma maior atenção do poder público e fazendo com que a reação estatal seja mais severa, a ressocialização do adolescente infrator acarreta obrigações para o Estado e uma gestão adequada dos centros de internamento, respeitando sempre os direitos deste menor.

Em se tratando da proteção à criança e ao adolescente, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 227, §3º, V:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

A medida privativa de liberdade, visando garantir os direitos do adolescente, está sujeita a três princípios: o da brevidade, o da excepcionalidade e o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

O primeiro princípio traduz o que dispõe toda a Lei, onde a medida privativa de liberdade deve perdurar somente para a necessidade da readaptação do adolescente, visto que os efeitos da privação de liberdade, comprovados pela Criminologia, serão mais nocivos à pessoa em desenvolvimento. Já o segundo princípio dispõe que a medida privativa de liberdade deve ser a última das medidas, sendo aplicada somente quando as demais não forem eficazes quanto o grau de periculosidade do adolescente infrator. O último princípio, relativo à condição do adolescente, diz respeito a

um limite a ser considerado na execução da medida visando manter as condições gerais para o desenvolvimento do adolescente.

Dentre os direitos e garantias dos adolescentes submetidos à medida de internação estão ainda:

- ✓ O da permissão para realizar atividades externas, exceto se determinação judicial em contrário (art. 121 §1º - ECA);
- ✓ A internação deve ser cumprida em entidades exclusivas para adolescentes, sendo obedecida a separação por idade, compleição física e gravidade da infração (art. 123)
- ✓ Obrigatoriedade de atividades pedagógicas;
- ✓ Entrevistar-se pessoalmente com representante do Ministério Público (art. 124, I);
- ✓ Corresponder-se com familiares e amigos (art. 124. VIII),
- ✓ Permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;

Mário Volpi (Org.), em seu livro *O Adolescente e o Ato Infracional* (2011, p. 27) sintetiza que “embora o Estatuto tenha enfatizado os aspectos, a medida de internação guarda em si conotações coercitivas e educativas, e ainda, que a finalidade do processo educacional daqueles privados de liberdade, deve ser a formação para cidadania.”

2.3 Unidades de internação e as medidas socioeducativas

Antes da década de 90 havia, legalmente, o Código de Menores que regia as ações a serem tomadas em resposta à situação de crianças e adolescentes em situação de criminalidade. Em 13 de julho de 1990, após debates a respeito da nova concepção de crianças e adolescentes e, também, novas estratégias políticas voltadas a este grupo, foi publicada a Lei nº 8.069 - o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 2012, o Estado decretou a aplicação do SINASE, um sistema que aprofundasse melhor nas temáticas da socioeducação. Além de tratar das ações jurídicas e educativas, este sistema dispõe também acerca de outros serviços que podem ser acessados pelos profissionais que atuam nas unidades de socioeducação, facilitando o alcance aos objetivos de responsabilização e reintegração social.

O SINASE busca assegurar a efetividade e a eficácia na execução das Medidas Socioeducativas sem deixar de zelar pelo bem-estar do adolescente infrator, garantindo assim, que este adolescente seja tratado com respeito e dignidade, seja nas Medidas Socioeducativas de Meio Aberto, seja nas Medidas Socioeducativas de Privação e Restrição de Liberdade

Em tratando da Medida de Privação e Restrição de Liberdade, quanto a estrutura das unidades de internação, assim dispõe a Lei nº 12.594/12 – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase):

Art. 16 A estrutura física da unidade deverá ser compatível com as normas de referência do Sinase:

§1º É vedada a edificação de unidades socioeducativas em espaços contíguos, anexos, ou de qualquer outra forma integrados a estabelecimentos penais.

Sendo assim, o espaço físico deverá ser dotado de uma arquitetura que reflète a concepção de mundo para a formação da cidadania.

Dentre as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, está que:

33. Os dormitórios deverão ser, normalmente, para pequenos grupos ou individuais, tendo presentes os costumes locais. O isolamento em celas individuais, durante a noite, só poderá ser imposto em casos excepcionais e unicamente pelo menor espaço de tempo possível;

34. As instalações sanitárias deverão ser de um nível adequado e estar localizadas de maneira que o jovem possa satisfazer suas necessidades físicas na intimidade e de forma asseada e decente;

Além do projeto arquitetônico, há ainda uma preocupação em relação à educação, formação profissional e trabalho onde, ainda de acordo com as Regras Mínimas das Nações Unidas: “*Todo jovem terá direito a receber formação para exercer uma profissão que o prepare para um futuro emprego.*” E, sobre as atividades recreativas e contato com a família, tem-se:

Todo jovem deverá dispor, diariamente, de tempo disponível para praticar exercícios físicos ao ar livre, se o tempo permitir, durante o qual se proporcionará normalmente educação recreativa e física adequada.

Deverá ser permitida aos jovens a comunicação com seus familiares... Sair dos centros de detenção para visitar seu lar e sua família e obter permissão especial para sair do estabelecimento por motivos educativos, profissionais ou outras razões importantes.

A escolarização deverá possibilitar que os adolescentes tenham acesso a conhecimentos que os ajudem a se localizarem no mundo, sendo assim, Volpi (2011, p.34) traz:

Dada a impossibilidade de os adolescentes frequentarem escolas na comunidade de origem, a solução que nos parece mais acertada é que a rede pública e regular de ensino mantenha uma escola dentro do internato.

Obedecendo aos direitos das crianças e dos adolescentes, assim como as normativas nacionais e internacionais acerca dos direitos humanos, cada instituição terá sua maneira particular de trabalhar o adolescente em conflito com a lei que cumpre medida de internação. Como exemplos pode-se citar:

1. A *Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA)*, antiga Febem-SP, presta assistência a jovens de 12 a 21 anos incompletos em todo o Estado de São Paulo. Eles estão inseridos nas medidas socioeducativas de privação de liberdade (internação) e semiliberdade. As medidas — determinadas pelo Poder Judiciário — são aplicadas

de acordo com o ato infracional e a idade dos adolescentes. Quanto á medida de internação, a Fundação Casa conta com um corpo de atividades educacionais no interior da unidade, isto é, escolas, cursos de profissionalização, complexos desportivos e equipamentos culturais;

2. *A Unidade de internação de Planaltina (Uip)*, situada em Planaltina-DF, é uma unidade que atende jovens e adolescentes do sexo masculino em cumprimento da Medida socioeducativa de internação, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A missão da Uip é executar a medida socioeducativa de internação respeitando o direito à sobrevivência (vida, saúde, alimentação); o direito ao desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e profissionalização) e; o direito à integridade física, psicológica e moral (dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária);
3. *Unidade de Internação do Recanto das Emas (Unire)*, é uma das três Unidades de internação de adolescentes e jovens do Distrito Federal. A instituição segue a missão e objetivos da Secriança e da Subsis, portanto, tem como missão institucional disponibilizar um acompanhamento integral aos(as) socioeducandos(as), a partir de uma atuação multiprofissional qualificada, que abarca socioeducadores(as), orientadores(as), psicólogos(as), assistentes sociais, pedagogos(as), objetivando o desenvolvimento pessoal e social dos(as) adolescentes e jovens acompanhados(as). Uma Unidade socioeducativa deve ser capaz de impulsionar mudanças significativas nas vidas de seus(suas) jovens e de estimulá-los(las) a serem protagonistas, construindo sua identidade na relação com o(a) outro(a). Deve também fortalecer a sua reintegração familiar, educacional e comunitária, para que possam assumir com dignidade a condição de seres humanos e de cidadãos(ãs).

Pode-se citar ainda, como exemplo de unidades de internação no Estado de Goiás:

1. *Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE)*: é o que mais se aproxima, em tese, ao que é determinado pelo ECA e pelo Sinase, mas ainda assim deixa muito a desejar. Instalado no Conjunto Vera Cruz I, em Goiânia, o Case foi construído em março de 2006 justamente para abrigar adolescentes infratores. Desde que foi concluído, nunca passou por uma reforma geral, apenas por pequenos reparos de urgência. A falta de cuidado é visível. Infiltrações, problemas nas instalações elétricas, portas comprometidas que colocam em risco a vida dos próprios funcionários. E os problemas não param por aí. Há alojamentos que deveriam ser individuais com dois internos e os espaços não contam com banheiros. Enquanto estão na área de convívio, é permitido o acesso ao banheiro com chuveiros coletivos mas, após às 18 horas, os menores são trancados nos alojamentos e, a partir daí, as necessidades fisiológicas passam a ser feitas em garrafas pet cortadas.
2. *Centro de Internação do Adolescente (CIA)*: Instalado improvisadamente no 1º Btlhão da Polícia Militar (BPM), no Setor Marista, em Goiânia, o Centro de Internação do Adolescente (CIA) abriga atualmente 71 menores divididos em 14 alojamentos. A capacidade máxima é de 60. Somente adolescentes do sexo masculino são levados para lá. O que deveria ser um espaço provisório, já abriga o centro há 16 anos, sendo que uma única reforma, há 12 anos, foi realizada no local. “Os alojamentos estão precários. Está tudo muito velho, sem pintura e comprometido. Em geral, está insalubre”, admite Maria Glória da Silva, coordenadora interina do CIA.
3. *Centro de Internação Provisória (CIP)*: o Centro de Internação Provisória (CIP), que funciona no 7º Batalhão da Polícia Militar (PM), no Jardim Europa, em Goiânia, apresenta problemas

semelhantes do CIA. Segundo o relatório do Conselho Estadual da Juventude, existem duas salas de aula no espaço com capacidade para no máximo 20 alunos. Os internos não contam com banho de sol ou atividades em dias de visita e nos finais de semana. Como no CIA, os menores também ficam em alojamentos coletivos, todos com quatro camas e, em média, com oito menores em cada. Os que não têm oportunidade de dormir nas camas são obrigados a se conformar com colchões finos postos no chão. Ainda de acordo com o relatório, reclamações e denúncias de agressões policiais são constantes. Conforme o documento, com a desculpa de fazerem revistas, policiais entram nos alojamentos e os destroem, agredindo também os internos. O revide também é prática comum. Funcionários da unidade não escondem o medo de trabalhar em um local que não possui a segurança necessária. Vários relatam agressões verbais e físicas praticadas pelos adolescentes. A unidade não conta com serviço de lavanderia, por esse motivo a higienização das roupas é feita pelos próprios adolescentes em um único tanque, elevando o risco infecções – a última máquina de lavar foi destruída durante uma rebelião.

Segundo Alexandre Prudente, *“a maioria dos meninos e meninas que já cometeram algum ato ilícito estão inseridos em famílias desestruturadas ou que também estão envolvidas com o mundo do crime e com drogas.”*

Quanto aos adolescentes que estão internados em locais distantes da cidade natal (ou onde reside a sua família) e as famílias alegam não ter condições para arcar com as despesas de transporte para visita-los, entende-se que se trata, neste caso, de responsabilidade solidária dos entes federados - Estados e Municípios - , pois, a responsabilidade do Estado decorre do dever de assegurar ao adolescente o contato com a família por se tratar de um princípio relacionado no art. 35, IX da Lei nº 12.594/12, completado pelo art. 100, *Caput* do ECA.

3. ADOLESCENTE RESSOCIALIZADO

3.1 A participação da família na aplicabilidade da medida de internação

"Uma história de internação para crianças e jovens provenientes das classes sociais mais baixas, caracterizados como abandono e delinquentes pelo saber filantrópico privado - elaborado, entre outros, por médicos, juízes, promotores, advogados, psicólogos, padres, pastores, assistentes sociais, sociólogos e economistas -, deve ser anotada como parte da história da caridade com os pobres e a internação de integrá-los à vida normalizada. Mas também deve ser registrada como componente da história contemporânea da crueldade." - Edson Passetti (1999, p.350)

No modelo de ressocialização adotado pelo Estado em que se aplica a privação de liberdade, a família é considerada o ponto privilegiado de interseção na socialização do adolescente e, também, a responsável direta pela construção de condutas normais e/ou desviantes. Sendo assim, cabe à família estabelecer os vínculos entre ela e as outras instituições socializadoras como a escola e o mundo do trabalho.

Porém, na adoção desse modelo, o Estado parece substituir os cuidados da família, considerados fracassados, pelo oferecimento de instituições de Estado que, então, assumem as tarefas de socializar e individualizar.

Segundo Silvio Manoug Kaloustian (2005):

Independente do arranjo familiar, a família é responsável pelos aportes afetivos e, sobretudo materiais, que venham favorecer o desenvolvimento e bem estar dos seus componentes, desempenhando um papel decisivo na educação formal e informal e favorecendo a assimilação de valores éticos e humanitários, aprofundando laços de solidariedade.

Tendo influência direta em seus membros, a família é o principal agente de socialização o qual facilitará a participação da criança no mundo social. Na família modela-se o comportamento e a identidade da criança.

Para Minuchin (1982):

O sentimento de pertencimento aparece como acomodação de parte da criança aos grupos familiares e com sua pressuposição de padrões transacionais, na estrutura familiar, que são consistentes durante todos os diferentes acontecimentos da vida.

Partindo destes conceitos, tem-se que ressocialização do adolescente infrator não deve limitar-se somente ao jovem, deve envolver também a família propondo uma reorganização da estrutura familiar por meio de intervenções, seja ela terapêutica e/ou econômico-social.

Visando o bem estar social e a integridade física e psíquica do adolescente em conflito com lei e submetido à medida socioeducativa de internação devido ao ato infracional cometido por este, assim dispõe o artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange à aplicabilidade da medida privativa de liberdade:

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Cada unidade de internação terá como finalidade social o exercício da cidadania plena pelo adolescente ali internado, contando com o trabalho de uma equipe pedagógica cujo processo deve oferecer um espaço onde o adolescente possa refletir sobre os motivos que o levaram a praticar o ato infracional.

Vale ressaltar ainda que o envolvimento da família no processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei são elementos vitais para a quebra do isolamento, contribuindo tal instituição, incisivamente, para o processo de retorno do jovem à vida social.

O ECA pontua, ainda, em seu artigo 94, V e VI:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

Nota-se que o citado diploma legal visa assegurar a proximidade do adolescente com a sua família.

Os adolescentes que cumprem medidas de internação e que possuem vínculos familiares mais sólidos tendem a evoluir mais rapidamente no processo de recuperação, por isso há tanta preocupação em manter o adolescente o mais próximo possível da família.

Quando o adolescente começa a cumprir a medida de internação, a família é sensivelmente afetada afinal, toda a sua rotina é mudada, pois a tendência é que a mesma comece a fazer parte do processo socioeducativo. Esta participação é fundamental para a análise do contexto social em que vivem estes jovens.

O convívio familiar é, de fato, um direito das crianças e dos adolescentes e uma obrigação das instituições educacionais, portanto, as sociedades governamentais e não governamentais necessitam estar efetivamente voltadas para o desenvolvimento do sistema de proteção ao adolescente buscando fortalecer não só a família, mas também a comunidade em que a entidade está inserida.

Quando o adolescente é “desinternado”, ele sai da medida de internação e vai para a liberdade assistida, onde o trabalho realizado na unidade de internação continuará sendo desenvolvido fora da unidade. Para isso, é de extrema importância o trabalho, não apenas da equipe técnica, mas também do núcleo familiar em que este jovem está inserido.

Deve-se, assim, dar valor aos arranjos familiares e cabe ressaltar a importância dessa família para a evolução do adolescente em cumprimento da medida privativa de liberdade, pois virá dessas composições familiares a formação dos cidadãos de amanhã.

3.2 Acompanhamento do adolescente ressocializado por parte do Estado

A medida socioeducativa de internação deve ser a última das medidas a ser aplicada no que se refere à adolescente que comete ato infracional, sendo admitida somente em caso excepcional, quando baldados todos os esforços à reeducação do adolescente, mediante outras medidas socioeducativas.

De acordo com Maria de Lourdes Trassi Teixeira, acerca de adolescente infrator:

O adolescente autor de ato infracional é antes de tudo adolescente – uma etapa peculiar do desenvolvimento humano que adquire configurações singulares em circunstâncias históricas e contextos econômicos, sociais e culturais diversos. Portanto, a abordagem para compreendê-lo considera as variáveis relativas às intensas mudanças físicas, biológicas, psicológicas; variáveis relativas a seus grupos de pertencimento, a seu meio social e a seu trânsito no mundo da cultura, nestes tempos de ausência de fronteiras geográficas e novas tecnologias de comunicação que vão construindo outros padrões de sociabilidade.

Valter Kenji Ishida, acerca do Ato Infracional:

Pela definição finalista, crime é um fato típico e antijurídico. A criança e o adolescente podem vir a cometer um crime, mas não preenchem o requisito da culpabilidade, pressuposto de aplicação da pena. Isso porque a imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 (dezoito) anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito a aplicação de medida sócioeducativa (sic) por meio de sindicância. Dessa forma, a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, abrangendo tanto crime como a contravenção.

Para Wilson Donizete Liberati, Medida Socioeducativa é:

(...) a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógico-educativo. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada, independentemente de vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remição, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas sócio-educativa tem cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado ao ato infracional praticado

Nesse contexto, tem-se que a medida socioeducativa privativa de liberdade deve ser aplicada não somente em relação ao ato infracional que o adolescente cometeu, dando assim um caráter meramente punitivo, mas também, em relação ao que o adolescente necessita para a sua recuperação de modo a se evitar a reincidência. O escopo de tal medida deve ter a finalidade de despertar o adolescente para a sua responsabilidade social, oferecendo condições para que o mesmo não volte a delinquir.

Para se alcançar a finalidade dos programas destinados a ressocialização do adolescente em conflito com lei, faz-se necessário que as medidas aplicadas pelo Estado assegurem ao adolescente a sua preparação para o exercício da cidadania, a sua educação para a convivência comunitária e familiar, e isso não apenas no decorrer da internação do adolescente, mas também após o seu retorno ao convívio social.

Para que isso aconteça, tornam-se fundamental que as atividades desenvolvidas nos programas de privação de liberdade estejam sujeitos a severos controles externos onde, segundo Volpi (2011, p.41), "os Conselhos de Direitos em nível nacional e estadual deverão deliberar sobre as formas de controle das ações desenvolvidas nesta área."

A medida socioeducativa privativa de liberdade não deve acontecer isoladamente do contexto social em que o adolescente está envolvido. É preciso que o Estado garanta aos adolescentes direitos básicos que já lhes são assegurados como a educação, a saúde, mas também direitos a cultura,

esporte e lazer dentre outros para que seja possível diminuir o número de adolescentes em conflito com lei.

Juntamente com estas políticas sociais e com os programas das unidades de internação, os serviços de assistência social devem garantir aos vulnerabilizados apoio sociofamiliar além de outros programas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. As medidas socioeducativas precisam estar em conjunto com estes serviços assegurando, assim, o cumprimento de seu papel específico que é ressocializar o adolescente infrator.

Para o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo):

Em sendo o adolescente posteriormente vinculado a uma medida socioeducativa, o atendimento pelos equipamentos de assistência social deve prosseguir, agora de forma articulada com o respectivo programa socioeducativo, seja para o fim de elaboração do Plano Individual de Atendimento, seja para assegurar sua efetiva execução e cumprimento, a partir de intervenções complementares junto ao adolescente e sua família.

Um dos órgãos importantes do Estado na proteção dos adolescentes é o Conselho Tutelar que é o órgão de proteção de interesses do menor e exerce um papel importante na ressocialização dos adolescentes infratores, pois tem o dever de acompanhar e dar suporte a estes jovens que, muitas vezes, são abandonados pela própria família.

O Ministério Público também é peça importante para a ressocialização dos adolescentes infratores, pois tal órgão atua na defesa dos interesses destes jovens, entendendo do assunto e sabendo como atuar para que estes não voltem a delinquir.

Outro trabalho importante na ressocialização do menor infrator é do Assistente Social. O trabalho deste profissional começa na admissão do adolescente na unidade socioeducativa, onde ali o Assistente Social colhe as informações necessárias para identificar os familiares do adolescente que cumprirá a medida de internação. O atendimento familiar por parte do Assistente Social é importante para que se identifiquem quais as contingências familiares contribuíram para que o adolescente viesse ter o desvio de conduta.

Além do trabalho de colhimento de informações, o Assistente Social também realiza visitas domiciliares acompanhados, sempre que possível, do psicólogo que faz o acompanhamento do adolescente na unidade de internação.

O trabalho do Assistente Social com os familiares dos adolescentes infratores é essencial para a superação das vulnerabilidades vividas pelo grupo familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal proposta da presente monografia foi, por meio de dados aqui apresentados e questionamentos, lançar um olhar compreensível acerca da importância da família no processo de ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei. Deve-se entender a família como condição de qualidade de vida, sendo ela o instrumento central no processo de garantia de direitos da criança e do adolescente.

De acordo com Regina Célia Miotto (2001), atos infracionais podem ser entendidos como expressão das dificuldades vividas pelas famílias no seu curso de vida, não como o fim de um processo educativo mal sucedido, mas como um momento dramático do processo de viver do adolescente e sua família que pode provocar transformações.

A importância de uma boa estrutura familiar pode ser atribuída ao fato de ser a família a peça fundamental para o desenvolvimento psíquico do adolescente e torna-se notório que o ambiente familiar faz parte da composição da índole construtiva ou destrutiva do jovem em desenvolvimento. Um ambiente familiar saudável, bem construído, onde se tem harmonia, afeto e confiança traz uma formação saudável para o adolescente, com exemplos positivos. Do contrário, em uma família desajustada, desestruturada, o adolescente possui grandes propensões à delinquência e atos infracionais.

As mudanças comportamentais corridas na sociedade em geral, em especial nos "modelos de família", estão transformando as tradições familiares e causando os "fenômenos" atuais - famílias sem princípios e sem tempo para as conversas, almoços/jantares à mesa -. Vão-se os diálogos e o respeito mútuo, mudando os valores e causando a desestrutura familiar e, com isso, aumenta-se a vulnerabilidade de crianças e adolescentes a se introduzirem no mundo do crime.

Considera-se, contudo, fundamental para a ressocialização do adolescente infrator fatores que não apenas consistem em aplicar as medidas descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também, parcerias entre o Estado, a família e a sociedade, pois, nenhum programa poderá ter

êxito se a família não se fizer presente e ativa, sendo esta parte fundamental no tripé dos programas complementares de ressocialização.

Verifica-se, assim, que o problema do adolescente e da introdução deste na criminalidade de maneira geral é uma questão social e as evidências estão por toda parte. Leis existem, e estas são inúmeras, porém, o que falta é colocar em prática tais leis e diretrizes sobre o envolvimento e a importância familiar na construção da dignidade dos jovens e esta é uma dívida que, também, o Estado tem com a sociedade, em preparar e conscientizar a sociedade da importância do exemplo das famílias “estruturadas” na constituição do caráter da pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069)**. Brasília, DF: 1990.

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

Correio Brasiliense. **Mais da metade dos menores infratores não tem a presença do pai na família**. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/03/25/interna_cidadesdf,419282/mais-da-metade-dos-menores-infratores-nao-tem-a-presenca-do-pai-na-familia.shtml>. Acesso em 28 mar. 2015

CREPOP - **Informativo do Conselho Regional de Psicologia da 3ª Região BA Ano 03**. Disponível em: <http://cartilhacrepop.crp03.org.br/a_social/medidas-socioeducativas-em-unidade-de-internacao/>. Acesso em 10 mai. 2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 5º vol. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 512.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. não paginado.

FONACRIAD; SARAIVA, J.B.; VOLPI, Mario (Org.); JÚNIOR, R.K. **Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal**. 6ª.ed. São Paulo, SP: Cortez, 2014.

ISHIDA, V.K. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª. ed. São Paulo, SP: Atlas S.A, 2015.

Kaloustian, Silvio Manoug. **Família Brasileira: a base de tudo**. 7ª ed. São Paulo, SP: Cortez, Brasília, UNICEF, 2005

PRADE. Péricles. Artigo 110. In CURY, Munir (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 8.ed.São Paulo: Malheiros, 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da criança e do adolescente**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

RAMOS, Maria Augusta. **Juízo (Jovens infratores no Brasil) - Documentário de Maria Augusta Ramos**. 2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HfMcMlp_7Ao>. Acesso em 23 fev. 2015.

Saraiva, Joao Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 4ª Ed. 2010.

SINEPOL - Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Goiás. **Precários e superlotados, Centros de Internação se tornam zonas de conflito**.

Disponível em: <<http://sindepol.com.br/site/noticias/precarios-e-superlotados-centros-de-internacao-se-tornam-zonas-de-conflito.html>> Acessado em 20 mai. 2015

TRAVASSI, Maria de Lourdes. **Adolescência-violência: desperdício de vidas**. São Paulo, SP: Cortez, 2006.

VOLPI, Mario (Org.); **O adolescente e o ato infracional**. 9ª. ed. São Paulo, SP: Cortez, 2011.