

ISSN: 1984-168x



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 5 • Nº 9 • 2012

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Procuradora-Geral de Justiça
Coordenadora do Cesaf

José Maria da Silva Júnior
Subprocurador-Geral de Justiça

João Rodrigues Filho
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha Lira

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
Edson Azambuja
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Luciana Duailibe

Projeto Gráfico e diagramação
Bruno Fleuri

Fotos
Ronaldo Mitt

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 5, nº 9

Palmas, Tocantins
2012

©2012, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano 5 . nº 9 . 2012

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha Lira. Palmas: Cesaf, ano 5, n. 9, 2012.

158 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito - Periódicos 2. Mulheres detentas no Tocantins 3. Meio ambiente- ocupação irregular em Palmas 4. Aborto - inovações no anteprojeto do Código penal - inconstitucionalidade 5. A Lei Maria da Penha e as contravenções penais 6. Delação premiada e a validade da prova 7. Aplicação dos direitos fundamentais - eficácia horizontal 8. Infração do artigo 249 do ECA - Conselho Tutelar

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins. É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

A cada edição desta Revista Jurídica nos convencemos de que os objetivos iniciais vislumbrados no lançamento desta publicação têm sido alcançados, graças à qualidade de seus textos e à respeitabilidade adquirida nos números já publicados.

Nessa vertente, em sua nona edição, e primando pela busca de excelência de suas publicações, esta Revista Jurídica se reafirma como instrumento de estímulo à produção científica, à socialização do conhecimento e às reflexões acerca dos desafios que o Direito nos impõe por meio de temas de grande relevância social, tais como os artigos ora publicados, que tratam de questões como o aborto no novo Código Penal, os direitos fundamentais, a delação premiada, os direitos da criança e do adolescente, a violência doméstica e familiar contra a mulher, as detentas do Tocantins e a ocupação urbana irregular em Palmas.

O desejo de contribuir para o engrandecimento social encontra eco no trabalho abnegado de nossos colaboradores – membros, servidores e convidados – que nos confiaram a publicação de seus trabalhos.

Na oportunidade, desejamos que os leitores extraiam o máximo proveito desta edição.

BOA LEITURA!

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Coordenadora do Cesaf

Sumário

1. As detentas do Tocantins: uma questão jurídico-social	11
<i>Autor convidado: José Messias Oliveira</i>	
2. A ocupação urbana irregular em Palmas	39
<i>Angelita Messias Ramos</i>	
3. As inovações do anteprojeto de Código Penal sobre o aborto e sua possível inconstitucionalidade.....	63
<i>Diego Nardo</i>	
4. A Lei Maria da Penha e as contravenções penais	73
<i>José Kasuo Otsuka & Valéria Lúcia Neves da Silva Moraes</i>	
5. Delação premiada	85
<i>Millena Freire Cavalcante</i>	
6. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais	113
<i>Ricardo Alves Peres</i>	
7. Infração administrativa do artigo 249 do ECA por descumprimento de requisição do conselho tutelar: interpretação na órbita do direito da criança e do adolescente.....	143
<i>Sidney Fiori Junior & Renee do Ó Souza</i>	

As detentas do Tocantins

uma questão jurídico-social

José Messias Oliveira*¹

RESUMO

Este trabalho constitui pequena parte de uma pesquisa feita entre 2007 e 2008 nos estabelecimentos que abrigam detentas e condenadas em Palmas, Babaçulândia, Colinas e Guaraí, que resultou na elaboração de uma tese recepcionada pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). De lá para cá, mudanças legais pouco alteraram o quadro retratado na pesquisa envolvendo entrevistas, fotografias, gráficos, estatísticas, etc.. Esperamos despertar curiosidade pelo tema que, embora se refira a restrito quadro de atrizes (as presidiárias) no Estado, oferece uma noção do que ocorre no Brasil.

Palavras-chave: Mulheres, Presidiárias, Presas, Reeducandas

*Autor convidado

¹ Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Tocantins. Graduado pela UNICEUB/DF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.

1. Introdução

Com foco no suplicio das sanções exacerbadas e cruéis que narra a história das civilizações e até que se concebesse o descompasso entre condutas e penas correspondentes, evidente que as ações tendiam a moldar-se de forma a não descaracterizar a humanização das penas nas prisões. O pensamento evoluiu e por vezes retrocedeu em fases distintas até que se atingisse o século das luzes, com o surgimento de ideais humanitários, destacando-se no tema César Beccaria.

Nesse contexto, a evolução das medidas punitivas também alcançou as mulheres, tanto que as nações viriam a se posicionar procurando a consolidação da humanização sem discriminação de qualquer tipo.

Muitos dos direitos presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos foram incorporados aos textos constitucionais de várias nações e, no Brasil, não foi diferente. A Constituição Federal (1998, p. 6), em seu inciso IV, artigo 3º, estabelece:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...
IV – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso).²

A ratificação da proteção feminina tem seu início na Carta Magna, alcançando as presidiárias de modo geral no sentido de que são fixadas metas a serem atingidas pelo Estado, em conjunto com a sociedade. Esse objetivo constitui, juntamente com outros dispositivos legais, preceitos para políticas governamentais.

Embora no tratamento com a mulher haja um grande reconhecimento de sua exclusão e o respeito pleno aos seus direitos

² BRASIL. Constituição (1988), p.6.

– circunstância que dificulta a manutenção de uma sociedade justa e solidária – e a mídia informe diariamente sobre mulheres agredidas, espancadas por maridos ou companheiros, o Brasil já firmou compromisso atento a esses acontecimentos. Existem várias declarações, programas de ação e convenções, conferências, etc., com foco na mulher, tudo girando em torno da eliminação das formas de sua discriminação no meio social.

2. Registros históricos

Em 1975, no México, a ONU instituiu oficialmente o Ano Internacional da Mulher com o *slogan*: “igualdade, liberdade e paz”, e, no mesmo ano, uma mobilização internacional gerou o documento Declaração das Nações Unidas Contra a Discriminação da Mulher, que viabilizaria à mulher exigir e usufruir seus direitos.

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Esse documento só foi ratificado pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, com reservas, por meio da promulgação do Decreto nº 89.406 de 20.3.1984. A convenção passa a ser considerada como a Carta Internacional dos Direitos da Mulher. Com 30 artigos, a Convenção define discriminação como:

Qualquer distinção, exclusão ou restrição feita na base de sexo que tenha como finalidade diminuir o reconhecimento, independente de seu estado civil, com base na igualdade entre os homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro.³

³ Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm> Acesso em: 13.9.2007.

Em julho de 1980, em Copenhague, a Conferência Mundial do Decênio das Nações Unidas para a Mulher teve como propósito avaliar os avanços concernentes às recomendações propostas na Conferência do México de 1975. Somente cinco anos depois aconteceu a Terceira Conferência Mundial da Mulher em Nairóbi. A Declaração de Viena (1993) e o Programa de Ação da Conferência Internacional de Direitos Humanos, dentre outros resultados, encerraram-se decidindo que deveriam ser protegidos os direitos da mulher, da criança e das populações indígenas. Oficializaram-se, portanto, proposições de interesses comuns.

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – A Convenção de Belém do Pará, realizada em 1994 – formulou-se um documento no qual ficava determinado que os Estados-partes deveriam adotar medidas, dentre outras, no trato à situação das mulheres afetadas por privação de liberdade, *in verbis*:

Art. 9º. Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados-partes terão especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa a sofrer em consequência, entre outras, de sua raça ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada. No mesmo sentido se considerará a mulher submetida à violência quando estiver grávida, for excepcional, menor de idade, anciã, ou estiver em situação sócio-econômica desfavorável ou afetada por situações de conflitos armados **ou de privação de sua liberdade**.⁴ (grifo nosso).

Grande e incessante a preocupação internacional também em relação às mulheres presas. Na Resolução 58/183 da Assembleia Geral da ONU, intitulada “Os Direitos Humanos e a Administração da Justiça” há recomendação de que se dê maior atenção às questões das mulheres que se encontram no cárcere.

⁴ CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/mulher2.htm> Acesso em: 13.9.2007.

Florizelle O'Connor apresentou na Subcomissão de Promoção e Proteção de Direitos Humanos um trabalho com repercussão internacional, indicando:

[...] que as mulheres constituem um percentual pequeníssimo da população carcerária do mundo; alta porcentagem de mulheres presas é mãe e se encarrega de cuidar dos filhos; não há políticas públicas adequadas no tratamento das presas. Constatou um aumento do aprisionamento feminino, que não se circunscreve a delitos violentos, há um aumento dos índices de encarceramento de mulheres presas em razão do aparecimento do tráfico de entorpecentes, sendo usadas, de regra, como “mulas” e a maioria por delito de pouca quantidade de entorpecente. Este retrato se aplica integralmente às mulheres presas no Brasil. (O'CONNOR, 2007).

O movimento feminista alcançou verdadeiras conquistas em 1995, quando aconteceu o maior marco internacional: a Quarta Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, amplamente divulgada pela mídia. Como fruto do encontro foi escrita a Declaração de Pequim que estabeleceu metas para que os países integrantes oferecessem condições com vistas a uma qualidade de vida compatível e justa para a população feminina.

3. Criação das prisões femininas no Brasil

Há até bem pouco tempo, mesmo nos países do ocidente, às mulheres não se conferia a ideia do Direito Natural, diferentemente dos homens. Trata-se de um fato histórico. Segundo John Gilissen (1995, p. 600), o direito romano na época da república não considerava a mulher como sujeito de direitos. Aos poucos foi sendo reconhecida a sua incapacidade absoluta e a relativa em face do pai (*pater familias*) e do marido. O direito germânico de então não era diferente. Hoje não há mais discussão em torno da igualdade plena entre o homem e a mulher.

Até chegar aos dias atuais, no sistema prisional ocorreu uma grande transformação ou progresso na medida em que a consciência humanitária acompanhou o desenvolvimento da ciência e dos direitos humanos. Os ambientes prisionais separados para o homem e a mulher constituem uma exigência ou uma marca que se alia ao Direito Natural.

De acordo com DOTTI (1998, p.36), o berço ou o modelo europeu foi um dos primeiros a implantar as ideias que se impunham.

Nos anos 1.757 e 1.759 foram edificadas em Turim e em Milão prisões celulares com seções especiais para mulheres e jovens, numa tentativa de classificação dos internos. Em Veneza (1.760) institutos análogos vieram a ser criado na proporção em que o movimento alcançava os Países Baixos onde o magistrado Vilain XIV mandou erigir o célebre presídio de Gand para ofertar trabalho durante o dia e manter o isolamento à noite. (DOTTI, 1998, p. 36)

Ainda assim, “nas primeiras prisões construídas no Brasil, as mulheres ficavam junto com os homens e os escravos, sendo elas reduzidas à mais lamentável miséria física e moral.” (VARGAS, 2005, p. 12). Mas a proposta de se criar um estabelecimento penal exclusivo para as mulheres surge com a própria República.

Lemos de Brito, principal ideólogo da criação das prisões femininas no Brasil, percorreu o país visitando todas as prisões e ofereceu um plano geral em 1924, no qual aconselhava à União construir um estabelecimento exclusivo, denominando-o de reformatório, nos seguintes termos:

Reformatório especial em pavilhões completamente isolados para mulheres com tempo de condenação igual ou superior a três anos. Ele não se pautou pelos modelos tradicionais das prisões masculinas, considerando assim a necessidade de um tratamento específico para a mulher por parte do sistema penitenciário. (VARGAS, 2005, p.12).

A ideia de criação de estabelecimentos penais separados tinha a ver com a maior influência dita como “negativa” das mulheres perante os homens condenados. É que a condenação, a prisão e principalmente a abstinência, segundo o mesmo autor “exacerba o sentimento genésico” o que comprometia a segurança, a paz e a tranquilidade desejadas no cárcere. Prossegue ainda Brito afirmando que “elas são ‘agentes contaminadores’ e poluidores da sociedade, passíveis de desenvolver um ambiente de depravação sexual nos presídios femininos”. (VARGAS, Op. cit., p. 13).

Na verdade, a natureza feminina, suas vaidades, as reservas peculiares, hoje em transformação, marcam a necessidade da separação. Até mesmo, em determinadas situações, a timidez ou a dita reserva conduz pessoas do mesmo sexo a não mostrar o corpo e, usando uma cela comum, a exposição se torna mais difícil de controlar. Isso, sem que seja levado em consideração os desejos e a libido os quais se aguçam em razão da clausura demorada.

O autor reforça ainda que as primeiras prisões femininas no Brasil foram pensadas em função do modelo de um internato religioso, sob a administração interna e pedagógica das religiosas, que deveriam cuidar da moral e dos bons costumes, exercendo um trabalho de domesticação das presas e uma vigilância constante da sua sexualidade. Contudo, apesar da idealização desse projeto purificador, a administração nas mãos das freiras mostrou suas fragilidades. No lugar de as internas tornarem-se mais dóceis e delicadas, tornaram-se ainda mais duras e ferozes. (Ibidem).

4. População carcerária feminina no Brasil

O primeiro Censo Penitenciário Brasileiro realizado entre janeiro de 1992 e abril de 1993 também contemplou a situação das mulheres presas, e do total de 126.152 que então representava o número de presos no país, 0,03% eram do sexo feminino. (REVISTA

DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIO, 1993).

No ano de 2003, do total geral da população carcerária no Estado do Tocantins (1309) apenas 3,89% (51) eram de mulheres, em 2004 (2080) reduziu para 2,83% (59), em 2005 (1181) aumentou para 4,40% (52) e em 2006(1771) atingiu 3,78% (67). Portanto, verifica-se, que embora o percentual haja diminuído em relação aos homens, o número de presidiárias cresceu ainda que discretamente. E isso se deu em face do grande aumento do total de condenados no ano passado (2006) em relação ao anterior (2005), com o aumento de 590, o que representa um percentual adicional bem próximo de 50%. O curioso é que o mesmo já havia ocorrido anteriormente. É que o total de condenados no ano de 2004 foi bem superior se comparado ao ano anterior e, embora o quantitativo também haja aumentado em relação às mulheres: de 51 para 59, o percentual reduziu.

Há uma corrente de estudiosos que argumenta que a maior participação da mulher na atividade social influiu no aumento da criminalidade feminina. E é nesse sentido que Lembruger (1976) enfatiza:

O aumento da criminalidade feminina é proporcional ao aumento da participação da mulher na vida social, política e econômica, ou seja, na medida em que a disparidade sócio-econômico-cultural entre os sexos diminui, há um aumento recíproco da criminalidade feminina.

Não restam dúvidas também que, ao longo dos tempos, elas receberam punições pela conduta sem que houvesse distinção entre os homens e, em determinadas situações, muito mais pesadas em relação a eles. Como exemplo, a condenação de Joana D'Arc no período da denominada "Santa Inquisição". A Santa Inquisição nada mais fez do que adotar métodos punitivos utilizados pelos visigodos. (RODRIGUES, 1996. p.32).

5. A Constituição Federal e a execução penal

A Constituição Federal conferiu competência privativa à união para legislar sobre matéria penal (art. 22, I). Em relação ao direito penitenciário, disciplinou que haveria competência concorrente com os Estados e o Distrito Federal (art. 24, I).

Frederico Marques (2002. p. 16), citando Siracusa, anota que o direito penitenciário:

É o complexo das normas que regulam a relação jurídica punitivo-executiva, em um determinado país. Seria o direito penitenciário, dessa forma, um Direito penal executivo, uma vez que abrange a fase de exercício do *jus punitiois*, pelo Estado, mediante o cumprimento da pena em instituições carcerárias.

O artigo 5º, inciso XV, da Carta Política assegura a todos o direito de ir e vir, permanecer, entrar, nos seguintes termos: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.” (BRASIL, 1988).

Já o inciso XLIX do mesmo artigo assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. A regra é repetida no artigo 40 da Lei de Execução Penal, *in verbis*: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”⁵

A Resolução nº 7 de 11.7.1994 em seu art. 6º do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária reitera:

É princípio fundamental que qualquer pessoa presa ou sujeita a medida de segurança tem direito à preservação de sua integridade física ou moral, não devendo ser submetida à tortura, a tratamento desumano ou degradante, nem ficar exposto à execração pública. (MATTOS, 2001. pp. 53-4).

⁵ BRASIL. Lei 7210 de 11.07.1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13.7.1984.

5.1 As execuções, a crise penitenciária feminina e a Lei 9099/95

Em relação às mulheres, a par dos ambientes de convivência comum entre as condenadas, ou seja, em regime de execução da sentença definitiva ou ainda prisão penal, e as que aguardam julgamento em face da dita prisão de natureza provisória, principalmente no interior do Estado, a incidência já deve merecer maiores cuidados. É que o estabelecimento reservado para as mulheres detidas na cidade de Babaçulândia encontra-se superlotado; idêntica situação foi observada na Cadeia Pública de Lajeado.

Seja temporária ou definitiva a medida prisional confere à pessoa presa a única possibilidade de permanecer por certo tempo em um ambiente denominado cela. Para presos provisórios e os já condenados, sem distinção de sexo a Lei de Execução Penal estabelece sobre a separação e assegura a permanência em ambientes separados para o primário e funcionário da administração da justiça criminal, nos seguintes termos:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.⁶

Para Mirabete (1996, p. 213), as prisões devem propiciar a separação em grupos homogêneos, não só por diversidade do tipo de prisão, como também para facilitar o tratamento penitenciário e as medidas de vigilância do estabelecimento penal. A distinção também se observa quanto à conduta de cunho político. A propósito, em situação política não muito distante de hoje, no período da ditadura militar, as prisões e as penitenciárias estavam repletas de

⁶ BRASIL. Lei 7210 de 11.7.1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13.7.1984.

“subversivas e comunistas”, como ressalta Juana Jimenes, e que não deve ser esquecido. (CAVALCANTE, 2004.)

A Lei de Execução Penal também estabelece que ao condenado seja reservado um espaço individual e em condições de alojamento, nos seguintes termos:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

Salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

Área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).⁷

Em relação às mulheres o referido diploma legal acrescenta em seu artigo 89:

Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.⁷

Melhor esclarecendo e, dando amplitude que se fazia necessária, a Resolução nº 14, de 11.11.1994, em seu artigo 7º estabelece:

Os presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.
§1º As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

⁷ BRASIL. Lei 7210 de 11.7.1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 13.7.1984.

§2º Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos⁸

A letra fria da lei, por sinal bem posto pelo legislador, tem sido na realidade outro martírio para aqueles obrigados a ficar por algum tempo no cárcere. Trata-se de uma realidade nacional. Separação de presos provisórios dos condenados pelos critérios elencados no artigo 84, espaço mínimo (art.88), além do teor do artigo transcrito da Resolução 14 são requisitos jamais observados em todos os estabelecimentos prisionais pelo Brasil afora. Não é diferente em relação às mulheres nas cidades visitadas.

Na condição de estarem juntas, condenadas ou não, algumas presas ocupam o espaço comum, juntamente com até 10 delas, e que não chega a 12 m². Evidente a superlotação (letra b, art. 88 Lei 7.210 transcrito). Na verdade, ao quadro, por que não dizer comprometedor e fora dos parâmetros jurídicos, somam-se a perda de controle sobre o corpo, sobre as ações, as escolhas, o comportamento e o tempo. Por vezes os dias permanecem encravados nas paredes das celas.

Não se pode olvidar também que, na sua nova condição, a interna vê-se obrigada a manter o corpo e as inflexões contidas: parecendo uma exposição humilhante. Caminhar com as mãos para trás, responder “sim senhor”, etc. são alternativas.

Pode-se afirmar que o contexto geral que se apresenta para os homens encarcerados é assustador, mas a privação da liberdade para a mulher como se vê, senão estranha, causa espécie e em franca contrariedade à lei.

Oportuna a citação de Maurício Kuehne (2003, p. 17):

A Crise Penitenciária Mundial não poderia deixar de refletir-se no Brasil. A carência estrutural a respeito do Sistema Penitenciário é flagrante. A pena de prisão, segundo vozes as mais autorizadas,

⁸A resolução foi fixada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) atendendo recomendação do Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal da ONU, atento ao teor da Lei 7210/84 – Lei de Execução Penal.

faliu, todavia, continua a ser a resposta penal, reservada que deve ser, agora, à criminalidade violenta.

Essa situação secular acontece também em países desenvolvidos.

É bem verdade que a edição da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) representou uma espécie de “grito de alforria” dos presos, porquanto, a partir de então, a execução da pena deixou de apresentar características essencialmente administrativas, dando ao direito penitenciário uma roupagem autônoma na forma postulada pela Carta Magna. A respeito do que Marques (2002, p. 17) se pronuncia: “há a considerar-se que essa autonomia do direito penitenciário é um dos corolários mais imediatos da regra constitucional do art. 5º (individualização da pena) da Constituição Federal”. Uma das consequências foi a criação do juízo da Vara de Execuções, que passou a fiscalizar e decidir sobre os incidentes no cumprimento da condenação, surgindo uma tutela sob os auspícios da justiça especializada.

Os dogmas seculares que envolvem a justiça criminal passaram a ser rompidos graças, dentre outros, aos movimentos humanísticos deflagrados em defesa do tratamento digno aos presos. Com grande propriedade, o legislador pátrio levou em consideração o tratamento diferenciado que se deve dar às condutas tidas como não tão graves.

Fátima Nancy Andrichi e Sidinei Beneti (1996, p. 86) asseveram:

É mais que certa a impossibilidade de submissão das infrações de menor relevância à sanção tradicional, que, em todo o mundo, as penas com ingente dificuldade conseguem efetivar-se mesmo no tocante às infrações de maior envergadura, ante os inúmeros e conhecidos problemas materiais para o adequado sancionamento.

Liberato Póvoa e José Maria de Melo (1996, p. 24) explicam que “a menor potencialidade ofensiva dos crimes regulados pela Lei 9.099/95 reside no menor impacto social da conduta contrária à lei,

contudo, neste aspecto, a conduta viola o tipo, gerando relevância jurídica e significado social específico, merecedor de uma sanção.”

O alcance das medidas insere o tempo de encarceramento criminal a outros tipos de sistemas prisionais. Noutras palavras, o princípio leva à descaracterização do modelo penitenciário fechado e à eliminação gradual dos processos de prisionalização por um constante avanço de propostas e perspectivas deslegitimadoras e abolicionistas das penas de prisão. (LOPES, 1997, p. 56).

As assertivas acima vêm de encontro, portanto, à expressão da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.090/95), destacando a instituição não mais da obrigatoriedade da ação penal pública, passando a adotar-se, nesses casos, o princípio da oportunidade regrada ou, como retratam alguns autores, o princípio da obrigatoriedade mitigada.

6. O Estado do Tocantins

Localizado no centro geodésico do Brasil, o Estado do Tocantins possui uma área de 278.420 km², com uma população de 1.157.098 habitantes. (IBGE, 2000). Faz divisa com seis estados: Pará, Maranhão, Piauí, Bahia, Mato Grosso e Goiás. Apresenta características climáticas e físicas tanto da Amazônia quanto da região central brasileira e tem apenas duas estações: seca e chuvosa com clima tropical. Desmembrado do Estado de Goiás – este integrante da região Centro-Oeste – passou a compor a região Norte. Sua criação ocorreu em cumprimento ao artigo 13 do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais da Carta Política de 1988.

A capital provisória ficou sediada no município de Miracema do Tocantins até que a definitiva fosse fundada. O lançamento da pedra fundamental aconteceu em 20.5.1989, data em que é comemorado seu aniversário, mas sua instalação só ocorreu definitivamente no dia 1º de janeiro de 1990, com o funcionamento de todos os poderes

constituídos. O nome foi escolhido em homenagem à Comarca de São João da Palma, sede do primeiro movimento separatista da região, fundada em 1809.

Palmas, com 2.474 km² de extensão e altitude de 230m, está localizada à margem direita do Rio Tocantins. Fica distante de Brasília 973 Km, com uma população de 220.888 habitantes. Quando da sua criação o Estado já contava com menos de 50 cidades; atualmente 139 municípios dele fazem parte.

6.1 Desenvolvimento do sistema prisional feminino no Estado

Ainda que não consolidado, o novo estado teve que assumir parte do sistema penal deixado pelo estado “irmão” Goiás. Embora não se tenham informações sobre o período de transição até sua implantação, é certo que as pessoas detidas, já condenadas ou aguardando julgamento, permaneceram, em sua grande maioria, nas tradicionais celas então existentes nas delegacias de polícia remanescentes do Estado de Goiás. No período ainda se falava nos denominados presos correccionais, hoje inexistentes por impedimento legal. Não é menos certo também que as mulheres presas eram mantidas no mesmo prédio, embora em celas separadas, então batizadas como “Celas Especiais”, em face das reminiscências deixadas pela Lei 6.416 de 24.5.1977 que no seu artigo 1º modificou o então Código Penal vigente (art. 29, § 2º), pois ainda não existia a LEP, cuja redação era a seguinte:

Art. 1º O Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 29. (...)

§ 2º As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial ou à sua falta em seção adequada da penitenciária ou prisão comum,

sujeitas a trabalho interno, admitindo o benefício do trabalho externo.⁹

O quadro recebeu modificação lenta por razões naturais de alteração da nova estrutura, circunstância previsível em decorrência do novo Ente estatal. Em algumas cidades, devido ao abandono, a falta de iniciativa de setores competentes na época, além de outros, a partir do início do ano de 1990 com a formação das comarcas do novo estado, algumas Delegacias de Polícia tiveram suas celas interditadas por determinação judicial, resultando situações de liberação de presos condenados por falta de segurança e higiene, além da superlotação. Foi nesse quadro que algumas poucas mulheres também permaneceram mantidas em celas ditas “especiais” no mesmo estabelecimento prisional.

Ainda que se processasse o controle nos registros de ingresso dos homens e mulheres presos, condenados (as), ou ainda não, somente a partir do lançamento do INFOPEN em 16.9.2004 os dados do Sistema Prisional passaram a integrar a rede nacional de uma forma mais ordenada, inclusive com quadros estatísticos e elenco de informações demonstrando o perfil dos (as) detentos (as) em todo o Brasil. A iniciativa da medida partiu do Departamento Penitenciário Nacional, órgão que mantém o gerenciamento atualizado de todos os lançamentos.

A concepção política de abrigar mulheres em estabelecimentos exclusivos demorou a ser posta em prática. Na capital elas ficavam, indistintamente, em uma cela inserida na denominada Casa de Custódia de Palmas, destinada a manter os presos que aguardavam julgamento e também os já condenados. É que todos os presos com prisão preventiva decretada, prisão temporária ou em flagrante são

⁹ BRASIL. Lei 6416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7.12.1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3.10.1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3.10.1941), e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 25.5.1977.

imediatamente encaminhados para recolhimento naquela Casa, porquanto não há estrutura nas delegacias para lá prendê-los por muito tempo. Como as celas femininas estavam superlotadas e não havia outro local para mantê-las na capital, optou-se em levá-las para a pequena cidade de Lajeado, onde se encontra edificada a Usina Hidrelétrica Luiz Eduardo Magalhães, devido a sua proximidade, e poder-se-ia oferecer uma melhor assistência. Passados pouco mais de três anos, elas retornaram para a capital a fim de permanecerem em estabelecimento exclusivo.

Outro local onde se aplicou a mesma regra foi na cidade de Palmeiras do Tocantins. Recentemente as detentas ali enclausuradas foram transferidas para a Cadeia Pública da cidade de Babaçulândia. Os dois municípios também se acham sediados em volta do Rio Tocantins.

Nas demais cidades as mulheres aguardam julgamento recolhidas em celas separadas dos homens, mas no mesmo estabelecimento prisional, seja em cadeias públicas ou em celas das delegacias de polícia.

As duas referências dos estabelecimentos penais citados formaram o ponto de partida para execução do projeto e que resultou, dentre outros, na entrevista em torno de 95% das mulheres detidas, incluindo a situação encontrada nas Cadeias Públicas das cidades de Guaraí e Colinas. Noutras palavras, as detentas foram entrevistadas na cidade de Lajeado, as quais depois retornaram para Palmas, e também aquelas que se encontravam na cidade de Babaçulândia, com recente procedência do município de Palmeiras do Tocantins, além de Guaraí e Colinas.

6.1.1 Cadeia Pública de Lajeado

Distante da capital 52 km, a cidade de Lajeado passou por mudanças, notadamente na área econômica devido à construção da então Usina de Lajeado, tornando-se nacionalmente conhecida.

A cidade foi emancipada em fevereiro de 1991 e desmembrada do município de Tocantínia.¹⁰

Até o último dia em que se visitou a Cadeia Pública de Lajeado, o estabelecimento abrigava exclusivamente mulheres, num total de 30 detentas, embora o prédio não tivesse essa destinação. Na verdade, conforme já dito, as mulheres estavam anteriormente recolhidas em uma cela localizada na Casa Custódia de Palmas, porém, em maio de 2004, todas elas, então num total de 25 em uma única cela, foram transferidas para a Cadeia Pública de Lajeado e ali permaneceram por mais de dois anos, para novamente retornarem à capital em virtude da disponibilização da Unidade de internação de menores em Taquaralto - essa era a destinação e denominação anterior da “Casa de Prisão Provisória Feminina de Palmas”.

7. Um panorama sugestivo da pesquisa

O quadro geral pesquisado enseja alguns desdobramentos, senão vejamos:

As mulheres, em sua maioria, não relacionam suas condutas com a pobreza. Segundo pesquisa realizada por Carlos Henrique Araújo em Brasília em 1996 “a maior parte dos presos opinou contra a afirmação de que pobre tem mais motivos para tornar-se um delinquente do que pessoas mais ricas.”(ARAÚJO, 1998, p. 103). Essa posição de defesa das detentas vai ao encontro do que a maioria informou sobre a falta de comida e de roupa para os filhos, risco de corte de energia, etc. Tudo significa dificuldade financeira, ou melhor, a pobreza.

Em relação às mães, não se pode imaginar os efeitos e as influências dos aspectos da separação mãe-criança (RITA, 2006, p. 150).

¹⁰ Prefeitura – Lajeado - TO. Disponível em: < <http://www.lajeado.to.gov.br/portal1/municipio/historia.asp?ildmun=100117069>>. Acesso em: 9.10.2007.

A quebra dos vínculos de família que as tornam mais vulneráveis diante da perda do papel de mulher, de esposa, de mãe, de filha e de amiga, pode dificultar o processo de reinserção, eis que a vontade ou a satisfação no cumprimento dos papéis sócio-familiares dessas mulheres permanecem latentes. Vanessa Cavalcante acrescenta que “a prisão é nociva para a família (sobretudo quando a ré é a chefe ou cabeça da família); para a própria vítima e, por conseguinte, para o Estado e para a sociedade.” (CAVALCANTE, 2004, p. 188).

O alto índice de condutas relacionadas com drogas, confirma que o mal se espalha assustadoramente e com ele o vício e as oportunidades danosas. Para Araújo “necessidade das drogas é um poderoso instrumento que coloca o viciado em contato direto com a rede estruturada do tráfico de drogas e até mesmo influenciando sua entrada nesta rede.” (ARAÚJO, 1998, p. 105).

A realização das relações sexuais, respondendo a repressão institucionalizada, consiste numa “adaptação-resistência” (VARGAS, 2005, p. 87) de sorte que as eventuais situações ocorrem na possibilidade do desprendimento individual total frente à alternativa da solidariedade entre as internas;

A permanência de assistência religiosa na modalidade que cada uma professe oferece um “discurso-privilegiado” (VARGAS, 2005, p. 87), além de que o conforto da aproximação com Deus contribui na redução do tempo de ócio;

A natureza feminina permanece em constante conflito no cárcere. A falta de oportunidade para externar suas vaidades, o uso do espelho, de pinças, unhas feitas, a maquiagem, etc. levam ao comprometimento da importância de que elas possam dar e demonstrar as suas aparências, evidenciando, senão, um mundo externo mais distante do que parece ser;

Admite-se que, ao se considerar a reduzida quantidade de presidiárias, o quadro poderia ser controlado ou melhorado.

Segundo Vargas (2005, p. 89):

Numa prisão com baixa quantidade de presidiárias, quando comparada com a superlotação de outras penitenciárias, bem como com baixos índices de violência física, sexual e tentativas de fuga é possível, a curto prazo, realizar algumas mudanças em benefício das internas.

A oportunidade do permanente desenvolvimento de atividades também deve constituir uma “bandeira” ou meta a ser inserida nas políticas públicas. Vargas (Id. Ibid.) ainda pondera:

É necessária a implementação de políticas públicas administrativas que sejam mais harmônicas com o contexto prisional feminino com o qual lida, e o cumprimento dos direitos e garantidos pelo estatuto aos presos no Brasil, como o direito ao estudo, ao trabalho, à assistência jurídica, à expressão da sexualidade, que sejam implementados na prática, melhorando as condições de confinamento das presidiárias da PFDF.

Dora Aparecida Martins Morais (2007) disserta sobre as políticas públicas, utilizando o ano de 2001 em sua análise, para enfatizar que uma política pública de execução penal que contemple as especificidades da mulher presa só pode ser efetivada quando da criação de uma Vara das Execuções Criminais para mulheres, sem a qual as questões femininas prisionais perdem-se em sua minoria numérica nos milhares processos de execução.

No universo das atividades, acredita-se que o trabalho fornece o principal instrumento com vistas a viabilizar a recuperação e inserção social das detentas, ou, quando menos, diminuir os traumas proporcionados pelo cárcere.

Dando importância ao trabalho, Reale Junior argumenta:

O trabalho prisional é importante porque mantém a higidez mental, facilita a disciplina, porque permite a remuneração, que se destina inicialmente à reparação do dano e ao sustento da família do preso. Se o trabalho é fundamental para nós, que estamos em liberdade,

que dizer para quem perdeu todos os seus papéis sociais? A primeira pergunta que fazemos para alguém quando o conhecemos é “o que faz?” O que a pessoa faz dá o seu perfil, define-a. As pessoas têm orgulho do que fazem. (REALE JUNIOR, 1994, p. 146).

8. Conclusão

Na pesquisa quantitativa e qualitativa efetuada, os números, embora pequenos, forneceram leitura compatível com a dosagem progressiva do crescimento de um Estado que recebeu forte influência do Estado “irmão”, Goiás, do qual fazia parte, devendo ter em consideração também as raízes dos estados fronteiriços, bem como do chamamento natural ao que se denomina novo “eldorado” e que a mídia noticia proporcionando o rápido aumento da densidade demográfica, a oportunidade de investimentos, etc. Tudo de forma desorganizada e comprometedoras ao desenvolvimento regular e com as consequências socioeconômicas de toda ordem.

O tratamento conferido às mulheres presas no Estado do Tocantins não apresenta novidades e a literatura não registra distorções em relação ao que se constatou, seja por meio dos números ou das manifestações pessoais dos vários entrevistados. Noutras palavras, os resultados conduzem à assertiva de que as ações institucionais deixam de corresponderem ao que se propõem as normas reguladoras da matéria e não guardam identidade com uma política pública de sorte que possa diminuir a dor, o sofrimento e a possibilidade plena da ressocialização dessas mulheres. Tudo isso compromete a dignidade humana, e, portanto, os seus direitos.

Ampliando a visão, e inovando na questão ou mesmo ousando sob aplausos, Estanil Ouro Weber Pieper (1992, p. 265) defende a possibilidade de aplicar-se na execução penal feminina no Estado de Santa Catarina, o tratamento penal sem prisão, salientando que tal medida não visa criar disparidades. O que se quer é a possibilidade

real de recuperar o contingente feminino, dado o pequeno índice de crimes por elas praticados.

Qualquer mudança de caráter legal enseja alteração primeiramente da consciência jurídica na política jurídica. Alf Ross enuncia três postulados atribuídos a respeito em questões legislativas:

1. *“La conciencia jurídica del político jurídico no debe ser considerada como la medida de la “corrección de una norma”;*
2. *La conciencia jurídica que de hecho predomina en los círculos gobernantes no debe formar parte de los impersonales presupuestos de actitud del político jurídico;*
3. *La conciencia jurídica predominante en la comunidad solo puede ser tomada en consideración como un factor espiritual del que depende la viabilidad práctica de una reforma jurídica”* (ROSS, 1963).

Frente a todos os pontos abordados nas suas várias facetas, alguns com mais profundidade, em razão da riqueza bibliográfica, outros em decorrência da própria condução investigativa e das facilidades de amplitude, pode-se ratificar as duas hipóteses do projeto: a primeira de que a maiorias das mulheres presas no Estado do Tocantins foram levadas ao cárcere ou praticaram a ação a partir da sua condição socioeconômica e educativa, envolvendo o relacionamento familiar, este comprometido desde a infância até a fase adulta, como solteira ou casada, mãe ou não: a segunda, de que a natureza feminina requer tratamento diferente do reservado para os homens presos, principalmente quando se refere à feminilidade e ao instinto maternal que também se liga ao sexo. Tais manifestações protraem-se no tempo e no espaço e repercutem na essência do que a presença física da mulher representa na sustentação e condução da família e do lar.

É impossível fugir do fato de que a Lei Penal e a Lei de Execução Penal não atendem satisfatoriamente a execução da pena

nos estabelecimentos prisionais femininos do Estado do Tocantins, com relevância ao regime prisional.

As leis e normas que regem o tema carecem de adequações que possam fornecer instrumentos às autoridades responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena de maneira que a mulher presa receba o tratamento justo desde a instalação do seu processo, passando pela aplicação da pena, sem que se atenha apenas aos princípios que informam a letra fria da lei.

Esclarecedores os ensinamentos de Neuman e Victor (1994, p. 06):

La Ley y la realidad en esta matéria, como en pocas, la teoria suele preceder em años a la práctica. Eso no es muy grave, pues puede derribar tesis doctrinales que el tiempo no verifica. ? Qué sentido tiene plasmar una por entonces magnífica ley penitenciária, como há ocurrido entre nosotros, que se dice complementaria del Código penal, y no poder aplicarla por falta de estabelecimentos que hubiesen permitido, em su momento, personalizar la pena? Las leys, de otro modo, parecen complejos de culpa del legislador y solo sirven para cumplir una función falseante de la realidad carcelaria en congresos, jornadas y colóquios internacionales y en el mismo país.

E mais, para a execução da pena, o rigor da segurança não pode comprometer o item ressocialização. Vargas (2005, p. 88) sustenta que “a segurança abrange uma série da normas disciplinares que traduzem em ociosidade.

Atividades, maiores oportunidades de relacionamentos afetivos, implementação da religiosidade e principalmente de trabalho; tudo isso, além de reduzir o ócio, contribuiria com a ressocialização ou reabilitação das reeducandas. Além do mais, o Sistema Penitenciário gasta muito para manter essas pessoas na ociosidade, e por isso paga novamente a conta quando as recebe pela prática de novos delitos.

Sobre o assunto, referindo-se aos então presos do Carandiru, Drauzio Varella argumenta:

Poderiam, também, aprender um ofício e voltar para casa com alguma expectativa. Soltá-los mais pobres e ignorantes do que quando entraram não ajuda a reabilitá-los (VARELLA, 1999, 141).

Sugestões e críticas não faltam. Rita (2006, p. 152) aponta outras alternativas: revisão dos processos legislativos, desconstituição da idéia do crime como fim em si mesmo, políticas penitenciárias integradas com as diversas políticas públicas, ampliação da participação da sociedade civil (por exemplo, como o controle social pelos Conselhos da comunidade e outros órgãos de execução penal), que podem contribuir para que a problematização e visibilidade dessa realidade e para a mudança do paradigma relativo às ações institucionais do encarceramento feminino.

Enfim, as respostas aos objetivos e as hipóteses da pesquisa não apresentam novidades, entretanto, somam-se às buscas que se encaminham para o desenvolvimento contínuo de ideias, propostas, ações e execuções de medidas com vistas a se afunilarem nas políticas públicas de inclusão por parte do Estado do Tocantins, principalmente levando-se em consideração que o índice de criminalidade ainda não é considerado alto e muito menos em relação às condutas femininas.

Referências

- ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.
- ARAÚJO, Carlos Henrique. **O Perfil do Preso no Distrito Federal**. 1º Encontro Nacional da Execução Penal. George Lopes Leite (org.). Publicação dos Anais. Brasília. Fundação de Apoio a Pesquisa, 1988.
- BARTOLOMEI, Carmensita et. all. **Pesquisa do perfil sócio-demográfico e criminal dos presos no Estado do Paraná sob o ângulo da reincidência**. Curitiba: Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania. Departamento Penitenciário do Estado. 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei 6416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7.12.1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3.689, de 3.10.1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº. 3.688, de 3.10.1941), e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 25.5.1977.
- BRASIL. Lei 7210 de 11.07.1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 13.7.1984.
- BRASIL. Lei 7210 de 11.07.1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 13.7.1984.
- CAVALCANTE, Vanessa Ribeiro Simon. **Vivendo atrás das Grades: mulheres, direitos humanos e políticas públicas**. Salvador-Bahia. Análise & Dados. V.14, nº. 1, jun. 2004.
- CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/mulher2.htm> Acesso em: 13.9.2007.
- CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA MULHER. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm> Acesso em: 13.9.2007.

DOTTI, Ariel René. **Bases Alternativas para o sistema de penas.** 2.ed. São Paulo: RT, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** [Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros] 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

IBGE, 2010. **Censo Demográfico de 2000.** Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes ao Estado do Tocantins fornecidos em meio eletrônico.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada.** 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003.

LEMRUGER, Julita. **Cemitério dos Vivos:** análise sociológica de uma prisão de mulheres. 1976; BASTOS, Maruza. **Cárcere de Mulheres.** 1997.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais,

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas-SP: Millennium, 2002.

MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos dos presidiários e suas violações.** São Paulo. Método, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7210 de 11.07.84.** 6. ed. (Rev. e atual). São Paulo: Atlas, 1996.

MORAIS, Dora Aparecida Martins. **A Mulher no Sistema Carcerário. Juízes para a Democracia.** São Paulo: Associação Juízes para Democracia, ano 5, nº 25, jul./set., 2001. Disponível em < www.ajd.org.br/pub_pdf/democracia25.pdf > Acesso em: 5.9.2007.

NEUMAN, Elias e VICTOR, J. Irurzun. **La sociedad carcelaria: aspectos penológicos e sociológicos.** 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

O'CONNOR, Florizelle. **Os Direitos Humanos e a Administração da Justiça.** Resolução 58/183. Apud: FELIPE, Kenarik Boujikian. Indulto Especial Dia Internacional da Mulher. Expediente do Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres encarceradas” dirigido ao Ministro da Justiça em 10.3.2005. Disponível em: < www.ajd.org.br/

ler_noticia.php?idNoticia=53 > Acesso em: 12.9.2007.

PIEPER, Estanil Ouro Weber. **A Execução Penal em Santa Catarina e o Tratamento Penal Feminino**. Florianópolis, 1992. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertações e Teses. Florianópolis: UFSC, 1992.

Prefeitura Lajeado-TO. Disponível em: <<http://www.lajeado.to.gov.br/portall/municipio/historia.asp?idmun=100117069>>. Acesso em: 9.10.2007.

PÓVOA, Liberato e MELO, José Maria de. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 1996.

REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal aplicado**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário. O primeiro censo penitenciário brasileiro de jan. 1992 a abril 1993. Nº 1, VOL. 2. Brasília, jul/dez. 1993. (Coord. Jussara Isaac Ribeiro). RITA, Rosângela Peixoto Santa. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Política Social. Curso de Pós-graduação. Universidade de Brasília, 2006.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VARGAS, Laura Jimena Ordóñez. **Sobreviver numa Penitenciária de Mulheres: quando adaptar-se é resistir**. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Curso de Pós-graduação em Antropologia Social. Universidade de Brasília, 2005.

A ocupação urbana irregular em Palmas

Angelita Messias Ramos¹

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a ocupação irregular em Palmas, considerada a partir da análise de procedimentos instaurados pela Promotoria de Meio Ambiente de Palmas, entre os anos de 2008 a 2011. A documentação analisada possibilitou identificar que os problemas decorrentes da instalação de alguns loteamentos irregulares decorrem, em parte, pela especulação imobiliária observada na cidade, aliada a uma fiscalização inadequada e ineficiente. O trabalho ainda apresenta algumas considerações quanto aos instrumentos de regularização fundiária e sugestões aos entes públicos diretamente envolvidos com as questões urbanísticas municipais.

¹ Assessora Jurídica da 10ª Procuradoria de Justiça. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva.

1. Introdução

No processo de urbanização, ocorre a substituição do ecossistema natural por outro completamente diverso, que o homem organiza conforme suas necessidades de sobrevivência e segundo o poder que exerce sobre esse espaço.

É sabido que o uso intensivo do solo, aliado à falta de planejamento das atividades urbanas, tem gerado disfunções espaciais e ambientais que vem repercutindo na qualidade de vida do homem, atingindo de um modo mais complexo e intenso a população menos afortunada financeiramente, que muitas vezes, sem conseguir acesso à moradia, concentra-se em áreas irregulares, inadequadas à habitação.

Os loteamentos irregulares e clandestinos têm sido verificados em diversas localidades do Brasil e têm trazido inúmeros problemas aos gestores públicos e à população menos esclarecida, muitas vezes vítimas da ação inescrupulosa de estelionatários que vendem imóveis inadequados e sem condições para enfrentar os trâmites legais da regularização fundiária.

Os impactos ambientais decorrentes da ocupação de áreas urbanas inadequadas estão relacionados a diversos fatores, dos quais se destaca o pouco conhecimento do ambiente, das dimensões físicas, político-sociais, socioculturais e espaciais de cada lugar.

Sendo retratado como um fenômeno social generalizado, vivenciado por diversas cidades brasileiras desde 1937, fato que inclusive motivou a edição de uma legislação que, a essa época, já tentava disciplinar e regulamentar a criação de loteamentos e as vendas de terrenos em prestações, a irregularidade urbana é um dos problemas mais graves a serem enfrentados por administradores e administrados (RESCHKE *et al.*, 2002, p. 9).

Por ser uma cidade planejada, Palmas deveria estar livre de problemas relacionados ao crescimento urbano desordenado, mas nem o planejamento, nem a pouca idade, livrou a mais nova capital do

país das dificuldades decorrentes de uma ocupação urbana irregular, pontuada pelo surgimento de loteamentos ilegais e clandestinos, instalados graças à ocupação urbana irregular na cidade, sendo esta a síntese do presente trabalho.

2. Os instrumentos de regularização fundiária

Os instrumentos de regularização fundiária como meio de prevenir e resolver os aspectos sociais que envolvem a propriedade informal utilizam como fundamento o inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que prevê que “a propriedade atenderá a sua função social”, fato que destaca e justifica o interesse público na regularização fundiária das propriedades informais.

Denomina-se regularização fundiária o processo de verificação da situação da propriedade e posse de áreas urbanas ou rurais, públicas ou privadas, que se formaram em desacordo com as normas legais que regulam a matéria. Pressupõe, portanto, uma utilização do território em condições que trazem dúvidas sobre os direitos de propriedade e posse do local (RESCHKE *et al.*, 2002, p.1).

Os assentamentos informais — e a conseqüente falta de segurança da posse, vulnerabilidade política e baixa qualidade de vida para os ocupantes — resultam do padrão excludente dos processos de desenvolvimento, planejamento, legislação e gestão das áreas urbanas. Mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não têm oferecido condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os pobres, provocando assim a ocupação irregular e inadequada (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 12).

Outra conseqüência da falta de alternativa habitacional para os mais pobres, particularmente nas duas últimas décadas, é a ocupação irregular e inadequada do meio ambiente. Cada vez

mais, os loteamentos irregulares, as ocupações informais e as favelas têm se assentado justamente nas áreas ambientais mais frágeis, nominalmente protegidas por lei através de fortes restrições de uso, e que, por isso, são desprezadas pelo mercado imobiliário formal (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 12).

No Brasil, o processo de urbanização e produção de novas áreas urbanas nos municípios se realiza através do parcelamento do solo, feito sob a forma de loteamento, regular ou irregular (incluídos os clandestinos). Para propiciar a sustentação das atividades que serão desempenhadas nestas novas áreas urbanas, a expansão dos seus limites geográficos deve ser organizada. A organização espacial desse novo tecido deve permitir o pleno desenvolvimento da população ali residente e integrar-se adequadamente à estrutura já existente, de acordo com regras e normas de cunho técnico e jurídico (ABIKO e BARREIROS, 1998, p. 16).

Segundo a Lei Federal nº 6766/99, duas são as formas de realizar o parcelamento do solo: a primeira, por meio do loteamento, que é “a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”. A segunda, por meio do desmembramento, que é “a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

Quando considerados ilegais, os loteamentos se classificam em loteamentos irregulares, que são aqueles que, embora tenham projeto apresentado na Prefeitura, este não foi aprovado, ou aquele cujo projeto foi aprovado, mas foi executado em desconformidade e os loteamentos clandestinos, que são aqueles em que não há projeto apresentado ou aprovado na Prefeitura.

Não é fácil trabalhar a irregularidade fundiária. Cada ocupação consolida-se de uma forma e, por isso, possui

características próprias. Em cada caso é necessário verificar sua origem (assentamento autoproduzido, invasão, loteamento irregular ou clandestino, etc.) e quais desdobramentos urbanísticos e jurídicos ocorreram durante e após sua formatação (RESCHKE *et al.*, 2002, p. 2).

A esfera urbanística trabalha as etapas que precedem a regularização jurídica e registros da gleba. O objetivo dessa etapa é a formatação de um programa de urbanização que prevê a aprovação de projetos nos órgãos públicos, implementação de infraestrutura e prestação de serviços públicos. Tudo começa com a realização de um levantamento topográfico-cadastral da área, demonstrando como se deu o parcelamento do solo. Em seguida, é necessário elaborar um estudo de viabilidade urbanística ou projeto urbanístico baseado nesse levantamento, redefinindo os usos e padrões de ocupação previstos na legislação e adequando-os à realidade atual. É nessa etapa que se encontram as maiores dificuldades do trabalho de regularização fundiária. Neste momento é que aparecem os condicionantes urbanísticos e ambientais não respeitados pela ocupação (RESCHKE *et al.*, 2002, p. 2).

Estando a ocupação devidamente inserida na cidade formal em decorrência da aprovação do estudo de viabilidade urbanística ou do projeto urbanístico e sua decorrente implantação, necessário adequar o título de propriedade à realidade fática, dando início à política de legalização das áreas e dos lotes ocupados, gerando segurança jurídica aos moradores. De acordo com o tipo de propriedade (pública ou privada) e a forma de ocupação do solo (assentamento autoproduzido, invasão, loteamentos irregulares ou clandestinos), é possível utilizar institutos como concessão especial para fins de moradia, usucapião individual ou coletivo e ação de registro para transferir a titularidade do imóvel a quem é de direito (RESCHKE *et al.*, 2002, p. 3).

São muitas as formas de irregularidade: favelas, ocupações, loteamentos clandestinos ou irregulares e cortiços, que se configuram

de maneiras distintas no país. Até mesmo loteamentos e conjuntos promovidos pelo Estado fazem parte desse vasto universo de irregularidade. As especificidades se referem às formas de aquisição da posse ou da propriedade e aos distintos processos de consolidação dos assentamentos, frequentemente espontâneos e informais, já que não foram fruto de uma intervenção planejada pelo Estado nem foram formalmente propostos por empreendedores privados no interior do marco jurídico e urbanístico vigente (ALFONSIN *et al*, 2002, 14).

Essas ocupações irregulares podem ocorrer em:

- a) Áreas loteadas e ainda não ocupadas. Muitas vezes se desconhece o traçado oficial do loteamento, ocupando-se áreas destinadas para ruas, áreas verdes e equipamentos comunitários. Também é comum as casas serem construídas em desconformidade com a divisão dos lotes;
- b) Áreas alagadas. Muitas cidades no Brasil foram tomadas às águas. É comum o aterramento de grandes áreas de manguezal ou charco. Geralmente essas áreas são terrenos de marinha ou acrescidos de marinha (terrenos da União, em faixas litorâneas), aforados ou não a particulares;
- c) Áreas de preservação ambiental. As áreas mais atingidas são as áreas de mananciais e as margens de rios e canais, mas existem inúmeras ocupações em serras, restingas, dunas e mangues;
- d) Áreas de risco. A baixa oferta de lotes e casas para os pobres faz com que ocorram ocupações em terrenos de altas declividades, sob redes de alta tensão, ou nas faixas de domínio de rodovias, gasodutos e troncos de distribuição de água ou coleta de esgotos (ALFONSIN *et al*, 2002, 14).

Os habitantes irregulares, por sua vez, dividem-se em dois segmentos básicos: um é constituído pelos núcleos e vilas irregulares e outro pelos loteamentos irregulares e clandestinos. Para um melhor esclarecimento, veja-se a caracterização dos dois segmentos irregulares:

a) Núcleos e vilas irregulares: são formados por moradores em áreas pública ou privada com os problemas de irregularidade fundiária e com um grau variável de deficiência de infraestrutura urbana e de serviços. Os núcleos e vilas irregulares são aqueles cujos habitantes não são proprietários da terra e não têm nenhum contrato legal que lhes assegure a permanência no local. São, na sua maioria, formados através de ocupações (invasões);

b) Loteamentos: são uma das formas de parcelamento do solo urbano, com desmembramento da área em lotes e abertura de novas vias de circulação. Pela Lei Federal nº 6766/79, o loteador é obrigado a elaborar projeto de loteamento, aprová-lo perante os órgãos municipais e depois registrá-lo no cartório imobiliário, além de ser obrigado a realizar as obras de infraestrutura. Somente após o cumprimento destas etapas é possível iniciar a comercialização dos lotes. A Lei Federal nº 6766/79 define lote como terreno servido de infraestrutura básica, cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor. Infraestrutura básica, por sua vez, são os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação (RESCHKE *et al.*, 2002, p. 3-4).

Os assentamentos precários são também objeto de investimentos pela gestão pública cotidiana: ela incorpora lentamente essas áreas à cidade, regularizando, urbanizando, dotando de infraestrutura, mas nunca eliminando a precariedade e as marcas da diferença em relação às áreas que já nascem regularizadas. Essa dinâmica tem alta rentabilidade política, pois dessa forma o poder público estabelece uma base política popular, de natureza quase sempre clientelista, uma vez que os investimentos são levados às comunidades como “favores” do poder público. As comunidades são, assim, convertidas em refêns, eternamente devedoras de quem as “protegeu” ou “olhou para elas”. Essa tem sido uma das grandes moedas de troca nas contabilidades eleitorais, fonte da sustentação

popular de inúmeros governos. Se os investimentos em urbanização nos assentamentos têm alto interesse político, os processos de titulação podem ter um efeito ainda mais intenso, já que se trata de uma formalização da segurança (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 19).

Os programas de regularização têm uma natureza essencialmente curativa e não podem ser dissociados de um conjunto mais amplo de políticas públicas, diretrizes de planejamento e estratégias de gestão urbana, destinadas a reverter o atual padrão excludente de crescimento urbano (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 21).

No que toca à dimensão da legalização fundiária, a regularização deve ter por objetivo não apenas o reconhecimento da segurança individual da posse para os ocupantes, mas principalmente o objetivo da integração socioespacial dos assentamentos informais (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 22).

No que diz respeito aos instrumentos jurídicos a serem utilizados, deve ser considerado um leque amplo de opções jurídico-políticas, além dos direitos individuais de propriedade plena. A materialização do direito social de moradia não implica necessariamente o reconhecimento de direitos individuais de propriedade plena, sobretudo nos assentamentos em áreas públicas (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 23).

Para produzirem impacto efetivo sobre a pobreza social, os programas de regularização precisam ser formulados em sintonia com outras estratégias socioeconômicas e político-institucionais, sobretudo através da criação de oportunidades de emprego e fontes de renda. Devem ser combinados e apoiados por um conjunto de processos e mecanismos de várias ordens: financeira, institucional, planejamento urbano, políticas de gênero, administração e gestão fundiária, sistemas de informação e processos de mobilização social. De fundamental importância é promover o reconhecimento dos assentamentos informais pelo sistema geral de planejamento. Além disso, é preciso promover a revisão das regulações urbanísticas e dos parâmetros construtivos, bem como, no contexto mais amplo do sistema de planejamento urbano, a exploração dos chamados “ganhos

do planejamento”, como a transferência e outorga onerosa do direito de construir (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 24).

Outra dimensão fundamental é a da administração e gestão fundiárias, requerendo sistemas cadastrais acessíveis, a remoção dos obstáculos cartorários, a identificação da propriedade e a avaliação fundiária regular. Há controvérsias quanto às estratégias que propõem a criação de bancos de terras e quanto àquelas baseadas exclusivamente na desapropriação e aquisição de terras. Programas de regularização devem ser acompanhados por sistemas de informação, seja para produzi-las (identificar regimes de posse, análise e revisão de políticas etc.), seja para provê-las (planejamento baseado em informação, descentralização do planejamento e da gestão, criação de centros abertos de recursos etc.) (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 25).

Os processos de regularização sempre requerem plantas cadastrais, e, portanto, o mapeamento das áreas para a construção de cadastros municipais é uma etapa necessária tanto para montar um programa de regularização como para conduzir os processos. Isso pode ser feito de diversas maneiras, desde as mais simples, como visitas de campo auxiliadas ou não por um topógrafo (profissional especializado em levantamentos planialtimétricos), até as mais sofisticadas, usando tecnologias como a aerofotogrametria e o geoprocessamento. Existem métodos baratos, rápidos e fáceis, porém nenhum deles tem essas três características ao mesmo tempo. As opções podem ser totalmente diferentes, dependendo da disponibilidade de recursos, do grau de tecnologia já existente na Prefeitura, da existência ou das oportunidades de realização de voos de aerofotogrametria e do grau de mobilização e participação dos próprios interessados na regularização. Às vezes, imagens produzidas em voos de helicóptero podem ser comparadas com um mapa mais antigo e com vistorias em campo, produzindo uma primeira base de trabalho. Qualquer que seja a opção é importante usar um método que comece com desenhos mais simples para depois complementar as informações (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 29).

Após identificar as áreas irregulares, é preciso decidir quais delas devem ser regularizadas, a partir de critérios bem definidos e previamente estabelecidos. Por exemplo, em um município com vocação econômica para o turismo, no qual existem ocupações irregulares em áreas de proteção ambiental e outras áreas disponíveis para o reassentamento da população, é possível adotar o critério de não regularizar as ocupações a fim de proteger e preservar a área. Deve-se levar em conta, por um lado, os recursos disponíveis e, por outro, os prejuízos que a cidade terá se não promover a regularização: danos ao meio ambiente, ameaças à qualidade de vida da população do assentamento, dificuldades no controle das enchentes, assoreamento, desabamento de encostas etc. (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 31).

No tocante à regularização jurídica, o primeiro passo é o levantamento da situação fundiária do terreno a ser regularizado. Devem ser apuradas informações sobre o tempo que a família está no lote ou unidade habitacional, se o ocupou de forma originária ou se comprou de morador anterior, se o terreno é usado para fim habitacional ou misto. Depois disso, é preciso fazer um levantamento de todas as famílias que moram no local a ser regularizado. Como frequentemente os assentamentos possuem áreas em situação de risco ou apresentam densidades muito altas, impedindo, por exemplo, que sejam abertas ruas e vielas, muitas vezes, é necessário reduzir o número de moradores, removendo algumas famílias ou construções para áreas próximas e adequadas à ocupação. A regularização jurídica deve começar após a definição sobre quem permanecerá na área. Em seguida, é preciso elaborar um cadastro consistente daqueles que permanecerão no local, que pode ser desenvolvido por assistentes sociais. O cadastro deve possuir dados sobre os moradores, identificando a pessoa que chefia cada família. Outras informações a serem colhidas são: nome, filiação, ocupação, situação de emprego, renda familiar, número de filhos menores, número de filhos em idade escolar. Esses dados serão importantes para subsidiar a escolha do instrumento de regularização a ser usado na área. O cadastramento

pode ser feito ao mesmo tempo que o levantamento topográfico planialtimétrico, pois isso reduzirá os custos (ALFONSIN *et al.*, 2002, p. 32-33).

3. A ocupação urbana irregular em Palmas

O cenário nacional contemporâneo mostra-se repleto de inúmeras transformações de ordem econômica, política, social e cultural que, por sua vez, se adaptam aos novos modelos de relações entre as instituições, mercados, organizações, governos e sociedade e a aproximação dos interesses das organizações, dos governos e sociedade resultam em esforços múltiplos para o cerceamento e punição dos responsáveis pela implantação e criação dos loteamentos considerados irregulares.

Um amplo debate sobre o tema mostra que devem ser consideradas algumas definições sobre a função social da propriedade, que se configura como expressão de conteúdo indeterminado e plurissignificativo, visto que passível de diversas valorações em relação a idênticos fatos sociais, dependendo de quem está interpretando, uma vez que no Brasil de hoje, estima-se que 35% da população urbana resida em locais inadequados, existindo uma carência de mais de 2,5 milhões de domicílios (CARVALHO FILHO, 2009, p. 273).

Pela ótica tradicionalista, o conceito de propriedade é estabelecido como sendo o direito que tem uma pessoa de tirar diretamente da coisa toda sua utilidade jurídica (FULGÊNCIO, 1959, p. 07).

Sob a análise conjunta de alguns critérios, a conceituação da propriedade, sinteticamente, é definida como *Windscheid*, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito

complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei (GOMES, 2005, p. 109).

Observa-se, nestas definições, a concentração do conceito de propriedade nos direitos inerentes ao proprietário. Resumidamente, o traço comum de todas as definições referidas é o fato de se encarar a propriedade como puro direito subjetivo, ou seja, um interesse juridicamente protegido, que confere uma gama de poderes ao seu titular e correlatos deveres, a serem prestados ou observados por terceiros não-proprietários. Não se cogita de deveres do proprietário em relação a terceiros, mas sim de limites impostos pela lei, como algo externo e estranho ao direito de propriedade (LOUREIRO, 2003, p. 41).

Uma boa compreensão do tema demanda que sejam ressaltadas algumas anomalias decorrentes das ocupações de terrenos pertencentes à Municipalidade em virtude de contratos irregulares de compra e venda ou simplesmente por concessão de alvarás para construção, sem que se procedesse à observância dos requisitos legais. Também se infere a constituição de loteamentos irregulares, criados sem que sejam atendidos os requisitos previstos na Lei Federal nº 6766/1973, nos quais se verificam a venda de lotes a diversas pessoas e a existência de matrículas imobiliárias que têm por objeto uma fração ideal dentro de um todo maior, em face do não cancelamento da matrícula originária e da abertura de novas matrículas.

Os impactos ambientais decorrentes da ocupação das áreas urbanas estão relacionados ao pouco conhecimento do ambiente, das dimensões físicas, político-sociais, socioculturais e espaciais. No entanto, o urbanismo é visto pela sociedade como uma transformação. Portanto, a deterioração do ambiente causada por essas aglomerações urbanas vem das alterações provocadas por uma sociedade estruturada em classes sociais (GUERRA e CUNHA, 2006, p. 19).

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades econômicas que afetem a saúde, a segurança, bem estar da população e o meio ambiente, conforme a Resolução 001, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de 23 de janeiro de 1986, que dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é considerado um impacto ambiental.

Áreas sem planejamento se ampliam, construções envelhecem e os problemas de urbanismo se multiplicam. O crescimento das cidades e metrópoles brasileiras vem aumentando os assentamentos inadequados e ilegais, frequentemente ocupados pela população de baixa renda, ou seja, fruto da grande desigualdade social no país, constituindo, assim, uma variável determinante da configuração espacial do processo de urbanização brasileira (MOTTA, 2002, p. 56).

Esses assentamentos irregulares e ilegais, além de se caracterizarem por precárias condições de vida, também contribuem sobremaneira para o agravamento do problema ambiental das cidades, visto que, com isso, as poucas áreas de preservação permanente terminam por serem ocupadas (FERREIRA *et. al.*, 2004, p. 89).

Os impactos ambientais decorrentes dessas ocupações se tornam evidentes, considerando-se que durante o processo de urbanização ocorre a substituição do ecossistema natural por outro totalmente desfavorável, que o homem estabelece conforme suas necessidades e poder, onde o uso excessivo do solo, sem planejamento, causa problemas ambientais, atingindo, de modo diferenciado, a população de baixa renda, que, sem acesso à moradia, passa a ocupar áreas inadequadas, como por exemplo, as chamadas Áreas de Preservação Permanente – APP. Essas áreas ocupadas irregularmente são denominadas popularmente de “invasões”, mas estão associadas à falta de legislação e à aprovação indevida de loteamentos (BARROS *et al.*, 2003, p. 97).

Em Palmas, a mais nova capital planejada do país, a situação não se difere muito de outras cidades nacionais. A expansão urbana, muitas vezes, decorre da inserção de espaços rurais ao tecido urbano. O crescente aumento dos loteamentos urbanos irregulares é espantoso. Uma capital com grandes vazios urbanos, baixa densidade populacional e uma especulação imobiliária assombrosa, justifica o aumento dos problemas urbanos relacionados à proliferação desses loteamentos irregulares.

Observando-se a comercialização e a ocupação dos espaços urbanos, deve-se lembrar a atuação do mercado imobiliário, onde os lotes são direcionados a padrões específicos, através de diretrizes de crescimento urbano e interesses comerciais, segundo o poder aquisitivo e suas necessidades (LIMA, 2004, p. 59).

Em relação a Palmas, cabe destacar que os primeiros gestores da cidade e do estado foram os grandes incentivadores das invasões, concretizadas em bairros afastados da região central e que atualmente concentram metade da população do município. No primeiro plano, as primeiras quadras abertas não obedeceram à estratégia da equipe técnica, sendo as primeiras abertas na ARSE 51 e 72, justamente na área da segunda etapa de implantação da cidade. Esta urbanização desnorteou os rumos do plano como estratégia de ordenamento, e gerou uma nova realidade, que se por um lado descaracterizou-o, por outro, criou uma relação de pertencimento e de identidade, que só os novos processos e os atores sociais puderam proporcionar, contribuindo para a consolidação de uma sociedade diversificada e que molda os espaços da cidade (COCOZZA, 2007, p. 113-114).

Cada gestão aplicou e interpretou o plano, desfigurando a ideia inicial, deixando a sua marca na forma de ocupar o território ainda desabitado. Essas feridas são reveladas atualmente pelo esforço dos atuais gestores na tentativa de minimizar e solucionar os problemas causados pela sua apropriação indevida (COCOZZA, 2007, p. 114).

O crescimento da cidade desvirtuou-se do projeto original, agregando em seu desenho bairros afastados do centro, e uma grande quantidade de vazios gerados pelo seu espalhamento. Isso tornou Palmas uma cidade com altos custos de manutenção, tendo que construir uma grande infraestrutura viária, de saneamento e de transporte para uma população pequena e não concentrada (COCOZZA, 2007, p. 114-115).

Quando foram abertas todas as quadras na área do plano, calculava-se que poderiam viver ali com todo conforto e estrutura, cerca de um milhão e duzentos habitantes. Na parte sul e norte já estavam previstas áreas de expansão, que poderiam depois de desenvolvida a área do plano, ser novas opções de ocupação para abrigar novos moradores. A ação do governo fez com que a expectativa de formação da cidade, por etapas e cadenciada, onde a infraestrutura seria construída à medida que a malha fosse se expandindo, foi substituída por uma ocupação espalhada. O que deveria acontecer em 20 anos demorou 10 e até hoje se paga por esta ação dos gestores. Segundo dados da Prefeitura de Palmas, o item “urbanismo” é responsável por 40% dos gastos anuais do orçamento municipal, incluindo as altas taxas de manutenção dos espaços verdes (COCOZZA, 2007, p. 115).

Taquaralto foi o início da ocupação fora dos perímetros da cidade planejada. Atualmente, é a principal cidade satélite, uma alusão às de Brasília, com uma infraestrutura urbana constituída, se consolidando como ponto de desenvolvimento industrial (COCOZZA, 2007, p. 132).

Próximo a Taquaralto, os Jardins Aurenys, nome “carinhosamente” doado pelo então governador Siqueira Campos para homenagear a sua esposa, constituem o início do maior impacto ambiental e urbanístico causado ao plano de Palmas. O novo distrito ao sul ocupou uma área próxima a um fundo de vale, desprovida de infraestrutura, e abrigoando a população mais carente. O amparo do Estado veio através de um lote, um pedaço de terra, uma parcela de

sonho onde a infraestrutura mínima de habitabilidade não se fazia presente. Tal ocupação teve início em 1990, quando a cidade poderia abrigar todos esses moradores de forma humana e com qualidade, nas inúmeras quadras a serem abertas pelas empreiteiras que rasgavam o cerrado (COCOZZA, 2007, p. 133).

A análise documental do acervo de procedimentos instaurados pela 25ª Promotoria de Meio Ambiente da Capital (25ªPJC), entre os anos de 2008 a 2011, permite traçar um levantamento sobre os loteamentos irregulares até então identificados em Palmas.

Um dos primeiros loteamentos irregulares da capital tocantinense, o Loteamento Setor Santo Amaro, localizado na região norte da cidade, originou-se no início do ano de 2000, em decorrência do microparcelamento irregular de chácaras, nas quais os responsáveis pelas mesmas possuíam apenas Licença de Operação (LO) concedida pelo Governo do Estado do Tocantins, com o intuito do fortalecimento das atividades agrícolas pelos seus, então, ocupantes. Tal ocupação irregular deveu-se pela proximidade com o plano urbanístico de Palmas, bem como pelo baixo custo dos lotes que, na época, eram fornecidos (doados) pelo governo local.

Atualmente, o loteamento Santo Amaro possui aproximadamente 300 (trezentas) edificações, em sua maioria, de uso residencial, apesar de não possuir infraestrutura, contando apenas com sistema de abastecimento de água e rede de energia com iluminação pública.

Esse loteamento possui uma área de intervenção abrangente, constituída pelas ocupações irregulares dos loteamentos Fumaça, Shalom, Água Fria, Santo Amaro e APMs (Áreas Públicas Municipais) irregularmente ocupadas, compreendendo áreas entre as Quadras ARNOs 41, 42, 43, 44, 61, 71, 72, 73, APP do Córrego Cachimbo, Shalom, Água Fria e Fumaça.

Outro exemplo de loteamento irregular é o loteamento Taquaruçuzinho, distante cerca de 30 km de Palmas, instalado no Distrito de Taquaruçu, próximo à Área de Preservação Ambiental

(APA) do Córrego Taquaruçuzinho, na parte oeste do perímetro urbano do distrito.

Este loteamento, apesar de se localizar em uma área de forte apelo turístico, vive todos os problemas sociais referentes à moradia, possuindo famílias em risco social. Sendo um outro exemplo de loteamento irregular na cidade, conta com mais de 380 domicílios e 467 famílias de baixa renda instaladas e residindo no distrito, sem possuírem casa própria, vivendo em habitações insalubres, barracos e habitações precárias.

Em ações fiscalizatórias diversas, o poder público municipal constatou outros loteamentos clandestinos, instalados tanto na área norte, quanto na área sul da capital. Esses loteamentos são recentes e menores que os do Santo Amaro e Taquaruçu, contando com um número pequeno de residências (não mais que cinquenta residências construídas ou ainda em construção).

Devido à recente identificação desses loteamentos, os entes públicos municipais emitiram embargos administrativos para a interrupção das construções e também notificações para que os responsáveis pelos mesmos deem início aos procedimentos para a regularização do empreendimento.

As autuações administrativas, encaminhadas ao Ministério Público Estadual, motivaram pedidos de aberturas de inquéritos policiais para apuração do ilícito penal relativo a cada loteamento constatado, sendo que a documentação proveniente dos órgãos públicos municipais até o ano de 2011 constatou a existência da implantação dos seguintes loteamentos advindos do parcelamento ilegal do solo na região norte de Palmas:

1. Loteamento da Chácara nº 06, (Chácara Las Vegas), na Cabeceira do Córrego Cachimbo;
2. Chácara Brilho Celeste;
3. Chácara Santa Isabel (Gleba Jaú, 6ª etapa, Vila União);
4. Chácara Represa nº 51;
5. Chácara Palmas nº 04, nas proximidades do Setor Santo Amaro;

6. Chácara Resplandecer do Sol, próximo ao Córrego Cachimbo (Loteamento Betel);
7. Chácara Brilho Celeste (Gleba Jaú, 6 etapa, Vila União);
8. Chácara Santo Antônio, próximo ao Córrego Cachimbo (Loteamento Betel);
9. Loteamento Bom Jesus ou Betel;
10. Loteamento nas proximidades do Jardim Santa Helena e no Jardim Santa Bárbara;
11. Chácara Água Fria nº 41 (Chácara da Maíra);
12. Chácara Olhos D'água, setor Lago Norte.

A mesma documentação dos órgãos públicos municipais constatou ainda a existência dos seguintes loteamentos instalados na área sul de Palmas:

1. Loteamento Morada do Sol e sua área de entorno (Áreas Verdes 109 e 112);
2. Loteamento dos Lotes 106, 107 e 108 da Gleba Tiúba (Sítios Ecológicos Belo Horizonte e Vista Alegre);
3. Loteamento Santa Fé (Parte do Lote 41), região de Taquaruçu;
4. Loteamento Setor Irmã Dulce;
5. Loteamento Área Verde do Setor Sol Nascente;
6. Loteamento nas proximidades do Clube ASSEMP.

E na área Leste de Palmas, estão instalados os loteamentos a seguir:

1. Loteamento Áreas Verdes, Chácaras 48 e 49;
2. Loteamento Marmelada, Km 10 da Rodovia TO-020;
3. Loteamento da Chácara 25, Km 02 da Rodovia TO-050.

Apesar de sua recente história, a capital tocantinense já conta com um considerável número de ocupações irregulares e sofre com todas as repercussões ambientais de tais ocupações.

A exclusão social é um dos principais marcos do processo de urbanização das cidades que possui uma visão econômica capitalista, pois acaba empurrando os mais pobres para áreas de menor valor econômico, ou seja, essas áreas são denominadas áreas de riscos, sem serviços e infraestrutura adequada. Entretanto,

acaba acarretando que essas pessoas ocupam áreas livres. Áreas que deveriam ser destinadas à proteção ambiental, que vem a ser áreas de preservação permanente, áreas públicas municipais que são compostas pelos parques, jardins, escolas e outras, áreas reservadas para o escoamento natural das águas pluviais e muitas vezes com grande risco à saúde e o bem estar, acarretando, assim, um maior problema na parte sócio-ambiental das cidades (FERREIRA *et al.*, 2004, p. 48).

É importante destacar também que em toda essa urbanização, o sistema de drenagem se torna um dos mais sensíveis problemas do processo de urbanização, tanto na parte de esgotamento das águas pluviais quanto em razão da interferência com os demais sistemas de infraestruturas, além de que, com a retenção da água na superfície do solo, surgem diversos problemas que afetam diretamente a saúde e a qualidade de vida da população (FUNASA, 2004, p. 290).

Ademais, no tocante ao parcelamento do solo urbano, cabe ressaltar que este é regulado pela Lei Federal nº 6766/79, que tipificou em seus artigos 50 a 52, o parcelamento ilegal do solo como um delito contra a administração pública.

A questão também é tratada pela Resolução CONAMA nº 001/86, alterada pelas Resoluções 011/86 e 237/97, que exigem expressamente o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para projetos urbanísticos acima de 100 ha, em áreas de importância do ponto de vista ambiental e menores que 100 ha, deixando a critério do órgão competente a exigência de outra modalidade de estudo de impacto ambiental.

A avaliação da qualidade do meio ambiente, com ênfase nos ecossistemas direta ou indiretamente relacionados com os recursos naturais atingidos pelas ocupações irregulares, deve ser realizada visando à propositura de medidas mitigadoras e de ações de conservação ambiental para as áreas ambientalmente atingidas, considerando o equilíbrio ambiental como premissa básica para o desenvolvimento das políticas públicas urbanísticas e sociais dos municípios.

4. Conclusão

A questão dos loteamentos irregulares tem se mostrado um grave problema a ser enfrentado por administradores e administrados porquanto é um fenômeno social que tem se mostrado generalizado por todo o país e, sendo um fenômeno social, a regularização fundiária demanda um trabalho multidisciplinar a ser realizado por profissionais com conhecimentos em diversos ramos do campo científico, num processo oneroso tanto aos cofres públicos, quanto aos loteadores e demais entes envolvidos.

O processo de segregação socioespacial na capital tocantinense iniciou-se à época da construção da cidade, tendo sido promovido pelo poder público estadual e perdurando após a promulgação do Estatuto da Cidade, no ano de 2001, ou do Plano Diretor Participativo, promulgado no ano de 2007, após ter sido amplamente debatido pela população e poder público municipal.

A falta de uma política habitacional estabelecida a partir das necessidades locais identificadas pelo poder público considerando a iniciativa privada e os municípios, também fomentou, como de fato ainda fomenta, os loteamentos clandestinos criados a partir da utilização de áreas inadequadas à instalação da população.

A falta de punição aos responsáveis pelos loteamentos irregulares mais antigos da cidade, aliada à falta de políticas públicas e educacionais referentes aos problemas socioambientais advindos da instalação dessas ocupações irregulares, também servem como justificativa para a perpetuidade desse tipo de ocorrência.

A observação visual feita *in loco* em alguns dos loteamentos irregulares instalados na Capital permite concluir que é grande a desigualdade social na cidade, posto que nesses locais, faltam o saneamento básico, a drenagem das águas pluviais, a pavimentação asfáltica, entre outros equipamentos urbanos, destacando-se o fato de que estes problemas também podem ser observados em outras áreas da cidade localizadas dentro do perímetro urbano, não sendo este um problema presente apenas nos setores irregulares.

Cumprir destacar também que as ocupações irregulares não ocorrem apenas nas áreas de invasões, mas podem estar associadas às possíveis aprovações indevidas de loteamentos, à falta de legislação ou ao descumprimento da mesma, sendo que uma breve reflexão ao longo da história de Palmas permite constatar que o próprio poder público patrocinou algumas invasões, com o objetivo de manter a população de baixa renda às margens do perímetro urbano da capital planejada.

O aumento desses loteamentos irregulares também pode ser atribuído à ineficiência do poder público, que muitas vezes não possui o efetivo necessário para uma fiscalização eficiente, integrada entre os diversos órgãos municipais responsáveis pela identificação e fiscalização das ocupações, de modo que sejam evitados transtornos relacionados à regularização fundiária.

Nos casos em que os loteamentos irregulares abrangem as Áreas de Preservação Permanente (APPs) e Áreas de Proteção Ambiental (APAs), verifica-se a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente físico, químico, biológico e antrópico, numa demonstração de que uma ocupação e uso de solo feita sem considerar a legislação ambiental compromete a qualidade ambiental e, conseqüentemente, a qualidade de vida de toda a população municipal.

A identificação dos loteamentos irregulares e clandestinos na capital tocantinense demonstra que estes não constituem apenas um ato criminoso de desrespeito à legislação urbanística e ambiental, mas também, e resultado da falta de políticas públicas efetivamente capazes de coibir a ocorrência dos danos ambientais identificados nesses setores irregulares.

A inexistência de produção e oferta de moradias acessíveis à população carente, somada ao fato das legislações urbanas e ambientais serem complexas e exigentes, são causas dos padrões de uso e ocupação do solo que inviabilizam o acesso dessas camadas carentes a uma moradia digna.

A regularização ambiental sem a interrupção do ciclo de ocupações irregulares, além de servir como renovação do sofrimento da população envolvida, também provoca a multiplicação permanente da demanda por recursos públicos.

Soma-se a isso a desconfiança gerada pela regularização das ocupações irregulares, posto que, em muitos casos, essa regularização é vista como uma forma de incentivar e perpetuar a instalação desses loteamentos ilegais.

Referências

ABIKO, Alex Kenya; BARREIROS, Mário Antonio Ferreira. **Reflexões sobre o parcelamento do solo urbano**. Boletim Técnico da Escola Politécnica da USP, São Paulo, 1998, BT/PCC/201. ISSN 0103-9830. (p. 2-29).

ALFONSIN, Betânia de Moraes; SERPA, Claudia Brandão de; FERNANDES, Edésio, et. al. **Regularização da Terra e da Moradia – O que é e como implementar**. São Paulo, Instituto Polis, 2002. Disponível em: <<http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/habitacao/programas/0004>>. Acesso em: 19 set. 2011, 16:30:30.

BARROS, M. V. F; SCOMPARIM, A; KISHI, C. S; CAVIGLIONE, J. H; ARANTES, M. R. L; NAKASHIMA, S. Y; REIS, T. E. S. **Identificação das ocupações irregulares no fundos de vale da cidade de Londrina/PR por meio de Imagem Landsat 7**. Curitiba – PR: UFPR, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/raega/article/viewFile/3350/2686>>. Acesso em 19 out. 2011, 22:30:30.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília: DF: Senado Federal. _____ . **Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Poder Executivo, Brasília:DF, 20 dez. 1979.

_____. **BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986.** Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Poder Executivo, Brasília:DF, 17 fev. 1986.

_____. **BRASIL. Decreto-Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade). Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 10 de julho de 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COCOZZA, Glauco de Paula. **Paisagem e unidade: os limites do projeto urbano na conformação de lugares em Palmas.** Tese de Doutorado, FAUUSP, São Paulo, 2007.

FERREIRA, D. F; SAMPAIO, F. E; SILVA, R. V. C. **Impactos sócio-ambientais provocados pelas ocupações irregulares em áreas de interesse ambiental – Goiânia – GO.** Pós-Graduação em Gestão Ambiental pela Universidade Católica de Goiás – SENAI – CETRESG. Goiânia – GO, 2004.

FULGÊNCIO, Tito. **Direitos de vizinhança.** Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FUNASA. **Manual de saneamento.** Brasília, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUERRA, A. J. T; CUNHA, S. B. (org.). **Impactos ambientais urbanos no Brasil.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LIMA., C. A. **A ocupação em áreas de mananciais na RMC – Região Metropolitana de Curitiba: uma análise da evolução do parcelamento do solo nos municípios de Pinhais, Piraquara e São José dos Pinhais.** In: MENDONÇA, F. (org.). Cidade, ambiente e desenvolvimento: abordagem multidisciplinar de problemáticas socioambientais urbanas de Curitiba e RMC. Curitiba – PR: UFPR, 2004. (p. 77-105).

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, D. M. **Gestão do uso do solo. Disfunções do crescimento urbano**. Volume 1. Instrumento de planejamento e gestão urbana em aglomerações urbanas: uma análise comparativa. Brasília, 2002.

PALMAS. **Lei Municipal nº 368, de 17 de fev. de 1993**. Dispõe sobre a divisão da Área Urbana da Sede do Município de Palmas em Zonas de Uso e dá outras providências. Prefeitura Municipal de Palmas/TO 2002.

_____. **Lei Municipal nº 468, de 06 de jan, de 1994**. Aprova o Plano Diretor Urbanístico de Palmas (PDUP) e dispõe sobre a divisão do solo do município, para fins urbanos. Prefeitura Municipal de Palmas/TO 2002.

_____. **Lei Municipal Complementar nº 58, de 16 de setembro de 2002**. Institui o Macro Zoneamento Territorial do Município de Palmas e dá outras providências. Prefeitura Municipal de Palmas/TO 2002.

RESCHKE, L. M.; VARELA, L. S.; MORETTO, S. S.; SOMENSI, Simone. **Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre**. In: II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/LOTEAMEN.PDF>>. Acesso em: 29 set. 2011: 19:30:30.

As inovações do anteprojeto de Código Penal sobre o aborto e sua possível inconstitucionalidade

Diego Nardo¹

RESUMO

Uma comissão de juristas apresentou um anteprojeto de Código Penal contendo inúmeros avanços. O diploma ainda será discutido no Senado e na Câmara dos Deputados. É certo que, dentre as diferenças entre o anteprojeto e o Código Penal em vigor, há uma que salta aos olhos mais do que outras: a permissão de abortamento por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. A expressa previsão legal do aborto eugênico (em caso de inviabilidade futura do feto) já é hipótese referendada pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o que não gerará discussões acaloradas. Entretanto, a inovação do aborto por falta de condições psicológicas da mãe é hipótese nova no nosso sistema, nunca ventilada sequer na jurisprudência. O presente artigo pretende analisar a viabilidade jurídico-constitucional e ética desta hipótese de abortamento.

¹ Promotor de Justiça atuante na área criminal em Gurupi/TO.

1. Do direito à vida

O Brasil vive hoje sob a égide da Constituição de 1988, epitetada “Constituição Cidadã”. O texto da Carta Magna foi pródigo em arrolar direitos e ofertar garantias. Ademais, fora idealizada num período imediatamente posterior a uma longa ditadura, o que conferiu ao texto primazia de direitos individuais, tais como direitos de réus, presos, trabalhadores e minorias.

Os direitos podem ser classificados em gerações.

São de primeira geração os direitos que exprimem proteção individual. São mandamentos destinados ao estado, proibindo-o de agir e de invadir a esfera de intimidade do cidadão. Também são chamados de “negativos”. Essa geração de direitos remonta ao liberalismo, conceito de uma época pós-absolutista, em que o estado deveria ser mínimo, devendo seus excessos serem freados. Nota-se como fontes destes direitos “negativos” a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Constituição dos Estados Unidos da América, em vigor desde 1787, com emendas de 1791.

A Revolução Francesa tinha como maior aspiração o equilíbrio dos estamentos, já que a nobreza e o clero possuíam privilégios em demasia em relação à classe trabalhadora. Assim, com o sucesso inicial da revolução, editou-se a Declaração dos Direitos, permitindo que as camadas mais humildes e a burguesia recebessem certa proteção, inclusive quanto ao recolhimento de impostos, que não tinha limite até a queda dos Capeto.

Assim, num processo de replicação, os direitos de primeira geração passaram a ser enunciados ao redor do mundo, culminando no respeito aos bens mais básicos do ser humano, ao menos formalmente.

São exemplos de direitos de primeira geração: vida, intimidade, liberdade religiosa, busca da felicidade (Constituição dos EUA) etc.

Os direitos de segunda geração, também conhecidos como “positivos”, enunciam um dever de agir do estado, garantindo benesses sociais à população. Têm como grande ponto de partida simbólico a revolução bolchevique de 1917. Com a criação do estado comunista russo, o mundo descobriu que o estado poderia desenvolver políticas públicas para gerar bem estar social.

Em verdade, os direitos sociais nasceram no resto do mundo em razão de uma premente pressão para amenizar o desastre gerado pelas migrações aos centros urbanos. Com efeito, na Inglaterra, iniciadora do processo industrial, mulheres e crianças trabalhavam por até dezesseis horas em condições totalmente insalubres. Assim, demandava-se uma intervenção estatal como um processo natural dialético entre forças produtivas e reguladoras.

Constituições antigas como a dos Estados Unidos da América, anteriores ao processo de socialização do estado, não costumam refletir estes direitos. São exemplos os direitos trabalhistas, o direito à saúde, educação etc.

Os direitos de terceira geração representam a evolução das gerações anteriores. Simbolizam o “passo seguinte” a ser dado pelo estado e, com mais ênfase, pelas forças sociais. A ideia destes direitos nasceu para compensar os exageros das forças produtivas no que tange a bens importantes ao meio de vida humano de forma difusa, e não diretamente. Assim, tutela-se um meio ambiente equilibrado, relações de consumo saudáveis, direitos de gerações futuras etc.

As sociedades de todo o mundo se encontram em estágios diferentes. Enquanto há países que já conseguem tutelar as três gerações (Suíça, Noruega, Islândia e Canadá), outros ainda não respeitam sequer a vida de seus habitantes (caso de ditaduras subsaarianas, em que vidas são eliminadas para a subsistência do regime).

A cada evolução que um estado dá no sentido de uma proteção mais abrangente, deve-se garantir a profundidade da proteção

a direitos de gerações anteriores. Assim, além de proteger (ou proporcionar meios para que a sociedade se proteja) o meio ambiente, um estado deve garantir, ainda com mais força, que direitos mais primários sejam protegidos, como a vida e a liberdade de ir e vir, sob pena de transformar a Constituição em mera “folha de papel”, não refletindo as verdadeiras forças que regem esta sociedade.

Nesse contexto, surge a proteção dada pela Constituição Federal do Brasil ao direito à vida. Este direito é anunciado no *caput* do artigo 5º, e antes de qualquer outro. Isso dá ideia de quão caro ele é ao Brasil, e quanta energia deverá ser gasta para tutelá-lo.

Assim, qualquer exceção deverá ser ponderada com a máxima cautela, sob pena de se esvaziar a força da Constituição.

Como exceção temos a pena de morte, existente no sistema jurídico-legislativo brasileiro apenas em caso de guerra. A exceção se justifica porque uma conduta de alta traição, por exemplo, num período de grave crise institucional, pode gerar a morte de muitas outras pessoas. Assim, não se trata verdadeiramente de exceção, já que a vida de número maior de pessoas é ponderada com a vida de um suposto traidor, que é uma só. A eliminação da vida, neste caso, reveste-se de licitude por uma legítima defesa social.

2. Das excludentes de ilicitude do crime de aborto e a previsão do anteprojeto

Nos dias atuais, são hipóteses legais de abortamento que não geram responsabilidade penal: a) para salvar a vida da gestante (conhecido por “aborto terapêutico”); b) se a gravidez resulta de estupro, com o consentimento da gestante (“aborto sentimental”). Além destas há o aborto eugênico, referendado pela jurisprudência. São as hipóteses em que não há possibilidade de vida extrauterina, e se preserva a saúde psíquica da mãe, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que as exceções à vida do feto ocorrem porque há um direito de peso apto a exigir a manutenção do equilíbrio social, que não ocorreria sem a eliminação do produto da concepção.

Com o anteprojeto, além das três hipóteses acima arroladas, elegeu-se uma terceira exceção: “se por vontade da gestante, até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”².

A primeira análise que deve ser feita é se tal previsão não conflita com o direito à vida do feto, de estatura constitucional, se esta exceção tem peso suficiente para permitir a eliminação de uma vida.

3. Da constitucionalidade e da validade ética da nova previsão de excludente de ilicitude

Quando a Constituição diz proteger a vida, obviamente não se trata de sugestão, mas norma cogente que rege a produção legislativa e diretamente a conduta dos cidadãos.

Questão que surge é se este abortamento, em vias de ser legalizado, reúne características que justificam uma exceção a um direito tão caro.

A sociedade tem interesse no desenvolvimento da vida gerada e ainda em formação. Este indivíduo contribuirá com as forças sociais. Ademais, é tido por cruel para com aquela vida simplesmente eliminá-la, decorrendo tal julgamento das convicções morais da sociedade brasileira, de natureza judaico-cristã.

Por outro lado, a genitora tem direito a planejar sua família e conceber quando assim desejar. Faz jus à higidez psicológica, que pode ser abalada com uma súbita maternidade. Ademais, uma pessoa

² Artigo 128, IV, do Anteprojeto.

criada em um ambiente desfavorável pode desenvolver predicados indesejados à sociedade que a rodeia, no que o abortamento seria uma medida de autoproteção desta mesma sociedade.

Numa análise inicial, nos parece que a ponderação pende ao direito à vida do nascituro, que sequer pediu para ser concebido, e não pode sofrer uma violência gratuita, seja pelo descuido da gestante no momento da concepção, seja porque ela mudou de ideia, não desejando mais um filho, seja porque o estado não garantiu a ela educação (direito de segunda geração) a ponto de planejar uma família e agir de acordo com este planejamento.

Ademais, o texto do anteprojeto refere-se a “condições psicológicas” para ter o filho. Ora, temos que as condições podem variar sobremaneira em se tratando de pessoa grávida, já que as descargas hormonais podem fazer com que a mulher tome decisões que não tomaria normalmente.

Além disso, a medida de autoproteção social com a eliminação de indivíduo não desejado não serve para justificar uma exceção do direito à vida, da mesma forma que não justificou a eliminação de pessoas por regimes autoritários (perseguição a judeus na Alemanha nazista, dissidentes na União Soviética de Stalin, militantes socialistas nas ditaduras da América Latina, tutsis em Ruanda etc.).

A eugenia é a seleção de nascidos visando fortalecer uma sociedade. É prática ainda corriqueira em algumas tribos indígenas do Brasil, e constitui prática rechaçada pela sociedade não-indígena brasileira, de esmagadora maioria. Temos que a eliminação de futuros bebês mal nascidos se aproxima desta prática, ainda que o pretexto legal seja a higidez mental da genitora ou garantir uma vida plena ao produto da concepção.

É certo que essa previsão de interrupção da gestação é prevista em vários países ditos desenvolvidos (Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Itália, Portugal, Reino Unido, Estados Unidos, dentre outros). Ocorre que o Brasil fez uma opção muito clara ao escolher uma Constituição prolixa e com cláusulas pétreas, aí incluído o

direito à vida. E não cremos que a vida intrauterina tenha menos importância do que o conforto psicológico da gestante.

Pelo exposto, cremos que este particular do anteprojeto não obterá êxito frente à bancada religiosa do Congresso Nacional. Ora, se as frentes religiosas pressionaram o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 54³, que tratava de abortamento de fetos sem cérebro, com muito mais força tentarão impedir a normatização de eliminação da vida de fetos em perfeito estado de desenvolvimento.

Argumento que fatalmente virá contra esta modalidade de aborto é a possibilidade da gestante, após o parto, entregar o bebê à adoção. Com efeito, as comarcas situadas Brasil afora contam com longa fila de candidatos à adoção, verdadeiros corações prontos para receber almas inocentes e dar-lhes todo o amor que não puderam desfrutar na família de sangue.

O anteprojeto autoriza o aborto a pedido da gestante por falta de condições psicológicas até doze semanas. Um feto com doze semanas tem a aparência conforme a figura a seguir⁴:



³ O julgamento foi concluído em abril de 2012.

⁴ http://www.emdoc-consultorio.com.br/photogallery.php?photo_id=67, visitado em 16.10.2012.

Um feto na décima segunda semana tem oito centímetros⁵. Seu corpo já guarda características próximas às definitivas. Ele já tem unhas, e suas cordas vocais estão em formação.

Éticamente, parece condenável a eliminação de ser com semelhante formação, indefeso, resultado de atos sexuais não calculados, e por isso mesmo inculpável.

O maior jusfilósofo da história do Brasil, Miguel Reale, dedicou sua vida à demonstração de que o valor anda sempre junto ao fato e à norma. Temos que o ordenamento jurídico não pode nem deve contemplar uma norma com um valor tão contrário aos anseios sociais inconscientes, tais como a formação de uma sociedade justa, que respeita a vida, moralmente louvável.

4. Conclusão

Como conclusão, temos que:

a) numa visão técnica e legalista, nos parece contrário à Constituição Federal a possibilidade de interromper a gravidez por mera falta de condições psíquicas da mãe, circunstância esta que varia com o tempo, se assemelhando à clausula *rebus sic standibus* do direito processual brasileiro;

b) numa visão filosófica e ética, nos parece condenável a interrupção da gravidez de um ser em formação, mas já com características que lhe dão identidade. Tal conduta tem ares antropofágicos, e a norma que a permite põe a sociedade em situação semelhante ao uróboro, num processo de degradação sem fim.

⁵ <http://www.tuasaude.com/desenvolvimeno-do-bebe-12-semanas/>, visitado em 16.10.2012.

Referências

- BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal Anotada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 3. ed. São Paulo: Editora Forense, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos. Curitiba: Editora Juruá, 2006.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A Lei Maria da Penha e as contravenções penais

José Kasuo Otsuka¹

Valéria Lúcia Neves da Silva Moraes²

RESUMO

O presente artigo tem a pretensão de alimentar a discussão quanto à absoluta impropriedade da aplicação da Lei nº 9.099/1995 em fatos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 19 e da ADI 4424, tenha se posicionado pela constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, ainda há posições que não negam, em certos casos, a possibilidade de ver utilizadas as regras da lei dos Juizados Especiais Criminais diante do texto do artigo 41 dessa novel legislação, pois este se refere expressamente a “crimes”. Especificamente, o trabalho se resumirá na questão da contravenção de vias de fato [art. 21, DL nº 3.688/1941], da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e da bandeira alçada pelos críticos da lei de gênero.

Palavras-chave: Processo Penal. Penal. Lei Maria da Penha. Contravenção Penal. Competência. Lei nº 9.099/95.

¹ Promotor de Justiça Ministério Público do Estado do Tocantins, Mestre em Gerontologia pela PUC/SP, 26ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palmas-TO.

² Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Tocantins - Especialidade Ciências Jurídicas, 26ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palmas-TO.

1. Introdução

As contravenções penais, de acordo com a redação trazida pelo artigo 41³ da Lei Maria da Penha, proporcionaram e ainda proporcionam calorosos debates, principalmente quanto a aplicação da Lei n. 9.099/95, fato que entendemos superado diante do entendimento da Excelsa Corte na ADC 19. Mas, o vernáculo “crimes” empregado no mencionado dispositivo faz com que ocorram inúmeras interpretações, cada uma com suas argumentações, ponderações e fundamentações que num primeiro momento poderiam ser tidas como suficientemente corretas.

Com isso, apesar de decisões anteriores à ADC 19 nas quais o Supremo Tribunal Federal já se posicionara quanto à constitucionalidade do art. 41, tornando inaplicáveis as disposições da Lei n. 9.099/95 na violência de gênero⁴, surgiram dúvidas e discussões girando em torno do vernáculo “crimes”.

Nessas discussões afloram dois pontos cruciais: 1) a questão da competência e 2) a possibilidade de ter-se por possível a utilização da Lei n. 9.099/95 nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - JVD FM.

2. Da competência do JVD FM

No entendimento de DIAS (2012, pp. 131/132):

“A Lei Maria da Penha – lei da mesma hierarquia – expressamente afastou a violência doméstica da égide da Lei

³ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁴ HC/MS n. 106.212. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 24.03.2011. (RTJ 219 521:538)

9.099/95. Trata-se de Lei de Natureza especial e protetiva e que foi editada posteriormente, com o claro objetivo de punir com mais rigor os delitos cometidos no ambiente doméstico. Assim, se a vítima é mulher e o crime aconteceu no ambiente doméstico, não é delito de pouca lesividade, não podendo mais ser apreciado pelos Juizados Especiais Criminais – JECrims. Não instalados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfM's, o juízo de competência é o da Vara Criminal”.

Conflito negativo de jurisdição. Justiça comum e juizado especial criminal. Perturbação da tranquilidade. Lei 11.340/06. Violência doméstica. Vítima mulher (mãe). Enquanto os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher “não forem criados e instalados, a competência para conhecer, processar e julgar a suposta prática de infrações penais afetas à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) recai, de regra, sobre Vara Criminal do Juízo Comum, independentemente da conduta imputada tipificar crime ou contravenção penal. Julgado improcedente o conflito negativo de jurisdição (TJRS, Cjur 700446461042, 6ª C. Crim. j. 19.01.2012, rel. Cláudio Baldino Maciel).

A matéria, de início, apresentou grandes questionamentos, diante do disposto no art. 41, da Lei nº. 11.340/06. Ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95, empregou a expressão “crimes”, que acabou levando alguns profissionais do direito e parte da doutrina especializada a firmar entendimento no sentido da restrição da interpretação desta vedação apenas aos crimes, excetuando, portanto, as contravenções penais.

Contudo, não há como interpretar isoladamente esse artigo sem o conjunto que forma a própria Lei Maria da Penha, para entender os seus objetivos e seus fundamentos.

Em seu artigo 1º encontra-se perfeitamente e claramente delineado o seu objetivo: construir mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher⁵.

Ao lado desse artigo, tem-se o art. 4º, que eleva à consideração na interpretação da Lei Maria da Penha os fins sociais a que se destina, ou seja,

trata da chamada interpretação sociológica, cujo método se baseia na adaptação do sentido da lei às realidades sociais, cabendo ao intérprete acompanhar as mudanças que o cercam, os impactos que tais alterações causam na sociedade, enfim, conferir à norma um significado que a insira no contexto em que concebida” (CUNHA & PINTO, 2011, p. 41).

Para André Mauro Lacerda Azevedo⁶,

a interpretação dos dispositivos da Lei “Maria da Penha” deve respeitar os fins sociais a que se destina, a condição peculiar de vulnerabilidade e impotência da mulher vítima de violência doméstica e familiar, buscando não apenas a repressão, mas a própria erradicação da violência contra a mulher, independentemente de qual forma de violência seja a ela submetida pelos agressores.

5 Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil ; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar

⁶ Promotor de Justiça Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte . Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar – UNP. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. (artigo: O art. 41 da Lei nº 11.340/06 é aplicável aos crimes e contravenções penais cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres disponível em <http://atualidadesdireito.com.br/andremauro/2011/08/23/o-art-41-da-lei-n%C2%BA-11>, acesso em 13.10.2012.

A questão restou ultrapassada e se pacificou com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷, que tribunais estaduais passaram a adotar, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁸.

⁷ Habeas Corpus. Vias de Fato. Contravenção Penal praticadas em âmbito doméstico ou familiar. Competência para processar e julgar a infração penal. Artigos 7º e 33 da Lei Maria da Penha Competência do Juízo da Vara Criminal. 1.- Configurada a conduta praticada como violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua classificação como crime ou contravenção, deve ser fixada a competência da Vara Criminal para apreciar e julgar o feito, enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consoante o disposto nos artigos 7º e 33 da Lei Maria da Penha. (HC n. 158.615-RS (2010/0000735-4) – Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.02.2011).

⁸ Conflito negativo de competência. “Lei Maria da Penha” (Lei n. 11.340/2006). Medida protetiva de urgência. Fixação da competência das varas criminais do juízo comum para conhecer, processar e julgar as causas relativas à “Lei Maria da Penha”, independentemente da conduta praticada tipificar crime ou contravenção penal. Afastamento da competência dos juizados especiais criminais. 1. Enquanto os “Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” não forem criados e instalados, a competência para conhecer, processar e julgar a prática de infrações penais afetas à “Lei Maria da Penha” (Lei 11.340/06) recai sempre sobre Vara Criminal do Juízo Comum, independentemente da conduta imputada tipificar crime ou contravenção penal, conforme expressa previsão do art. 33 da Lei em comento, também sufragada na Resolução 562/06, do Conselho da Magistratura desta Corte, bem assim no superveniente Ofício-Circular 327/06, da Corregedoria-Geral da Justiça. Esta é a regra geral aplicável à espécie e, em específico, ao caso sob exame, na Comarca de Santa Maria. 2. De outra banda, cumpre registrar que o art. 41 da Lei 11.340/06 não constitui regra definidora de competência, tendo por único objetivo vedar, modo expresso, a aplicação de institutos jusmaterialísticos (v.g.: transação penal, suspensão condicional do processo) e processuais (v.g.: procedimento sumaríssimo) previstos na Lei 9.099/95 às causas envolvendo crimes afetos à Lei 11.340/06, independentemente da pena prevista no respectivo preceito secundário. Contudo, o referido art. 41 não cria óbice algum a que esses mesmos institutos sejam aplicadas às causas criminais relacionadas a contravenções penais que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. Portanto, a interpretação sistemática da Lei 11.340/06 conduz à conclusão de que todas e qualquer causa envolvendo a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, seja tipificado como crime ou contravenção penal, é da competência das Varas Criminais do Juízo Comum. Conflito negativo de competência improcedente (CJ 70044647436, 6ª C. Criminal. J. 30.08.2011, rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello).

Com isso, não resta qualquer dúvida quanto à competência do Juízo Especializado no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para conhecer, processar e julgar causas relativas à Lei Maria da Penha, ainda que a conduta tipifique contravenção penal.

3. Da aplicação da Lei nº 9.099/95 nas contravenções penais no juízo da violência doméstica e familiar contra a mulher

Superado o imbróglio inicial quanto à competência, surge a dúvida: se nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher advindos de condutas previstas na Lei das Contravenções Penais aplicar-se-iam as disposições da Lei nº 9.099/95, excetuadas aquelas expressas pelo artigo 17 da Lei n. 11.340/2006, diante do que dispõe o seu artigo 41, que expressamente utiliza o vernáculo “crimes”.

De forma linear, os argumentos utilizados para definição da competência do Juízo da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher sobrepõem a essa questão, para determinar a inaplicação de forma integral da Lei n. 9.099/95 às questões de violência de gênero.

A interpretação gramatical ou filológica tem a sua importância

e se constitui, mesmo, no primeiro passo para a interpretação da lei. Mas não é suficiente. De sorte que a simples análise do alcance da palavra, insulada do contexto em que foi produzida, sem se atentar ao espírito da norma, induz a uma interpretação defeituosa, fincada na velha afirmação de que o texto claro prescinde de interpretação, sintetizada no brocardo latino segundo o qual *in claris cessat interpretatio*”. (CUNHA e PINTO, 2011, p. 42).

Continuam os autores: “foi longe o tempo em que, por ilusão, se entendia que o legislador tudo podia prever e, com isso, ao juiz

nada mais restava senão, como verdadeiro matemático, aplicar a lei.” (Op. cit., p. 42).

No entanto, essas discussões jazem em um passado recente, quando o Supremo Tribunal Federal interpretou como constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006⁹.

Anterior a essa decisão, tanto a doutrina quanto os tribunais já se inclinavam no sentido de compreender o vernáculo “crimes” em seu sentido lato (infração penal), abrangendo, então, o crime (sentido estrito) e a contravenção penal, inclusive NUCCI (2010, p. 1284), ao tecer comentários ao artigo 41:

Onde se lê crimes, leia-se, em verdade, infração penal, o que permite abranger a contravenção penal. Ilustrando, se vias de fato (art. 21, Lei de Contravenções Penais) forem cometidas contra a mulher, no âmbito doméstico, cuida-se de contravenção penal não sujeita à Lei 9.099/95, pois esse é o escopo da Lei 11.340/2006.

Do Superior Tribunal de Justiça:

VIOLÊNCIA À PESSOA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da inaplicabilidade da Lei n.º 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar, em razão do disposto no art. 41 da Lei n.º 11.340/2006. Precedentes.

2. Tal entendimento deve ser aplicado também às contravenções penais, pois a expressão “crimes” contida no art. 41 da Lei Maria da Penha está sendo empregada no sentido de infração penal, gênero que abrange duas espécies: crimes e contravenções. Precedentes.

3. Incabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, pois, não obstante a pena imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, trata-se de delito cometido com violência contra a vítima, o que impossibilita a pretendida substituição.

⁹ ADC 19

4. Ordem denegada.

(HC 190.411/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012) (grifou-se)

Especificamente, quanto à contravenção penal de vias de fato, do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente:

HABEAS CORPUS. ART. 21 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, não definiu a abrangência da expressão ‘infrações de menor potencial ofensivo’, isto é, coube ao legislador ordinário estabelecer o alcance do referido conceito que, considerando a maior gravidade dos crimes relacionados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, decidiu tratar de forma mais severa as referidas infrações, afastando, no art. 41 da Lei nº 11.340/06, independentemente da pena prevista, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a suspensão condicional do processo e a transação penal.

2. Na hipótese vertente, o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 21 da Lei das Contravenções Penais, pela prática de agressão à sua ex-companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo.

3. Ordem denegada.

(HC 184.863/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 20/03/2012)

Do Supremo Tribunal Federal¹⁰, em decisão anterior ao julgamento da ADC 19:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

(HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219- PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327)

Desse *habeas corpus*, pinça-se trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Jorge Mussi:

... Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem se que

¹⁰ HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO. CONTRAVENÇÃO PENAL PRATICADA EM ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A INFRAÇÃO PENAL. ARTIGOS 7º E 33 DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA CRIMINAL. 1. Configurada a conduta praticada como violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua classificação como crime ou contravenção, deve ser fixada a competência da Vara Criminal para apreciar e julgar o feito, enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, consoante o disposto nos artigos 7º e 33 da Lei Maria da Penha. (...) (STJ; HC 158.615; Proc. 2010/0000735-4; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 15/02/2011; DJE 08/04/2011).

o preceito afasta de forma categórica a Lei 9.099/1995 no que, em processo-crime – e inexistente processo contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar.

-

Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que, alfim, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a “regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualem (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. O enfoque atende à ordem jurídico constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias considerada a célula básica que é a mulher. Bem andaram o Juízo, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, estes dois últimos ao manterem o quadro decisório formalizado, que resultou na aplicação da pena de quinze dias de prisão simples substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, aliás, mera advertência a inibir a reiteração de prática das mais condenáveis...

4. Conclusão

A Lei Maria da Penha cria um sistema de proteção à mulher vítima de violência de gênero, ampliando as possibilidades de proteção sem, em hipótese alguma, restringi-lo.

A Excelsa Corte respondeu a essas expectativas conferindo constitucionalidade à Lei n. 11.340/2006, sem excetuar qualquer dispositivo. Com isso, a aplicação dessa novel legislação há de suplantar semânticas e discussões sobre o vernáculo, alcançando todo tipo de delito: crimes e contravenções penais.

De então, a vedação, ora constitucional, trazida pelo art. 41,

implica na impossibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 em sua integralidade. Isto significa que tanto o seu procedimento (competência, denúncia oral, termo circunstanciado de ocorrência, proibição da prisão em flagrante quando o agente se compromettesse a comparecer pessoalmente à audiência do juizado”, como os seus institutos (transação penal e suspensão condicional do processo), não serão aplicados aos crimes e às contravenções penais cometidas em situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Para AZEVEDO (2012)¹¹:

faz-se necessário reafirmar a importância do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal que, assumindo sua posição de guardião da Constituição e de seus preceitos fundamentais, conferiu interpretação constitucional ao art. 41, da Lei nº 11.340/06, estendendo-o a todas as infrações penais, independentemente de se tratar de crimes ou de contravenções penais, fulminando, desse modo, todo e qualquer entendimento anterior que restringisse a aplicação do citado dispositivo tão somente aos crimes cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres.”

Destarte, em consonância ao espírito da Lei Maria da Penha que tem o objetivo de prevenir e coibir de forma eficaz e concreta a violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação da Lei n. 9099/95 encontra-se excluída certo de que o vernáculo “crimes” empregado no artigo 41 tem o seu significado em seu sentido lato, que harmoniza com os demais artigos.

¹¹ André Mauro Lacerda Azevedo, Promotor de Justiça Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte . Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar – UNP. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. (artigo: O art. 41 da Lei nº 11.340/06 é aplicável aos crimes e contravenções penais cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/andremauro/2011/08/23/o-art-41-da-lei-n%C2%BA-11>, acesso em 13.10.2012.

Referências

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O artigo 41 da Lei nº 11.340/06 é aplicável aos crimes e contravenções penais cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra as mulheres.** Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br>. acesso em 13.10.2012.

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 269 págs.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 349 págs.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 1284.

Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Supremo Tribunal Federal – STF.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS

Delação premiada

Millena Freire Cavalcante¹

RESUMO

O objetivo da delação premiada é instituir prêmio ao colaborador, na forma de redução da pena ou extinção da punibilidade, e fornecer ao Estado informações que auxiliem a persecução penal, possibilitando a cessação das atividades criminosas. Questões como a validade da prova obtida por meio da delação, quando o delator entrega outras pessoas sem provar suas alegações, o sigilo do acordo de delação premiada (vedação do delatado em acessar tal acordo), que viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a questão ética e moral envolvida na delação premiada são algumas dúvidas que permeiam o instituto. Por fim, a colaboração é uma medida de política criminal do Estado, a qual possui inúmeras vantagens, sendo uma forma eficaz de combater a criminalidade organizada.

¹ Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Tocantins. Pós-graduada em Ciências Penais.

1. Introdução

O presente trabalho pretende esclarecer a base, o alicerce, as razões ou argumentos que justificam e os motivos pelos quais se concedem benefícios ao réu que colabora com a justiça.

Investigar o fundamento da impunidade outorgada pelas causas de liberação de pena significa buscar, dar resposta à indagação sobre qual é a razão de renunciar à lei, à sanção, em algumas hipóteses concretas ao sujeito que, embora tenha praticado o delito, efetua um comportamento positivo, em uma ação determinada.

Apesar da doutrina brasileira ter dado pouco enfoque ao tema, o estudo da delação premiada é importante, pois permite determinar com clareza os limites e alcance de sua aplicação.

Mesmo com a sua previsão legal acerca do tema ter superado duas décadas, a doutrina pátria sempre focou suas manifestações acerca das intrincadas questões éticas decorrentes do tema, bem como na crítica direta à admissão do instituto, restando carente a análise das possibilidades de aplicação do beneplácito, e as decorrentes consequências de sua interpretação, extensão, cabimento e limite, que serão explorados e analisados no presente estudo.

2. Conceito

Etimologicamente, delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar etc. No entanto, a palavra delação, de modo isolado, pode ter significados diversos nas ciências penais, restando necessária uma prévia distinção de sentidos da palavra. (BITTAR, 2011). Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida, segundo Fernando Capez (2004, p. 75), no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, por parte da autoridade policial,

de um fato aparentemente criminoso. Nesse sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já em sua acepção de revelar, se poderia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia. (MUSCO, 1998, p. 35). É neste segundo sentido que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito Italiano, dos arrependidos (*pentiti*).

São considerados *pentiti* aqueles sujeitos que confessam seus próprios crimes e proporcionam à autoridade informações necessárias para a reconstrução do fato e a individualização dos participantes do delito ou, ainda, de acordo com recomendação do conselho europeu sobre colaboradores com a justiça, estes podem ser tanto aqueles que proporcionam informações úteis às autoridades competentes com fins investigatórios e com finalidade de adquirir provas pertinentes relativas à composição ou à estrutura ou às atividades das organizações criminosas, às relações inclusive internacionais com outros grupos criminais e aos delitos que estas organizações ou grupos tenham cometido ou poderiam cometer; como aqueles que proporcionam uma efetiva e concreta ajuda às autoridades competentes para contribuir em recuperar das organizações criminosas recursos ilícitos ou provenientes de delitos. Gabriel C. Zacarias de Inellas (2006, p. 98) define o instituto da delação premiada como a afirmativa do corréu, ao ser interrogado, pela qual, além de confessar a autoria de um fato antijurídico, igualmente atribui a um terceiro a participação, como seu comparsa.

E completa dizendo:

Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator. (INELLAS, 2006. p. 98)

Para Raphael Boldt, delação premiada é:

A possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o dismantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do seqüestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante seqüestro cometido em concurso de agentes. (BOLDT, 2008).

É instituto que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução que pode chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária, isto é, sem qualquer coação.

A delação premiada está prevista em diversas leis e cada uma delas insere um requisito para que possa se consubstanciar. E não se confunde com a confissão espontânea, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, previstos, respectivamente, nos artigos 65, inciso III, alínea “d”; artigo 15 e 16, todos do Código Penal, pois nestas o agente apenas confessa sua participação no crime, sem incriminar um terceiro. Também não se trata de testemunho, porque no testemunho não há o envolvimento na prática do delito por quem o presta.

3. Natureza jurídica

Há uma grande dificuldade em se delimitar a natureza jurídica do instituto da delação premiada, pois não há conceito legal, eis que o Código Penal não outorgou natureza em sua parte geral. Assim, a tarefa ficou a cargo da doutrina.

Para Patrícia Faraldo Cabana (2000, p. 150), a natureza jurídica proeminente da delação é de causa de liberação de pena:

É um comportamento pós-delitivo positivo e voluntário do sujeito

que tem o efeito de eximir completamente a pena ou diminuí-la pelo fato delitivo já realizado, sem que esses efeitos sejam extensíveis aos participantes, salvo se demonstrarem que eles também tenham realizado uma conduta de significado reparador ou de colaboração com a administração da justiça, o que só pode ser determinado em cada caso concreto. Por serem posteriores ao início da realização do fato, não afetam os elementos do delito: são situados fora da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, e constituem um pressuposto da pena. (CABANA, 2006, p. 150)

4. Origem histórica no mundo

Conforme nos relata Elisa García España, a delação premiada surgiu no mundo a partir de julgamentos envolvendo a chamada criminalidade mafiosa, ocorridos principalmente na Itália nas décadas de 70 e 80.

Na **Espanha**, a delação premiada surgiu em 1988, através da Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, que incluiu uma figura premial para os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça (GARCÍA ESPAÑA, 2006, p.58).

O Código Penal espanhol estendeu, em 1995, o instituto para o terrorismo, sendo exigido: abandono voluntário das atividades delitivas; apresentação às autoridades confessando os fatos de que tenha participado; colaboração ativa para impedir a produção do delito, ou obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, ou para impedir a atuação ou o desenvolvimento de bandos armados, organizações ou grupos terroristas a que tenha pertencido ou colaborado. Em novembro de 2003, foi suprimida a necessidade de confissão dos fatos.

Na **Itália**, a legislação referente aos colaboradores da justiça é instituto complexo, que vai desde aspectos do direito material até o direito penitenciário. A proteção dos colaboradores foi instituída pelo Decreto Lei de janeiro de 1991, o qual previa: para colaboradores em perigo, sua família e até amigos próximos, medida de tutela ordinária

ou especiais medidas de proteção e assistência; troca de documentos e a mudança para lugares protegidos; o colaborador protegido fica obrigado a observar as normas de segurança prescritas e a não emitir declarações a terceiros. Em 2001, foram realizadas reformas no instituto, proibindo que mais de um colaborador que acuse a mesma pessoa disponha de um defensor comum.

Já no direito **Norte Americano**, há diferença metodológica com relação ao brasileiro, pois o americano utiliza-se do método indutivo no qual os casos são resolvidos com base na jurisprudência anteriormente criada para conflitos semelhantes. Já no Brasil, utiliza-se o método dedutivo, no qual os casos são resolvidos com base na lei. (RAMOS, 2006, p. 50/51).

Nesta modalidade de delação, as declarações são negociadas, podendo ser explícitas ou implícitas. Na forma explícita ou formal existe uma negociação entre as partes quanto aos fatos, qualificação e pena, para se chegar a um acordo. São conhecidas três modalidades: a *sentence bargaining*, a *change bargaining* e uma forma mista. A primeira consiste num acordo em que, em troca da declaração de culpabilidade do acusado, lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes ao juiz – as quais este não está obrigado a seguir – ou, de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feita pela defesa. (SOUZA, 1998, p. 264). No segundo tipo de transação, em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecutor* se compromete a abandonar determinada ou determinadas importações que originalmente lhe foram feitas, ou acusá-lo de um delito menos grave que o realmente cometido. Na forma mista, existe a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado.

Já na forma implícita, ainda segundo Sousa (1998, p. 266), mesmo não havendo negociação entre acusação e defesa, a declaração de culpa proporciona ao acusado uma pena mais branda do que aquele que insistir em ir a julgamento.

5. Implicações constitucionais

Atualmente ainda existem diversas críticas acerca da constitucionalidade da delação premiada, por afirmarem que a mesma não respeita as regras do devido processo legal.

Para que haja validade da delação premiada, é exigência constitucional que a mesma esteja de acordo com os princípios garantistas, que são limitadores do poder punitivo estatal, devendo ser observadas as principais implicações decorrentes desta realidade.

Como afirma Walter Barbosa Bittar:

O grande problema é estabelecer um equilíbrio entre os princípios constitucionais garantistas e o direito que possui o acusado ou investigado de optar pela delação premiada, abrindo mão do direito de não produzir prova contra si mesmo, como estratégia, ou, até mesmo, única forma de ser beneficiado quanto as hipóteses legais de restrição a sua liberdade, pois é inegável que as normas pertinentes à delação permitem, de qualquer forma, no caso concreto, favorecer diretamente aquele que é objeto de uma persecução penal.(BITTAR, 2001, p. 195).

De outra monta, é importante observar que embora seja norma de direito material mais favorável, é preciso notar que a delação premiada, para não ferir o devido processo penal, necessita possibilitar ao investigado o amplo exercício de sua defesa, o contraditório e o devido processo legal, especialmente perante aquele que o delata.

Desse modo, sob a perspectiva das garantias constitucionais, é importante garantir, ao investigado e ao processado, lançar mão de uma norma que lhe seja a melhor estratégia defensiva, pois muitas vezes será a delação a única possibilidade real de atenuação ou eliminação da pena, logo mais favorável de qualquer forma.

Por outro lado, não pode a delação prejudicar os demais investigados, sem que exista a possibilidade de refutar plenamente o conteúdo do depoimento do delator.

Assim, a delação premiada deve seguir os contornos determinados pelo devido processo legal para permitir a limitação da política criminal, no que tange à entabulação de negociações, para que dessa forma atenda aos princípios constitucionais garantistas, funcionando como limitadores contra posturas utilitaristas ou meramente pragmáticas e que, se adotadas, maculam o processo.

Como bem observa Aury Lopes Júnior:

O direito de permanecer calado (expressamente reconhecido na CRFB, art. 5º, LXIII) é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior que é o de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*), segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória de acusação ou por exercer o seu direito de silêncio quando do interrogatório (LOPES JR, 2009, p. 204).

No entanto, quando se tratar de colaborador da justiça, a sua área de atuação deve ser restringida, pois o direito ao silêncio vem ora reconhecido ao colaborador, exclusivamente, quando é uma expressão do seu direito inviolável de defesa e não quando se negue a qualificação formal atribuindo a ele por causa de declarações sobre a responsabilidade de outros.

Por razão de coerência, os fatos pelos quais o colaborador está sendo investigado ou acusado não estão amparados pelo direito ao silêncio, desde que seja a opção, por estratégia, desejada pela defesa. E também, não há dúvida de que o direito de defesa poderá ser exercido no sentido de tentar diminuir a responsabilidade penal do acusado, se utilizando da delação premiada.

Por outro lado, para a delação premiada ser considerada como meio de prova, a defesa dos demais acusados deverá ter ciência da existência da delação, tendo oportunidade de contraditar o delator.

Conforme entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o teor das informações, no momento do procedimento da ação penal, seja pelo depoimento do corréu delator como testemunha,

ou pelos fatos narrados que foram decorrentes da delação premiada, estes sim são objeto do crivo do contraditório e da ampla defesa. (voto proferido pelo Min. Gilson Dipp, por época do julgamento do HC 59.115-PR).

Finalmente, segundo expressa Ada Pellegrini Grinover, (2009, p. 255), a efetividade de qualquer garantia constitucional do processo, especialmente quando possibilita a admissão da delação como meio de prova, exige o direito de concretizar uma oposição real a tudo o que é inserido nos autos, o que segundo doutrina e jurisprudência, se desdobra no direito de contradizer argumentando e no contradizer provando.

Dessa forma, restam respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, e do devido processo penal na concessão da delação, não podendo o mesmo ser negado, ou mesmo ignorado, ante a legislação vigente, possibilitando, assim, ao acusado optar por realizar a delação e ter em seu favor as garantias constitucionais do instituto ou optar pelo silêncio, que não lhe trará nenhuma diminuição de pena.

6. Delação premiada no Brasil

6.1 História

A história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que a previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (1830), onde, segundo Penteadó (2006, p. 643), já existia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação, de conspiração, ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação.

O marco inicial da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a promulgação na Lei 8.072/90 – Lei dos

Crimes Hediondos. Decorre do fato de ter o instituto estreita relação com a criminalidade em larga escala.

6.2 Leis esparsas

A delação premiada no Brasil não foi estabelecida em uma única legislação. É simplesmente um prêmio previsto em poucos artigos de apenas oito legislações especiais, quais sejam: Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90); Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95); Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86); Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de Consumo (Lei nº8.137/90); Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98); Lei de proteção às testemunhas e vítimas de crimes (Lei nº9.807/99); Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94); Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

A introdução da delação premiada no Brasil, através da **Lei dos Crimes Hediondos** decorreu do movimento político criminal de Lei e Ordem, inicialmente norte-americano, antigarantista que reclama uma relação legal, judicial e policial mais contundente contra a delinquência tradicional, desrespeitando direitos dos cidadãos (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 23).

A redação do artigo 8º, parágrafo único, da Lei dos Crimes Hediondos estabelece dois pressupostos básicos para a caracterização da delação. O primeiro, embora não exigido explicitamente em momento algum pela lei, é a confissão. E ainda, para que possa ser legalmente admitido para fins de condenação deverá, obrigatoriamente, ser produzida perante autoridade competente que, no caso de confissão judicial, é o juiz do processo. Por fim, para fins de elaboração de juízo condenatório válido, com base na confissão, esta deverá ser produzida ou confirmada na fase processual.

Alinham-se a esses dois pressupostos outros requisitos importantes, como por exemplo, o de que a lei exige que as

informações prestadas possibilitem o desmantelamento da quadrilha ou bando.

No que tange ao âmbito de aplicação, terão direito a pleitear os benefícios da delação nos termos da Lei dos Crimes Hediondos, tanto os coautores como os partícipes que, de alguma forma, prestaram contribuição para que a quadrilha ou bando pudesse praticar algum crime hediondo, tortura ou terrorismo.

De qualquer forma, a aplicação do benefício, além de restar limitada aos casos mencionados na lei - crimes hediondos, tortura ou terrorismo -, dependeria, ainda, do grau de conhecimento do delator sobre as atividades da quadrilha, pois, caso um participante de quadrilha ou bando que cometesse algum crime hediondo não tivesse informações que pudesse levar ao desmantelamento, obviamente não poderia ser alcançado pelo benefício legal da redução da pena, o que, atualmente, resta sufragado, pois leis posteriores ampliaram as possibilidades de concessão dos prêmios legais pela delação.

Segundo Luiz Flávio Gomes:

a delação premiada – nos moldes da Lei 8.072/90 – teve pouca ou nenhuma relevância, pois em que se pese a inegável introdução do benefício na legislação brasileira, mesmo com a inexistência da previsão legal sobre os requisitos para sua concessão, o que não impedia a sua aplicação, a questão é que nenhuma proteção foi oferecida ao delator, o que, obviamente, causava temor àquele que desejasse delatar seus comparsas, minimizando a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.(CERVINI, OLIVEIRA & GOMES, 1995, p. 32).

A Lei de organização criminosa – Lei nº 9.034/95 – foi omissa ao não ter explicado o conceito autônomo de criminalidade organizada ou mesmo de organização criminosa. A referida lei apenas pretendeu dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Mas, os art. 2º e 3º da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Convenção de Palermo –, ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 5.015/2004, conceituou não só o crime organizado, como também relacionou os crimes a ele afetos, o que não significa que nossa legislação penal possua um tipo específico, pois caberia a legislação ordinária, e esta não o fez, a tipificação da conduta “crime organizado”, o que, como já observado, não equivale ao crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, do CP. Tratou a Convenção, ainda, de descrever as informações consideradas graves, quais sejam, a participação em grupo organizado, lavagem de dinheiro ou de produto de crime, corrupção ou obstrução à justiça.

A convenção previu que o crime organizado se configura quando voltado para a prática de todo e qualquer crime cuja pena máxima privativa de liberdade é igual ou superior a quatro anos, além dos delitos específicos (lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça), o que implica desobediência à regra da taxatividade, criando uma norma penal demasiadamente ampla, cujo âmbito de incidência é por demais preocupante, em especial quanto às possibilidades de sua aplicação. A redação do artigo 1º da Lei 9.034/95, além de mencionar o delito de quadrilha ou bando, utiliza os termos *organizações e associações criminosas* para identificar o seu objeto. A má redação do dispositivo não oferece segurança, mas parece que o objetivo é equiparar as expressões para garantir a aplicabilidade da lei.

São pressupostos da delação premiada, nesta lei, a confissão, com todas as suas implicações, e a colaboração com as investigações, bem como é requisito o esclarecimento das infrações penais praticadas, pois o colaborador deve prestar informações de todos os crimes, praticados pela organização criminosa, de que tenha ciência. No entanto, se realmente um crime foi praticado, não há como negar o direito ao benefício, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

Assim, não está o delator, para obter o beneplácito, obrigado a identificar os demais participantes, apontando, individualizando ou de outra forma possível identificando as pessoas que de qualquer forma participaram do crime, pois a lei é expressa quanto à exigência do esclarecimento sobre autoria, o que implica restrição ao real objeto do dispositivo.

Walter Barbosa Bittar ainda acrescenta, que:

É evidente que a não revelação de todos os agentes envolvidos na prática criminosa influenciará o julgador no momento de mensurar a diminuição da pena, mas não será um obstáculo para o reconhecimento da aplicação do beneplácito da delação premiada. Assim, a aplicação do benefício restou bastante ampla, bastando que qualquer agente que, de alguma forma, tenha contribuído com uma organização criminosa possa ser agraciado com a delação, desde que preencha os pressupostos e requisitos já mencionados para tanto.

Com a Lei de lavagem de capitais – Lei nº 9.613/98 – passou a ser possível ao magistrado não somente a simples redução de um a dois terços da pena aplicada, pois foram acrescentadas novas possibilidades de prêmios a serem oferecidos ao delator: o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e, até mesmo, a isenção total da responsabilidade criminal.

Quanto às novidades introduzidas por essa norma, insta destacar a posição de Luiz Flávio Gomes:

A rigor, não houve a previsão apenas da delação premiada, mas também da intitulada “confissão premiada”. Por outro lado, se os esclarecimentos versam, apenas sobre a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, seria uma hipótese de mera confissão e, somente a *posteriori*, premiada. (GOMES, 1995, p. 343/344).

Outros aspectos interessantes da nova previsão legal da delação devem ser destacados, em especial quanto à melhor redação dessa norma, que foi clara ao estabelecer a possibilidade da concessão do prêmio ao autor, coautor ou partícipe, cuja distinção facilita a tarefa do intérprete, em especial, pelo respeito a técnica jurídica empregada.

Os requisitos são: em primeiro lugar, a exigência de colaboração espontânea, podendo ocorrer em qualquer fase da persecução (investigação ou processo penal), de modo que não pode a colaboração ser fruto de qualquer forma de ameaça, coação ou tortura. Segundo, as informações devem levar à comprovação da materialidade do crime e do outro participante envolvido. E como requisito alternativo tem-se a possibilidade da localização dos produtos, objetos do crime de lavagem, e a liberação da vítima. Por fim, a colaboração deve ser efetiva, caracterizada pela participação ativa do acusado na realização das diligências, na demonstração de um especial empenho pessoal no exitoso desdobramento das investigações.

Assim, preenchidos os mesmos, a concessão do beneplácito é medida que se impõe, não sendo mera faculdade do acusado.

A lei contempla três possíveis benefícios para o colaborador. Não há critério legal e jurisprudencial seguro que indique qual deles deve ser concedido em cada caso. Buscando estabelecer esses critérios da forma mais justa possível na concessão dos benefícios.

Na Lei de proteção à vítima e testemunha – lei nº 9.807/99 – a proteção não ficou restrita apenas àquele que tem vinculação ao procedimento criminal; ela pode ser estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendente, descendentes e dependentes, desde que presentes dois requisitos. Primeiro, que estas pessoas tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha; segundo, que a ameaça possa atingi-los de alguma forma.

O TCU² realizou um relatório relativo à delação premiada no Brasil, e constatou os seguintes problemas: falta de repasse regular de

² Avaliação do programa de assistência a vítimas e testemunha ameaçadas, p. 11.

verbas para as ONGs, comprometendo o funcionamento do programa; a não priorização, por parte do judiciário, dos processos envolvendo protegidos; deficiência na atuação das instâncias de supervisão dos programas; deficiência para garantir o acesso a serviços de saúde, educação e assistência social aos protegidos.

7. Pressupostos da delação premiada

São pressupostos de existência da delação premiada a confissão, a colaboração com as investigações, a espontaneidade ou voluntariedade e a validade.

Embora o termo **confissão** apareça expressamente, apenas em duas das normas que tratam do instituto no direito pátrio – art. 25, §2º, da Lei 7.492/86 e art. 16, § único, da Lei 8.137/90 – é elemento necessário à redução da pena nas hipóteses de delação. Apesar do termo utilizado nas referidas leis ter sido “confissão espontânea”, não é exigido do agente o arrependimento, pouco importando sua motivação, só não sendo permitida a confissão obtida sob forma de ameaça, coação ou tortura. (DELMANTO, 2006, p. 223).

A exigência da confissão ainda exige a análise desta, em conjunto com os demais elementos probatórios, pois sozinha não justifica juízo condenatório. E mais, se em juízo o delator não confirmar a revelação feita para a autoridade policial ou ao Ministério Público, não há que se falar em prova válida, tampouco advento da delação.

São as palavras de Aury Lopes Jr.:

Todos os elementos de convicção produzidos/obtidos no inquérito policial e que se pretenda valorar na sentença devem ser, necessariamente, repetidos na fase processual. Para aqueles que por sua natureza sejam irrepetíveis ou que o tempo possa tornar imprestáveis, existe a *produção antecipada de provas*. (LOPES JR., 2007, p. 294)

Entretanto, a simples confissão não basta para configurar a delação premiada. Faz-se necessário uma postura ativa do agente, ou seja, condutas que demonstrem a inequívoca vontade de colaborar com as autoridades nos esclarecimentos dos fatos.

A redação do art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86 exigiu somente a confissão espontânea e a revelação da trama delituosa, permitindo, no caso concreto, que o delator preste esclarecimentos sem indicar nomes ou outras provas, além de sua própria confissão, pois, se a investigação e o processo, por meio dessa confissão, vêm a conhecer os coautores e a materialidade delitiva, nada está a obstar a redução de pena, pois, a revelação da trama delituosa não impõe, necessariamente, a indicação de pessoas.

Revelar impõe, apenas, que por meio da delação, o agente informe às autoridades fatos desconhecidos, fazendo com que estas recebam outros elementos de prova que, até então, não possuíam, caso contrário, não há de se falar em revelação.

Importa ainda destacar, à não exigência da revelação de todos os nomes e pessoas envolvidas na trama criminosa que, no caso de tal opção do delator, mesmo que este forneça elementos importantes e desconhecidos pelas autoridades, tal atitude afetará, inapelavelmente, a mensuração por parte do magistrado, no momento do cálculo da diminuição da pena. Em face da delação, fica prejudicada a possibilidade da diminuição máxima a da reprimenda abstratamente cominada, quando o delator optar pela não revelação.

Para exigir que o delator **colabore na produção probatória**, as legislações pátrias utilizam diferentes termos ao fazer referência a uma mesma situação.

Na delação premiada, o termo denunciar foi empregado no sentido de revelar, expressão também usada em outras duas normas – art. 25, §2º, da Lei 7.492/86 e art. 16, § único, da Lei 8.137/90. Contudo, nas demais legislações, é possível verificar que o legislador deixa de lado o termo denúncia, utilizando acertadamente o termo colaboração.

Importa destacar que a colaboração, embora não esteja suficientemente detalhada, quanto ao seu conteúdo e alcance, não é postura muito mais ativa, no sentido de prestar informações, ao contrário da posição passiva da testemunha, e deve ser efetiva, com o colaborador sempre disposto a ajudar nos esclarecimentos dos fatos.

Se o delator recusar-se a não esclarecer dúvidas das autoridades, ou mesmo, negar-se a depor ou reconhecer outros comparsas, afeta diretamente a concessão do beneplácito, pois, em princípio, não cabe ao delator escolher os pontos em que aceitará colaborar ou não. (BITTAR, 2011, p. 173).

Em caso de colaboração parcial, depende de homologação judicial, mas, por si só, não inviabiliza a concessão do beneplácito, influenciando diretamente o *quantum* da redução da reprimenda, que fica sempre a cargo do juiz.

Outra questão muito debatida na doutrina é se a confissão e a **colaboração devem ser espontâneas ou simplesmente voluntárias**. A problemática surgiu em decorrência de o legislador ter utilizado, até a Lei 9.613/98 – Lei de Lavagem de Capitais, – o termo *espontânea*, e a partir da Lei 9.807/99 – Proteção a vítima e testemunhas – o termo *voluntário*. De um lado temos a premissa de que a lei não utiliza palavras inúteis, e de outro, sabemos da falta de rigor técnico dos nossos legisladores.

Luiz Flávio Gomes diferencia os dois termos:

No ato espontâneo a idéia, a iniciativa de praticá-lo emana do próprio agente; no ato voluntário não se exige que a idéia de praticá-lo seja do próprio agente. (GOMES & CERVINI, 2005, p. 135)

Porém, não parece que o objetivo do Estado com este instituto seja verificar a motivação do colaborador, até porque a decisão de colaborar pode advir de aconselhamentos do advogado, ou mesmo ser a única possibilidade de redução de pena, mas sim suas informações. O que se exige é que a colaboração não seja fruto de qualquer forma de ameaça, coação ou tortura contra o investigado por parte das

autoridades legais. Nesses casos não se poderia admitir a hipótese de delação premiada, mas sim, delação imposta, induzida, forçada etc, o que é incompatível com o ordenamento jurídico (BITTAR, 2011, p. 173).

O STF já exarou entendimento no sentido de que a voluntariedade ou não do agente independe para a configuração da delação. (STF – HC 68.641-9, Rel. Min. Celso de Mello, RT – 690/390)

Vale reproduzir o entendimento de Maria Tereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad:

Não importa que a conduta do delator tenha sido espontânea, pois tem o mesmo significado a delação que resulte de um arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido feita por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator. (MOURA; SAAD, 2003, p. 818).

Todavia, certo é que, tanto a colaboração espontânea, como a voluntária, são suficientes para a concessão da redução ou isenção da pena ao delator, obviamente desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Embora não exista norma exigindo expressamente a presença do advogado nos atos de colaboração com a justiça, é indispensável o defensor técnico para que a colaboração seja **válida**.

A presença do advogado nos institutos da transação penal, na suspensão condicional do processo e na delação premiada busca resguardar o devido processo legal e a ampla defesa, pois atesta a lisura do procedimento, demonstrando que o réu ou autuado teve a orientação necessária e que a sua decisão foi tomada sem nenhuma forma de coação. Na delação premiada, o defensor deve estar presente não só num momento de aceitação de prestar as informações, mas em todo e qualquer ato de colaboração. Assim, sempre que o colaborador for chamado para prestar a sua colaboração ou sanar

eventual dúvida, deve estar acompanhado de seu advogado para que as informações ali produzidas possam ser utilizadas no processo. (BITTAR, 2011, p. 176).

Mas quando houver divergência entre o pretense colaborador e seu advogado, a respeito da decisão de colaborar com a justiça, deve prevalecer a vontade do investigado – art. 89, §7º, da Lei 9.099/95. (BITTENCOURT, 1995, p. 96).

8. Requisitos

Para Luiz Flávio Gomes:

A depender do requisito abrangido pelas informações está-se diante de uma delação premiada ou confissão premiada, pois se o colaborador presta esclarecimentos que conduzam à apuração das informações penais e de sua autoria, isso significa *delação*, precisamente porque, para além de proclamar sua culpabilidade, acaba por envolver outras pessoas; de outro lado, se os esclarecimentos versam unicamente sobre a localização dos bens, direitos ou valores, objeto do crime, estamos diante de uma mera confissão. (CERVINI, OLIVEIRA & GOMES, 2006, p. 344).

Porém, existem razões importantes para não corroborar com a ideia acima, sendo os apontamentos de Walter Barbosa mais coerentes:

A delação premiada implica sempre colaboração com as autoridades. Porém, essa não exige que o resultado alcançado seja total. Desse modo, para a concessão do prêmio ao delator, basta que seus esclarecimentos, além de envolverem fatos desconhecidos das autoridades legais (posto que fatos já conhecidos ou que tenham sido apurados no decorrer da investigação ou do processo penal não se coadunam com o beneplácito), de qualquer forma, acrescentem à formação probatória elementos que só poderiam ser carregados pela via da delação.

Seria um contrassenso limitar a concessão da redução ou isenção da pena, somente aos casos em que o agente fornecesse todos os

dados necessários (e não apenas uma parte), pois, no caso concreto, tais elementos, ainda que parciais, podem ser importantes para o procedimento persecutório (precisamente uma das justificativas para que o Estado conceda o amplo benefício da redução da pena ao infrator). (BITTAR, 2011, p. 178)

Por fim, a confissão é um dos pressupostos da delação premiada, não existindo razão para sua distinção em delação premiada e confissão premiada.

Importa mensurar se as informações fornecidas pelo delator devem levar à comprovação da materialidade dos crimes e os outros participantes envolvidos.

A quantidade de crimes e de participantes delatados depende do conhecimento do colaborador e, certamente, será levada em consideração pelo juiz no momento da concessão do benefício.

Por outra parte, nada impede que outros autores sejam beneficiados, ou seja, não fica restrito a um único autor, pois de acordo com entendimento exarado pelo STJ, se a colaboração é eficaz, o direito do agente é manifesto. (RT – 819-553)

A eficácia exigida para a concessão do beneplácito não está restrita à revelação de nomes, que poderão ser esclarecidos durante a própria investigação ou processo, basta que, pelas informações prestados pelo delator, sejam conhecidos os coautores e outras provas carreadas a partir do que for esclarecido pelo colaborador e, por óbvio, sejam desconhecidos das autoridades legais até o momento da delação.

Como requisito alternativo, os esclarecimentos também podem ser dirigidos para a localização dos produtos, objetos do crime. A hipótese de localização parcial dos produtos do crime não inviabiliza, por si só, a concessão do benefício, desde que essa parcialidade seja a totalidade do conhecimento do colaborador, o que também deverá influenciar o julgador no momento de aferir a redução ou isenção de pena.

Já com relação à colaboração, é exigida para o delator, apenas, a efetividade, o que não se confunde com eficácia, como bem observa David Teixeira de Azevedo:

O auxílio efetivo é aquele caracterizado pela participação ativa do acusado na realização das diligências, na demonstração de um especial empenho pessoal no exitoso desdobramento das investigações. (AZEVEDO, 2003, p. 3-9)

Posição contrária é de Walter Bittar:

A concessão ou não do beneplácito não pode ficar à mercê da atuação estatal, pois o delator no seio do procedimento persecutório penal, ao aceitar a condição de colaborador, réu premiado, fica em evidente posição de vulnerabilidade, o que não pode ser utilizado contra este, em caso de insucesso, ou não eficácia de sua participação na investigação ou no processo. Caso não sobrevenha algum dos requisitos por culpa exclusiva dos representantes do poder estatal, não pode o colaborador arcar com um ônus que não lhe cabe, por não ter dado causa. (BITTAR, 2011, p. 180)

O STJ já firmou entendimento de que:

Se os autos demonstram que as informações prestadas foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima, é obrigatória a incidência do previsto no art. 159, §4º, do CP. (HC 26.325-ES, 5ª T.-j. 24/junho/2003 – Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 25/agosto/2003, in, RT – 819/553)

9. Benefícios da delação premiada

A lei brasileira contempla quatro possíveis benefícios para o colaborador, os quais são direito subjetivo do réu e um dever do juiz de aplicá-los, quais sejam:

1. Não aplicação da pena;
2. Diminuição de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da pena;

3. Cumprimento inicial da pena em regime aberto;
4. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Não havendo critério legal e jurisprudencial seguro que indique qual deles deve ser concedido em cada caso, buscando estabelecer critérios da forma mais justa possível na concessão dos benefícios, podendo o juiz se utilizar dos critérios de personalidade favoráveis à obtenção do prêmio, tais como: primariedade, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

10. Valor probatório

Pode-se afirmar que a delação premiada é fonte de prova, vez que, como observa Aury Lopes Jr.:

Ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença é meio de prova. (LOPES JR.,2006, p. 598)

A delação é prova *sui generis*, pois como não possui regulamentação de procedimento próprio, ser-lhe-ão aplicadas regras estabelecidas no CPP para interrogatório, confissão e testemunha.

As declarações dos colaboradores devem ser valoradas com extrema prudência, pois frequentemente estão condicionadas por um forte interesse pessoal e, segundo uma parte da doutrina, o estímulo a colaboração criado pela norma rende às declarações um traço não adequado da verdade, devendo o juiz, em cada caso, na valoração do meio de prova, sopesar profundamente os motivos que impeliram o agente a colaborar (MEHRENS, 2000, p. 341).

Segundo Loris D'Ambrosio (2002, p. 42/43), para que a delação premiada possa ser considerada como prova, além de respeitar os direitos e garantias estabelecidas na CFRB, devem ser observados: a credibilidade do declarante, através de dados como sua personalidade,

seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; posteriormente se analisa a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; por último valoram-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração.

O STF já exarou sua orientação, em dois julgados: primeiro no HC 74.368, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que estabeleceu que a delação, mesmo realizada em juízo, não pode ser prova suficiente para condenação alguma, usando como justificativa a falta do contraditório (HC 74.368-4/MG, DJ 28/11/1997, p. 62218, Ementa vol. 01893-02, p. 358).

Já, na ementa do RE 213.937 encontra-se o seguinte trecho: É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que no contexto, está consentânea com as demais provas coligadas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial, quando há referências a outras provas que respaldam a condenação (RE 213.937-8/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25/06/1999, p. 30, Ementa vol. 01956-06, p. 1181).

Assim, fica claro o entendimento de que a delação, por si só, não é suficiente para fundamentar uma condenação, devendo existir outras provas que corroborem as declarações realizadas pelo colaborador.

11. Implicações éticas

Uma das maiores críticas que a doutrina faz à delação premiada diz respeito às questões ético-morais de conceder benefícios ao delator. (COUTINHO & CARVALHO, 2006, p. 303). Pois um Estado Democrático de Direito não poderia estimular a conduta do colaborador de entregar seus pares, por ser baseada na traição e, por isto, antiética e imoral.

Segundo Roberto Soares Garcia:

O Estado não pode, (...) em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista, incentivar, premiar condutas que firam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se locupletar dessa violação. Ora, delação sempre é algo imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída. (GARCIA, 2006, p.2)

Embora em minoria³, existem vozes que, às vezes até reconhecendo a problemática questão ética, se colocam a favor do instituto. Para estes, a delação seria um mal necessário, pois apresenta utilidade na persecução penal.

Já para Eugênio Pacelli de Oliveira, não existe ética em grupos criminosos:

Ocorre que não existe nenhum dever moral do associado criminoso para com o seu bando e ou associação criminosa. O dever, quando presente, há de encontrar sua justificativa em códigos de conduta meramente individuais, particulares, sem qualquer pretensão de universalidade, dado que voltadas exatamente para a destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica. (OLIVEIRA, 2007, p.614)

Pode-se concluir que é imoral a traição, entretanto, é moral colaborar com a justiça, o que gera um impasse. Porém, é importante ter-se em conta que a moralidade deve ser analisada de forma separada da questão jurídica, pois são campos de investigação distintos.

³ Eduardo Araújo da Silva. Da moralidade da proteção dos réus colaboradores, p.5; e Alberto Zacharias Toron. Crimes hediondos, p. 102, NR.

12. Considerações finais

Mediante o presente trabalho, conclui-se que a delação premiada é um forte instrumento de combate ao crime organizado, pois as informações apresentadas pelo colaborador ao poder judiciário possibilita a cessação das atividades criminosas, sobretudo aquelas ligadas ao crime organizado que, pela sua forma de estruturação e operação, tornam mais difícil para a autoridade punir seus responsáveis com a utilização dos meios convencionais de investigação.

Conclui-se, ainda, pela constitucionalidade da delação premiada, reconhecendo que esta não fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade da pena, pois a iniciativa de delação é do agente, ou seja, não há qualquer ato de violência em relação ao sujeito. Mesmo sugerido por terceiros, respeita-se a liberdade de escolha do indivíduo e a decisão última é dele, não se interferindo em seu ânimo de delatar ou não.

As controvérsias que cercam o instituto da delação premiada são muitas, havendo posicionamentos contrários e favoráveis a sua aplicação. Se os que são contrários a sua utilização argumentam que ele fere a ética e atenta contra a confiança, elemento necessário para a coesão das relações sociais, os que advogam a seu favor argumentam que nada há de antiético e imoral na delação premiada. Na verdade, a ética deve ser vista em favor da sociedade, pois a obrigação é para com ela. O que existe realmente é o dever de colaborar para a elucidação do crime, pois esse é o interesse social.

Ante o exposto, conclui-se que a delação premiada está em conformidade com a ordem constitucional vigente, além de ser moral colaborar com a justiça e, para fundamentar uma eventual condenação, deve harmonizar com outros indícios e demais provas coletadas nos autos, sendo um importante instrumento de política criminal para a realização da persecução penal por parte do Estado.

Referências

- AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. In: Boletim IBCCRIM, fasc. 83. São Paulo, out. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BOLDT, Raphael apud FILHO, Agnaldo Simões Moreira. **Delação Premiada – breves considerações. Estudo crítico acerca da delação premiada e sua aplicação no direito brasileiro**. DireitoNet. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/02/3902/>. Acesso em: 24/8/2008.
- CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, 3ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 1993.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 9ª edição. São Paulo: Saraiva: 2005.
- CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Novos rumos do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de. **Leis penais especiais comentadas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- D'AMBROSIO, Loris. **Testemoni e Collaboratori di Giustizia**. Padova: Cedam, 2002.
- ESPAÑA, Elisa García. El premio a la colaboración con la justicia: especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Conares, 2005.

- FARALDO CABANA, Patrícia. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva. Crime organizado. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis especiais e sua interpretação**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- GARCIA, Roberto Soares. **Delação premiada: ética e moral, às favas**. In: Boletim IBCCRIM, fasc. 159. São Paulo, fev. 2006.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. **El premio a la corrupción administrativa**. Granada: Comares, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; **Legislação criminal especial**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: Estudos e pareceres**, 2ª edição. São Paulo: DPJ, 2009.
- INELLAS, Gabriel C. Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: 2000, p. 93 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 98.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- MEHRENS, Stefanie. **La disciplina tedesca sui collaboratri di giustizia per i reati commessi in forma organizzata**.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. In, **Código Penal e sua interpretação**, 8ª edição, Franco, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MUSCO, Enzo. **Los Colaboradores de la Justicia ente el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas**. Revista Penal, Barcelona, n. 2, jul. 1998.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- PENTEADO, Jaques de Carvalho. **Delação premiada**. In: FARIA COSTA, José Francisco de, SILVA, Marco Antônio Marques da (coord). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Da moralidade da proteção aos réus colaboradores**. In: Boletim IBCCRIM, fasc. 85. São Paulo, dez./1999.

SOUZA, José Alberto Sartório de. **Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fasc.2. Belo Horizonte, dez./1998.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos (o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Ricardo Alves Peres¹

RESUMO

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais caracteriza-se pela aplicação destes direitos nas relações jurídicas privadas. Assim, necessário analisar se é possível e de que forma se daria, no ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia dos direitos fundamentais nos conflitos de interesses entre particulares. A pesquisa bibliográfica e a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal permitem concluir sobre a possibilidade da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais no Brasil, sem a exclusão, entretanto, da incidência também indireta ou mediata. A eficácia horizontal implica a colisão de princípios, pois de um lado estará o direito fundamental que se pretende aplicar na relação jurídica privada e de outro estará a autonomia privada, que é decorrência do direito fundamental de liberdade. Assim, a solução dependerá da ponderação de interesses em conflito, lastreada no princípio da proporcionalidade e vislumbrando a dignidade da pessoa humana.

¹ Promotor de Justiça, pós-graduado em Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

1. Introdução

O estágio atual do Direito Constitucional, marcado pela força normativa da Constituição; a elevação dos princípios ao status de norma, ao lado das regras; a aproximação entre Direito e Moral; a judicialização de questões sociais e a preocupação com a efetividade dos direitos humanos possibilitaram o desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, assim, a aplicação desses direitos nas relações jurídicas privadas.

A doutrina e a jurisprudência encontram divergências quanto à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois de ambos os lados se encontram pessoas titulares desses direitos, não podendo a autonomia privada ser suprimida.

No Brasil, existe uma tendência dos operadores do Direito em adotar a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive há precedente do Supremo Tribunal Federal.

Tal situação ocorre em razão da previsão na Constituição da República de 1988 de um elenco grande de direitos fundamentais, inclusive implícitos, e a previsão expressa de sua aplicação imediata, sem restrições quanto às partes envolvidas, além da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

2. O conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais significa a incidência destes nas relações jurídicas privadas, não obstante tenham sido concebidos, historicamente, para a proteção do indivíduo em face do Estado. Segundo SARLET (2010a, p. 374), a eficácia horizontal também tem sido denominada na doutrina de eficácia

privada, eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros. Quanto à noção de eficácia horizontal, a lição do Professor Daniel Sarmento:

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal (SARMENTO, 2004, p. 05).

Fala-se que os direitos fundamentais foram concebidos para tutela do cidadão em relação ao poder estatal, pois esse foi o objetivo quando foram inseridos nas Constituições. Além disso, no paradigma do Estado Liberal a ordem jurídica possuía dois núcleos, quais sejam, a Constituição e o Código Civil. A primeira é que consagrava os direitos fundamentais e servia para as relações entre o indivíduo e o Estado. Por sua vez, o segundo era próprio para as relações entre os particulares:

Entretanto, a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada (SARMENTO, 2004, p. 27).

Notadamente no Estado Social, o centro do ordenamento jurídico passa a ser a Constituição, ensejando o fenômeno comumente denominado constitucionalização do Direito Privado. Nesse contexto, há uma interação entre Direito Público e Direito Privado, “interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer” (TARTUCE, 2008, p.

111). Há aqueles que sustentam, inclusive, a incompatibilidade da dicotomia Direito Público e Direito Privado no atual estágio do constitucionalismo:

Se, no contexto do constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta (ALMEIDA, 2008, p. 611).

Ressalta SARMENTO (2004, p. 06) que a grande dificuldade concernente ao tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas está na definição do modo como se dará, visto que a liberdade constitui direito fundamental do indivíduo, pelo que não pode suportar tal incidência da mesma forma que se dá com o Estado.

A expressão eficácia horizontal surgiu para se distinguir da eficácia vertical, que é a relação jurídica de poder entre o Estado e o indivíduo. Nos dizeres de VALE (2004, p. 96), nasce “de um contraste entre uma relação de equiparação e outra de subordinação”.

Sua necessidade surgiu do fato de que o Estado não é a única fonte de opressão sobre o indivíduo, em uma sociedade marcada pela desigualdade social e pela complexidade das relações jurídicas. Também entre particulares pode existir uma relação jurídica caracterizada pela opressão, onde a vontade de um lado se sobrepõe a vontade do outro, diante das circunstâncias fáticas.

Por exemplo, imagine uma cidade do interior do Brasil em que 80% (oitenta por cento) da população possui contrato com determinada operadora de plano de saúde, sendo que apenas um profissional de saúde especializado em radiologia é credenciado por esta operadora para a realização de exames e consultas.

Um segundo profissional, com a mesma especialidade, pede à operadora de plano de saúde seu credenciamento, comprovando documentalmente todos os requisitos para a prestação de serviços na área de radiologia. Poderia a operadora de plano de saúde negar o credenciamento sem justificativa ou com a finalidade de garantir a reserva de mercado daquele primeiro profissional?

Ressalte-se que o empresário em questão é pessoa jurídica de direito privado, pelo que possui liberdade contratual e autonomia privada em suas relações jurídicas. Numa visão conservadora ou tradicional, a princípio, não pode ser compelido a realizar contrato com o segundo profissional de saúde especializado em radiologia.

Por outro lado, a negativa de credenciamento do profissional, na hipótese, impossibilita a sua sobrevivência no mercado de trabalho, visto que a grande maioria da população, seus potenciais pacientes, possui contrato de plano de saúde com a operadora em questão e realizarão as consultas e exames com aquele que é credenciado.

Veja-se, portanto, que o profissional de saúde não credenciado se encontra oprimido por um particular, o empresário, e não pelo Estado. A conduta da operadora do plano de saúde, caso negue o credenciamento, pode ofender o direito fundamental à igualdade, visto que trata desigualmente dois profissionais com as mesmas qualificações e requisitos para a prestação dos serviços de saúde. Além disso, ofende a liberdade de exercício profissional, pois, diante das circunstâncias fáticas, é inviável o exercício da atividade sem o credenciamento no plano de saúde.

Assim delineada a questão, é possível perceber que de um lado está a autonomia privada do empresário, decorrência lógica do direito fundamental à liberdade, e do outro os direitos fundamentais à igualdade e liberdade de exercício profissional do cidadão. No exemplo dado, não há dúvida de que os direitos fundamentais devem incidir na relação jurídica privada para garantir o credenciamento deste junto à operadora de saúde. Interessante notar que, no caso, o credenciamento do profissional não gera prejuízo ao empresário, ao

passo que sua negativa tolhe direitos fundamentais do indivíduo.

Acredita-se que o exemplo dado é elucidativo para ressaltar a importância do tema da eficácia horizontal nas relações jurídicas privadas.

3. A evolução da teoria da Constituição como base da eficácia horizontal

A concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi possível em razão da evolução do Direito Constitucional, pelo que se faz necessário ressaltar as características do neoconstitucionalismo e destacar a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O termo “constitucionalismo”, ao longo da evolução teórica do Direito Constitucional, tem sido utilizado com diferentes significados, sendo que muitas ideias ainda serão estudadas e consolidadas, visto a dedicação à teoria da constituição cada vez mais crescente. A doutrina identifica, hoje, quatro sentidos para o constitucionalismo, conforme o Professor André Ramos Tavares (TAVARES, 2006, p. 02). Primeiro, como movimento político-social que pretende, historicamente, limitar o poder. Segundo, como a imposição de existência de cartas constitucionais escritas. Terceiro, como a função e posição das constituições nas diversas sociedades. Quarto e último, como a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2006, p. 02).

O professor CANOTILHO (1998, p. 02) identifica o constitucionalismo como técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Na sua precisa e moderna lição:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O

conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, sustenta que o constitucionalismo possui dois sentidos:

sentido amplo – é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e
sentido estrito – é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio (BULOS, 2010, p. 64).

Assim, no sentido amplo significa apenas a existência de normas, escritas ou não, que ordenam com supremacia determinado povo. No sentido estrito, interessante para o tema aqui estudado é o movimento constitucionalista mencionado, no trecho acima, de limitação de poder e garantia de direitos fundamentais, de caráter jurídico, social, político e ideológico (BULOS, 2010, p. 65).

No estudo da evolução do constitucionalismo, BULOS (2010, p. 66\68) trata do constitucionalismo primitivo, antigo, medieval, moderno, contemporâneo e do futuro ou do porvir. Identifica seis valores fundamentais do constitucionalismo do porvir, quais sejam: veracidade, solidariedade, continuidade, participatividade, integralidade e universalidade.

Dentro da mesma linha dos autores citados, NOVELINO (2009, p. 48) associa o constitucionalismo a três ideias básicas: “garantia dos direitos, separação dos poderes e princípio do governo limitado”. Sendo assim, observa-se que existem concepções meramente descritivas, como aquelas que identificam o constitucionalismo com a existência de constituição escrita ou com a evolução histórico-

constitucional. No entanto, as acepções modernas concebem o constitucionalismo como uma teoria consubstanciada em movimentos constitucionais de caráter político, ideológico, social e jurídico que buscam a limitação do poder estatal e a efetivação dos direitos humanos.

Nesse contexto de efetivação dos direitos humanos, o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo se caracteriza pela força normativa dos princípios, constitucionalização do Direito, reaproximação entre Direito e Moral e ativismo judicial. Notadamente, o neoconstitucionalismo é o campo fértil para se conceber a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Uma vez que as disposições definidoras dos direitos fundamentais são princípios, que possuem caráter normativo (ao lado das regras), encarnam valores que precisam ser observados por todos os aplicadores do Direito, e em qualquer caso, inclusive nas relações jurídicas privadas.

A partir da constitucionalização do Direito, a aplicação das normas jurídicas no caso concreto impõe a análise conforme a Constituição. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas levando-se em consideração a ordem principiológica constitucional. Daí é que, mesmo se tratando de uma relação privada, haverá irradiação das normas constitucionais, incidindo os direitos fundamentais no caso concreto.

Conforme já afirmado, no paradigma do Estado Liberal o papel dos direitos fundamentais era apenas proteger o cidadão da opressão exercida pelos poderes públicos. Assim, cabia ao Estado tão somente uma posição de abstenção em relação aos direitos individuais das pessoas.

Diante dos problemas crescentes no âmbito do Estado Liberal, como a intensa exclusão social e a opressão do mais fraco pelo mais forte, surge a necessidade de intervenção estatal e o desenvolvimento de direitos prestacionais, conhecidos como de 2ª geração ou dimensão, que são os direitos sociais e econômicos, intrinsecamente ligados à ideia de igualdade. O Estado, nesse momento, possui, então, o dever de realizar prestações positivas.

Feitas essas considerações, observa-se que os direitos fundamentais sempre foram concebidos como instrumentos de direitos subjetivos que podem ser reclamados pelo cidadão. Trata-se da dimensão subjetiva. A dimensão objetiva, por sua vez, significa que os direitos fundamentais também constituem os valores mais importantes de uma comunidade política. Considerando que são os valores mais importantes da ordem jurídica, cabe ao Estado o dever de agir segundo suas diretrizes. Assim, os direitos civis passam a exigir do Estado uma atuação positiva do Poder Público, tendente a garantir sua efetividade, e não apenas um dever de abstenção. Veja-se os pertinentes ensinamentos de Daniel Sarmento:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nesta linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”.

Com efeito, à medida que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas *limites* para o Estado, convertendo-se em *norte* da sua atuação. Tal fenômeno foi bem captado por Perez Luño, quando este assinalou que, com a passagem do modelo do Estado Liberal para o do Estado Social, *los derechos fundamentales han dejado de ser meros limites AL ejercicio del poder político, ou sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos* (SARMENTO, 2003, p. 03).

Diante das ideias aqui expostas é possível afirmar que a dimensão objetiva é a porta de entrada para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, porque os direitos, enquanto valores importantes da ordem jurídica democrática, devem ser observados por todos, inclusive os particulares, em suas relações jurídicas, limitando sua liberdade para resguardar a dignidade da pessoa humana. Concorda VALE (2004, p. 102) que “o desenvolvimento histórico de uma dimensão objetiva desses direitos lhes permite incidir sobre todas as relações jurídicas, públicas ou privadas”.

Sob outro enfoque, percebe-se que o exercício das liberdades individuais encontra delineamentos na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois deverão ser levados em consideração os interesses sociais, numa visão pluralística, ou seja, de toda a coletividade. Como os direitos fundamentais encerram os valores mais importantes da sociedade, tais valores devem ser lembrados, inclusive, na aplicação da dimensão subjetiva (SARMENTO, 2003, p. 04).

Outra não é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 2010, p. 145).

Interessante lembrar que SARMENTO (2003, p. 05) destaca a teoria dos *status*, de George Jellinek, como importante construção para o desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que o *status positivus* atribui ao cidadão direito subjetivo

de exigir uma prestação positiva do Estado. Vale lembrar a teoria supracitada:

A partir dessas premissas, Jellinek desenvolve sua teoria, que se baseia na existência de quatro diferentes *status* nas relações entre o indivíduo e o Estado: *status subiectiones*, *status negativus*, *status activus* e *status positivus*. O *status subiectiones* é aquele no qual o indivíduo é vislumbrado como súdito, sujeito ao poder estatal, em campo onde fica excluída a sua autodeterminação. Este *status* não corresponde a nenhum direito público subjetivo. Já no *status negativus* há o reconhecimento pela ordem jurídica e um espaço individual de liberdade, na qual não interfere o poder estatal. O indivíduo está investido numa pretensão jurídica de exigir uma abstenção por parte do Estado, que deve respeitar o espaço de autonomia privada individual. O *status activus*, por sua vez, equivale ao direito público subjetivo reconhecido ao cidadão de participar na formação da vontade do Estado, correspondendo aos atuais direitos políticos. E, finalmente, o *status positivus* é o que confere ao indivíduo o poder jurídico de reclamar alguma prestação positiva do Estado (SARMENTO, 2003, p. 05).

Exposta a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabe salientar que dela decorrem efeitos práticos importantes, como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção (SARMENTO, 2003, p. 15).

A eficácia irradiante significa que os direitos fundamentais produzem efeito sobre todo o ordenamento jurídico, pelo que sempre devem ser considerados pelo operador do Direito na interpretação das normas e sua aplicação no caso concreto. Está ligada à ideia de constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição e positivam os valores mais importantes da sociedade, sendo o centro da ordem jurídica. Como afirma Daniel Sarmento, “assentando-se na premissa de que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, a eficácia irradiante impõe uma nova leitura de todo o direito positivo” (SARMENTO, 2003, p. 16).

Interessante ressaltar que também o legislador ordinário e o Administrador Público deverão observar os direitos fundamentais ao realizarem suas atividades. Nesse contexto, o Código Civil deixa de ser centro do direito privado, pois a Constituição é o centro de todo o ordenamento jurídico.

Por sua vez, a teoria dos deveres estatais de proteção significa que o Estado tem por obrigação garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo contra as investidas de terceiros, exigindo-se ações positivas e não apenas sua abstenção. Nos dizeres de Daniel Sarmento:

Entende a mais autorizada doutrina que do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que podem sofrer em razão da atuação de terceiros. Portanto, esses direitos à proteção constituem direitos prestacionais *lato sensu*, já que envolvem uma atividade ativa por parte dos Poderes Públicos e não uma simples abstenção. Por isso, todas as dificuldades teóricas e práticas concernentes à tutela dos direitos de caráter prestacional (administração da escassez, reserva do possível, etc.) também aqui se aplicam” (SARMENTO, 2003, p. 23).

Segundo SARMENTO (2003, p. 24), é possível invocar a teoria do dever de proteção inclusive quando a lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais provenha de particulares ou de Estados estrangeiros, sendo que se dirige aos três Poderes da República, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que devem exercer suas atividades típicas e atípicas de forma a tutelar os direitos fundamentais.

4. Teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Conforme já afirmado anteriormente, a maioria da doutrina admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e as divergências se encontram na forma de efetivar tal eficácia, visto a necessidade de compatibilização entre a efetividade dos direitos fundamentais e a autonomia privada do particular. Existe um consenso de que a forma de incidência dos direitos fundamentais em face deste não pode ser a mesma em relação ao Estado, já que este somente pode fazer o que a lei determina, ao passo que àquele é permitido fazer o que a lei não proíbe. Desde já é possível concluir que ocorrerá uma colisão entre princípios. Daí a necessidade de abordar neste trabalho algumas teorias relativas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta sustenta a necessidade de interferência do legislador ordinário para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Parte do pressuposto de que os direitos fundamentais foram concebidos para a tutela do cidadão em face do Estado, pelo que somente podem ser invocados por aqueles como direitos subjetivos diante deste. Assim, os direitos fundamentais poderão ser aplicados nas relações jurídicas privadas através da legislação ordinária, que poderá se valer das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como o fez o Código Civil de 2002, que, segundo VALE (2004, p. 104), seriam “brechas de entrada dos valores constitucionais no âmbito privado”.

Sobre o tema, ensina Daniel Sarmento:

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta

dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricão dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais (SARMENTO, 2004, p. 239).

Ensina SARLET (2010a, p. 382) que é possível identificar a eficácia indireta dos direitos fundamentais no fenômeno da eficácia irradiante, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Vale a pena a transcrição:

Nas relações entre particulares – para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora as hipóteses excepcionais ventiladas -, é possível sustentar, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais, no âmbito do que os alemães denominam de eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), que pode ser reconduzida à perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado (SARLET, 2010a, p. 382).

A crítica feita pela doutrina a essa teoria é de que a complexidade das relações jurídicas no mundo contemporâneo, pelo seu dinamismo, impossibilita que o legislador possa prever todas as situações de conflito, “restando lacunas inevitáveis, que deixam desprotegidos certos direitos nas relações entre particulares” (VALE, 2004, p. 106).

A teoria da eficácia horizontal imediata ou direta defende que os direitos fundamentais podem ser aplicados às relações jurídicas privadas, independentemente de interferência do legislador ordinário.

Necessário ressaltar, todavia, que a incidência nas relações privadas deve ser ponderada com a autonomia privada dos particulares envolvidos. Na lição de Daniel Sarmento:

Cumprir destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado (SARMENTO, 2004, p. 246).

Não resta dúvida que são corretas as conclusões de VALE (2004, p. 116\117) no sentido de que as teorias da eficácia imediata e eficácia mediata não são incompatíveis, pois, uma vez existente norma infraconstitucional disciplinando determinado conflito entre particulares, esta deverá ser interpretada segundo os valores constitucionalmente consagrados, portanto, conforme os direitos fundamentais pertinentes, sendo certo que, tratando-se de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, serão preenchidos de conteúdo pelos direitos fundamentais. Por outro lado, não havendo norma infraconstitucional ou sendo esta inconstitucional, serão aplicados diretamente os direitos fundamentais.

Algumas teorias negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. SARMENTO destaca que os defensores da Teoria dos Deveres de Proteção sustentam que os direitos fundamentais geram deveres apenas ao Estado, pelo que eventual omissão deste na garantia daqueles deve ser resolvido no plano do controle constitucionalidade (2004, p. 259). Muito semelhante, portanto, à eficácia indireta, uma vez que para seus defensores ao legislador ordinário incumbiria garantir a projeção dos direitos fundamentais nas relações privadas, através das normas infraconstitucionais.

Menciona SARMENTO a Teoria da Convergência Estatista, segundo a qual o Poder Público sempre é o responsável por ofensas ou ameaças de ofensas aos direitos fundamentais, mesmo nas relações privadas, pelo que o problema de sua incidência em tais relações seria meramente aparente (2004, p. 262). VALE (2004, p. 111) denomina essa teoria de “eficácia produzida por direitos frente ao Estado”.

Parte da doutrina sustenta a inadmissibilidade da eficácia horizontal, a pretexto de que os direitos fundamentais somente podem ser invocados em face do Estado. A proteção diante do Estado é o espaço próprio dos direitos fundamentais e as relações privadas devem ser resolvidas dentro do Direito Privado, segundo os defensores da ideia (SARMENTO, 2004, p. 226). No Direito Constitucional norte-americano tal concepção prevalece e recebe o nome de Doutrina da *State Action*, que adota como fundamento o próprio texto da Constituição e a preservação da autonomia privada e autonomia dos Estados-membros, que possuem competência para legislar em matéria de Direito Privado e poderiam ser ameaçados pela União nesse âmbito de competência, caso argumentasse que estaria legislando em prol dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2004, p. 228\229). Os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais apenas quando assumem funções de caráter essencialmente público, conforme a Suprema Corte Norte-Americana, adotando teoria que denominou de “public function theory” (SARMENTO, 2004, p. 229\230).

5. A incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas no Brasil.

No Brasil a Constituição da República de 1988 prevê um extenso catálogo de direitos fundamentais, englobando direitos civis, políticos e sociais, individuais e transindividuais, explícitos ou

implícitos, inclusive previstos em tratados internacionais (artigo 5º, §2º), sendo certo que a maioria dos doutrinadores entende que os direitos fundamentais de liberdade possuem não apenas a dimensão subjetiva, mas também a dimensão objetiva, consagrando valores importantes para a sociedade e que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

De todo o exposto, já se constata que os direitos fundamentais formam, também e especialmente na ordem constitucional brasileira, um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas. Além do mais, verifica-se uma aceitação crescente da noção de que é possível extrair uma série de funções e efeitos, como, por exemplo, ocorre com os deveres de proteção estatais (e a correspondente noção de proibição de insuficiência ou de proteção deficiente, se assim preferirmos) e o reconhecimento de uma dimensão organizatória e procedimental (mas também democrático-participativa, no sentido de um *status activus processualis*, do qual nos fala Peter Hårbele) dos direitos fundamentais. Em função disso e da sua assim designada multifuncionalidade, também no Brasil os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva, portanto, com sendo tanto direitos de defesa quanto direitos prestacionais (SARLET, 2010b, p. 18).

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo SARMENTO (2004, p. 280\281), a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta ou imediata, porque a Constituição da República de 1988 possui perfil eminentemente social, prevê inúmeros direitos sociais voltados aos particulares, como os direitos trabalhistas, não havendo qualquer indicativo de que tenha direcionado os direitos fundamentais ao Poder Público. Além disso, o Brasil é marcado por elevada desigualdade social, o que ressoa nas relações privadas, mediante a opressão do mais forte sobre o mais fraco.

Com efeito, a Constituição elencou os direitos fundamentais e não direcionou sua eficácia apenas diante do Estado. Pelo contrário, a análise da ordem principiológica constitucional leva ao entendimento de que os valores consagrados devem incidir sobre todas as relações jurídicas.

Tal conclusão se torna ainda mais evidente quando considerado que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento da República, sendo concebida pela doutrina constitucionalista brasileira como o princípio do qual todos os outros são corolário. Veja-se a lição de Daniel Sarmento:

Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana – principal objetivo de uma ordem constitucional democrática – permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal (SARMENTO, 2004, p. 288).

Impossível esquecer que o parágrafo primeiro do artigo 5º, da Constituição Federal dispõe expressamente e sem restrições que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Observe-se que o constituinte fez uma opção política pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sem restringir a eficácia aos órgãos estatais. Assim, não cabe ao intérprete fazer tal restrição. Nesse sentido, leciona a melhor doutrina:

Embora a formulação adotada pela Constituição Brasileira não seja idêntica ao texto da Constituição portuguesa de 1976, que, no seu artigo 18, além de afirmar a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, expressamente inclui as entidades privadas no rol dos destinatários dos direitos, liberdades e garantias, a doutrina dominante no Brasil, assim como o próprio Supremo

Tribunal Federal, tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal e, portanto, como afirmação da plenitude eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares (SARLET, 2010b, p. 25).

Portanto, pode o julgador aplicar as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais diretamente nos casos concretos consubstanciados em relações privadas, quando as normas infraconstitucionais não disciplinarem suficientemente a questão em debate ou quando forem incompatíveis com aquelas. Nesta última hipótese, o aplicador do Direito estará declarando incidentalmente inconstitucionais as normas infraconstitucionais. Relembre-se que a irradiação dos valores consagrados na Constituição sobre todo o ordenamento jurídico impõe a leitura das regras conforme os princípios constitucionais (SARMENTO, 2004, p. 298).

Assim delineado o tema, observa-se que a existência de uma desigualdade fática não é um pressuposto para a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, mas notadamente servirá de parâmetro para a solução do caso concreto, no âmbito da ponderação de interesses envolvidos.

Como já afirmado anteriormente, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não possui o mesmo perfil da sua incidência em face do Estado. Nas relações privadas se encontra de ambos os lados pessoas detentoras de direitos fundamentais, pelo que o aplicador do Direito deverá se valer da ponderação para solução do caso concreto. De um lado estará a autonomia privada, inerente ao direito fundamental de liberdade, e de outro lado estará o direito fundamental que se pretende garantir a eficácia. Daí a necessidade de fixação de parâmetros para se evitar o excessivo subjetivismo dos Juízes (SARMENTO, 2004, p. 303).

Sendo assim, conforme leciona SARLET (2010a, p. 383) a solução dessa colisão de princípios deverá ocorrer através da

técnica de ponderação, de forma que os direitos fundamentais sejam harmonizados, preservando-se sua essência, impedindo-se, pois, o sacrifício completo de qualquer deles. O operador do Direito, então, deverá se valer do princípio da proporcionalidade e sempre vislumbrando a dignidade da pessoa humana.

O primeiro critério concebido por SARMENTO (2004, p.303) quanto à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é o “grau de desigualdade fática entre os envolvidos”, de modo que quanto maior a desigualdade fática entre as partes, maior será a incidência do direito fundamental e a autonomia privada cederá espaço, ao passo que quanto menor a desigualdade, maior será a presença desta e menor a incidência do direito fundamental. A justificativa para o critério em questão já foi mencionada, qual seja, a existência de opressão também por particulares, principalmente em uma sociedade desigual como a brasileira:

Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada (SARMENTO, 2004, p. 304).

O segundo critério é a essencialidade do bem jurídico protegido pelo direito fundamental, de forma que quanto mais essencial for o bem envolvido na relação jurídica privada, menor será a incidência da autonomia privada e maior a incidência do direito fundamental. Por outro lado, quanto menor a essencialidade do bem jurídico, maior será a proteção da autonomia privada (SARMENTO, 2004, p. 309). Um terceiro critério é apontado pelo mesmo doutrinador que seria a existência ou não de manifestação de vontade do cidadão que leva à

violação do direito fundamental, de forma que, em caso positivo, a proteção da autonomia privada será maior (SARMENTO, 2004, p. 311).

SARMENTO (2004, p. 310\312) sustenta, ainda, que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que não poderá levar à supressão da autodeterminação individual ou ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Cabe registrar a observação de FACCHINI NETO (2010, p. 65) no sentido de que as questões que se encontram na esfera da vida íntima das pessoas devem ser preservadas. Assim, valendo-se de um exemplo exagerado, mas elucidativo, um cidadão não estaria obrigado, em prol do princípio da igualdade, a convidar todos os vizinhos para sua festa de aniversário, pois se trata de uma questão de sua vida particular.

6. A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal (artigo 102), embora de forma implícita, acatou a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, visto que vem aplicando os direitos fundamentais nos litígios envolvendo particulares, independentemente da existência de norma infraconstitucional.

Com efeito, no Recurso Extraordinário n.º 201.819-8/RJ, o Supremo entendeu que uma sociedade civil não poderia excluir um sócio sem lhe garantir o direito fundamental à ampla defesa. Vale a transcrição da ementa:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO

DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer

garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).
IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu expressamente a aplicação direta dos direitos fundamentais, tendo ressaltado as peculiaridades do caso concreto, que envolvia o caráter público não estatal da atividade da entidade privada, cuja exclusão do sócio levaria a prejuízos à liberdade de exercício profissional:

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Assim também se posicionou o Ministro Joaquim Barbosa:

Da minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade ao âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deve verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera da autonomia privada do indivíduo.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello foi enfático:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal aplicou os direitos fundamentais diretamente às relações privadas em outras oportunidades, conforme as seguintes ementas:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757).

EMENTA: 1. Agravo regimental: necessidade de impugnação da motivação da decisão agravada e de modo convincente (RISTF, art. 317, § 1º): precedentes. 2. Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio, 2ª T., DJ 7.6.1996). 3. Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do artigo 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias: incidência das Súmulas 283 e 454. (AI 346501 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 25-02-2005 PP-00019 EMENT VOL-02181-02 PP-00320).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756).

7. Considerações Finais

Assim delineado o tema, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro o melhor entendimento é o de que os direitos fundamentais devem ser aplicados direta e imediatamente às relações jurídicas privadas, devendo-se, para tanto, o Juiz se valer da hermenêutica constitucional desenvolvida para a solução dos conflitos entre os princípios, ponderando os interesses envolvidos, com base no princípio da proporcionalidade e sempre norteado pela busca da garantia da dignidade da pessoa humana.

Cabe salientar que a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais não exclui a eficácia indireta ou mediata, visto que as normas infraconstitucionais que disciplinam as relações privadas devem ser interpretadas conforme a ordem principiológica constitucional, podendo o legislador, inclusive, utilizar de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, para dar maior plasticidade às normas a serem interpretadas e aplicadas no caso concreto.

Trata-se da posição doutrinária que mais se coaduna com a necessidade de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando os direitos fundamentais diretamente nas relações jurídicas privadas, embora não assuma expressamente a adoção de determinada teoria.

Não resta dúvida, entretanto, que se revela imprescindível a fixação de mais parâmetros ou critérios para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para nortear o Magistrado, evitando-se, assim, que as partes fiquem expostas ao subjetivismo do aplicador do Direito, problema este que não diz respeito apenas à eficácia horizontal, mas à própria solução de conflitos entre princípios consagrados constitucionalmente.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819/RJ, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=201819&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, 2ª Turma, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000118812&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 346501 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 25-02-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000011728&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000105588&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 5ª Ed., 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1998, Capítulo I – Constitucionalismo Antigo e Constitucionalismo Moderno; item A – Constituição e Constitucionalismo, pág. 45 a 55. Material da 1ª

aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 7ª Ed., 2ª Reimpressão, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 3ª Ed., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In Sampaio, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, Ano 2003, págs. 251 a 314 – Nota do Coordenador do Curso: “Os delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, aos quais se refere o autor do texto na página 18, foram posteriormente revogados pela Lei n.º 12.015, de 17 de agosto de 2009”. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP /REDE LFG.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31\68. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br\sist\conteudo\lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 28\05\2011. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: lei de introdução e parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

VALE, André Rufino do. **Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. **Direito público**, Porto Alegre, ano I, n. 6, p. 94-122, out-nov-dez. 2004.

Infração administrativa do artigo 249 do ECA por descumprimento de requisição do Conselho Tutelar

Interpretação na órbita do direito da criança e do adolescente

Sidney Fiori Junior¹
Renee do Ó Souza²

RESUMO

A pretensão do presente artigo é discutir e questionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que restringe a aplicação do artigo 249 da Lei 8.069/90 apenas aos pais ou responsáveis (ou decorrente de tutela ou guarda) que descumprem suas obrigações decorrentes do poder familiar. Urge a mudança dessa interpretação a fim de resguardar a coercibilidade da atuação do Conselho Tutelar frente a qualquer política pública omissa, como por exemplo, quando expede ao poder público requisições de vagas em centros de educação infantil ou em escolas.

¹ Promotor de Justiça da Infância e Juventude em Araguaína/TO. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude no Estado do Tocantins. Membro do GNMP. Membro da COPEIJE. Coordenador Estadual da ABMP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina/LFG. Email: sidneympto@hotmail.com.

² Promotor de Justiça da Infância e Juventude em Tangará da Serra/MT. Especialista em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Universidade de Cuiabá – Unic. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Universidade de Cuiabá – Unic e Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Fundação Escola Superior do MP do Rio Grande do Sul. Endereço: Email: reneesouza@hotmail.com.

1. Da natureza jurídica das infrações administrativas

As infrações administrativas são uma forma de expressão do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência Estatal na esfera privada, à medida que restringem direitos individuais em nome da coletividade.

A natureza do procedimento de apuração da infração administrativa desperta divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De um lado, há a tese que defende a natureza administrativa do procedimento. Na mão oposta, os que insistem na natureza jurisdicional.

Não obstante a plausibilidade das duas correntes doutrinárias, considerando que o próprio Estatuto imputou competência à Justiça da Infância e da Juventude para a aplicação de penalidade administrativa nos casos de infração contra norma de proteção a criança e ao adolescente (art. 148, inc. VI), resta evidenciada a natureza jurisdicional do procedimento.

Conforme expõe Ramos (2007, p. 633):

A violação de um preceito normativo, caracterizando uma infração administrativa, faz nascer o direito subjetivo da sociedade de exigir o respeito à ordem jurídica vigente.

[...]

Pela sistemática do Estatuto, tal pretensão da sociedade deve ser exigida judicialmente, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Tutelar, ou através de servidores públicos credenciados para tal, perante a Vara da Infância e da Juventude. A aplicação da penalidade pressupõe a intervenção do Poder Judiciário.

E essa intervenção não é meramente administrativa, pois é função do processo judicial compor a lide, resolver os conflitos segundo a ordem jurídica estabelecida.

Assim sendo, antes de ser iniciado o comentário das questões relativas ao procedimento de apuração de infração administrativa, é necessário falar brevemente a respeito das infrações administrativas do ECA.

2. As infrações administrativas contra as normas protetivas

Como destacado acima, as infrações administrativas representam uma das formas de manifestação do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência do Poder Público na esfera particular, por meio da restrição de direitos individuais, em nome da coletividade.

Na definição proposta por Ramos (2007, p. 394):

[...] as infrações administrativas são condutas contrárias a preceitos normativos que estabelecem uma ingerência do Estado na vida do particular, seja pessoa física ou jurídica, com vistas à proteção de interesses tutelados pela sociedade, com sanções de cunho administrativo, ou seja, restritivas de direitos, mas não restritivas de liberdade, geralmente importando num pagamento de uma multa pecuniária, suspensão do programa ou da atividade, fechamento de estabelecimento, apreensão do material inadequado ou simples advertência.

[...]

Em termos de escolha legislativa, o que representa um mero ilícito administrativo hoje poderá vir a ser um ilícito penal amanhã e vice-versa. Há uma consideração valorativa feita pelo legislador quanto a certos bens jurídicos, tendo como consequência a cominação de penas mais leves ou mais graves aos realizadores das condutas potencialmente ofensivas.

Sendo assim, apesar de seus efeitos serem diferentes, não há uma distinção explícita entre a sanção de natureza penal e a

sanção de natureza administrativa à medida que ambas decorrem da desobediência a uma norma de conduta e de controle social.

3. Da necessária interpretação favorável ao objeto jurídico protegido

Os argumentos mais comuns lançados nos precedentes do STJ e de outros tribunais dizem respeito à ilegitimidade da parte, notadamente do Poder Público, para figurar no polo passivo daquele comando normativo, eis que apenas os detentores do poder familiar, tutela ou guarda é que poderiam ser punidos pelo artigo 249 do ECA.

Observamos que o tipo administrativo em questão deve ser dividido em duas partes bem claras, *in verbis*:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Parece claro que a expressão “bem assim” dividiu o alcance da norma em duas situações diferentes, sendo a **primeira** dirigida aos pais ou responsáveis e a **segunda**, para toda a coletividade que descumpra, dolosa ou culposamente, as determinações do Conselho Tutelar ou do juiz de direito.

Não fosse assim, estaria comprometida a eficácia da Lei 8.069/90, que pretendeu dar ao conselho tutelar e ao juiz da infância e juventude poderes para proteger, de maneira eficiente, os direitos das crianças e adolescentes em situação de risco.

Evidente que a CR/88, quando expressamente elencou dentre os princípios da administração pública o da **eficiência**, bem assim, quando no art. 227 determinou que caberia à sociedade e ao Poder Público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, buscou dar concretude

às normas operacionais destinadas ao efetivo cumprimento das ordens emanadas pelas autoridades constituídas na seara de defesa, promoção e proteção do público infante-juvenil.

Para facilitar a compreensão da matéria, entendemos pertinente colacionar a íntegra do art. 100 da Lei 8.069/90, que explicita como deve ser INTERPRETADO o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem embargo da leitura do art. 6º, *in verbis*:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

Como afirmado, além destes princípios, temos que ler o Estatuto à luz da CR/88 e com observância do art. 6º do ECA, *in verbis*:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos

e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Logo, malgrado existam decisões jurisprudenciais no sentido de se responsabilizar apenas os pais ou responsáveis que descumpram seus deveres relacionados ao poder familiar, não nos parece justo ou adequado esse tipo de interpretação à luz da Lei 8.069/90, em cotejo com a normativa internacional e com a CR/88.

Na doutrina, existe a clara noção da necessidade de se dividir o art. 249 em duas partes, como, por exemplo, na obra de Valter Kenji Ishida:³

Sujeito ativo a pessoa que detenha o pátrio poder, a tutela ou a guarda: pai, tutor ou guardião (no caso da primeira figura). São os “sujeitos ativos qualificados, dos quais se exige capacidade penal especial, são também chamados pessoas qualificadas (intranei)” (Jesus, 1991, p. 151). Equipara-se a infração e teta aos “crimes de mão própria”, ou seja, aqueles que somente podem ser praticados pelo autor em pessoa, por exemplo: só pode descumprir o pátrio poder aquele que legitimamente o detenha.

No caso da segunda figura (“descumprir determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar”), é sujeito ativo qualquer pessoa que descumpra determinação do Conselho Tutelar ou da Autoridade Judiciária. Trata referido dispositivo de alta incidência na prática forense relacionada à infância e juventude, sendo no caso da Vara da Infância e Juventude de Itaquera, o de maior infringência.

Seria de melhor técnica que as duas figuras fossem dispostas em tipos diferentes por tratarem de tipos completamente diferentes: de um lado, tutela-se o real cumprimento das obrigações do pátrio poder e de outro, protege-se o cumprimento das determinações do

Conselho Tutelar ou do Juiz da infância e da Juventude.

³ ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência. 2010. Ed. Atlas. p. 514.

Neste sentido, também lecionam Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha⁴ que o artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta duas figuras típicas. A primeira refere a uma infração própria e a segunda a qualquer pessoa que desobedeça a determinação da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar, *in verbis*:

Percebe-se a existência de duas figuras típicas no mesmo artigo. A primeira se refere a uma infração própria, que somente poderá ser praticada por aqueles que possuem deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela e guarda. Na segunda figura, qualquer pessoa pode ser agente ativo, desde que desobedeça determinação da autoridade judiciária ou do conselho Tutelar.

A explicação possível para a existência de duas figuras típicas no mesmo dispositivo está no propósito de o ECA ter reunido no mesmo artigo o poder requisitório do Conselho Tutelar e sua consequência pecuniária. O foco do dispositivo foi sistematizar em um único artigo da lei, no capítulo referente a infrações administrativas, as consequências para o descumprimento das requisições do conselho tutelar. Esse poder de requisição do conselho tutelar encontra-se descrito no artigo 136, III, “a”, do ECA. O que ocorre na verdade entre esses dispositivos, levando em conta uma interpretação lógico-sistemática, é relação de complementaridade e coercibilidade entre este e aquele dispositivo.

A interpretação de que o artigo 249 do ECA somente alcança descumprimento de requisições do conselho tutelar endereçadas aos detentores do poder familiar, ignora a função social do sistema protetivo da infância e juventude e ignora que o Poder Público deve ser alcançado por esse dever de proteção.

De outro lado, é preciso registrar que o Conselho Tutelar somente poderá/deverá requisitar serviços públicos que figuram alguma espécie de medida de proteção, quando, inequivocamente, identificá-lo como existente e em funcionamento

⁴ ROSSATO, Luciano Alves, et AL, Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, 2010, pag. 580)

no município, a exemplo da requisição de vagas na rede pública. Se certo que realmente não existe a vaga, o problema é mais sério, sendo dever do conselho tutelar tão-somente encaminhar o caso para o Ministério Público, nos termos do artigo 220, do ECA, para o fim deste atuar na esfera extrajudicial (TAC) ou na esfera judicial (ACP, Mandado de Segurança, etc.).

Aliás, infelizmente, essa falta de vaga escolar tem sido bastante constatada na linha da Educação Infantil pelo Brasil afora, cujos municípios não têm cumprido os preceitos constitucionais e infraconstitucionais. De nada adianta o Conselho Tutelar requisitar vaga e matrícula para creche ou pré-escola inexistentes ou com déficit de vaga, pois o município não estará obrigado a cumprir requisição inquisitiva que importe em intromissão no seu erário, pois não lhe foi oportunizado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

O legislador ordinário, ao elaborar o ECA, quando estabeleceu o poder/dever ao Conselho Tutelar para requisitar serviços públicos, bem como quando conferiu atribuição legal para aplicar medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VII, partiu da premissa que todas as políticas públicas e sociais estariam criadas e em funcionamento em prazo exíguo, conforme se observa do comando do artigo 259 e parágrafo único. A exceção seria a política de atendimento não existir ou restar insuficiente para atender à demanda. Se a expectativa legal tivesse sido cumprida por todos os entes da federação, o Conselho Tutelar teria muito maior força para atuar, pois seu poder de requisição teria manifesta efetividade, haja vista que haveria equipamento público para encaminhar as crianças, os adolescentes e seus respectivos familiares.

Entretanto, o contrário é o que prevaleceu até os dias de hoje, mesmo depois de 22 anos de vigência do ECA. Raro é encontrar nesse país um município que possua uma rede integrada de políticas públicas e sociais de atendimento à criança e ao adolescente, bem como de atendimento aos seus respectivos familiares.

Diante do caos e da inexistência de políticas de atendimento, o Conselho Tutelar deve acionar o Ministério Público (art. 220, ECA) para os fins previstos na Lei nº 8.069/90. Mas somente isso não bastará, pois ele terá que atuar, por meio de seus membros, como agente político, e assessorar o Poder Executivo na elaboração do orçamento público, nos termos do artigo 136, IX, do ECA.

Portanto, partindo da premissa que o Conselho Tutelar requisitou um serviço existente no município e que sua requisição foi sonoramente descumprida, há que se incidir a aludida infração administrativa contra o gestor omissor.

Preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello⁵:

Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infrações, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhe demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isso é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

A optar-se pela interpretação de que a norma não se aplica à conduta dos gestores, estar-se-ia, literalmente, a legalizar e a conceder “ares de licitude” a uma conduta por demais ofensiva a vários princípios e preceitos legais previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como já exaustivamente declinado.

A infração administrativa tem assim uma função coercitiva e punitiva que recai ao administrador público. Essa coerção judicial pessoal sobre a atuação do administrador público visa evitar

⁵ MELLO Celso Antonio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 2004, pag. 744.

justamente eventual dano exclusivo ao erário, além de demovê-lo da vontade de resistir aos comandos decorrentes dos provimentos jurisdicionais, resgatando o próprio valor do Estado Democrático de Direito e encontra amparo também no artigo 216 do ECA, que prevê um sistema de responsabilidade diferenciado para o administrador público que se omite em cumprir seus deveres frente aos direitos das crianças e adolescentes.

A interpretação restrita dada por alguns se revela ainda, segundo pensamos, *contra legem*, e despe o Conselho Tutelar de sua função fiscalizatória em face do poder público, o que em última análise anula o comando emergente do artigo 136, III, “a”, do ECA. Esse entendimento sepulcra a efetivação da proteção integral constitucional, aleija a prioridade absoluta e faz ouvidos moucos ao melhor interesse da infância e juventude.

Sem a função infracional do artigo 249 do ECA em face de representantes do Poder Público, o Conselho Tutelar perde coercibilidade, o que também atenta contra a desjudicialização dos conflitos pretendidos pela legislação estatutária.

Eventuais lesões aos direitos infanto-juvenis serão, exclusivamente, debeladas pelo judiciário, o que certamente é contraproducente diante da atual realidade brasileira.

A mudança desse paradigma é urgentíssima. Conclama-se para uma interpretação que atenda a esses propósitos e princípios.

A hermenêutica pretendida é resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvida pela justiça, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitindo uma solução mais justa e eficiente dentre as possíveis.

Foi nessa linha que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desproveu Recurso da Secretaria de Educação de Injuí que Apelou contra sentença que condenou a Secretária Municipal ao pagamento

da pena pecuniária por ter negado vaga a crianças em uma creche próximo à sua casa. Nesse entendimento o Relator Desembargador Dr. Alfredo Guilherme Englert, acompanhado unanimemente, nos brinda com uma lição:

“(…) Nesta seara, o atendimento de crianças e adolescentes deve ocorrer em primeiro plano pela Administração Pública, o que, por si apenas, já é suficiente para estabelecer a responsabilização da Secretária de Educação pela inexistência de vaga para educação infantil.”(…)

(…) “Acrescento, ainda, que, apesar da argumentação da recorrente, exsurge dos autos a não-comprovação da inexistência da vaga em tela. **Ora, na medida em que havia a determinação do Conselho Tutelar, e essa não foi cumprida, a atuação da ora apelante tipificou a conduta prevista no art. 249, do ECA.**(…) grifo nosso (APELAÇÃO CÍVEL. APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. NEGATIVA, POR PARTE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE IJUÍ, DE INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE MUNICIPAL, APESAR DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR MUNICIPAL. ATUAÇÃO QUE TIPIFICOU A HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 249, DO ECA. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS. 8ª C. Cív. Ap. Cív. nº 70007911084. Rel. Alfredo Guilherme Englert. J. em 04/03/2004).

Outrossim, o princípio da proteção integral esculpido no art. 227 da CR/88 não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela criança, por meio do legislador constituinte. O princípio é alicerçado pela condição peculiar da criança e adolescente de serem pessoas em desenvolvimento, ante sua fragilidade (orgânica, social, econômica, familiar, etc) de pessoa em formação.

A prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral, Poder Público. A preferência de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, assegurada a crianças e adolescentes, é a primeira garantia de prioridade estabelecida no parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8069/90.

Na prestação de serviços públicos e de relevância pública, crianças e jovens também gozam de prioridade.

Por sua vez, o melhor interesse, princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador da norma, determina a prioridade das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, decorrente de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

4. Direitos fundamentais e positivos

A ofensa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes se materializa diariamente nas constantes requisições do Conselho Tutelar desatendidas por maus gestores de todas as áreas, seja na educação, saúde, serviço social, que, como consequência, negam os direitos mais básicos a tais cidadãos. Além do abandono promovido pelo Estado, verifica-se desatendimento das normas acima referidas, em especial ao art. 227 da CR/88, que não custa repetir:

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

§ 4º A LEI PUNIRÁ SEVERAMENTE O ABUSO, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Observa-se que a Constituição Federal, que adentrou o mundo jurídico nacional em 1988, claramente firmou que a sociedade brasileira deverá estar empenhada na proteção integral de crianças e adolescentes, e, para isso, postou que instrumentos seriam criados para punição dos transgressores.

Foi nessa esteira que surgiu em 1990, a Lei nº 8.069, conhecida pelo nome de Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo no início de sua codificação, eis um dos regramentos mestres:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Encontra-se clarividente na letra da lei serem as crianças e adolescentes titulares de direitos e, no caso, mercedores de atenção quanto a peculiaridade de serem pessoas em desenvolvimento, **devendo receber dos pais, sociedade e poder público**, respeito e dignidade, além de proteção integral (físico, mental, moral, espiritual e social).

Ocorrendo violação a esses direitos há nítida necessidade de se coibir tais ofensas, seja quem for o responsável por tal violação.

5. Conclusão

A melhor hermenêutica ao **art. 249 do ECA** é garantir-lhe comando coercitivo a qualquer pessoa que descumpra a requisição expedida pelo Conselho Tutelar (adequada sob a perspectiva da existência do serviço ou programa demandado), afinal, (1) a lei 8069/90 dispõe de um sistema de proteção integral à criança e ao adolescente. (2) Esse sistema impede qualquer forma de violação, ativa ou omissiva, dos direitos infanto-juvenis, seja praticada pelos pais, responsáveis, família ou Estado.

A mudança de paradigma interpretativo desse dispositivo busca resguardar a integridade e integralidade do sistema protetivo

da lei 8069/90. Promove-se a prosperidade dos direitos das crianças e adolescentes, melhorando seus padrões de vida e os impulsionando ao pleno acesso à cidadania.

Esta revista foi composta na tipologia Times New Roman 12/16 para o texto e CG Ômega 20/22 para os títulos, foi impressa no papel AP 75g/m² para o miolo e Cartão Triplex 250g/m² para a capa.