

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 9
Janeiro/Dezembro 2015

A Revista Jurídica do Ministério Público publica sua mais nova edição, trazendo à comunidade jurídica novos elementos para qualificar o debate acadêmico e, conseqüentemente, aprimorar a atuação dos autores sociais.

Transitando em áreas de intensa atuação do Ministério Público, como o Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Ambiental, Direito Penal e Processo Penal, a obra traz à baila discussões sobre a celeumas jurídicas que envolveram profundamente a sociedade brasileira, a exemplo da discussão envolvendo a vaquejada, os novos rumos da política criminal e penitenciária brasileira, o modelo processual acusatório, a política ambiental e a questão dos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.

Com isso, a obra se consolida como um importante instrumento de produção científica no campo do Direito, movimentando a comunidade científica para a produção constante de saberes necessários ao aprimoramento dos instrumentos e institutos jurídicos.

Bertrand de Araújo Asfora
Procurador-Geral de Justiça



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

BERTRAND DE ARAÚJO ASFORA
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS
1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

VALBERTO COSME DE LIRA
2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

LUCIANO DE ALMEIDA MARACAJÁ
CORREGEDOR-GERAL

JOÃO ARLINDO CORREA NETO
SECRETÁRIO-GERAL

JOSÉ RAIMUNDO LIMA
DIRETOR DO CEAF

LÚCIO MENDES CAVALCANTE
COORDENADOR DO CEAF

REVISÃO:
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

FOTOS:
ARQUIVO DO MEMORIAL DO MPPB

IMPRESSÃO:
A UNIÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br
Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 7, n.9. (jan./dez.2015-).
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

José Raimundo de Lima

PRESIDENTE

Lúcio Mendes Cavalcante

SECRETÁRIO

Doriel Veloso Gouveia

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena

PROCURADORA DE JUSTIÇA

Francisco Bergson Gomes Formiga Barros

PROMOTOR DE JUSTIÇA

José Farias de Sousa Filho

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato

PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga

PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias

PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes
OFICIAL DE PROMOTORIA - NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr
DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Irenylza Carla Alves de Almeida
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Lúcia de Fátima Lucena da Costa
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Maria Cristina Furtado de Almeida
OFICIAL DE PROMOTORIA

Roberta Pereira Cabral
OFICIAL DE PROMOTORIA

Telma Brasil Lombardi
ADMINISTRADORA

Maria de Fátima Melo Bahia de Almeida
ASSISTENTE SOCIAL

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público
Francisco Bergson Gomes Formiga Barros
PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público
José Farias de Sousa Filho
DIRETOR-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Bertrand de Araújo Asfora - Presidente
José Marcos Navarro Serrano
Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo
Janete Maria Ismael da Costa Macedo
Lúcia de Fátima Maia de Farias
Alcides Orlando de Moura Jansen
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
Doriel Veloso Gouveia
José Raimundo de Lima
Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos
Marcus Vilar Souto Maior
José Roseno Neto
Francisco Sagres Macedo Vieira
Nelson Antônio Cavalcante Lemos
Marilene de Lima Campos de Carvalho
Jacilene Nicolau Faustino Gomes
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes
Valberto Cosme de Lira
Luciano de Almeida Maracajá
Herbert Douglas Targino

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Bertrand de Araújo Asfora
Presidente

Luciano de Almeida Maracajá
Corregedor-Geral

José Marcos Navarro Serrano
Nelson Antônio Cavalcanti Lemos
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes
Valberto Cosme de Lira
João Arlindo Correa Neto

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macêdo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Valberto Cosme de Lira, Luciano de Almeida Maracajá, Herbert Douglas Targino.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulâmpio Duarte, Sônia Maria de Paula Maia, Francisco Antônio de Sarmento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueiredo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani

Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vítório Serafin, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral, Marcus Antonius da Silva Leite, Ana Caroline Almeida Moreira.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Aldenor de Medeiros Batista, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Adriana de França Campos, Sandra Regina Lauria Paulo Neto de Melo, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Ranieri da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva Pires de Sá,

Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite de Amorim, Luciara Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábila Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa Rocha, Glauco Coutinho Nóbrega, Leonardo Quintans Coutinho, José Carlos Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins, Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Uirassu de Melo Medeiros, Pedro Henrique de Freitas Andrade, Leidimar Carneiro Rocha dos Santos, Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel Wanderley de Sousa Neto, Sarah Araújo Viana, Samuel Miranda Colares, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa Bezerra.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves Mueller.

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Ernani Lucas Nunes Menezes, Thomaz Ilton Ferreira dos Santos.

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Ana Celecina da Costa Rangel

Advogada
Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário de João Pessoa –
UNIPÊ
Especialista em Gestão Ambiental
pela Faculdade Integrada de
Jacarepaguá – FIJ
Mestranda do Programa Regional
de Pós-Graduação em
Desenvolvimento e Meio Ambiente
(PRODEMA) – UFPB

Dayanna de Sousa Catão

Bacharela em Direito
Pós-Graduação pela FESMIP
Assessora Jurídica de Promotor de
Justiça

Larissa Mateus de Sales

Bacharela em Direito pela
Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB
Especialista em Direito Processual
Penal pela Universidade
Anhanguera – UNIDERP

Liana Espínola Pereira de Carvalho

Promotora de Justiça no Estado da
Paraíba
Especialista em Ciências Criminais
pelo Centro Universitário de João
Pessoa – UNIPÊ

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no Estado da
Paraíba
Graduada pela UFPB e Université
de Poitiers na França
Especialista em Política Criminal,
Segurança Pública e Criminologia
pela Anhanguera – UNIDERP

Luciana Melo de Mattos Brito

Bacharela em Direito pela
FACISA
Jornalista pela Universidade
Federal da Paraíba - UFPB
Pós-Graduada em Direito Penal,
Processo Penal e Segurança
Pública na FESP
Assessora Jurídica de Promotor de
Justiça

Rennan Felipe Cardoso Lucas

Bacharel em Direito pela
Universidade Estadual da Paraíba
- UEPB

Rodolfo de Paiva Araújo Pontes

Bacharel em Direito pela UFPB
Especialista em Prática Judicante
pela Universidade Estadual da
Paraíba - UEPB
Assessor Jurídico de Promotor de
Justiça



1ª Sede do MPPB
Edifício do Tesouro - atual Comando Geral da Polícia Militar
Praça Pedro Américo - Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)

Se o Direito é, como dizem, arte, ciência e técnica, o seu conceito, seus propósitos e, sobretudo, o seu “fazer” têm que estar sob constante reflexão, primordialmente em um período no qual se verifica uma avassaladora revolução tecnológica, que está alterando completamente as relações sociais e o mundo do trabalho.

Com efeito, se simples aplicativos de dispositivos móveis ou *softwares* têm eliminado por completo setores, profissões e atividades econômicas, é preciso não esquecer, por outro lado, que novos campos de trabalho e oportunidades têm surgido, e os profissionais do Direito não podem e nem devem ficar alheios a esta realidade. Não se pode ignorar, por exemplo, que a inteligência artificial poderá substituir com bastante eficiência o desempenho de determinadas atividades que hoje ocupam grande parte do tempo dos profissionais do Direito, criando, entretanto, mais tempo e disponibilidade para o salutar exercício do que o sociólogo Domenico De Masi denomina de “o ócio criativo”.

Estar atento às mudanças e antever tendências são características fundamentais das instituições e corporações fortes, de modo que todos os veículos científicos destinados a discutir as grandes questões jurídicas são espaços fundamentais de crescimento estratégico para instituições que buscam repensar suas práticas em busca do aprimoramento.

Dito isto, o Ministério Público do Estado da Paraíba, ao lançar mais este volume de sua Revista Jurídica, reafirma seu compromisso de continuar a servir como farol, abrindo espaço para reflexões e discussões sobre questões imprescindíveis à compreensão deste período de incertezas e de certo desnorreamento que acomete a vida contemporânea, características intrínsecas a uma sociedade que transita no que Bauman chama de “modernidade líquida”, onde as certezas se esvaem e onde, mais do que nunca, os juristas devem realizar um esforço de compreensão e reflexão de sua arte, de sua técnica e de sua ciência.

José Raimundo de Lima
Procurador de Justiça
Diretor do CEAJF
Presidente do Conselho Editorial

SUMÁRIO



2ª Sede do MPPB
Liceu Paraibano - Antiga Faculdade de Direito - UFPB
Praça João Pessoa - Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)

SUMÁRIO

1 DIREITO CONSTITUCIONAL

Vaquejada: cultura x maus tratos..... 25
Liana Espínola Pereira de Carvalho

2 DIREITOS HUMANOS

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à hierarquia das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos..... 55
Luciara Lima Simeão Moura

3 DIREITO AMBIENTAL

Contribuições interinstitucionais entre o Ministério Público e as polícias com vistas à proteção do meio ambiente: competências e formas da atuação no Estado da Paraíba..... 81
Ana Celecina da Costa Rangel

4 DIREITO PENAL

O modelo integrador: uma via alternativa ao sistema legal..... 117
Luciara Lima Simeão Moura

Os rumos da política penitenciária brasileira em um cenário de hipertrofia do direito penal e precariedade do sistema prisional..... 131
Rodolfo de Paiva Araújo Pontes

Roleta russa: uma “brincadeira fatal de difícil enquadramento penal..... 159
Luciana Melo de Mattos Brito e Rennan Felipe Cardoso Lucas

5 PROCESSO PENAL

A iniciativa probatória do juiz na fase investigatória do processo penal..... 191
Larissa Mateus de Sales

Mistificação do princípio da identidade física do promotor e seu antagonismo com o postulado do promotor natural..... 211
Dayanna de Sousa Catão

1 DIREITO CONSTITUCIONAL



3ª Sede do MPPB
Palácio da Redenção - atual Palácio do Governo do Estado da Paraíba
Praça João Pessoa - Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)

VAQUEJADA: CULTURA x MAUS TRATOS

Liana Espínola Pereira de Carvalho
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a vaquejada à luz da Constituição Federal. Buscar-se-á o contraponto entre a manifestação cultural e o crime de maus tratos contra os animais. A vaquejada é uma ação em que duas pessoas a cavalo, os vaqueiros, buscam derrubar um boi, puxando-o pelo rabo, dentro dos limites de uma demarcação a cal. Trata-se de cultura, sobretudo do Nordeste brasileiro, para o que se pretende o *status* de esporte. As opiniões sobre o assunto são conflitantes. Os defensores da prática sustentam que se trata de um elemento cultural amparado pelo art. 215, § 1º da Constituição Federal, que garante a todos *o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional*. Contudo, também sob a égide constitucional pátria, contrapõe-se o art. 225, § 1º, VII, que trata do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; incumbindo ao Poder Público *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a crueldade*. A análise aqui realizada é, principalmente, de base teórica. Para isso, foi utilizada uma ampla pesquisa bibliográfica, mormente entre os autores nacionais, através de uma variedade de tratados e artigos publicados em revistas científicas respeitadas. Com efeito, a tese ora defendida é a de que nenhuma manifestação cultural deve servir de fundamento para o cometimento de crime. Portanto, neste trabalho, defender-se-á que as vaquejadas devem ser coibidas pelo Poder Público, por configurar crime de maus tratos contra os animais (art. 32 da Lei nº 9.605/98) e por ser prática vedada pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Vaquejada. Manifestação cultural. Maus tratos.

Abstract

This work analyzes the event *vaquejada* under the light of the Federal Constitution. Searching the counterpoint between the cultural expression and the crime of animals mistreatment. *Vaquejada* is an action in which two people on horseback, the cowboys, seek to bring down a bull by pulling it by the tail, within the limits of a demarcation

lime. This is especially culture of Northeast Brazil, where it is intended the sport status.

Opinions on the issue are conflicting. Proponents of the practice argue that it is a cultural element supported by art. 215, § 1 of the Constitution, which guarantees everyone the full exercise of cultural rights and access to sources of national culture. However, also under the constitutional aegis country, opposes the art. 225, § 1, VII, which deals with the right of all to an ecologically balanced environment. Instructing the Government to protect fauna and flora, sealed, according to the law, the practices that subject animals to cruelty. The research here undertaken is mainly theoretical basis. For this, an extensive literature search was used, particularly between national authors, through a variety of treaties and articles published in the most respected scientific journals. Indeed, the thesis defended herein is that none cultural event should serve as a basis for the commission of crime. Therefore, in this work, we will defend that *vaquejadas* must be curbed by the Government, because it is crime of animal abuse (art. 32 of Law n° 9.605/98) and prohibited practice by the Constitution.

Keywords: Vaquejada. Cultural event. Mistreatment.

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar a vaquejada à luz da Constituição Federal. Buscar-se-á o contraponto entre a manifestação cultural e o crime de maus tratos contra os animais.

A vaquejada é uma ação em que duas pessoas a cavalo, os vaqueiros, buscam derrubar um boi, puxando-o pelo rabo, dentro dos limites de uma demarcação a cal. Trata-se de cultura, sobretudo do Nordeste brasileiro, para o que se pretende o *status* de esporte.

As opiniões sobre o assunto são conflitantes, havendo representantes contrapostos entre os que exploram o evento e os que defendem os animais. Tanto que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal. A corte deverá decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. Contudo, a sessão em que a questão seria decidida foi suspensa, no dia 12 de agosto de 2015, por um pedido de vista dos autos pelo Ministro Roberto Barroso.

Os defensores da prática sustentam que se trata de um elemento cultural amparado pelo texto do art. 215, § 1º da Constituição Federal. Ademais, defendem que o evento atrai verbas do turismo, incrementando a economia local e gerando empregos, ainda que temporários.

Todavia, também sob a égide constitucional pátria, há o art. 225, § 1º, VII, que incumbe ao Poder Público *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade*.

Com efeito, a tese ora defendida é a de que nenhuma manifestação cultural deve servir de fundamento para o cometimento de crime. Portanto, as vaquejadas deveriam ser coibidas pelo Poder Público, por configurar crime de maus tratos (art. 32 da Lei nº 9.605/98) e por ser prática vedada pela Constituição Federal.

2 Vaquejada e cultura

A vaquejada é uma prática notadamente do Nordeste brasileiro, em que, como dito, duas pessoas a cavalo buscam derrubar um boi, puxando-o pelo rabo, dentro dos limites de uma demarcação a cal. É uma competição em que se sagra vencedora a dupla que atingir maior pontuação de acordo com critérios previstos para a derrubada, demonstrando a habilidade da dupla na lida com cavalos e gado.

A prática teve origem na necessidade de outrora reunir o gado que era criado solto à época do coronelismo.

Nos primórdios, a vaquejada exaltava o fim festivo para os trabalhos de reunir, marcar, castrar o gado e se chamava a *feira da apartação* do gado.

Já, nos idos dos anos 1940, os coronéis começaram a organizar torneios de vaquejadas, em que os participantes eram seus peões, e os patrões faziam apostas entre si, mas ainda sem prêmios oficiais aos vencedores.

Ao longo do tempo, as vaquejadas se firmaram no gosto popular nordestino e tornaram-se eventos sazonais em forma de campeonatos com normas próprias, que oferecem pequenas fortunas em prêmios.

2.1 As vaquejadas e a proteção constitucional das manifestações culturais

Como já mencionado, a Constituição Federal, em seu art. 215, § 1º, prevê que *o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos*

culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais e que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

E, consoante Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2015, p. 238), através da tutela do meio ambiente cultural, busca-se a qualidade de vida representada pelo patrimônio cultural de um povo. E (Idem, p. 239):

para que um bem seja visto como patrimônio cultural, é necessária a existência de nexos vinculante com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Uma vez reconhecido como patrimônio cultural, integra a categoria de bem ambiental e, em decorrência disso, difuso.

Nessa senda, a Lei Magna, em seu art. 216, define o patrimônio cultural como

os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Assim, a cultura de um povo é o fruto do convívio perene entre as pessoas de certas regiões. Trata-se da essência específica de uma localidade e tem origem no ajuste do homem ao ambiente onde vive; envolvendo incontáveis áreas, como crenças, artes, expressões, hábitos etc. Tudo isso é assentado por meio de festas, lendas, costumes, danças, superstições; bem como pode ser identificado através de hábitos de alimentação, linguagem, religiosidade e vestuário, entre outros.

Sob tal fundamento, os apologistas das vaquejadas afirmam que se

trata de prática arraigada na cultura popular, sobretudo do Nordeste brasileiro.

Até Câmara Cascudo (1976, p. 17) definia a vaquejada como a data festiva *mais tradicional do ciclo do gado nordestino, uma exibição de força ágil, provocadora de aplausos e criadora de fama*.

Portanto, a vaquejada seria uma manifestação cultural nordestina amparada pelo disposto no art. 215, § 1º, da Constituição Federal.

3 Proteção legal e constitucional à fauna

Fauna é o conjunto das espécies animais estabelecidas em um espaço geográfico ou em um *habitat* específico.

O antigo Código Civil de 1916, nos arts. 592 a 602 (Da Aquisição e Perda da Propriedade Móvel), estabelecia que a fauna seria *res nullius* (coisa sem dono) ou *res derelicta* (coisa abandonada).

Porém, ao longo do tempo, vem-se desenvolvendo a conscientização da importância da fauna para o equilíbrio ecológico. E, por isso, a concepção de *res nullius* foi modificada.

Então, diversos dispositivos foram promulgados em nosso país para a proteção animal até hoje, tais como, Código de Pesca (Lei nº 221, de 28 fevereiro de 1967), Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada e pela Lei nº 7.653, de 12 de fevereiro 1988), Lei da Vivisseção (Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979), Lei dos Zoológicos (Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983), Lei dos Cetáceos (Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987), Lei da Inspeção de Produtos de Origem Animal (Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989), culminando, em 1998, com a lei federal 9.605 (Lei da Vida), que estabelece sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Por conseguinte, até por embasamento legal, a fauna deve receber tratamento de bem ambiental, como discorre Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2015, p. 121):

Buscando resguardar as espécies, porquanto a fauna, através da sua função ecológica, possibilitando a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, é que se passou a considerá-la como um bem de uso comum do povo, indispensável à sadia qualidade de vida. Com isso, abandonou-se no seu tratamento jurídico o regime privado de propriedade, verificando-se que

a importância das suas funções reclamava uma tutela jurídica adequada à sua natureza. Dessa forma, em razão de suas características e funções, a fauna recebe a natureza jurídica de bem ambiental.

Por outro lado, registre-se que a legislação pátria divide as faunas em silvestre brasileira, silvestre exótica e doméstica. E a Portaria nº 29 do IBAMA, de 24 de março de 1994 define:

- I. *Fauna silvestre brasileira: todas as espécies que ocorram naturalmente no território brasileiro, ou que utilizem naturalmente esse território em alguma fase de seu ciclo biológico.*
- II. *Fauna silvestre exótica: todas as espécies que não ocorram naturalmente no território brasileiro, possuindo ou não populações livres na natureza.*
- III. *Fauna doméstica: todas as espécies que através de processos tradicionais de manejo tornaram-se domésticas, possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem.*

E a Constituição Federal, por meio de seu art. 225, § 1º, VII, ao mencionar a proteção, não restringiu seu conceito a um tipo específico de fauna. Posto que, consoante tal dispositivo, *incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.*

Assim, como o texto constitucional *previu e adotou, de forma expressa, clara e inconfundível, a correta expressão 'os animais' ou seja, todos os animais são constitucional e legalmente protegidos* (CUSTÓDIO, 1998, p. 60-92).

Ademais, o Brasil é signatário dos seguintes tratados de proteção à fauna (GUERREIRO, Ademir, *online*): Decreto Legislativo nº 3, de 13 de fevereiro de 1948, que aprova a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América; Decreto nº 58.054, de 23 de março de 1966, que promulga a Convenção para a Proteção da Flora, Fauna e das Belezas Cênicas dos Países da América; Decreto nº 454, de 5 de fevereiro de 1969, que prova o Acordo de Conservação dos Recursos Naturais do Atlântico Sul entre o Brasil e a Argentina, assinado em Buenos Aires, em 29 de dezembro de 1967;

Decreto Legislativo nº 72, de 4 de dezembro de 1973, que aprova o texto do Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos da República Federativa do Brasil e da República da Colômbia, firmado em Bogotá, a 20 de junho de 1973; Decreto legislativo nº 54, de 24 de junho de 1975, que aprova o texto da Convenção para o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, firmada em Washington, a 3 de março de 1973; Decreto nº 78/017, de 12 de julho de 1976, que promulga o Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos do Brasil e da Colômbia; Decreto nº 78.802, de 23 de novembro de 1976, que promulga o Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos do Brasil e do Peru; Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, que aprova a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural; Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977, que promulga a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972; Decreto nº 85.050, de 20 de agosto de 1980, que promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, de oito países: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela; Decreto Legislativo nº 2, de 1994, que aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 24 de junho de 1992. Órgão Regulador Econômico no Brasil: a política econômica referente à fauna tem as suas normas estabelecidas pelo Conselho de Proteção à Fauna - CNPF, criado pelo art. 36 da Lei nº 5.197/67, como órgão consultivo e normativo de Política de Proteção à Fauna no país. Está regulamentado pelo Decreto nº 97.633, de 10/4/89, que o integrou ao Ibama. Unesco (1978) - Declaração Universal dos Direitos do Animal, da qual o Brasil é signatário.

Com efeito, vale registrar que todos os animais merecem proteção, mesmo porque as fontes de ameaça são distintas, tais como, caça, captura, tráfico internacional, venda ilegal, crueldade etc. Nesse sentido, assevera Jacqueline Morand-Deviller (*apud* PRADO, 2013, p. 69):

Atutela dos animais domésticos e selvagens obedece a finalidades diferentes. Trata-se de preservar os primeiros de atos de crueldade e do abandono e de proteger os segundos de uma captura, destruição, comercialização desenfreada e que os tornam particularmente vulneráveis.

Por conseguinte, a Constituição garantiu a tutela a todos os animais, não importando sua espécie ou *habitat*. E, como corolário, todos os integrantes da fauna brasileira, *nativos ou não, independentemente de qualquer classificação, espécie ou categoria, de sua ferocidade, nocividade ou mansidão, constituem bens ambientais integrantes dos recursos ambientais juridicamente protegidos* (CUSTÓDIO, 1998, p. 60-92).

3.1 Tipificação do crime de maus tratos contra animais

Em algum momento, chegou-se à conclusão de que não bastava a proteção civil aos animais, eles mereciam também a atenção da esfera criminal.

Assim, no país, a primeira legislação concernente à crueldade contra os animais foi o Decreto 16.590, de 1924, que normatizava as Casas de Diversões Públicas e *proibiu as corridas de touros, garraios e novilhos, brigas de galos e canários, dentre outras diversões que causassem sofrimento aos animais* (GUERREIRO, 2009, *online*).

Já o Decreto Federal nº 24.645/34, em seu art. 3º, I, define que se *consideram maus tratos praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal*. E, em seu art. 1º, já assegurava que *todos os animais existentes no País são tutelados pelo Estado*. Compreendendo, segundo o art. 17, animal como *todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos*. E o art. 2º, § 3º, finalmente, já estabelecia que *os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais*.

E, em 3 de outubro de 1941, foi promulgada a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688), a qual, em seu art. 64, tipifica a conduta de *tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo*, prevendo a pena de prisão simples de dez dias a um mês ou multa. E aduzindo que *na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo*. E que *se aplica a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público*.

Conforme cita Ademir Guerreiro (2009, *online*),

Uma conceituação genérica e abrangente nos ensina Dra. Helita Barreira Custódio em seu parecer de 07/02/97, elaborado para servir de subsídio à redação do Novo Código Penal Brasileiro. Diz ela: “crueldade contra os animais é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativos ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, ferra do boi ou similares), abates atroz, castigos violentos e tiranos, adstramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus-tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atroz sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal”.

Ademais, como já mencionado, o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, dispõe que, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente equilibrado, *incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (sem grifos no original).*

Da mesma forma, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), no art. 32, abarcando as tipificações anteriormente previstas na legislação anterior, por prever pena mais grave, estabelece como *crime contra a fauna praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*, prevendo, para tanto, pena de *detenção, de três meses a um ano e multa.*

3.2 O caráter cruel da vaquejada e seu enquadramento como crime de maus tratos independentemente de razões culturais

Nas vaquejadas, dois vaqueiros, montados em cavalos, galopam, cercando um bovino em fuga, até tracionar e torcer a cauda do boi, a fim de que tombe dentro da área previamente demarcada. Se o boi cai com as patas para cima, o juiz declara que *valeu o boi* e a dupla pontua. Senão, a dupla não recebe ponto. A dupla é composta por um *batedor de esteira*, que conduz o boi para perto do *puxador*, o qual, por sua vez, tem o papel de derrubar o animal. Cada evento dura três dias, e cada dupla derruba três bois por dia (MOURA, Adriana Carla, 2015, *online*).

Da seguinte forma, Policarpo Feitosa (*apud* EZERRA, 2007, *on line*) detalha a ação:

Inclinados, quase deitados sobre o cavalo, cujo pescoço cingem com um braço, a outra mão estirada para diante e para baixo, já meio fechada como um gancho, buscam na corrida desenfreada o momento propício e rapidíssimo em que, segura a extremidade da cauda enrolada na mão, a rês esteja, entre um e outro contacto com a terra, de patas no ar. Então, firmando-se nos estribos, executam um movimento de tração, em que o jeito e a presteza são mais valiosos que a força. Desviando repentinamente da direção seguida e faltando-lhe o apoio do solo, o animal 'arrastado' faz meia-volta e rola desamparado por terra, descrevendo com as patas, se a derrubada é perfeita, um semicírculo no ar.

Portanto, a sobrepujança, a humilhação, a crueldade são impingidas, tanto aos cavalos, forçados a correr extenuantemente, quanto aos novilhos, perseguidos e derrubados sem pena. Portanto, na vaquejada, as pessoas, de forma insensível, utilizam os animais a seu bel prazer, comprazendo-se, mesmo, do sofrimento dos bichos, sobre o que aduz Paulo Affonso Leme Machado (2011, p. 888):

*Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio. A **Constituição Federal**, ao impedir que os animais sejam alvo de atos cruéis, supõe que esses animais*

tenham sua vida respeitada. O *texto constitucional* não disse expressamente que os animais têm direito à vida, mas é lógico interpretar que os animais a serem protegidos da crueldade devem estar vivos, e não mortos. A preservação da vida do animal é tarefa constitucional do Poder Público, não se podendo causar sua morte sem uma justificativa explicitada e aceitável.

Ademais, consoante parecer técnico emitido em 25 de julho de 1999 pela Dra. Irvênia Luíza de Santis Prada, Doutora em Anatomia dos animais domésticos pela Universidade de São Paulo (*apud* LEITÃO, 2002, p. 23):

Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinserção (arrancamento) da cauda, de sua conexão com o tronco. Como a porção caudal da coluna vertebral representa continuação dos outros segmentos da coluna vertebral, particularmente na região sacral, afecções que ocorrem primeiramente nas vértebras caudais podem repercutir mais para frente, comprometendo inclusive a medula espinhal que se acha contida dentro do canal vertebral. Esses processos patológicos são muito dolorosos, dada à conexão da medula espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor). Volto a repetir que, além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental.

A estrutura dos equinos e bovinos é passível de lesões na ocorrência de quaisquer procedimentos violentos, bruscos e/ou agressivos, em coerência com a constituição de todos os corpos

formados por matéria viva. Por outro lado, sendo o 'cérebro', o órgão de expressão da mente, a complexa configuração morfofuncional que exhibe em equinos e bovinos, é indicativa da capacidade psíquica desses animais, de aliviar e interpretar as situações adversas a que são submetidos, disto resultando sofrimento.

Mesmo antes de o animal ser solto na arena, ele sofre. Pois, para que o boi, de natureza mansa e vagarosa, empreenda a fuga necessária à perseguição, ele é *confinado em um pequeno cercado, onde é atormentado, encurralado, espancado com pedaços de madeira, e submetido a vigorosas e sucessivas trações de cauda* (SILVA. Thomas de Carvalho e, 2009, *online*).

O exposto é corroborado pela opinião de Geuza Leitão (2002, p. 138), presidente da UIPA – União Internacional Protetora dos Animais:

(...) estudos da UIPA e pareceres de médicos veterinários dão conta da violência e dor sofridos pelos animais numa vaquejada. Contudo, não são divulgados para o público os métodos cruéis utilizados para ocasionar a corrida dos bois, mas sabe-se de seu confinamento prévio por longo período, a utilização de açoites e ofendículos, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas caracterizadoras de maus tratos.

Considere-se, ainda, que os animais são privados de qualquer tipo de defesa, posto que, segundo o item 37 do Regulamento Geral de Vaquejada, *é proibido o uso de bois com chifres pontiagudos, que possam causar risco aos competidores, aos cavalos ou à equipe de manejo, devendo, esses animais, serem separados da boiada.*

A crueldade é assente e incontestável, como asseveram 127 (cento e vinte e sete) médicos veterinários signatários de documento que embasou o acórdão do TRF-2, na Apelação Cível nº 200551100052303-RJ (cuja ementa será transcrita em outro momento). Senão, veja-se, *in litteris*:

No momento em que o passador apreende a cauda do boi, este animal se encontra correndo em velocidade, na tentativa de escapar da perseguição a que se acha submetido. Quando o peão

responsável pela derrubada alcança a cauda do animal, imediatamente exerce sobre ela uma violenta tração, ocorrendo um hiperestiramento da cauda, região esta de anatomia frágil e onde se concentram estruturas anatômicas importantes sujeitas, neste momento, a uma série de lesões. Essas lesões poderão incluir subluxação, luxação (com consequente lesão dos correspondentes discos intervertebrais) e fratura única ou múltipla das vértebras coccígeas ou caudais, o que sempre se fará acompanhar de derrame sanguíneo subcutâneo, pela ruptura de vasos em consequência ao estiramento e torção da cauda. Esse derrame sanguíneo quase sempre não é percebido, isto é, não se vê sangue escorrendo da cauda do animal, uma vez que, apesar de o sangue ter extravasado para fora dos vasos sanguíneos rompidos, ele é contido pela pele. Ele se torna visível apenas quando a pele também se rompe, o que acontece, por exemplo, nos casos lamentáveis em que a cauda é 'arrancada' de sua inserção no tronco do animal. (...)

As lesões da cauda, estabelecidas pela sua tração/estiramento/torção, também podem incluir a ruptura de ligamentos (estruturas orgânicas fibrosas) que unem as vértebras coccígeas ou caudais em si, o que se desdobra em subluxação e luxação de vértebras caudais e ruptura de vasos sanguíneos. (...)

De outra parte, caudalmente, tem a força do peão que provoca estiramento e torção de cauda do animal. Com esse procedimento é praticamente inevitável uma luxação (perda de contato das superfícies articulares) dessa articulação, com todas as consequências em relação às chamadas 'partes moles', ou seja, ruptura de ligamentos, do disco intervertebral, de vasos sanguíneos, da pele e, também, de estruturas nervosas. (...)

(...) não será difícil chegar-se à conclusão de que o estiramento e a torção da cauda do bovino, provocada com violência pelo peão, durante o espetáculo da vaquejada, inevitavelmente irá determinar o rompimento de muitos dos filetes nervosos que compõem a porção final da cauda equina e também não será difícil concluir-se que uma injúria dessa natureza e dessa gravidade não pode deixar de ser acompanhada de muita dor.

Essas lesões todas, quando ocorrem mais próximas da região de

implantação da cauda no tronco, podem resultar uma afecção denominada 'Síndrome da Cauda Equina', que é o comprometimento (por ruptura ou instalação de processo inflamatório e/ou infeccioso) das raízes dos últimos nervos lombares, dos nervos sacrais e dos nervos coccígeos que, conforme já nos referimos, se 'inserir' na região mais caudal da medula espinhal e que inervam a região caudal dos troncos, os membros posteriores, a cauda e os órgãos contidos na pelve (reto, colo, bexiga urinária e alguns órgãos genitais). Nesse caso, há alteração ou perda de função das estruturas inervadas por esses nervos, além da ocorrência de dor intensa, na região comprometida.

Outras lesões podem ocorrer como fraturas, luxações, entorses em diferentes segmentos ósseos, especialmente nos membros devido à queda e forte impacto do animal ao solo. Fraturas de costelas também poderão ocorrer, sendo que em muitos casos poderá ocorrer a perfuração dos pulmões. Nesse caso, há prejuízo para a função respiratória, podendo-se observar diferentes graus de insuficiência respiratória e mesmo asfixia, com diminuição da capacidade de oxigenação dos tecidos orgânicos, ou colapso do pulmão, pode haver contusão pulmonar, hemorragia e pneumotórax e conseqüente perda da capacidade respiratória podendo o animal vir a óbito.

A musculatura e os tecidos cutâneos e subcutâneos de todo corpo do animal também podem ser lesados com contusões, formação de hematomas, estiramentos e ruptura de suas estruturas musculares e tendíneas.

Poderão também ocorrer rupturas de órgãos diversos como fígado, baço, rúmen, omaso, abomaso, bexiga, rins, devido ao forte impacto ao solo, bem como hemorragias de grau variados, que poderão levar o animal à óbito em tempo variável após a prova dependendo da extensão do sangramento.

Ao cair o animal no solo e sendo arrastado, mesmo que por instantes, a pele da cabeça, do pescoço, da parede lateral do tronco e dos membros pode sofrer lesões diversas como escoriações por todo corpo do animal, equimoses, hematomas, queimaduras (por atrito), solução de continuidade e perda de tecido.

No episódio da queda, se o animal bater com a face lateral da cabeça

contra o solo, pode haver lesão do nervo facial, que inerva a musculatura da face, do que resulta paresia (paralisia parcial) ou paralisia temporária ou definitiva dessa musculatura.

Também o choque violento do animal, na queda em decúbito lateral pode determinar ocorrência de avulsão do plexo braquial e/ou paralisia do nervo radial, ou seja, esgarçamento dos nervos que emergem da medula espinhal para enervar os membros com conseqüente paresia e paralisia, particularmente da musculatura extensora da extremidade dos membros. Essa paralisia, resultante de avulsão, de modo geral é definitiva.

Assim, não há dúvidas quanto à tipificação do crime de maus tratos contra os animais utilizados nas vaquejadas, posto que se configuram todos os verbetes previstos no tipo penal do art. 32 da Lei 9.605/98, quais sejam, *ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar* animais domésticos ou domesticados.

Neste ínterim, porém, para fins de melhor compreensão do tema, faz-se necessário abrir um parêntese para a conceituação geral do que é crime para a legislação pátria.

Consoante disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

E, como visto, o art. 32 da Lei da Vida, prevê a pena de detenção, de três meses a um ano e multa para os maus tratos contra os animais.

Ademais, é pacífico, na doutrina pátria, que crime é toda *ação típica e antijurídica*.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 197).

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo

abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente.

Já a antijuridicidade ou ilicitude nada mais é do que a contradição da ação com a norma existente no ordenamento jurídico.

Como corolário, pode-se dizer que a vaquejada é fato típico, pois preenche todos os elementos do tipo previsto no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, por ser *ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar* animais domésticos ou domesticados. Além de ser antijurídico por descumprir as normas que o proíbem, seja esse mesmo dispositivo legal ou a própria Constituição Federal, que veda *as práticas que submetam os animais à crueldade* (art. 225, § 1º, VII).

E o fato de ser considerado esporte ou manifestação cultural não é excludente de ilicitude, posto que o rol, para tanto, é taxativo e previsto no art. 23 do Código Penal, isto é, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

Nesse sentido, Paulo Affonso Lemes Machado (2011, p. 54), sobre o tipo penal *sub examine*, aduz que *atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, estão abrangidos pelo art. 32 da Lei nº 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os pratica, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma.*

Portanto, trata-se de fato típico e antijurídico, o que o torna conduta criminosa e culpável.

4 A discussão na esfera judicial

O contraponto entre as manifestações culturais e os maus tratos a animais chegou, também, à Justiça e já há diversas decisões sobre o tema, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que *a livre manifestação cultural não é hábil a permitir a submissão de animais a práticas cruéis*. Foi assim com as *brigas de galo* e com a *farra do boi*. Nessas oportunidades, o Ministro Celso de Mello avaliou ser uma *patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, entre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade*

contra animais. Senão, veja-se o teor das ementas das decisões excelsas:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado farra do boi. (STF, RE 153.531/SC, Relator Min. Francisco Rezek, Relator Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 03/06/1997, Segunda Turma, DJ 13/03/1998, p. 13).(Destaque nosso)

E ainda,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32)- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII)- DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS

COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (gallus-gallus). Magistério da doutrina. (...). (STF - ADI: 1856 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275).

Vê-se, por conseguinte, que, em julgados de destaque em que houve a contraposição entre as manifestações culturais e o meio ambiente – briga de galo no Rio de Janeiro (ADI 1.856) e farra do boi em Santa Catarina (RE 153.531) –, o Pretório Excelso compreendeu que *o conflito de normas constitucionais se resolve em favor da preservação do meio ambiente quando as práticas e os esportes condenam animais a situações degradantes.*

Também diversos Tribunais já vêm se manifestando em favor da

proteção animal e contra seus maus tratos, embasados em manifestações culturais¹.

Bem como, sobre a vedação específica à prática da vaquejada, já há precedentes jurisprudenciais, como o do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da Apelação Cível 200551100052303-RJ, em 2014:

¹Nessa senda: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO E REALIZAÇÃO DE “BRIGAS” OU “RINHAS” DE GALO. MAUS TRATOS A ANIMAIS. DANO AMBIENTAL CARACTERIZADO. A criação de galos e a promoção das denominadas “brigas” ou “rinhas” entre esses animais é prática que afronta a proteção que a Constituição Federal confere à fauna e à flora no inciso VII do § 1º do seu art. 225, quando veda atos de crueldade contra animais, no que se incluem tanto os silvestres quanto os domesticados ou domésticos, configurando dano ao meio ambiente, cuja responsabilidade é objetiva, nos termos do 225, § 3º, da Carta Magna, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Hipótese em que no estabelecimento de propriedade do demandado foram encontrados pela patrulha ambiental criação de galos finos, em lugar estreito, sem ventilação, não atendendo a condições necessárias de tratamento, além de diversos materiais usualmente utilizados em rinhas, como tambor, luvas, biqueiras, esporas de metal e plásticas, vidros com anabolizantes, antibióticos e seringas, que são utilizados nos animais para lhes conferir mais força e resistência em combate. precedentes do TJRS e STF. apelação com seguimento negado. (apelação cível nº 70062570692, vigésima segunda câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, julgado em 24/11/2014). E: constitucional. mandado de segurança preventivo. “rinhas de galo”. impetrante que pretende ver assegurado o seu direito à sua exploração, sem risco de vir a ser autuado ou processado criminalmente. impossibilidade. precedentes do supremo tribunal federal. ordem denegada. hipótese em que o impetrante, sob a tese de que a rinha de galos consiste em uma manifestação cultural, milenar, praticada por animais criados especificamente para tal fim e, assim sendo, merecedores de cuidados extremados, aspira a obtenção de uma ordem mandamental que impeça a atuação do poder público, o que, pelo menos no presente caso, consubstancia pretensão flagrantemente ilegítima. jurisprudência do pretório excelso consolidada no sentido de que “a obrigação de o estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso vii do artigo 225 da constituição federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade” (re nº 153.531-8, relator o ministro Francisco Rezek). existência de julgados específicos sobre o tema, os quais declararam a inconstitucionalidade de leis que regulamentaram a matéria, ao fundamento de que fazê-lo, autorizam a “submissão desses animais a tratamento cruel, o que a constituição federal não permite: cf., art. 225, § 1º, VII” (adin. nº 3.776-5/RN, rel. min. Cezar Peluso). (TJ-SC - MS: 263005 SC 2010.026300-5, relator: Vanderlei Romer, data de julgamento: 14/07/2010, primeira câmara de direito público, data de publicação: apelação cível em mandado de segurança n. , de criciúma).

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CRFB/88, ART. 225, § 1º, VII)- DESCARACTERIZAÇÃO DA VAQUEJADA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS FEDERAIS N.ºS 10.220/2001 E 10.519/2002, DA LEI ESTADUAL N.º 3.021/98, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, E DA LEI MUNICIPAL N.º 2.004/2006, DE DUQUE DE CAXIAS - ANIMAIS - CRUELDADE - MAUS-TRATOS - ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RESERVA DE PLENÁRIO. 1. Arguição de inconstitucionalidade das Leis Federais n.ºs 10.220/2001 e 10.519/2002, da Lei Estadual n.º 3.021/98, do Estado do Rio de Janeiro, e da Lei Municipal n.º 2.004/2006, de Duque de Caxias, que autorizam a realização de “vaquejadas”. 2. A “referida modalidade esportiva” é praticada sobretudo no Nordeste brasileiro, na qual dois vaqueiros a cavalo devem derrubar um boi, dentro dos limites de uma demarcação a cal, puxando-o pelo rabo, de forma que antes e durante a prática esportiva o animal é submetido a intensos níveis de maus-tratos e crueldade. Por tal motivo, os diplomas normativos incorrem em vício insanável de inconstitucionalidade por afrontar a Constituição Federal (art. 225, § 1º, VII), que incumbe ao Poder Público o dever de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. 3. Documento assinado por 127 (cento e vinte e sete) médicos veterinários descreve a crueldade a que são submetidos os animais usados nas competições de vaquejada e as lesões que a queda abrupta e violenta dos bovinos pode acarretar nos mesmos. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.856, considerou inconstitucional a Lei Estadual n.º 2.895/98, do Rio de Janeiro, que autoriza e disciplina a realização de competições entre “galos combatentes”, afastando a

alegação de que a briga de “galos é prática desportiva ou manifestação cultural ou folclórica”. Na oportunidade, o Relator Min. Celso de Mello avaliou ser essa uma patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, entre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais. Ressalte-se que as vaquejadas enquadram-se na mesma situação que levou o STF a declarar inconstitucional a lei estadual do Rio de Janeiro que regulamentou a briga de galos, por reconhecer nesta a prática de maus-tratos a animais, descaracterizando-a como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. 5. Em julgamentos de grande repercussão em que houve embate entre as manifestações culturais e o meio ambiente - briga de galo no Rio de Janeiro (ADI 1.856) e farra do boi em Santa Catarina (RE 153.531)-, a Corte entendeu que o conflito de normas constitucionais se resolve em favor da preservação do meio ambiente quando as práticas e os esportes condenam animais a situações degradantes. 6. Recentemente, em situação paradigma, questionando a constitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299/2013, que, pari passu, regulamenta a vaquejada no Ceará e a classifica como atividade desportiva e cultural, a Procuradoria Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.983), pedindo ao Supremo Tribunal Federal que suspenda a eficácia da mencionada lei. Tal ação encontra-se pendente de julgamento. Segundo ressaltado pela PGR na ADI 4.983, com a profissionalização da vaquejada, algumas práticas passaram a ser adotadas, como o enclausuramento dos animais antes de serem lançados à pista, momento em que são açoitados e instigados para que entrem agitados na arena quando da abertura do portão. Argumenta a PGR que, diferentemente do que ocorria no campo, os objetivos do esporte e do espetáculo hoje ditam a maneira como se trata o animal, sendo certo que acarretam danos e constituem crueldade contra os animais, o que é vedado

pelo artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal. 7. Submetida ao Órgão Especial desta Egrégia Corte a inconstitucionalidade das Leis Federais nºs. 10.220/2001 e 10.519/2002, da Lei Estadual nº 3.021/98, do Estado do Rio de Janeiro, e da Lei Municipal nº 2.004/2006, de Duque de Caxias, por violação ao artigo 225, § 1º, inciso VII, da CRFB/88. 8. Arguição de Inconstitucionalidade acolhida. (TRF-2 - AC: 200551100052303 RJ, Relator: Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, Data de Julgamento: 17/09/2014, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 07/10/2014).

O que, na verdade, já se mostra como uma tendência da jurisprudência, diante do entendimento manifestado também por outras cortes, como o Tribunal de Justiça do Maranhão², do

²DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REALIZAÇÃO DE VAQUEJADAS. OCORRÊNCIA DE MAUS-TRATOS E CRUELDADE A ANIMAIS. DETERMINAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. I - O Ministério Público possui interesse de agir ao propor ação civil pública visando à defesa de interesses ou direitos difusos, como a proteção ao meio ambiente, consoante assegura a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional. II - A CF/88 outorgou ao Ministério Público a tarefa de promover a defesa do meio ambiente, em razão de um interesse maior, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública. O Ministério Público visa, assim, a realização de um interesse público fundamental, qual seja, a proteção do meio ambiente, a fim de possibilitar a recomposição das lesões eventualmente apuradas e evitar que novos danos ocorram. III - A tutela ao meio ambiente, diante da magnitude desse bem jurídico, foi alçada pela Constituição Federal de 1988 à categoria de garantia constitucional. A preocupação do constituinte com o meio ambiente foi tamanha que decidiu reservar-lhe todo um capítulo na Carta Magna para disciplinar a matéria, traçando todas as diretrizes em seu art. 225, parágrafos. IV - O parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal impõe a incumbência do poder público em proteger a fauna, vedando qualquer atividade que submeta os animais a crueldade. Nesse sentido, o art. 32 da Lei nº 9.605/98 criminalizou a utilização de meios cruéis contra animais. V - O Supremo Tribunal Federal, no famoso caso do evento denominado “Farra do Boi”, realizado no Estado de Santa Catarina, entendeu ser inviável a compatibilização dessa manifestação cultural com a ocorrência de maus-tratos e crueldade a animais. VI - “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade” (RE 153531, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388). VII - Remessa desprovida. (TJ-MA - REEX: 0429322013 MA 0000278-38.2011.8.10.0106, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 22/10/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/10/2013)

Distrito Federal³ e de São Paulo⁴.

Tanto que a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal e aguarda julgamento, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. A sessão em que a questão seria decidida foi

³DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBJETO. PROIBIÇÃO DA REALIZAÇÃO DE VAQUEJA E EVENTOS SIMILARES. PRÁTICA. MANIFESTAÇÃO DA CULTURA POPULAR. PROTEÇÃO DOS ANIMAIS CONTRA A PRÁTICA DE ATOS CRUÉIS. DISSSENSO SOBRE A OCORRÊNCIA DE MAUS TRATOS. PONDERAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DA PROTEÇÃO DISPENSADA AOS ANIMAIS CONTRA PRÁTICAS CRUÉIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESERVAÇÃO DA PROIBIÇÃO ATÉ DEFINIÇÃO DA CONTROVÉRSIA. DECISÃO MANTIDA. INSTRUÇÃO. NECESSIDADE. 1. Conquanto a vaquejada possa ser qualificada como manifestação da cultura popular arraigada como tradição nacional, enquadrando-se no disposto no art. 215, § 1º, da Constituição Federal, que preceitua que o estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais e protegerá as manifestações das culturas populares, sua prática há que ser ponderada com a garantia conferida aos animais de não serem submetidos a maus tratos e a práticas cruéis, pois também tem gênese e estatura constitucional (CF, art. 225, § 1º, VII). 2. Da aparente colisão dos postulados constitucionais que resguardam e asseguram a valorização das manifestações culturais e conferem aos animais a salvaguarda de não serem submetidos a tratamento cruel deve, mediante ponderação realizada em conformidade com o princípio da razoabilidade, preponderar, como expressão do estado de direito e evolução social, a proteção dispensada aos animais contra práticas cruéis, tornando legítima a vedação da promoção da vaquejada até que haja definitiva solução da controvérsia estabelecida sobre sua legitimidade sob o prisma de que não implicaria a subsunção dos bovinos nela inseridos a tratamento cruel. 3. Consubstanciando a vaquejada na prática de, em espaço delimitado e apropriado, o cavaleiro praticante derrubar o bovino destacadado mediante golpe desferido via de tração realizada na cauda do animal quando tenta, em velocidade, se desvencilhar do ataque, sagrando-se vencedor o praticante que derruba mais animais no espaço delimitado, induz, segundo apreensão sumária, à apreensão de que encerra prática que subjuga os animais a tratamento cruel, pois sujeitos a experimentarem lesões e até mutilações, legitimando que seja obstada até definição da controvérsia estabelecida sobre sua legitimidade como manifestação cultural que não implica tratamento cruel aos bovinos nela inseridos. 4. Agravo conhecido e desprovido. Unânime. (TJ-DF - AGI: 20150020054969 , Relator: TEÓFILO CAETANO, Data de Julgamento: 05/08/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/08/2015 . Pág.: 173).

⁴AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Bauru. Obrigação de não fazer. Rodeio. Provas de laço. Maus tratos aos bezerros. LE nº 10.359/99 de 30-8-1999. LF nº 10.519/02 de 17-7-2002. Montaria e provas de laço. - 1. Rodeio. Provas de laço. As provas de laço, usuais em rodeio, são - em princípio - lícitas se atendidos os requisitos da Res. SAA-18/98, da LE nº 10.359/99 e da LF nº 10.519/02. A jurisprudência, no entanto, dando prevalência ao princípio da precaução e à proteção inscrita no art. 225 da Constituição Federal, se inclinou por entender que as provas de laço descritas na inicial (*calftopping*, *bulldog*, *bareback**, *team roping** ou, em vernáculo, laçada de bezerro, laçada dupla, pega garrote e vaquejada), por implicar uma tração na região cervical e cauda e na derrubada dos bezerros, causa dor e sofrimento aos animais. Tais atividades, em consequência, são vedadas. - 2. Ação civil pública. Extensão da decisão. A sentença em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes**, nos limites da competência do órgão prolator; a especial natureza corrobora o interesse recursal, apesar de encerrados os eventos mencionados na inicial. Decisão que vincula a ré e os demais promotores de eventos do tipo na Comarca de Bauru, dispensando a propositura de ação igual a cada um deles. - Sentença de improcedência. Recurso do Ministério Público provido. (TJ-SP - CR: 7036625400 SP, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 10/07/2008, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 16/07/2008).

suspensa, no dia 12 de agosto de 2015, por um pedido de vista dos autos pelo Ministro Roberto Barroso.

Contudo, o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, já antecipou seu voto, favorável à inconstitucionalidade da atividade, sob os seguintes silogismos:

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o touro não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento. A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

Por conseguinte, vê-se que os precedentes jurisprudenciais, considerando o conflito entre normas de direitos fundamentais, em situação que configure manifesta crueldade contra animais, favorecem a proteção ao meio ambiente, posto que se deve demonstrar *preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das*

condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura, como alegado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto.

5 Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que a vaquejada é prática cruel e configura maus tratos contra os animais utilizados no evento, o que afronta o disposto no art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal e configura crime previsto no art. 32 da Lei 9.605/98.

E o fato de querer se dar *status* de esporte ou de cultura ao ato não lhe retira o caráter ilícito e criminoso, posto que não se trata de excludente de antijuridicidade, conforme rol taxativo previsto no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito).

Assim, num confronto entre as normas constitucionais que preveem que o *Estado garantirá o exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais* (art. 215, § 1º) e a previsão do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da proteção *da fauna e da flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a crueldade* (art. 225, § 1º, VII); a proteção animal deve preponderar, posto que nenhuma crueldade deve ser abalizada por aspectos culturais, a exemplo do que já ocorreu nos tempos da escravatura.

Por todo o exposto, por ser prática criminosa, ilegal e inconstitucional, defende-se que as vaquejadas devem ser proibidas pelo Poder Público em todo o território nacional.

Referências

BEZERRA, José Fernandes. *No mundo do vaqueiro*. Disponível em: <<http://www.barcelona.educ.ufrn.br/mundo.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CAPEZ, Fernando. Maus-tratos contra animais: a importância da repressão jurídica. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7869>. Acesso em: 02 dez. 2015.

CAMARA CASCUDO, Luís da. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes, como relevante questão jurídico-ambiental e Constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.10, p. 60-92, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERREIRO, Ademir. *A proteção da fauna na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.ademirguerreiro.net/textos_explicativos/palavras-chave/protecao-da-fauna-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 27 nov. 2015.

LEITÃO, Geuza. *A voz dos sem voz, direito dos animais*. Fortaleza: INESP, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARINHO, Clara. *Vaquejadas vão movimentar mais de R\$ 860 mil no final de semana*. Disponível em: <http://www.portalvaquejada.com.br/noticias/2015/08/25/vaquejadas_vao_movimentar_mais_de_r_860_mil_no>. Acesso em: 25 nov. 2015.

MOURA, Adriana Carla. *Vaquejada: Cultura ou Tortura?* Disponível em: <http://www.direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=DC9FC9D1-BB73-B36B-5A67-FBB9ED5B3547&fb_comment_id=717437025001789_847690488643108#f38395d82c>. Acesso em: 2 dez. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REGULAMENTO geral de vaquejada. Associação Brasileira de vaquejada. Disponível em: <[http://www.portalvaquejada.com.br/images/noticias/3073/image/regulamento_23.11.2014%20\(1\)%20reviza%20do.pdf](http://www.portalvaquejada.com.br/images/noticias/3073/image/regulamento_23.11.2014%20(1)%20reviza%20do.pdf)>. Acesso em: 2 dez. 2015.

ROCHA, Stephanie Simões Afan. *O simbolismo da tutela dos animais: a busca pelo direito eficaz*. Disponível em: <http://201.59.77.242/biblioteca/pdf_monografias/direito/2012/6509.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2015.

SILVA, Thomas de Carvalho e. A prática da vaqueja à luz da Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, nº 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5922>. Acesso em: 27 nov. 2015.

2 DIREITOS HUMANOS



4ª Sede do MPPB

**Palácio da Justiça - atual Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Praça João Pessoa - Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)**

O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À HIERARQUIA DAS NORMAS ORIUNDAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Luciara Lima Simão Moura

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O artigo tem por objetivo tratar da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e suas relações com o direito interno, inclusive com a Magna Carta, sobretudo ressaltando o entendimento firmado pela maior Corte de Justiça do Brasil no que toca à matéria. Primeiramente, abordar-se-á a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição Federal, analisando o teor do novo texto, bem como as interpretações advindas e também críticas formuladas por especialistas no assunto. Em seguida, far-se-á um estudo sobre os entendimentos já adotados pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, até os dias atuais, em que os Ministros, em decisão não unânime, modificaram o seu posicionamento, adotando a corrente da suprallegalidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Tratados internacionais. Hierarquia de normas. Jurisprudência.

Abstract

The article discusses the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian Law and their connections with the national law, including the Federal Constitution and the position taken by the highest Court in Brazil concerning the subject. Firstly, the work addresses the introduction of a new paragraph to article 5º of our Federal Constitution, analyzing its text and the various interpretations given by jurists, as well as the massive critics towards it. In addition, a study is conducted on the different cases in the Supreme Court of Justice in Brazil, until nowadays, when the Ministers changed their votes, not unanimously, adopting the theory that recognizes the value of international human rights treaties above the internal law.

Key words: Human rights. International treaties. Hierarchy of norms. Jurisprudence.

1 Introdução

O trabalho a ser desenvolvido tem por tema a questão dos tratados internacionais de Direitos Humanos, sua recepção pelo ordenamento jurídico pátrio e posição hierárquica em relação à Constituição Federal e leis ordinárias, sobretudo no que diz respeito ao posicionamento da mais alta corte do país frente à matéria.

Deveras, no mundo cada vez mais globalizado, em que os Estados abrem mão de parte de suas soberanias, relativizando-as para celebrarem acordos e pactos entre si, o estudo do Direito Internacional e, especificamente, dos tratados internacionais avulta em importância. Mais ainda, quando os pactos têm por objeto a promoção dos direitos humanos. Desde a redemocratização brasileira, com o advento da Carta Cidadã em 1988, o Brasil tem participado de diversos tratados internacionais, assinando novos pactos, assim como também ratificando outros inúmeros datados mesmo de antes daquele marco histórico¹.

O tema é vasto e já em outro artigo de minha autoria² abordei mais detalhadamente a questão do valor jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos, identificando a posição hierárquica dos referidos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, conforme inúmeras correntes doutrinárias, todas abordadas e analisadas na ocasião, concluindo que a maior parte dos juristas de renome se inclina para a corrente que empresta valor constitucional aos tratados de direitos humanos.

Este artigo, por sua vez, tem como propósito entender o alcance das disposições contidas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, as quais tratam da incorporação no Direito interno dos tratados internacionais de direitos humanos, e examinar os posicionamentos dos tribunais superiores acerca do tema em pauta.

O assunto ganhou novo fôlego com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal. Assim, analisa-se o impacto da novel disposição em relação ao debate da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em seguida, o debate jurisprudencial acerca do tema será aborda-

¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 2012.

² In: *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: antecedentes históricos e principais correntes doutrinárias*. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 4, n. 6 - jan/dez. 2012.

do, com vistas a traçar um resumo histórico dos entendimentos já esposados pelo Supremo Tribunal Federal, e o seu atual posicionamento.

Trata-se de pesquisa de cunho exploratório e qualitativo uma vez que busca explorar maiores informações e entender a natureza geral da temática a ser abordada³.

A fonte utilizada primordialmente será a bibliográfica, com ênfase nos livros especializados em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Ademais, haverá levantamento de informações em julgados de tribunais superiores, com vistas a elaborar o estudo da evolução dos entendimentos sobre a matéria.

2 O novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal

Objetiva-se, aqui, analisar o teor do disposto no §3º do artigo 5º da CF, inserido a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual cuida da incorporação no direito interno de tratados internacionais de direitos humanos com valor equivalente às emendas constitucionais, o que proporcionou o surgimento de novos debates ao tema já controverso, a despeito de sua finalidade de pôr termo às discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Destarte, de início será feita uma análise literal do texto aprovado e inserido na CF, seguindo-se as múltiplas interpretações conferidas ao texto do parágrafo e as dúvidas surgidas sobre questões procedimentais levantadas pela nova disposição. Ao fim, um breve tópico sobre as críticas contundentes lançadas ao constituinte derivado diante das incongruências apontadas pelos juristas sobre o novo dispositivo constitucional.

2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o §3º do art. 5º

Com o propósito de pôr fim aos problemas surgidos no seio da doutrina e jurisprudência, a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o constituinte derivado acrescentou ao artigo 5º um novo parágrafo, através da Emenda Constitucional nº 45, que tratou igualmente da Reforma do Judiciário.

³ HARDAGH, C. C.; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. *Metodologia da pesquisa científica e jurídica*. 2011.

Assim ficou a redação do novel §3º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Esta maioria qualificada é exatamente a prevista no art. 60, §4º, da CF, que dispõe sobre o procedimento para aprovação de emendas constitucionais. Mazzuoli explica que talvez tenha tido o constituinte brasileiro como inspiração o legislador alemão, uma vez que na Constituição da Alemanha está previsto dispositivo similar segundo o qual os tratados internacionais “de paz” poderão complementar a lei fundamental, desde que aprovados por quórum especial delimitado na própria Constituição⁴.

De pronto, é mister reconhecer que foi objetivo do legislador constituinte estabelecer uma clara distinção entre os tratados internacionais comuns e os tratados de direitos humanos, conferindo a estes um espaço privilegiado no ordenamento jurídico, na medida em que serão equivalentes às emendas constitucionais, integrando, destarte, formalmente, o texto constitucional, advindo daí importantes consequências jurídicas. Impende que seja ressaltado que o texto do novo parágrafo expressamente se refere aos tratados de direitos humanos, sendo certo que os demais tratados internacionais comuns ou tradicionais jamais alcançarão o nível de normas constitucionais ainda que aprovados pela maioria qualificada especificada.

Se os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial integram a Constituição formalmente, com valor equivalente às emendas, constituem eles limites materiais à produção de todo o direito interno e servirão, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade. De outra banda, tratando-se de direitos e garantias fundamentais, assim como o catálogo já previsto no extenso art. 5º, são igualmente cláusulas pétreas, insuscetíveis, portanto, de supressão ou alteração por posteriores emendas.

⁴MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. p. 841.

Nesta seara, interessante observar que, se não podem ser abolidos ou suprimidos, diverso tratamento deve ser conferido à possibilidade de denúncia do tratado pelo Estado em âmbito internacional. Ora, é que integrando formalmente a Constituição e caracterizando-se como cláusula pétreia, não poderá mais o Estado “desistir” de fazer parte do tratado, abandonando-o, porque assim estaria a suprimir direitos e garantias individuais constantes do catálogo constitucional.

2.2 As interpretações do §3º do art. 5º

Realizando-se uma pura e simples leitura do texto do §3º, pode-se concluir que, se os tratados de direitos humanos aprovados naquelas especiais circunstâncias possuem valor equivalente ao das emendas constitucionais, *a contrario sensu*, os tratados de direitos humanos aprovados por maioria simples (e aqui estão todos aqueles já aprovados e ratificados antes da entrada em vigor da EC 45/2004, bem como podem compor este conjunto outros futuros tratados que não alcancem a maioria qualificada) não possuem nem poderão possuir a natureza constitucional. Em outras palavras, coexistiriam tratados de direitos humanos com índole constitucional (equivalentes às emendas) e outros não (teriam valor supralegal ou status de lei ordinária, conforme corrente adotada).

Esta é a conclusão a que chega Marco Antônio Corrêa Monteiro ao expor que

Dessa forma, somente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição serão equivalentes às emendas constitucionais. Isso importa em dizer que os tratados internacionais aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 não são equivalentes às emendas, assim como igualmente não são equivalentes às emendas os tratados incorporados posteriormente, mas sem obediência ao procedimento previsto no dispositivo constitucional⁵.

⁵MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. p. 101.

Nesse mesmo sentido, Pedro de Abreu Dallari afirmou que

A nova exigência de maior quórum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º⁶.

Todavia, essa não é a interpretação que a doutrina majoritária vem acolhendo, até mesmo porque representaria, em verdade, um retrocesso frente ao entendimento já consolidado da corrente que atribui hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, em vista do disposto no §2º do artigo 5º, o qual ficaria esvaziado de conteúdo, se assim se entendesse o §3º.

Nas palavras de Ingo Sarlet⁷, a nova disposição pode ser compreendida como asseguradora da “condição de direitos formal e materialmente constitucionais aos direitos consagrados nas convenções internacionais”, ressaltando, ainda, o autor que “tal exegese não é a única possível”, fazendo, então, referência àquela outra interpretação já acima citada. E continua, afirmando que ao novo §3º é possível emprestar “uma interpretação que, a despeito de alguns aspectos problemáticos, lhe assegura um sentido útil e não necessariamente retrocessivo”⁸.

Melhor explicando, entende-se que os tratados de direitos humanos aprovados como emenda constitucional e, portanto, com esse *status*, teriam as características de direitos constitucionais, em níveis formal e material. Material porque assim já é assegurado pelo teor do §2º, que constitui cláusula aberta para inserção no “bloco de constitucionalidade” de outros direitos e garantias individuais não expressamente mencionados no catálogo de direitos trazidos no art. 5º. E agora formal, porque aprovados por procedimento especial, similar ao das emendas constitucionais.

⁶ *Apud* MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direito humanos e direito interno*. p. 103.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos*: Observações sobre o §3º do art. 5º. p. 233.

⁸ *Idem*. p. 245.

Nas palavras de Piovesan:

Vale dizer, com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal⁹.

Indaga-se, então, qual seria a diferença substancial entre reconhecer o caráter de direitos formalmente constitucionais e o caráter “apenas” materialmente constitucional. Afinal, se os tratados de direitos humanos são hoje aprovados mediante processo especial das emendas constitucionais e passam, portanto, a possuir o mesmo *status* jurídico delas, quais consequências, ou melhor, vantagens, se apresentam para esse grupo de direitos, aparentemente, reforçadamente constitucionais (porque formal e materialmente constitucionais)?

É que os tratados equivalentes às emendas constitucionais passam a reformar o texto Constitucional e, como parte formal da Constituição, caracterizados como cláusulas pétreas, não poderão ser denunciados. Além disso, lembra Mazzuoli, que “serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento (...) a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis”¹⁰.

2.3 Algumas questões relevantes: o status dos tratados ratificados antes da vigência do §3º e a compulsoriedade ou não de adoção da maioria qualificada para aprovação de novos tratados

Duas questões interessantes sobressaem quando do estudo do alcance da disposição contida no novo §3º do art. 5º da CF. A primeira

⁹Ibidem. p. 64. Nota 1

¹⁰Ibidem. p. 855. Nota 4.

delas trata do valor atribuído aos tratados de direitos humanos aprovados e ratificados antes da vigência da EC nº 45/2004.

Em verdade, sobre este ponto, a doutrina que já atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos índole constitucional em conformidade com interpretação teleológica e sistemática do texto da CF, em especial do §2º do art. 5º, como cláusula aberta da inserção de novos direitos e garantias no catálogo constitucional, continuou atribuindo este mesmo valor a quaisquer tratados ratificados antes de dezembro de 2004.

Assim o é porque a natureza constitucional e, via de consequência, a hierarquia superior desses tratados já se extraía da interpretação dos parágrafos do art. 5º da CF. Sendo assim, esses tratados já possuíam, ao tempo da inclusão do novo parágrafo, *status* de norma constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade. O que se alterou é que, a partir da reforma, os tratados doravante aprovados pela maioria qualificada no procedimento especial reservado às emendas constitucionais serão a elas equivalentes, isto é, além de terem *status* de norma constitucional (porque todos o têm em razão do §2º), serão também formalmente normas constitucionais.

Esta é a posição defendida por Mazzuoli que detalha:

Em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da Emenda nº 45/04. (...) Em ambos os casos o tratado terá *status* de norma constitucional, por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*, como já dissemos por mais de uma vez. O tratado ratificado após a Emenda nº 45 não perde o *status* de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5º, §2º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o *quorum* qualificado do art. 5º, §3º e, a partir dessa aprovação, integrar *formalmente* o texto constitucional brasileiro¹¹.

Parte da doutrina, todavia, que não se convencia da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com o texto do §3º, ratificou seu entendimento no sentido de que apenas os

¹¹ Ibidem. p. 865. Nota 4.

tratados aprovados nas especiais circunstâncias teriam valor de normas constitucionais, sendo todos os tratados aprovados anteriormente normas de natureza infraconstitucional (supraleais ou em paridade com as leis ordinárias).

Esse o entendimento sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes no paradigmático RE nº 466.343-1, em que foi bem sucedida a tese da hierarquia supraleal dos tratados de direitos humanos. Assentou no seu voto que

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Muitas críticas se teceram a esta posição no sentido de que, assim sendo, haveria tratados de direitos humanos com hierarquia diferenciada, mesmo tratando ambos da mesma temática, disciplinando direitos e garantias fundamentais. Vale dizer, haveria direitos e garantias fundamentais hierarquicamente superiores a outros do mesmo quilate. No mais, lembrou Flávia Piovesan que o Brasil faz parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e que está em vias de ratificar o Protocolo Facultativo ao referido pacto, e que, resultaria num agudo anacronismo conferir ao Protocolo natureza hierárquica superior ao instrumento normativo principal, que é o Pacto Internacional¹².

Alguns renomados doutrinadores propuseram que se acolhesse o fenômeno da recepção de normas, para atribuir aos tratados ratificados anteriormente à EC nº 45/2004, a mesma equivalência com as emendas constitucionais. Exemplo clássico desse fenômeno é o Código Tributário Nacional que, aprovado como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar pela CF.

Partindo-se do pressuposto de que a adoção do procedimento especial com maioria qualificada é compulsória e não discricionária, essa tese, de fato, pareceria acertada. Todavia, a questão sobre o caráter compulsório ou facultativo da utilização do processo legislativo especial não é pacífica e suscita dúvidas entre os estudiosos. Trata-se

¹²PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 129.

do segundo aspecto de interesse que sobressaiu em razão dos debates sobre o alcance das novas disposições insertas no art. 5º da CF com a EC nº 45/2004.

Ao que parece, majoritariamente se inclinam os juristas para acolher o caráter opcional do processo diferenciado, apesar das críticas apontadas para as consequências jurídicas já mencionadas no sentido de que se poderiam atribuir valores diferentes a normas jusfundamentais, apenas em razão de um procedimento formal diferenciado. Magistralmente, enfatiza Flávia Piovesan que “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”¹³.

No dizer de Mazzuoli, a reforma acabou por possibilitar “tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos”¹⁴. O autor aponta que a adoção do processo legislativo especial seria discricionário, sendo opção a ser seguida pelo Poder Legislativo. Com o mesmo pensamento, temos Marco Antônio Corrêa Monteiro, que ressalta que houve, na verdade, “acréscimo de um novo procedimento de aprovação para aquisição de posição equivalente a das emendas constitucionais, persistindo, assim, a possibilidade de aprovação pelo procedimento comum”¹⁵.

2.4 Críticas ao novo §3º do art. 5º da CF

As críticas ao texto do §3º são inúmeras e contundentes por parte de vasta gama dos juristas brasileiros. Declaram ser o novo parágrafo mal redigido, abrindo ensejo a inúmeras incongruências e imprecisões, e deixando espaço para maiores controvérsias, ao invés de acabar com

¹³ Ibidem. p. 128. Nota 12.

¹⁴ Ibidem. p. 845. Nota 4.

¹⁵ MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos Humanos e direito interno*. p. 104.

elas, como era seu desiderato original. Segundo Mazzuoli, a alteração do texto constitucional,

É um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional dos direitos humanos nessa seara.

Como magistralmente destaca Cançado Trindade, em um desabafo público de reflexão obrigatória a todos, esse “retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que os vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E continua: “Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato (...). A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente de malabarismos pseudojurídicos de certos publicistas, que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos”.

Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o §3º do art. 5º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer¹⁶.

Flávia Piovesan assevera que

Seria mais adequado que a redação do aludido §3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados,

¹⁶Ibidem. p. 843. Nota 4.

afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional¹⁷.

Todavia, é forçoso reconhecer que a mudança constitucional propiciou novos debates sobre a proteção internacional dos direitos humanos e acabou ensejando a mudança de posicionamento do STF frente ao tema. Com efeito, o constituinte derivado quis claramente conferir caráter especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, ao atribuir-lhes equivalência com as emendas constitucionais.

Deve-se, em grande parte, a esta alteração constitucional a revisão da jurisprudência dos tribunais superiores, na medida em que se constatou que a corrente paritária já não se sustentava. Ora, se os tratados de direitos humanos podem ser equivalentes às emendas e, portanto, integrar formalmente o texto constitucional, como continuar a sustentar a tese de que se equiparam a “meras” leis ordinárias?

No já tão mencionado emblemático RE nº 466.343-1, assim se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes que “não se pode negar que a reforma acabou também por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos” e mais adiante complementa que “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”. É o que Ingo Sarlet afirmou ser correto vislumbrar no novo parágrafo “um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos”¹⁸. Prossegue, ainda, afirmando que

Uma posterior alteração do próprio §3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir se estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

¹⁷ Ibidem, p. 56. Nota 1.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: Observações sobre o §3º do art. 5º*. p. 243.

3 A evolução do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos

Nesta parte do artigo, propõe-se estudar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão central desta obra, qual seja, o valor jurídico atribuído às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua posição hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico. O assunto será abordado de forma cronológica, iniciando por antigos julgados do Tribunal, que conferiam primazia ao Direito Internacional, seguindo-se da radical mudança de posição ocorrida em 1977, com a adoção da corrente paritária, que se manteve firme mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, e, por fim, culminando com os entendimentos recentes em prol da constitucionalidade e suprallegalidade, sendo esta última, por ora, a teoria vencedora entre os Ministros daquela alta Corte.

3.1 A primazia do Direito Internacional

Há muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferia primazia ao Direito Internacional frente ao direito interno, adotando, portanto, o Tribunal a teoria *kelseniana* do monismo internacionalista, segundo a qual a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada¹⁹. Nas palavras de Mazzuoli, explicando o monismo,

O monismo com primazia do Direito Internacional sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas. (...) No ápice da pirâmide das normas, encontra-se, pois, o Direito Internacional, do qual provém o Direito Interno, que lhe é subordinado. (...) A primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno afigura-se como uma solução necessária ao progresso e ao desenvolvimento do direito das gentes, o que está a nos provar a nova tendência constitucional contemporânea, bem como a prática internacional²⁰.

Vários são os acórdãos que expressaram esse primado, tais como o

¹⁹ Ibidem. p. 117. Nota 12.

²⁰ Ibidem. p. 89 e 92. Nota 4.

caso da União Federal contra a Companhia de Rádio Internacional do Brasil, datado de 1951, ou a apelação cível nº 7.872, de 1943. Há, ainda, julgados mais remotos, datados do começo do século passado, como no caso do pedido de extradição nº 7, de 1913. Em todos esses exemplos, decidiu-se pelo primado do Direito Internacional, consagrando-se a hierarquia superior das normas constantes de tratados internacionais sobre as leis ordinárias, anteriores ou posteriores, incompatíveis com aqueles.

3.2 A consagração da corrente paritária

Em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, o STF mudou radicalmente de posicionamento na questão da hierarquia das fontes normativas, adotando a corrente paritária, igualando, portanto, tratados internacionais a leis ordinárias, fazendo valer a máxima segundo a qual lei posterior revoga anterior que seja com ela incompatível. Sendo assim, não haveria, de fato, hierarquia entre tratado e lei, e os casos de conflito entre um e outra deveriam resolver-se pelo critério cronológico puramente.

O caso tratava do embate entre a Convenção de Genebra, que instituía a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, e o Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969. Foi Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, cujo voto ainda expressava o antigo pensamento daquela Corte em relação ao primado do Direito Internacional e, assim sendo, saiu vencido.

O Ministro Cunha Peixoto liderou a votação no sentido de se adotar a corrente paritária. Assim se expressou:

Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em superlei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. (...) Ademais, não existe na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado²¹.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria Comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE n.º 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1º de junho de 1977.

Prosseguindo, esclarece o Ministro que o art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual trata da primazia das normas constantes de tratado internacional em matéria tributária, não é norma que traga princípio geral, tratando apenas da matéria tributária, salientando, todavia, ser o referido artigo de “constitucionalidade duvidosa”.

Os Ministros, naquela ocasião, também enfrentaram a questão do descumprimento por parte do Brasil de obrigações assumidas perante outros Estados. Quanto a este aspecto, sublinhou o Ministro Cordeiro Guerra:

(...) A Constituição Federal defere ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei, em pé de igualdade, sem dar ao tratado internacional forma superior à da lei (...). Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional, não, porém, no campo do direito interno. Quando muito, poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno²².

Nota-se que as questões de direito interno eram vistas como completamente separadas das questões de direito internacional e, não se pode deixar de negar, nota-se igualmente certo desdém para com as consequências possíveis advindas no que se denominou de âmbito internacional, relegando esta esfera a um segundo plano, o qual não seria da competência nem de relevância para o Tribunal considerar. É dizer, uma reclamação de uma outra parte contratante perante o Estado Brasileiro era algo de somenos importância.

Nos anos que se seguiram, essa orientação jurisprudencial se consolidou e a corrente paritária não encontrou adversário, pelo menos não nos pretórios brasileiros. Na doutrina, entretanto, como já antes visto, a tese da igualdade entre tratado e lei sempre foi combatida e vista com maus olhos pelos juristas, em especial aqueles afetos aos campos do Direito Internacional e, sobretudo, dos Direitos Humanos. Ressalte-se que a corrente paritária passou a ser adotada para solução de quaisquer conflitos entre tratados e leis ordinárias, ainda que a matéria versada

²²Ibidem. Nota 21.

fosse de direitos humanos. Muitas críticas foram lançadas aos argumentos dos que advogavam a teoria da paridade, em especial após 1988.

Deveras, a CF instituiu toda uma nova ordem jurídica no Brasil, e as suas disposições concernentes ao Direito Internacional e tratados internacionais e os direitos humanos fizeram crescer outras teorias, mormente as que conferiam valor supralegal e constitucional às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos.

No entanto, ainda, mesmo após a CF de 1988, a corrente paritária continuou a prevalecer. O posicionamento do STF não se alterou, como ficou bem demonstrado no *Habeas Corpus* nº 72.131-1 – RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O referido *HC* abordou a questão do conflito entre lei ordinária e a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo esta mais conhecida entre nós como Pacto de San José da Costa Rica, na famosa questão da prisão civil por dívida do depositário infiel.

Para melhor situar o debate, mister relembrar que a CF proíbe a prisão civil por dívida, expressamente permitindo, entretanto, duas exceções, sendo uma delas a do depositário infiel. O Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual faz parte o Brasil, não excepciona a prisão do depositário infiel, sendo, então, nesse aspecto mais favorável do que a disposição constitucional. No caso em comento, questionava-se a possibilidade da prisão civil do devedor em alienação fiduciária como depositário infiel, disciplinada no Decreto-lei 911/69.

Assim, se pronunciou o Ministro Moreira Alves:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...). Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário, esse §7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição²³.

Mais adiante, o Ministro Celso de Melo, seguindo ainda a mesma orientação consubstanciada na já consolidada jurisprudência do STF, afirma inexistir hierarquia entre tratados e leis ordinárias, situando-se

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

ambos no mesmo patamar abaixo da Constituição Federal. Pondera, entretanto, que a CF autorizou a prisão civil do depositário infiel e, assim sendo, o legislador ordinário poderia instituir normalmente casos da referida prisão, tal como no caso do depositário infiel, e, via de consequência, nenhum tratado poderia paralisar ou deixar sem eficácia lei que assim disciplinasse, ainda que fosse o tratado posterior à referida lei. Isto porque a lei estaria apenas regulamentando o que já era autorizado pela própria CF:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...). Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno. (...).

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.

Não me parece que o Estado Brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão civil. (...) É que, no caso em exame, não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização constitucional, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil precisamente na hipótese de infidelidade depositária²⁴.

A votação não foi unânime, sendo vencidos os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Os argumentos da maioria pela inaplicabilidade da Convenção Americana e preponderância da legislação ordinária, chancelando, portanto, a prisão civil do devedor em alienação fiduciária, foram repetidos em diversos

²⁴Ibidem. Nota 23.

outros casos, consolidando, destarte, ainda mais a tese da paridade entre tratado e lei, e subordinação de ambos à Constituição.

3.3 Mudança de paradigma: a adoção das teorias da constitucionalidade e da supralegalidade

Em dezembro de 2004, entrou em vigor a EC nº 45, que inseriu o §3º ao art. 5º da CF, propiciando o reinício dos debates acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Pelo novo dispositivo, as normas constantes dos tratados de direitos humanos seriam equivalentes às emendas constitucionais, se aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, mesmo procedimento e quórum exigido para as emendas constitucionais. Ficava bastante claro, portanto, o desiderato de promover os tratados de direitos humanos a um patamar superior, reconhecendo-lhes o valor materialmente constitucional.

A despeito das severas críticas lançadas ao novo parágrafo, já supramencionadas, deve-se reconhecer que o debate sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos ganhou novo fôlego, num processo que culminou com o emblemático julgamento do RE 466.343-1/SP, em que o STF rompeu com três décadas de sólida jurisprudência, abandonando em definitivo a corrente paritária, para dividir-se entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade, com vantagem para a primeira.

Nesse julgamento, decidiu a Suprema Corte, por maioria, que os tratados internacionais de direitos humanos contam com valor supralegal, porém, ainda subordinados à CF, e que, portanto, qualquer legislação ordinária que permita a prisão civil por dívida do depositário infiel restaria paralisada em razão das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica, a qual deve prevalecer.

O Ministro Gilmar Mendes votou pela supralegalidade dos tratados e inspirou o voto dos demais ministros. Afirmou que, com as mudanças constitucionais da EC nº 45, estava ressaltado o valor especial dos tratados de direitos humanos, sendo-lhes conferido um lugar privilegiado no ordenamento jurídico, e que “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”. Ora, se se abria a

possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem equiparados a emendas constitucionais, fazendo, assim, formalmente parte do texto constitucional, como conceber que poderiam alguns tratados ser considerados iguais a uma mera lei ordinária, tal como prescreve a corrente paritária, em suas palavras, descrita como “anacrônica”?

O Ministro continua e indaga se “no contexto atual, em que pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direito humanos, esse jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”.

Prossegue, ainda, ele:

Não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos.

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Ao fim de seu voto, o Ministro pontua que acredita estar “o espírito da Corte preparado para a atualização jurisprudencial”.

Os argumentos do ilustre Ministro foram seguidos por outros colegas e, por maioria, decidiu o STF que não há mais base legal no ordenamento jurídico brasileiro para a prisão civil do depositário infiel, em razão da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, e considerando que ela possui valor superior à legislação

ordinária. Ressalvaram, entretanto, que o caráter da supralegalidade ainda coloca os tratados internacionais de direitos humanos em nível hierárquico abaixo da Constituição, sendo a ela subordinados, razão pela qual o Pacto de San José da Costa Rica não revogou a disposição constitucional que permite a prisão civil do depositário infiel, apenas tornou inaplicáveis as leis ordinárias que disciplinam a prisão.

Destaca a professora Flávia Piovesan que

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado pelo emblemático julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343, destacando-se um amplo repertório jurisprudencial que o adota como referência interpretativa, de forma a consolidar a tese do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e de sua supralegalidade²⁵.

Impende salientar, outrossim, que, no julgamento deste Recurso Extraordinário, outros quatro Ministros da Suprema Corte sustentaram argumentos em prol da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, tal como vinha sustentando há décadas forte doutrina brasileira. Foi precisamente neste caso que o Ministro Celso de Mello alterou seu posicionamento substancialmente, deixando de lado a corrente paritária que sempre seguira, desde 1995, e adotando a corrente da constitucionalidade.

Essa tese, contudo, como já referido, foi minoritária. Todavia, não se deve deixar de pontuar que contou com adesão forte e pode representar até mesmo novos rumos no debate, o qual dá mostras de não estar concluído em definitivo.

²⁵Ibidem l. p. 134-135. Nota 12.

4 Considerações finais

Este artigo teve por intuito enfocar a questão da hierarquia jurídica das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com as demais fontes normativas, em especial a Constituição Federal. O tema avulta em importância hodiernamente e, diante do novo cenário em que se encontram os sujeitos de Direito Internacional num mundo cada vez mais interligado, tende a assumir novos contornos, com a mesma rapidez com que mudam as formas de se relacionar dos Estados.

A mudança constitucional que introduziu o novo parágrafo ao artigo 5º da Carta Magna reacendeu o debate acerca da matéria. De um lado, se consideram os especialistas na temática que a mudança foi tímida e mal ordenada, porque a doutrina brasileira de vanguarda de há muito já considerava o valor constitucional das normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais, pelo menos serviu para que o Supremo Tribunal Federal revisse seu posicionamento tomado na década de 70, mas que seguia firme, mesmo diante de tantas novas interpretações e considerações modernas feitas sobre o assunto.

A corrente paritária foi totalmente alijada, abrindo espaço para as outras duas correntes, quais sejam, a da constitucionalidade e da supralegalidade. Como os excelsos Ministros divergiram em sua decisão, conclui-se que ainda há espaço para um avanço significativo na matéria, esperando-se que sempre com vistas a garantir mais ainda prerrogativas a normas que protejam e velem pelos direitos humanos.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 jun. 2012.

_____. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a convenção de Viena sobre o direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 6 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal Federal. Jurisprudência. *Material da 7ª aula da disciplina Teoria do Garantismo Penal*. Ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Matéria comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE nº 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1 jun. 1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *Alienação fiduciária em garantia*. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC nº 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. Alienação Fiduciária em garantia*. Prisão Civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC nº 87.585-8/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do estado constitucional e hHumanista de direito*. Inédito. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhangueira- Uniderp|REDE LFG.

_____. *Valor Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> Acesso em: 31 mar .2011. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhangueira-Uniderp|REDE LFG.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 14 maio 2012.

_____. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Ciência Criminais. Vol. 4. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha.

_____. Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional? parte I. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso:12 jul. 2009.

_____. _____. Parte II. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 13 de ago. 2009.

_____. _____. Parte III. Disponível em:< <http://www.lfg.com.br>> 14 ago. 2009.

HARDAGH, C. C, SOUZA, A. I. e PEREIRA, S. R. *Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica*: material de aula da disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp – Rede LFG, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o §3º do art. 5º da Constituição*. In: “Leituras Complementares de Constitucional”. Org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: Podium, 2006.

3 DIREITO AMBIENTAL



**5ª Sede do MPPB
Prédio por trás do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
atual Edifício do Fórum Arquimedes Souto Maior
Rua das Trincheiras - Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)**

CONTRIBUIÇÕES INTERINSTITUCIONAIS ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍCIAS COM VISTAS À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: COMPETÊNCIAS E FORMAS DE ATUAÇÃO NO ESTADO DA PARAÍBA

Ana Celecina da Costa Rangel
Advogada

Resumo

Com a discussão acerca das atribuições investigativas do Ministério Público em face das Polícias (Federal e Estadual), iniciada com o Projeto de Emenda à Constituição nº 37/2011, também conhecida como PEC da impunidade e/ou legalidade, e mesmo com sua rejeição completa em 25 de junho de 2013, ainda se ressalta a discussão acerca da competência desses Órgãos, tão relevantes para a defesa da ordem pública, assim como para a proteção dos direitos individuais e/ou coletivos e do patrimônio em geral, em especial para a tutela do meio ambiente. Diante disso, este trabalho objetiva apresentar as atribuições do Ministério Público, bem como das Polícias, Federal, Civil e Militar, presentes na Constituição Federal de 1988, na Constituição do Estado da Paraíba, nas legislações federal e estadual pertinentes, e, especialmente, as do Estado da Paraíba, delineando o que incumbe a cada um deles na seara ambiental. Para a consecução deste artigo, foram adotados os métodos dedutivo e jurídico de interpretação sociológica, bem como a utilização de pesquisa qualitativa e bibliográfica-documental, pelo uso predominante da documentação indireta. À guisa de conclusão, percebe-se que, apartado do aparente conflito de atribuições, deve existir uma cooperação entre o Ministério Público do Estado da Paraíba e a Polícia Militar Ambiental no Estado da Paraíba, efetivada através de diversos instrumentos, exurgindo disto um novel princípio, qual seja, a da integração intersetorial entre órgãos, com vistas a uma efetiva sustentabilidade.

Palavras-chave: Competência. Ministério Público. Polícia. Proteção Jurídica do Meio Ambiente.

Abstract

With the discussion of the investigative powers of the prosecutor in the face of Police (Federal and State), which began with the amendment bill to the Constitution N° 37/2011, also known as PEC impunity and / or legality, and even with your complete rejection on June 25, 2013, also

emphasizes the discussion about the competence of these organs, as relevant to the defense of public order, as well as for the protection of individual rights and / or collective and heritage in general, especially for the protection of the environment. Thus, this study aims to present the duties of the Public Ministry and the Police, Federal, Civil and Military, present in the 1988 Federal Constitution, the Constitution of the State of Paraíba, in federal and state laws relevant, and especially the State Paraíba, outlining what it is for each one of them in environmental harvest. To achieve this Article, deductive methods and the legal sociological interpretation were adopted, and the use of qualitative and bibliographic and documentary research, the predominant use of indirect documentation. In conclusion, it is clear that, apart from the apparent conflict of duties, there must be cooperation between the Public Ministry of the State of Paraíba and the Environmental Military Police in the state of Paraíba, carried out through various instruments, exsurgindo it a novel principle, namely the inter-sectoral integration between agencies, with a view to an effective sustainability.

Key-words: Competence. Public Ministry. Police. Legal Protection of the Environment.

1 Introdução

Em 2011, exsurgiu um caloroso debate acerca da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37, apresentada em oito de junho daquele ano, pelo deputado federal Lourival Mendes (líder do Partido Trabalhista do Brasil – PT do B –, no Estado do Maranhão), conhecida como PEC da legalidade, pelos que a defenderam, ou PEC da impunidade, pelos contrários à sua aprovação. Contudo, em 25 de junho de 2013, tal discussão foi encerrada, e a proposta de Emenda Constitucional foi rejeitada por 430 parlamentares, de um total de 441 presentes à sessão plenária¹.

Em síntese, ela se propunha a atribuir competência privativa às Polícias Federal e Civil para investigar todos os crimes, inclusive os da esfera ambiental, afetando consideravelmente as atribuições de outros

¹BRASIL. *Câmara rejeita PEC 37*. Texto será arquivado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446071-CAMARA-REJEIT A-PEC-37;-TEXTO-SERA-ARQUIVADO.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

Órgãos que realizam investigações, como a Receita Federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), além do próprio Ministério Público (Federal e dos Estados)².

Contudo, cabe mencionar que isso geraria, entre outros efeitos, insegurança jurídica causada pela concentração de competências aos Órgãos e entidades componentes da Segurança Pública, dissonante da novel ordem democrática estabelecida a partir do século XX, como modelo preeminente de organização política da parcela majoritária das nações atuais do globo.

A Constituição Federal de 1988 refletiu este novo regime, evidenciando o alargamento do papel a ser desempenhado pelos Órgãos Ministeriais e pelos Órgãos da Segurança Pública, e que foram posteriormente ratificados em âmbito infraconstitucional.

Não há dúvidas de que, dentre uma das variegadas funções que aqueles têm em comum, está a da proteção fático-jurídica do meio ambiente e de seus recursos naturais, guardadas as especificidades funcionais e jurisdicionais de cada um deles, assim como de outros Órgãos.

Acerca disso, sabe-se que, ao mesmo tempo em que vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, em que o modelo globalizante do capitalismo oportunizou que as relações de diferentes nações se estreitassem como jamais tínhamos visto, também vivemos igualmente em um mundo extraordinariamente opressivo, pela coexistência de problemas novos e antigos que afeta, sob uma ou outra forma, tanto países ricos como pobres, a exemplo das ameaças cada vez mais contundentes ao meio ambiente e a presente insustentabilidade econômica, ambiental e social³.

Com a assunção dos direitos fundamentais de 3ª geração, como o direito ao meio ambiente equilibrado, inculcado na Lei Maior, e que

²BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição* da República Federativa do Brasil de 1988 nº 37/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 25 abr. 2015.

³SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

privilegiou a tutela dos bens difusos e coletivos, foi extremamente relevante elevar-se a esfera de ação dos Órgãos ministeriais e da Segurança Pública.

A Carta Magna dispôs em capítulo próprio sobre este bem jurídico autônomo, social e unitário, elevando-o a verdadeiro direito público, subjetivo e inalienável, cuja titularidade cabe a qualquer pessoa⁴.

Além disso, por ser considerado patrimônio público, incumbe ao Poder Público a sua tutela, e não somente à coletividade ou à iniciativa privada, compreendidos naquele todos os órgãos e entidades da Administração Pública, direta e/ou indireta, incluídos aí os órgãos componentes do Ministério Público e da Segurança Pública, devendo estes se utilizar dos instrumentos administrativos e judiciais pertinentes à sua proteção.

Deste modo e sem pretender encerrar o debate sobre o assunto, o artigo ora proposto visa analisar as competências gerais do Ministério Público, bem como as das Polícias Federal, Civil e Militar, mais detidamente no âmbito do Estado da Paraíba, constantes na Constituição Federal de 1988, na Constituição do Estado da Paraíba, nas legislações federal e estadual pertinentes, particularmente no que diz respeito à temática ambiental.

Concomitantemente, visa demonstrar os instrumentos de cooperação e as contribuições interinstitucionais entre o Ministério Público da Paraíba e a Polícia Militar da Paraíba, com vistas à salvaguarda dos recursos naturais, entendidos como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (art. 225, Constituição Federal de 1988)⁵.

2 Ministério Público

2.1 Caracterização

A criação do Ministério Público não é unânime entre os autores, contudo, tem como ponto de partida a existência, na Ordenação Francesa

⁴BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

de 1302, de Felipe IV, da figura do *procurateur du roi*, que originou uma das expressões que mais o identifica, qual seja, *Parquet*, também de etimologia francesa. Por isso é que, em tempos longínquos, e ainda hoje em alguns países, aquele esteja diretamente ligado ao Poder Executivo.

Acerca deste aspecto, Streck e Feldens, mencionando o voto do Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança 21239-DF, afirmam que, com a reconstrução da ordem constitucional a partir de 1988, aquele se desvinculou de seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e dos seus atos governamentais, preso aos laços de confiança do Executivo, ou seja, exercendo um papel restrito, para ampliar suas atribuições, credenciando-o “ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania”⁶.

Atualmente, embora tenha sido instituído de maneira mais completa pela Constituição Federal e esteja disposto no Título IV – Da Organização dos Poderes, não constitui um Poder em si, como são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, mas um Órgão *sui generis*, haja vista a sua autonomia funcional, administrativa e financeira (art. 127, §§ 2º a 6º), que, conjuntamente com aqueles constantes no Capítulo IV – Das funções essenciais à justiça, quais sejam, a Advocacia Pública e em geral, e a Defensoria Pública, exercem atribuições peculiares dentro do nosso ordenamento jurídico.

Na Carta Cidadã, o Ministério Público é claramente tratado como uma instituição de cunho permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-se a ele a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

Compreendendo o sentido inovador imprimido pela Lei das leis, é perceptível o alargamento de atribuições conferidos ao *Parquet*.

Assim, possui braços pelos quais atua: Ministério Público da União (MPU) e Ministérios Públicos dos Estados. Aquele, por sua vez, compreende o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cada um exercendo atribuições próprias (art. 128, CFRB/88).

⁶STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.13

Afora esses, e desde 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de circunscrição nacional responsável por apreciar e processar a atuação dos respectivos membros componentes do *Parquet* (art. 130-A, CRFB/88).

Na Constituição, seu disciplinamento encontra-se nos arts. 127 a 130-A. Já no âmbito infraconstitucional, a legislação regente é a Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), e a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMP)).

No entanto, ressalte-se que, em uma ampla gama de normas, como nos Códigos Penal, Processual Penal, Civil e Processual Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Maria da Penha, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei dos Crimes Ambientais, entre outras, existem dispositivos explicitando e particularizando outras atribuições do Ministério Público.

Nos Estados, os Ministérios Públicos são definidos nas respectivas Constituições Estaduais e Legislação Estadual pertinente. Na Paraíba, foi disciplinado pela Constituição Estadual de 1989 (arts. 125 a 131), bem como pela Lei Complementar nº 97/2010 (LOMP-PB), reproduzindo os textos da Carta Magna e da legislação federal, acima mencionados.

As funções institucionais do Ministério Público (art. 129, CRFB/88) constituem a base em que as demais leis se fundaram para serem elaboradas, nos seguintes termos:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em consonância, vem o art. 131 da Constituição da Paraíba⁷ dispor o seguinte:

I – exercer a fiscalização dos estabelecimentos carcerários e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

II – deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, do consumidor, de política penal e penitenciária e de outros afetos à sua área de atuação;

III – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nesta Constituição.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

a) instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los, expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, requisitar informações, exames da administração direta ou indireta, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

b) requisitar informações e documentos de entidades privadas para instituir procedimento ou processo em que officie;

c) solicitar à autoridade competente a instauração de sindicância, acompanhá-la e produzir provas, requisitando os serviços temporários de servidores para realização de atividades específicas, dando publicidade aos procedimentos administrativos que instaurar e as medidas adotadas.

⁷PARAÍBA. *Constituição do Estado da Paraíba de 1989*. Disponível em: <<http://www.sspcpb.com.br/constpb.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

As demais legislações (federais/estaduais) baseiam-se nos dispositivos constitucionais já expostos, não ultrapassando suas diretrizes, e cujo detalhamento não constitui foco deste trabalho.

Primeiramente, cabe salientar que, diante de tantas atribuições, o Ministério Público desponta como Instituição completa, extremamente necessária para a proteção da ordem pública e dos chamados interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CRFB/1988).

Assim, a ele incumbe a proteção da educação, da saúde, do patrimônio público, da família, da criança e adolescente, da mulher, do idoso, do indígena, do consumidor e do meio ambiente, podendo, em sua defesa, exercer os papéis de *custos legis* ou fiscal da lei, e/ou parte.

Acerca destes, esclarece Slaibi Filho⁸:

Não se esgotam, no art. 129, as atribuições da instituição, pois o Ministério Público pode agir, quando o faz em juízo, em duas funções principais: como *agente*, quando atua como legitimado extraordinário (ou substituto processual), na defesa de interesses relevantes, como, por exemplo, no exercício da pretensão punitiva estatal, em ação civil pública, na ação direta de inconstitucionalidade etc., e como *interveniente* (na *custodia legis*, atuando como *custos legis*), ao participar do processo de decisão sem que ocupe um dos polos (ativo ou passivo) da demanda, mas como guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis que possam eventualmente ser objeto da causa. (grifos do autor)

No âmbito extraprocessual, atua como *custos legis* quando fiscaliza procedimentos, instituições (públicas ou privadas), a aplicação da lei, realiza investigações, intermedia e/ou celebra Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), ou mesmo firma convênios com outros Entes Públicos e/ou Privados, entre outros.

Contudo, cabe ressaltar que sua atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal ou do direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e

⁸SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.550.

LV, CRFB/1988), bem como de invadir a competência própria de outros Poderes ou Entidades Públicas.

2.2 Competências constitucionais e infraconstitucionais em matéria ambiental

Relativamente às competências apresentadas no tópico anterior, e para a finalidade deste artigo, cabe destacar os dispositivos da Constituição Federal de 1988, assim como da Lei nº 8.625 (arts. 25 a 27), e da Lei Complementar (LC) nº 75 (arts. 6º ao 9º), ambas publicadas no ano de 1993, bem como de outras normas pertinentes.

Todavia, antes do seu delineamento, esclarece-nos José Renato Nallini que as Organizações não governamentais (ONGs) e os cidadãos não estão, de fato, preparados para um protagonismo ambiental dignos da democracia participativa, como pretendeu o constituinte de 1988. “A única instituição que se põe a campo em defesa da ecologia, mas com outros instrumentos, é o Ministério Público”⁹.

Isso ocorre por vários fatores, em especial pela definição e ampliação dos poderes do *Parquet*, além da irrestrita autonomia institucional e funcional, insculpidas na Lei Maior, devendo, portanto, seus Órgãos se apropriarem dessas prerrogativas para defesa do meio ambiente.

No entanto, tal competência já estava em processo de amadurecimento, fruto do movimento de redemocratização do País, e da assunção dos direitos fundamentais da terceira geração, a exemplo do meio ambiente, que, afastando-se cada vez mais de um universo individualizado, buscava os anseios do povo, da coletividade, enfim, dos direitos difusos e/ou coletivos.

Por isso é que ainda na década de 1980 foram promulgadas as Leis nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)), e nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil). Nelas ressaltou-se a faculdade de o Ministério Público propor ações judiciais de natureza civil e penal, por danos causados ao meio ambiente.

Diante disso, e atendendo ao caráter didático do presente artigo, apresentaremos as atribuições do Ministério Público, como instrumentos de atuação na esfera ambiental.

⁹NALLINI, José Renato. A ética ambiental em tempos baços. In.: CASTELLANO, Elisabete Gabriela. ROSSI, Alexandre. CRESTANA, Silvío. (Editores Técnicos). *Direito ambiental: princípios gerais do direito ambiental*. Brasília: Embrapa, 2014. p.99.

De início, releva-se mencionar que o Ministério Público atua judicialmente, como parte e/ou *custos legis*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI genérica), na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), na Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), no Mandado de Segurança Coletivo (MSC), no Mandado de Injunção (MI), na Ação Civil Pública (ACP), e, privativamente, na Ação Penal Pública (APP).

O Procurador-Geral da República (PGR), como chefe do MPU e MPF, é competente para propor ADI genérica (arts. 129, IV, CRFB/88; 25, I, Lei nº 8.625/93; e 6º, I, LC nº 75/93), ADI por Omissão (arts. 129, IV, CRFB/88; 25, I, Lei nº 8.625/93; e 6º, II, LC nº 75/93), ADC (art. 103, VI, CRFB/88), ADI Interventiva (arts. 36, III, e 129, IV, CRFB/88; 25, II, Lei nº 8.625/93; 6º, IV, LC nº 75/93; e 19, III, Lei nº 8.038, de 28/05/1990) e ADPF (arts. 102, § 1º, CRFB/88; 2º, Lei nº 9.882, de 03/12/1999; e 6º, III, LC nº 75/93).

Em síntese, quando lei que estabeleça normas de proteção ambiental contrariar a Constituição ou seus princípios, ou no caso de omissão legislativa, ou ainda quando houver afronta aos princípios sensíveis, por parte de Lei ou ato normativo estadual, ou mesmo quando atos do Poder Público violem ou ameacem violar preceito fundamental, decorrente da Constituição, caberá ao PGR propor algum dos remédios constitucionais mencionados acima.

Acerca do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, CRFB/88), Élida Séguin entende que, embora este dispositivo restrinja a legitimidade ativa para partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical/entidade de classe/associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, reflexivamente se outorgou ao Ministério Público a impetração deste *writ*, em função do art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor (CDC))¹⁰, para a tutela de interesses/direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, ou de interesses/direitos coletivos, compreendidos os de natureza indivisível de que seja titular grupo/categoria/classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base (art. 81, § único, II e III, CDC), e

¹⁰SÉGUIN, Élida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

da qual concordamos inteiramente, haja vista que atos de autoridade pública e/ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público podem vir a afetar direito na seara ambiental de uma coletividade, cuja única alternativa para sua proteção esteja na atuação do Órgão Ministerial.

Já o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CFRB/88) pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica (incluído o Ministério Público), sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

AACP (art. 129, III, CFRB/88) foi essencial para o cuidado de que o meio ambiente necessitava em matéria processual, pois o vetusto Código Civil de 1973, voltado fundamentalmente para questões individuais, não era mais suficiente para atender os novos anseios da coletividade, sendo instituída, assim, em 24 de julho de 1985, pela Lei nº 7.347, e conferindo legitimidade ativa ao Ministério Público para ingressar no Poder Judiciário, obtendo proteção em relação aos direitos difusos e/ou coletivos. Assim, reconheceu-se mundialmente o ineditismo da Lei, “tendo em vista que alguns países europeus – Portugal, Alemanha, França, Bélgica e Espanha – não tinham, até o final do século, formas de acesso coletivo à jurisdição para a proteção dos direitos difusos”¹¹.

Através deste meio processual, representações têm sido promovidas para responsabilizar autoridades que não elaboraram os planos de gestão de resíduos sólidos ou não implantaram aterros sanitários, substituindo os famigerados “lixões”, conforme emana do art. 6º, XIX, *a*, da Lei Complementar nº 75/93, a fim de dar efetividade à Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

Por fim, incumbe ao Ministério Público promover privativamente a Ação Penal Pública (art. 129, I, CFRB/88), de natureza pública incondicionada, “porquanto o bem jurídico prevalente é o interesse público, uma vez que em jogo está a proteção do meio ambiente, tido como um *patrimônio público* a ser necessariamente assegurado, tendo em vista o

¹¹ ALBERGARIA, Bruno. História do direito ambiental. In.: CASTELLANO, Elisabete Gabriela. ROSSI, Alexandre. CRESTANA, Silvio. (Editores Técnicos). *Direito ambiental: princípios gerais do direito ambiental*. Brasília: Embrapa, 2014. p. 139.

uso coletivo¹², estendendo a persecução penal igualmente para pessoas jurídicas, inclusive desconsiderando-as juridicamente, para fins de ressarcimento (arts. 3º, 4º e 26, Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais). Suas normas procedimentais também constam da Lei nº 8.038/1990.

Relativamente aos modos pelos quais o *Parquet* atua fora da órbita jurisdicional, destaque-se o inquérito civil, o inquérito policial, a audiência pública, a participação em colegiados de órgãos estatais, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação e as requisições e diligências para providências cabíveis.

O inquérito civil, conjuntamente com a ACP (art. 129, III, CRFB; art. 26, I, Lei 8.625/93; arts. 6º, VII, *b*, e 7º, I, Lei Complementar 75/93), compõe importante instrumento para a proteção do meio ambiente, e decorre do direito de petição, facultativo para qualquer pessoa, e compulsório para o servidor público, podendo a primeira, a depender da representação, ensejar a proposição da segunda, ou mesmo redundar em ação penal.

A Carta Federal é clara quanto à possibilidade de a Entidade Ministerial requisitar instauração de inquérito policial para que as Polícias Federal e/ou Civil apurem infrações criminais, vindo ou não a concretizar-se a formalização da ação penal, através de denúncia ou queixa-crime (art. 129, VIII).

Decorrente do princípio democrático, em que atua tanto a esfera pública quanto a sociedade, a audiência pública é procedimento prévio e obrigatório para licenciamento de obras e atividades potencial ou efetivamente poluidoras (art. 11, § 2º, Resolução Conama nº 01/86). Igualmente, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, arts. 2º, XIII, 40, § 4º, I, 43, II, e 44) o prevê para a participação popular no gerenciamento do ambiente artificial. Tanto nesses casos, quanto nos facultativos, o Ministério Público atuará para permitir a publicidade, o debate e a proposição de pleitos e sugestões em relevantes matérias de cunho ambiental.

A participação em colegiados de órgãos estatais, também decorrente do princípio citado anteriormente (art. 25, VII, Lei nº 8.625/93; art. 6º, § único, Lei Complementar nº 75/93), constitui canal dentro dos

¹²MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1511.

Conselhos de Órgãos ambientais, visando a uma melhor qualidade de vida para a comunidade. A integração nesses colegiados estabelece-se de modo opcional pelo Órgão Ministerial, e seus votos e opiniões não são vinculantes.

A União regulamentou, através da Resolução CSMPF nº 87/2006, além dos procedimentos da ACP, do inquérito civil, da audiência pública e da representação, acima referidos, os institutos do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação.

Por meio do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), também denominado Compromisso de Ajustamento de Conduta pela Resolução nº 87/2006 (arts. 20 e 21), o Ministério Público pode tomar, em qualquer fase da investigação, em inquérito civil, ou no curso de ACP, compromisso do interessado quanto ao ajustamento de sua conduta às exigências legais, impondo-lhe multa cominatória em caso de descumprimento.

A recomendação acoroça “os destinatários à adoção de medidas que, segundo a ótica do *Parquet*, são as mais adequadas ao acautelamento ou controle de irregularidades. Não importa em *ordem* ou *determinação*, mas em aconselhamento, advertência, encarecimento ou lembrança”¹³. Adverte, assim, entidades públicas e/ou particulares para melhoria ou saneamento de erros, não estando necessariamente atrelada a prévio inquérito civil ou a qualquer outro procedimento administrativo, nem obriga a instauração destes, ou a celebração de TAC ou a promoção de ACP (art. 27, § único, Lei nº 8.625/93; art. 6º, XX, Lei Complementar nº 75/93; arts. 23 e 24, Resolução nº 87/2006).

Para utilizar os instrumentos mencionados anteriormente, a exceção da participação em colegiados de órgãos estatais, o Ministério Público pode requisitar informações e outros documentos hábeis dos órgãos da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como de entidades privadas, além de requerer a instauração de sindicância ou procedimento administrativo, para providências cabíveis. Para este fim, inclui-se ainda a realização de inspeções e diligências investigatórias,

¹³ *Ibid.*, p. 1417.

bem como a expedição de notificações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar (art. 129, VI e VIII, CFRB; art. 26, I, *a e b*, e II a IV, Lei nº 8.625/93; arts. 7º, II e III, e 8º, I, II, IV, V, VII e VIII, Lei Complementar nº 75/93).

Finalmente, cabe ressaltar ilação de Rego e Nascimento, para quem

O Ministério Público é aquele que tem perfeita consciência do seu *locus* social enquanto agente indutor de políticas públicas e estimulador da mudança de comportamentos sociais.

A judicialização dos conflitos de interesses deve ser encarada com a alternativa extrema e, por vezes, necessária, mas que, usualmente, deve ser antecedida por uma atuação extrajudicial intensa, voltada para a elaboração de consensos sociais que tenham sempre como objetivo final a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável¹⁴.

2.3 Competência em matéria ambiental do Ministério Público da Paraíba

No Estado da Paraíba, as atribuições do Ministério Público corroboram com o estatuído em âmbito federal, conforme explicita os artigos 125 a 131 da Constituição do Estado da Paraíba, bem como os art. 37, IV, *b* da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba.

Organicamente, o Ministério Público da Paraíba está organizado da seguinte maneira: a) Órgãos de Administração Superior: Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público; b) Órgãos de Administração: Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça; c) Órgãos de Execução: Procurador-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça e Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial; e d) Órgãos Auxiliares: Centros de Apoio Operacional (CAOPs), Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), Comissão de Combate aos Crimes de Responsabilida-

¹⁴REGO, Patrícia de Amorim; NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. A atuação do Ministério Público na construção de um meio ambiente sustentável. In.: *Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo*. Goiânia: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPJ), 2012. p. 43.

de e à Improbidade Administrativa, Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado, Ouvidoria, Comissão de Elaboração Legislativa, Comissão de Concurso, órgãos de Apoio Administrativo, Centro de Controle Orçamentário a Estagiários (art. 5º da Lei Complementar nº 97/2010).

Disto, percebe-se que todos os órgãos que compõem o setor administrativo também são responsáveis por executar, dentro de suas prerrogativas, funções que extrapolam a seara interna da instituição, previstas nas Constituições ou nas legislações (Federal e Estadual), detalhadas precedentemente.

Especificamente, para a proteção do meio ambiente no Estado da Paraíba, o Ministério Público conta com a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, que atua em toda aquela circunscrição, tendo sua sede situada na cidade de João Pessoa, e com os Centros de Apoio Operacional (CAOPs) à Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, presentes em cada região onde aquele atua.

As disposições acerca da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente estão contidas no art. 54, e as referentes aos CAOPs constam dos arts. 59 a 62, III, ambas da Lei Orgânica do MPPB, assim como da Resolução CPJ nº 009/2011.

O Ministério Público, por intermédio destes Órgãos, vem agindo ativamente no Estado, em variegados setores, que, direta e/ou indiretamente, envolvem o meio ambiente, compreendido em todas as suas acepções, quais sejam, o natural, o construído, o cultural e o do trabalho, e que será apresentado neste ponto, a título exemplificativo, conforme adiante se verá.

As ações e remédios constitucionais, citados no tópico passado, são cabíveis, em tese, pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar nº 97/2010, não constituindo objeto deste artigo.

Já em Ação Civil Pública e Ação Penal Pública, o Ministério Público promove ações diversas, para regular a mobilidade urbana na capital do Estado¹⁵, ou interditar residência com criação irregular de

¹⁵ JUSTIÇA acata ação do MP e determina que Prefeitura da Capital apresente Plano de Mobilidade Urbana. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/2078-justica-acata-acao-do-mp-e-determina-a-apresentacao-do-plano-de-mobilidade-urbana-de-jp>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

animais¹⁶, ou ainda responsabilizar gestores públicos para a destinação regular dos seus resíduos sólidos¹⁷.

Recentemente, também instaurou inquérito civil para apurar instalação de postes de alta tensão em área de zoneamento do centro histórico da Capital¹⁸. No inquérito policial, de incumbência privativa da Polícia Civil, o *Parquet* solicitou, perante a Delegacia de Polícia da cidade de Itabaiana, a sua instauração, para responsabilizar aqueles que jogassem lixo no Canal 13 de Maio, localizado naquela Edilidade¹⁹.

Audiências públicas são realizadas constantemente, para o fim de criar-se Comissão Especial de Acompanhamento Sobre a Gestão das Águas (CEASGA)²⁰, ou para debater a falta de abrigo e o abandono e maus tratos contra animais na cidade de João Pessoa, contando, para isso, com a presença de outros Órgãos e Entidades do Terceiro Setor²¹.

O Ministério Público atua hodiernamente, firmando compromisso de ajustamento de conduta, como o assinado por Construtora, responsável por construção de um *Shopping* no Município de Cabedelo, sempre figurando os Órgãos pertinentes²².

¹⁶PROMOTORIA ingressa com ação para interditar criação irregular de animais na Capital. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1778-promotoria-ingressa-com-acao-para-interditar-criacao-irregular-de-animais-na-capital>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁷MPPB denuncia ex-prefeito de Monte Horebe por crime ambiental. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1528-mppb-denuncia-ex-prefeito-de-monte-horebe-por-crime-ambiental>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁸PROMOTORIA apura instalação de postes de alta tensão na Capital. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1940-promotoria-apura-instalacao-de-postes-de-alta-tensao-na-capital>>. Acesso em: 04 maio 2015.

¹⁹MUNICÍPIO de Areal é condenado pela Justiça. *Jornal Ministério Público Social*. Ano III, n. 35, abr./mai. 2013, p. 04. Disponível em: <<http://ged.mppb.mp.br/index.php?id=24640&mod=arquivo&op=doDownload&pasta=24640&tam=150&cols=5&lista=t&busca=t&iframe=t&raiz=1218&order=dataPublicacao&asc=f>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²⁰MPPB debate situação hídrica do açude de Boqueirão, em Campina Grande. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1927-mppb-debate-situacao-hidrica-do-acude-de-boqueirao-em-campina-grande>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

²¹BEM-ESTAR animal é debatido em audiência pública no Ministério Público da Paraíba. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1664-bem-estar-animal-e-debatido-em-audiencia-publica-no-ministerio-publico-da-paraiba>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

²²SHOPPING de Cabedelo: TAC com Sudema e Ibama reafirma validade e legalidade de licença ambiental. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1958-shopping-de-cabedelo-tac-com-sudema-e-ibama-reafirma-validade-e-legalidade-de-licenca-ambiental>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

O Ministério Público expediu recomendações aos prefeitos de alguns municípios, solicitando a adoção de medidas legais para remover criadouros irregulares de animais nos respectivos perímetros urbanos²³.

O MPPB requisitou à Prefeitura Municipal de João Pessoa (PMJP) a apresentação do projeto executivo e arquitetônico de requalificação do Parque Sólon de Lucena, após aprovação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico da Paraíba (IPHAEP) e do Conselho de Proteção dos Bens Históricos Culturais (COMPEC), tendo em vista a existência de um projeto inicial de desassoreamento e construção de túnel na Lagoa, insuficiente para obras deste porte²⁴.

Por fim, o Ministério Público realiza inspeções no Estado, a fim de diligenciar *in loco*, constatando, ou não, conformidades para tomar providências cabíveis, a exemplo da realizada na Praça João Pessoa, localizada na Capital, em função de reforma daquele espaço público²⁵.

3 Polícias (Federal, Civil e Militar)

3.1 Caracterização

Ao contrário da atual Constituição Federal, as predecessoras não abordaram expressamente ou se mostraram um tanto confusas em relação à temática da segurança pública e da sua organização, incluindo-se aí os órgãos componentes e competências específicas.

Nesse sentir, ressalta Lazzarini que as “anteriores Constituições brasileiras só conheciam, com dignidade constitucional, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, bem como a Polícia

²³PROMOTORIA recomenda remoção de criatórios irregulares de animais em seis municípios do Sertão. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1776-promotoria-recomenda-remocao-de-criatorios-irregulares-de-animais-em-seis-municipios-do-sertao>>. Acesso em: 07 maio 2015.

²⁴PMJP vai apresentar ao MPPB projeto de requalificação do parque Solon de Lucena. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1796-pmjp-vai-apresentar-ao-mppb-projeto-de-requalificacao-do-parque-solon-de-lucena>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

²⁵PROMOTORIA fará inspeção na Praça João Pessoa. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1991-promotoria-fara-inspecao-na-praca-joao-pessoa>>. Acesso em: 18 maio 2015.

Federal. Nenhum outro órgão policial era previsto em termos constitucionais”²⁶.

Das matérias abordadas na Constituição Republicana, a segurança pública não poderia ser esquecida. No *caput* do seu art. 144, proclama que aquela é dever do Estado, mas também é um direito e responsabilidade de todos, e será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Dentre os Órgãos constantes do Capítulo III - Da Segurança Pública, Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, constam a Polícia Federal (PF), Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Cíveis, e os Policiais Militares (PM) e os Corpos de Bombeiros Militares (art. 144, I ao V, CRFB/88).

Cada ramo responde pela respectiva unidade da Federação, em obediência ao pacto federativo e às especificidades locais. Por isso, as Polícias Federal, Rodoviária Federal e Ferroviária Federal cuidam dos aspectos da União, do Distrito Federal, e nos casos em que envolver vários Estados; as demais Polícias atuam nos respectivos Estados.

No âmbito federal, além da Constituição, existe a Lei nº 4.878/1965, que trata especificamente dos Policiais Federais. Contudo, seus dispositivos estão defasados, sobretudo porque sua promulgação se deu sob a égide da Constituição de 1934, em pleno regime militar, quando governava o presidente Castelo Branco, além de só ter sofrido alterações até o ano de 1976.

Além daquela norma, coexiste no nosso ordenamento jurídico a Lei Federal nº 10.446/2002, regulamentando o disposto no art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal, que trata da atuação da Polícia Federal quando os casos de infrações penais tiverem repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, sem prejuízo da atuação das Polícias Militar e Civil. Há também o Projeto de Lei nº 6.493/2009, dispondo acerca da lei orgânica da Polícia Federal.

Disto, percebe-se a falta de legislação que especifique as competências, organização, carreira, planejamento, procedimentos, entre outros aspectos, da Polícia Federal, só se restringindo às Leis nº 4.878/65 e nº 10.446/2002, retroindicadas.

²⁶ LAZZARINI, Álvaro. Defesa do Estado. In.: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. EBook Edition, Location 1500.

Na circunscrição de cada Estado, este tem a primazia para elaborar e promulgar normas pertinentes à respectiva Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar.

No Estado da Paraíba, a Constituição dispõe sobre as Polícias Civil e Militar, (Título IV – Da Administração Pública, Capítulo IV - Da Segurança Pública, arts. 42 a 48), bem como nas Leis Complementares nº 85/2008 (Lei Orgânica e Estatuto da Polícia Civil da Paraíba), e nº 87/2008 (Lei de Organização estrutural e funcional da Polícia Militar do Estado da Paraíba).

O art. 144 da Constituição Federal, especificamente nos seus §§ 1º a 5º, tratam das competências dos Órgãos da Segurança Pública, *in verbis*:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as

funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

As demais legislações, federais e/ou estaduais, fundamentam-se nos preceptivos constitucionais acima expostos, não ultrapassando suas diretrizes, e ao qual será detalhado em momento oportuno, para os fins deste trabalho.

Acerca das Polícias, cabe destacar o ensinamento de José Afonso da Silva, que afirma dois modos de atuação desses Órgãos, quais sejam, o administrativo e o de segurança. O primeiro limita a liberdade e a propriedade; o segundo subdivide-se em polícia ostensiva e judiciária²⁷.

Acerca desta última forma de atuação, cabe mencionar que, diferentemente da Polícia Militar que age ostensivamente, prevenindo o cometimento de crimes, as Polícias Civil e Federal cuidam repressivamente dos casos, auxiliando o Poder Judiciário e o Ministério Público na investigação de infrações penais, daí ser chamada de polícia judiciária. Corroborando com esta assertiva, Álvaro Lazzarini assim nos ensina:

A segunda, a Judiciária, é repressiva, porque atua só após a eclosão de um ilícito penal, tentado ou consumado, atuando apenas como auxiliar do Poder Judiciário, embora não o integre como órgão, na repressão criminal, vez que é esse Poder estatal que detém o monopólio da jurisdição criminal²⁸.

Assim, percebe-se que as Polícias Federal e Civil têm a exclusividade para exercer a função de polícia judiciária, assim como para instaurar inquérito policial, termo circunstanciado de ocorrência e outros procedimentos apuratórios das infrações criminais sob sua competência.

²⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁸Op. cit., nota 26, Location 1489.

Contudo, avulta-se igualmente a atribuição que ambas têm de atender diligências fundamentadamente requisitadas pelo Poder Judiciário, Ministério Público ou Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), em razão de procedimentos administrativo e/ou judicial instaurados, conforme explicitam a legislação constitucional e infraconstitucional, federal e estadual mencionadas.

3.2 Competências constitucionais e infraconstitucionais em matéria ambiental

Para o objeto específico do presente trabalho, debruçar-nos-emos nas competências em matéria ambiental das Polícias Federal e Civil e, especialmente, no âmbito estadual, da Polícia Militar.

Acerca da Polícia Federal, e como mencionado em tópico anterior, cabe a esta, com exclusividade, o exercício das funções de polícia judiciária da União, apurando, através de inquéritos policiais, os ilícitos penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, mesmo não incluído no rol da Lei nº 11.446/2002, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça (parágrafo único do art. 1º).

Assim, para ilustrar esta forma de atuação de repercussão interestadual, deve-se mencionar que a Polícia Federal investigou e deflagrou, conjuntamente com o Ministério Público Federal, a operação relativa à extração e ao comércio ilegal da pedra do tipo turmalina no Estado da Paraíba, em maio de 2016, e que envolvia outros Estados (Rio Grande do Norte, Minas Gerais e São Paulo)²⁹.

Também atua em outras frentes ambientalistas, a exemplo da atuação em áreas de proteção ambiental federal ou que envolvam mais de um Estado e/ou País, na polícia de fronteiras, para coibir o contrabando de madeira, de animais silvestres em risco de extinção, bem como da entrada e saída de espécimes exóticas ou das exclusivas do nosso

²⁹ PF combate a extração ilegal de turmalina paraíba. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/05/pf-combate-a-extracao-ilegal-de-turmalina-paraiba>>. Acesso em: 27 maio 2015.

bioma, evitando a prática da biopirataria, além da tutela daquelas que constituem patrimônio nacional, quais sejam, a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, conforme emana do § 4º do art. 225 da Constituição Federal.

Nos respectivos Estados, a Polícia Civil exerce a função de polícia judiciária, investigando crimes ambientais através de inquérito policial.

Também no âmbito daqueles entes federados, a Polícia Militar atua ostensivamente para a promoção da ordem pública, nela incluída a defesa dos bens ambientais.

Fática e funcionalmente, desempenha um papel com maior dinamicidade ao comparar-se com a Polícia Civil, haja vista a sua atuação preventiva no cometimento de infrações penais daquela natureza, e para o qual o direito ambiental releva predileção, principalmente em função dos princípios da precaução e da prevenção.

Diante disso, e para o escopo deste trabalho, detalharemos no tópico seguinte a atuação da Polícia Militar Ambiental no Estado da Paraíba.

3.3 Competência em matéria ambiental da Polícia Militar da Paraíba

A instituição do Comando-Geral da Polícia Militar no Estado da Paraíba data do Século XIX, especificamente de 3 de fevereiro de 1832, quando o Brasil ainda estava sob a regência de Dom Pedro II³⁰.

Contudo, o estabelecimento de contornos efetivos na proteção do meio ambiente por parte deste Órgão se deu após a atual Constituição Federal, através do Decreto Estadual nº 12.705/1988, que transformou a 24ª Cia. do 5º Batalhão de Polícia Militar (BPM) em Companhia de Polícia Florestal (Cia. P. Flo.), cuja competência era planejar e executar missões de: a) proteção da fauna e flora contra danos consequentes da ação predatória; b) segurança e fiscalização de reservas florestais públicas; c) controle das explorações das matas e manguezais; d) proteção de locais destinados à competição de tiro ao voo, de caça e pesca; e e) resgates de extraviados nas matas e manguezais (art. 3º, I).

³⁰SOLENIDADE marca aniversário de 183 anos da Polícia Militar da Paraíba. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_9840.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

Além dessas, caberia outras atribuições à Companhia Florestal, nos casos de delegação específica (art. 3º, II), ou de assinatura de convênios com órgãos federais e estaduais, responsáveis pela preservação da ecologia e do meio ambiente (art. 5º do Decreto Estadual nº 12.705/1988).

A Lei Complementar nº 87/2008 (Lei Orgânica da Polícia Militar do Estado da Paraíba) alterou a denominação da Companhia de Polícia Florestal para Batalhão de Polícia Ambiental (BPAmb), com sede em João Pessoa (art. 36, XV), especificamente no Jardim Botânico Benjamim Maranhão, constituindo-o como Órgão Executor dentro do organograma da Instituição.

Todavia, a ativação da referida unidade operacional só ocorreu em 2010, pelo Decreto Estadual nº 31.778 (art. 1º, IV).

Nesse íterim, a Resolução nº 0003/2009-GCG, emanada internamente pela Polícia Militar, corroborando com o art. 4º, VII da supramencionada Lei Complementar, fixou a competência e a estrutura do Batalhão Ambiental (art. 8º, § 15, I, *a*), para o exercício da polícia administrativa do meio ambiente, na constatação e apuração de infrações ambientais, autuação, perícia e outras ações pertinentes, colaborando na fiscalização das florestas, rios, estuários, entre outros ecossistemas da região.

Porém, tal prerrogativa de polícia administrativa foi efetivada apenas em 2011, quando a Sudema e a Polícia Militar da Paraíba assinaram Termo de Cooperação Administrativa, Técnica e Operacional, para a proteção do meio ambiente³¹.

Além dessa, o BPAmb é competente para orientar a população acerca da legislação ambiental e da importância do seu cumprimento, relacionando-a com a necessidade de criação, preservação e proteção das Unidades de Conservação, assim como para desenvolver programas de educação ambiental junto à comunidade (art. 8º, § 15, I, *b e c*).

Desde então, a Polícia Ambiental está na vanguarda da proteção dos recursos ambientais no Estado da Paraíba, realizando autuações e apreensões em crimes contra a fauna e/ou flora, na falta de licenças ambientais, na poluição sonora, em função de fiscalizações e/ou recebimento de denúncias da população, buscando atuação conjunta com

³¹ PM e Sudema firmam convênio para proteger o meio ambiente. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_5790.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

outros Órgãos e entidades, e prezando, especialmente, por ações de educação ambiental³².

4 Contribuições interinstitucionais entre o Ministério Público do Estado da Paraíba e a Polícia Militar do Estado da Paraíba

Diante de todo o exposto, percebe-se que o Ministério Público do Estado da Paraíba e a Polícia Militar do Estado da Paraíba são atores imprescindíveis para o patrocínio das causas ambientais, reforçando, assim, a necessidade de aproximação de ambos os Órgãos, para a consecução daquele fim.

Além dos delineamentos constantes nos tópicos anteriores, outra forma pela qual tanto o Ministério Público como a Polícia Militar podem atuar em equipe, somando esforços para resguardar os bens ambientais, encontra-se o referente ao estabelecimento de convênios ou parcerias interinstitucionais, conforme adiante se verá, e por mais de uma razão.

A cooperação entre as Instituições tem previsão legal, na conformidade do art. 5º do Decreto Estadual nº 12.705/1988, além do art. 4º, VII, da Lei Orgânica da Polícia Militar da Paraíba, supracitados, igualmente dispendo os arts. 15, XXII, e 59 I, c, da LOMP-PB.

Ademais, a atuação integrada do Ministério Público e das Polícias (Federal, Civil e Militar), mesmo que não esteja formalizada por Termo de Cooperação ou outro instrumento hábil, vem se demonstrando meritória para a investigação de crimes ambientais relevantes, envolvendo favorecimento de funcionários públicos de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para facilitar processos diversos, entre licenças, autorização de desmatamento, extração de areia, funcionamento de carvoarias, entre outros, descritos em livro produzido pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE), organizado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, e que foi publicado recentemente³³.

³²BPAMB registra quase 500 denúncias de crimes ambientais este ano na PB. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_9375.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

³³BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores Gerais. *Investigações exitosas realizadas pelos Ministérios Públicos brasileiros*. Natal: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, 2013.

Outrossim, deve-se agir de idêntica maneira no que diz respeito ao termo de cooperação assinado entre o Ministério Público da Paraíba e a Polícia Militar da Paraíba, visando à segurança das Promotorias no Estado da Paraíba³⁴. Por que não se firmar parceria interinstitucional semelhante na área ambiental, já que a relação entre aqueles Órgãos demonstra-se harmoniosa³⁵, em virtude de iniciativas bem-sucedidas neste sentido³⁶, com vistas a alcançar a sustentabilidade?

5 Considerações finais

Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal é um todo orgânico, afastando-se, nesse sentido, de uma concepção restritiva, a considerá-la como uma mera “Carta Política”, fundada em um positivismo legalista e totalmente dissociado do Estado Democrático de Direito, releva-se a proteção dos direitos fundamentais, que não se restringem aos dispositivos constantes dos Títulos I e II, mas em todos eles, inclusive a tutela ao meio ambiente (art. 225) pela atuação dos Órgãos do Ministério Público e da Segurança Pública.

Assim, este artigo propôs, sem pretender exaurir o estudo, salientar as competências constitucionais e infraconstitucionais daqueles Órgãos, e, em especial, do Ministério Público do Estado da Paraíba e da Polícia Militar do Estado da Paraíba, para revelar-se a multiplicidade de ações e condições em que esses agentes podem relacionar-se, interativa e concomitantemente, para a defesa do patrimônio público concernente ao meio ambiente.

De fato, já foi demonstrado no decurso do nosso trabalho que não há conflito nas competências constitucional e legalmente definidas para o Ministério Público e para as Polícias.

³⁴ MP firma parceria com PM e Corpo de Bombeiros e institui o Comitê Gestor de Segurança. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_6188.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

³⁵ OPERAÇÃO da PRF detém 28 pessoas por crimes ambientais na Paraíba. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/05/operacao-da-prf-detem-28-pessoas-por-crimes-ambientais-na-paraiba.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

³⁶ PROJETO de combate à poluição sonora começa nesta sexta. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1696-projeto-de-combate-a-poluicao-sonora-comeca-nesta-sexta>>. Acesso em: 20 maio 2015.

Devem, outrossim, atuar conjuntamente com vistas a um bom trabalho integrado e cooperativo, e colimando, finalissimamente, uma proteção integral do meio ambiente, conforme já demonstrado no tópico anterior, buscando, para este intento, o fortalecimento formal e instrumentado dessa relação colaborativa.

Evidencia-se, à guisa de conclusão, a insurgência de um novo princípio, premente para a consecução de uma sustentabilidade planetária e local, a exemplo do relativo à integração interinstitucional entre órgãos e setores que, embora diversos em suas prerrogativas e competências, convergem para tutelar valores imprescindíveis para a sociedade, necessários à vida na contemporaneidade e no porvir.

Referências

ALBERGARIA, Bruno. História do direito ambiental. In.: CASTELLANO, Elisabete Gabriela. ROSSI, Alexandre. CRESTANA, Silvio. (Editores Técnicos). *Direito ambiental: princípios gerais do direito ambiental*. Brasília: Embrapa, 2014.

BEM-ESTAR animal é debatido em audiência pública no Ministério Público da Paraíba. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1664-bem-estar-animal-e-debatido-em-audiencia-publica-no-ministerio-publico-da-paraiba>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BPAMB registra quase 500 denúncias de crimes ambientais este ano na PB. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_9375.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

BRASIL. *Câmara rejeita PEC 37*; texto será arquivado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446071-CAMARA-REJEITA-PEC-37;-TEXTO-SERA-ARQUIVADO.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Conselho Nacional de Procuradores Gerais. *Investigações exitosas realizadas pelos Ministérios Públicos brasileiros*. Natal: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. *Lei nº 4.878, de 03 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4878.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>.
Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>.
Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>.
Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 17
abr. 2015.

_____. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 17
abr. 2015.

_____. *Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em:
17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>.
Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 10.446, de 08 de maio de 2002*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm>. Acesso
em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010*. Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-
2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Projeto de Lei n.º 6.493 de 2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F00294B8DDCDF6B241A2D1A6CB2E8DD6.proposicoesWeb1?codteor=717940&filename=PL+6493/2009>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Resolução Conama n.º 01, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Resolução CSMPF n.º 87, de 06 de abril de 2010*. Disponível em: <http://csmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf/view>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 n.º 37/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filena me=PEC+37/2011>. Acesso em: 25 abr. 2015.

JUSTIÇA acata ação do MP e determina que Prefeitura da Capital apresente Plano de Mobilidade Urbana. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/2078-justica-acata-acao-do-mp-e-determina-a-apresentacao-do-plano-de-mobilidade-urbana-de-jp>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

LAZZARINI, Álvaro. Defesa do Estado. In.: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, E-Book Edition. 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed., rev. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MP firma parceria com PM e Corpo de Bombeiros e institui o Comitê

Gestor de Segurança. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_6188.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

MPPB debate situação hídrica do açude de Boqueirão, em Campina Grande. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1927-mppb-debate-situacao-hidrica-do-acude-de-boqueirao-em-campina-grande>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

MPPB denuncia ex-prefeito de Monte Horebe por crime ambiental. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1528-mppb-denuncia-ex-prefeito-de-monte-horebe-por-crime-ambiental>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

MUNICÍPIO de Areial é condenado pela Justiça. *Jornal Ministério Público Social*. Ano III, n. 35, abr./mai. 2013, p. 04. Disponível em: <<http://ged.mppb.mp.br/index.php?id=24640&mod=arquivo&op=download&pasta=24640&tam=150&cols=5&lista=t&busca=t&iframe=t&raiz=1218&order=dataPublicacao&asc=f>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

NALLINI, José Renato. A ética ambiental em tempos baços. In.: CASTELLANO, Elisabete Gabriela. ROSSI, Alexandre. CRESTANA, Silvio. (Editores Técnicos). *Direito ambiental: princípios gerais do direito ambiental*. Brasília: Embrapa, 2014.

OPERAÇÃO da PRF detém 28 pessoas por crimes ambientais na Paraíba. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/05/operacao-da-prf-detem-28-pessoas-por-crimes-ambientais-na-paraiba.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

PARAÍBA. *Constituição do Estado da Paraíba de 1989*. Disponível em: <<http://www.sspcpb.com.br/constpb.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. *Decreto n.º 12.705, de 14 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.ciflorestas.com.br/arquivos/lei_decreto_12.705_1988_19355.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. *Decreto n.º 31.778, de 12 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Decretos/2010_ATIVA%20%C3%93RG%C3%83OS%20DA%20ESTRUTURA%20FUNCIONAL%20ORGANIZACIONAL%20NOVEMBRO.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. *Lei Complementar n.º 85, de 12 de agosto de 2008*. Disponível em: <<http://www.sspcpb.com.br/leipc2008.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei Complementar n.º 87, de 02 de dezembro de 2008*. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Leis_Complementares/2008_Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Estrutural%20e%20Funcional%20da%20Pol%C3%ADcia%20Militar%20do%20Estado%20da%20Para%C3%ADba%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. *Lei Complementar n.º 97, de 22 de dezembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/normas>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Ministério Público do Estado da Paraíba. *Resolução CPJ n.º 009, de 30 de março de 2011*. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/normas>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Polícia Militar do Estado da Paraíba. *Resolução n.º 0003/2009-GCG, de 20 de outubro de 2009*. Disponível em: <<http://www.pm.pb.gov.br/arquivos/portarias/Resolucao-0003-2009-GCG-Estabelece-a-divisao-geoadministrativa-da-pmpb.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PF combate a extração ilegal de turmalina na Paraíba. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/05/pf-combate-a-extracao-ilegal-de-turmalina-paraiba>>. Acesso em: 27 maio 2015.

PM e Sudema firmam convênio para proteger o meio ambiente. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_5790.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

PMJP vai apresentar ao MPPB projeto de requalificação do Parque Solon de Lucena. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1796-pmjp-vai-apresentar-ao-mppb-projeto-de-requalificacao-do-parque-solon-de-lucena>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PROJETO de combate à poluição sonora começa nesta sexta. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1696-projeto-de-combate-a-poluicao-sonora-comeca-nesta-sexta>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

PROMOTORIA apura instalação de postes de alta tensão na Capital. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1940-promotoria-apura-instalacao-de-postes-de-alta-tensao-na-capital>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

PROMOTORIA fará inspeção na Praça João Pessoa. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1991-promotoria-fara-inspecao-na-praca-joao-pessoa>>. Acesso em: 18 mai 2015.

PROMOTORIA ingressa com ação para interditar criação irregular de animais na Capital. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1778-promotoria-ingressa-com-acao-para-interditar-criacao-irregular-de-animais-na-capital>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

PROMOTORIA recomenda remoção de criatórios irregulares de animais em seis municípios do Sertão. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1776-promotoria-recomenda-remocao-de-criatorios-irregulares-de-animais-em-seis-municipios-do-sertao>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

REGO, Patrícia de Amorim; NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. A atuação do Ministério Público na construção de um meio ambiente sustentável. In.: *Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo*. Goiânia: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE), 2012.

SÉGUIN, Élida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHOPPING de Cabedelo: TAC com Sudema e Ibama reafirma validade e legalidade de licença ambiental. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/noticias-android/92-meio-ambiente/1958-shopping-de-cabedelo-tac-com-sudema-e-ibama-reafirma-validade-e-legalidade-de-licenca-ambiental>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOLENIDADE marca aniversário de 183 anos da Polícia Militar da Paraíba. Disponível em: <http://www.pm.pb.gov.br/pagina_noticia_9840.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

4 DIREITO PENAL



**6ª Sede do MPPB
Residência na Rua Rodrigues de Aquino, 510 - Jaguaribe
Centro - João Pessoa-PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)**

O MODELO INTEGRADOR: UMA VIA ALTERNATIVA AO SISTEMA LEGAL

Luciara Lima Simão Moura

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O artigo cuida da análise das características basilares e princípios fundamentais do modelo de reação ao crime denominado de integrador, como uma via alternativa ao sistema legal. Num primeiro momento, serão abordados os modelos, dissuasório clássico e neoclássico, pontuando-se a crise de seus paradigmas na atualidade, o que rendeu ensejo a uma cada vez maior aceitação do modelo integrador como melhor resposta ao crime num Estado Democrático de Direito. O conceito de crime para o modelo integrador permite um melhor olhar sobre o conflito causado pelo delito, privilegiando-se não apenas o criminoso ou o Estado, mas também a vítima. Por fim, analisa-se a utilização no ordenamento jurídico brasileiro deste novo modelo, com seus mecanismos mais flexíveis de solução dos conflitos gerados pelo crime.

Palavras-Chave: Modelo. Reação. Crime. Integrador. Alternativa

Abstract

The article presents the main characteristics and fundamental principles of the crime reaction model known as “Restorative Justice” as an alternative to the legal system. Firstly, it discusses the classical and neoclassical models, emphasizing their paradigms crisis, which led to an increasing acceptance of the restorative model as the best response to crime in a Democratic State. The concept of crime in this new model allows a better look at the conflict caused by the offense, taking in consideration not only the criminal, or the State, but also the victim. Finally, it addresses the use of restorative programs in the Brazilian legal system, with its more flexible mechanisms for solving the conflicts generated by crime.

Key-words: Model. Reaction. Crime. Restorative. Alternative

1 Introdução

Este artigo trata da moderna questão envolvendo os modelos de reação ao crime, a distinção entre o modelo dissuasório e o modelo integrador.

O tema é vasto, e este trabalho enfocará as principais características e princípios fundamentais de ambos os sistemas, quais seja, o retributivo, dos quais são exemplos o modelo dissuasório clássico e o dissuasório neoclássico, e o restaurativo, com seu novo modelo integrador, o qual vem ganhando cada vez mais adeptos num ritmo acelerado.

A distinção entre ambos se faz importante para entender os motivos da crise por que vem passando os primeiros modelos, e pela expansão e crescimento do modelo integrador, como resposta mais adequada, justa e pacificadora ao crime num Estado Democrático de Direito. Será feita uma abordagem ao conceito de crime trazido pelo modelo integrador e as consequências jurídicas advindas desse novo conceito, sobretudo para entender a posição primordial que deve ocupar a vítima nesse novo cenário.

O modelo integrador requer a utilização de mecanismos mais flexíveis para enfrentar os conflitos gerados pelo crime, tais como, a mediação, a composição, a conciliação e alguns exemplos de como o modelo integrador vem sendo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro são apresentados no último tópico deste artigo.

2 O Modelo Dissuasório Clássico: o modelo neoclássico, a crise de seus paradigmas.

Para o modelo tradicional, o Direito Penal é a melhor resposta frente ao fenômeno criminal. Diante de um crime, há que se aplicar o castigo ao criminoso. Tanto maior será o efeito dissuasório do referido castigo quanto mais exemplar este se apresentar. Conclusão lógica é que o modelo dissuasório clássico busca a expansão contínua do Direito Penal, com escopo intimidatório, o endurecimento de suas leis e maior severidade nas penas. A diminuição da criminalidade depende, portanto, do rigor do castigo, daí a valorização extrema da punição, ou seja, da pretensão punitiva do Estado. Esse é o modelo majoritário em nosso ordenamento jurídico.

Nos modelos retributivos, o conceito de crime explica a necessidade absoluta de imposição do castigo. Vejamos:

No modelo tradicional adversarial, o delito é visto como violação à lei e à sociedade, sendo a vítima mero objeto de prova para o processo, que persegue apenas a atribuição de culpa do réu e a imposição de uma pena. A vontade das partes é desprezada, entregando-se a um terceiro (o Estado-Juiz) a solução do litígio formal¹.

Para a escola neoclássica, o efeito dissuasório, ainda ponto nodal, em seu caráter preventivo, aparece associado mais ao perfeito funcionamento do sistema legal que propriamente ao rigor nominal da pena. Em outras palavras, mais vale um sistema legal forte, preciso e implacável, com empoderamento contínuo da Polícia, do Ministério Público, da Magistratura e dos institutos de execução penal, do que simplesmente penas mais duras. A certeza do castigo, concluem, é mais eficaz que seu rigor. Não se busca aumentar penas tão somente, mas garantir que as já existentes sejam aplicadas de forma inexorável.

Muitas críticas se levantam contra as premissas do modelo clássico, em especial a que aponta a maior complexidade do mecanismo dissuasório. Em outras palavras, o mecanismo dissuasório não é, em verdade, tão simples quanto se pretende. O maior rigorismo penal, ou seja, a maior rigidez nas penas, não implica inevitavelmente um fator inibidor ao cometimento de crimes, como bem apontou Pablo de Molinas²:

¹Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas (organização de Paulina do Carmo A. Vieira Duarte e Arthur Guerra de Andrade). Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, 2011. 352p. Unidade 13: O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos Juizados Especiais Criminais e das Varas de Infância e Juventude.

²PABLOS DE MOLINA, Antonio García. *O que é Criminologia*. RT, 2013. No prelo. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

As ciências empíricas, finalmente, demonstraram a complexidade do mecanismo dissuasório. Tudo parece indicar que nele intervêm muitas e diversas variáveis, que interatuam, ademais, de forma nem sempre uniforme. A gravidade nominal do castigo, o rigor da pena, é só uma delas, de modo que seu concreto efeito inibitório ou contramotivador depende, caso a caso, do comportamento e interação das demais variáveis. O efeito dissuasório real da pena (da ameaça ou cominação penal) encontra-se muito condicionado pela *percepção subjetiva do infrator* com relação à virtualidade da efetiva imposição do castigo, em caso de cometimento do delito.

Outra crítica que se ressalta contra os modelos dissuasórios, clássico ou neoclássico, é a que, em qualquer um deles, as causas da criminalidade permanecem intactas e, na maioria dos casos, desconhecidas ou não compreendidas. Não se cuida de reagir ao crime, buscando os motivos de sua gênese, mas apenas com caráter retributivo, de imposição de um castigo ao mal já cometido.

O ideal ressocializador da pena e seu caráter preventivo-especial e preventivo-geral perderam sua força. Com efeito, mais uma vez leciona o mestre Molinas que³

O fracasso *preventivo-especial* da pena já tinha sido constatado, levando em conta a investigação científica, porque os índices de reincidência aumentam com o incremento da frequência de ingresso do infrator na prisão e com o incremento da duração da prisão e rigor das condições de cumprimento e extinção da condenação. Quanto à eficácia *preventivo-geral* da pena, aquela parece mais associada ao risco ou probabilidade de descobrimento do delito que ao rigor ou severidade nominal do próprio castigo, sempre desde a percepção subjetiva do infrator, que avaliaria, caso a caso, o valor do mencionado risco ou probabilidade de ser detido.

³Idem.

3 Os princípios do Modelo Integrador

Para o modelo integrador, o crime deve ser entendido como um conflito interpessoal, cuja solução deve partir dos próprios envolvidos, de forma interna e não imposta de cima para baixo pelo Estado. “O figurino legal do processo penal dificilmente serve para revelar o interesse real das partes. A lide processual encobre a lide real (sociológica) da vida”⁴.

Caberia, portanto, ao ofensor e à vítima resolverem, entre si, o citado conflito, de forma a que os interesses de ambos fossem verdadeiramente contemplados, com escopo último de pacificação social. Aqui teríamos, então, uma solução para o conflito, em contraponto ao que acontece no modelo dissuasório, em que o Estado oferece uma decisão ao conflito. Resolução e decisão são, portanto, vistos como conceitos distintos, com significados diversos. O Estado pode decidir num determinado caso concreto, mas o conflito pode não estar resolvido satisfatoriamente. Haveria, portanto, uma perenização indesejável do conflito. Diz-se, então, que os objetivos do modelo de reação do crime integrador são a reparação dos danos, a conciliação e a pacificação das relações sociais.

Este modelo tem em consideração os interesses de todos os envolvidos no fenômeno criminoso, daí sua denominação de integrador. Leciona Pablos de Molina⁵ que

Pode-se falar, por isso, de um modelo integrador, já que procura contemplar os interesses, expectativas e exigências de todas as partes implicadas no problema criminal, com harmonia e ponderação. O modelo integrador parece, sem dúvida, mais ambicioso quanto a seus objetivos últimos.

⁴INTEGRAÇÃO de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas (organização de Paulina do Carmo A. Vieira Duarte e Arthur Guerra de Andrade). Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, 2011. 352p. Unidade 13: O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos Juizados Especiais Criminais e das Varas de Infância e Juventude.

⁵PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *O que é Criminologia*. RT, 2013. No prelo. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

Em 2006, a Organização das Nações Unidas publicou o Manual de Normas e Princípios sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e nele destacou a importância do uso de programas de justiça restaurativa em questões criminais, considerando, em seu preâmbulo que “a justiça restaurativa é uma resposta evoluída ao crime que respeita a dignidade e igualdade das pessoas, gera compreensão e promove a harmonia social, recuperando vítimas, infratores e comunidade”⁶.

Indo mais adiante, pontua-se que

Esta abordagem (justiça restaurativa) fornece uma oportunidade às vítimas para obter reparação, sentirem-se mais seguras e buscarem o encerramento do processo judicial; permite que os infratores adquiram novas percepções sobre as causas e efeitos de seu comportamento e assumam responsabilidade por ele de modo significativo, e permite às comunidades que compreendam as causas geradoras do crime, promovam o bem-estar social e previnam o crime⁷.

De fato, se de um lado se reconhece a importância e a relevância da vítima para o bom funcionamento do modelo integrador, é bom frisar que este mesmo modelo integrador, ou restaurativo, produz uma imagem mais humana do infrator, permitindo a ele que assuma, pessoalmente, as consequências de seus atos. O infrator estará, portanto, cioso da responsabilidade que deverá manter, por muitas vezes, consubstanciada em reparação financeira, podendo-se vislumbrar ainda aqui um efeito dissuasório, prevenindo-se a ocorrência de novos

⁶MANUAL de normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e Justiça Criminal. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Pág. 127>. Mais além, observa-se a primazia que se confere ao poder das partes envolvidas no fenômeno criminoso de pôrem fim à contenda: “Restorative justice programmes are based on the belief that parties to a conflict ought to be actively involved in resolving it and mitigating its negative consequences. They are also based, in some instances, on a will to return to local decision-making and community building. These approaches are also seen as means to encourage the peaceful expression of conflict, to promote tolerance and inclusiveness, build respect for diversity and promote responsible community practices” (p.5). “... Restorative justice programmes are based on the fundamental principle that criminal behaviour not only violates the law, but also injures victims and the community. ... Restorative justice refers to a process for resolving crime by focusing on redressing the harm done to the victims, holding offenders accountable for their actions and, often also, engaging the community in the resolution of that conflict” (p.6).

⁷Idem. p.127 - 128.

atos. O criminoso não se apresenta mais como alguém degenerado, merecedor apenas de um castigo por seu mau comportamento, mas como uma pessoa que pode controlar a situação, mais humana e capaz de revisar seus atos, promovendo, quiçá, ele próprio, a almejada pacificação social, ao participar ativamente do processo restaurativo, sem estigmas e estereótipos.

4 O papel primordial da vítima no Modelo Integrador

Há muito que a vitimologia vinha reivindicando à vítima um papel de destaque no estudo do combate, prevenção e repressão ao crime.

Com efeito, após seu período de ouro, em que a vítima tinha posição de protagonismo, na Justiça Primitiva ou Privada (era dos duelos, pré-Idade Média), durante muito tempo ela foi alijada desse processo. Como se irrelevante, em nada contribuindo para a gênese, dinâmica ou controle do crime, ao tempo em que todos os estudos da criminologia se voltavam para a pessoa do delinquente, sendo este o foco de todos os interesses, a vítima de pouco ou nenhum espaço desfrutava. Assim o era por consequência lógica da premissa de que os crimes tinham como ofendidos ora uma entidade divina – Deus – ora uma entidade terrena – o Rei ou o Soberano – e, mais adiante, o Estado, este representando a coletividade, a ordem social, econômica, algum grupo social, dentre outros. É o que ficou denominado de “sequestro” ou “confisco” ou, igualmente, “abandono” da vítima.

Prontamente se percebia que não havia espaço para a vítima real, aquela pessoa que sofreu o crime, e, sendo assim, sem voz, não podia participar do processo. Tampouco se vislumbrava a possibilidade de mediação ou conciliação, uma vez que Deus, o Rei ou Soberano e, depois, o Estado não poderiam compor com o criminoso. Este, tendo cometido um crime, deveria receber o castigo exemplarmente. O Estado chamava para si o monopólio da violência. Nesse cenário, a vítima tinha um papel meramente testemunhal.

Foi nesse momento histórico que a vitimologia teve os holofotes voltados para si. Entretanto, escolhendo um caminho desvirtuado, acabou por aumentar ainda mais o constrangimento da vítima, podendo-se até mesmo falar num segundo abandono daquela. Tentando explicar as causas e os porquês de alguém se tornar vítima de um crime, usando as mesmas premissas das teorias etiológicas e psicológicas, a vitimologia não apenas

não trouxe de volta à cena principal da solução do conflito a vítima, como contribuiu para sua marginalização, no momento em que concluiu que ela própria teria alguma parcela de contribuição no crime cometido contra si.

Em verdade, temos aqui o que se denomina de vitimização secundária. A vítima sofre pelo mal causado pelo crime cometido em seu desfavor no momento da ação ou omissão, tendo como algoz o infrator. Num segundo momento, a sofre novamente, ao ser desconsiderada no processo criminal, sendo vítima uma segunda vez. Assim, conclui Ilana Martins que⁸:

A neutralização da vítima pelo processo penal ocasiona, outrossim, uma “sobrevitimização”, ou vitimização secundária. Além da lesão decorrente do delito, observa-se um processo secundário de vitimização que ocorre na delegacia, quando a vítima procura as autoridades policiais para noticiar o fato típico. (...) Ultrapassada esta primeira situação, é importante revelar que, quando o processo finalmente se inicia, observa-se uma nova fase de perturbação para a vítima. Isto porque, na fase processual, quando muito, a vítima se torna mero informante dos fatos, coadjuvante do fenômeno delitivo. (...) Por fim, após uma série de rebaixamentos de toda sorte, vem a resposta penal, a qual, na sua maioria, não proporciona qualquer reparação à vítima ou aos seus familiares, que ainda tem de aguardar um processo cível para terem, ao menos, uma compensação financeira.

O modelo dissuasório clássico serve a perpetuar o abandono da vítima. Conforme pontuou Pablo de Molinas, “segundo este modelo, o crime só expressa um enfrentamento formal e simbólico entre Estado e infrator (...). A vítima, peça aleatória, fungível, acidental, não conta ou ocupa uma posição marginal”⁹.

⁸ MARTINS, Ilana. *Justiça Restaurativa: da sanção ao preceito* (Parte 02). Disponível: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ilanamartins/2012/01/02/justicarestaurativa-da-sancao-ao-preceito-parte-02/>>. Acesso em: 13 mar. 2013. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

⁹ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *O que é Criminologia*. RT, 2013. No prelo. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

O modelo integrador tem como paradigma maior a volta da vítima ao seu lugar de destaque. Ora, sendo ela a pessoa que sofreu os prejuízos (materiais e morais) do crime, deverá ser a protagonista do processo que tem como objetivo mesmo solucionar o crime. E, assim sendo, obviamente, deverá ter o poder de mediar com o infrator, de escolher a forma como os danos serão reparados, ainda que de forma simbólica ou, mais ainda, até mesmo renunciando a esses seus direitos, por quaisquer motivos que julgue suficientes e convenientes.

Não se pretende o retorno à idade de ouro da vítima. Da mesma forma que tornar o criminoso o protagonista da cena, relegando a vítima a uma posição marginal é equivocado, não se deve colocá-la como único ator. O crime, como dito, é um conflito interpessoal, para o qual concorrem, ao menos, duas pessoas.

5 Exemplos do Modelo Integrador no ordenamento jurídico brasileiro

Exemplo mais marcante da adoção do modelo integrador de reação crime em nosso ordenamento é a Lei nº 9.099/95, a Lei dos Juizados Cíveis e Criminais.

Deveras, suas disposições afetas à área criminal trazem princípios e ideais que conduzem ao conceito de Justiça Restaurativa. Seus institutos de renúncia da vítima ao direito de representação (e, por óbvio, da imposição desse requisito de procedibilidade para o delito de lesão corporal simples), de composição entre vítima e agressor, de transação penal que permite pôr um fim ao processo crime, de suspensão condicional do processo, são parte integrante dos processos restaurativos. Em seguida, a ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo com a Lei dos Juizados Especiais Federais trouxe a utilização dos programas restaurativos a um leque ainda mais amplo de delitos.

Para os crimes tributários e previdenciários, o pagamento do tributo ou contribuição faz extinguir a punibilidade do infrator. Ora, se o débito foi pago, reparado está o dano causado pela conduta inicial considerada criminosa. Que mais dizer e fazer se o agente paga o que deve, fato que primeiramente ensejou a instauração do processo? O mero parcelamento das dívidas já produz efeitos que não se negligenciam.

Para os crimes ambientais, previu-se a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, com objetivo da reparação dos danos ao meio ambiente, impedindo, assim, a continuidade da persecução criminal.

A Lei de Drogas, ao tratar de forma diferenciada o usuário do traficante, também começou a dar ensejo à aplicação de programas de Justiça Restaurativa, malgrado ainda a discussão doutrinária e jurisprudencial da natureza criminosa ou não do porte para uso. Já não se concebe mais a pena de prisão para o usuário de drogas, mas sim penas alternativas como a prestação de serviços à comunidade ou a participação em cursos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, prevê a possibilidade de o membro do Ministério Público ofertar a remissão, como forma de exclusão ou suspensão do processo, para aqueles casos de atos infracionais cometidos sem grave ameaça ou violência à pessoa, sendo facultativa a cumulação com alguma medida socioeducativa ou de proteção.

Mesmo em casos em que o procedimento judicial em desfavor do adolescente prossegue e culmina com uma sentença que julga a representação procedente, as medidas socioeducativas aplicadas em meio aberto constituem uma modalidade de busca de justiça restaurativa, ainda que em parte. É que as medidas têm caráter pedagógico, com vistas à reeducação do adolescente, mais do que de castigo ou sanção propriamente dita, atuando sobre a figura do infrator da forma como o processo restaurativo intenciona, fazendo dele cioso de seus atos e disposto a tolerar as consequências do ato praticado¹⁰.

¹⁰O Manual de Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao crime e Justiça Criminal, já referido, trata de aspectos da justiça restaurativa em processos de menores de idade que cometem delitos, e traz a legislação brasileira como exemplo. “Restorative programmes offer some very real and effective alternatives to more formal and stigmatizing youth justice measures. In particular, because of their educational value, they are particularly useful for promoting diversionary measures and for providing alternatives to measures that would deprive a youth of his or her liberty. Many such programmes offer unique opportunities to create a community of care around youth in conflict with the law. Public support for restorative justice programmes for youth is usually relatively easy to garner. In many countries, juvenile justice legislation provides specifically for the creation of diversion programmes for youth. Many of these programmes can be developed in line with restorative and participatory justice principles. Furthermore, many programmes developed completely outside of the criminal justice system, in schools or in the community, can provide an opportunity for the community to provide an appropriate educational response to minor offences and other conflicts without formally criminalizing the behaviour or the individual. A number of programmes already exist in schools that facilitate a response (peer mediation, conflict resolution circles, etc.) to minor youth crime (e.g. fights, violent bullying, minor theft, vandalism of school property, extortion of pocket money) that may otherwise have become the object of a formal criminal justice intervention”.

Nos exemplos citados, embora não haja a previsão ou o reconhecimento expressos da utilização de modelos ou programas de Justiça Restaurativa, percebe-se que as medidas ali colocadas têm como meta a tentativa de responder ao crime de forma diferenciada do que sempre se mostrou o mais comum, qual seja, da forma como é feita no modelo dissuasório clássico. Mecanismos de mediação, conciliação e composição são usados com o fim último de buscar a reparação dos danos causados pelo crime, e, assim atingido esse objetivo, a resposta penal mais clássica de imposição da pretensão punitiva do Estado não se mostra mais interessante, ou viável, ou mesmo necessária.

Em comum a todos esses exemplos, está o fato de que as medidas restaurativas se aplicam a determinada sorte de delitos, não sendo, ainda, possível pensar em sua aplicação a qualquer crime. Crimes de menor potencial ofensivo ou crimes cujos danos repercutam apenas ou, principalmente, na esfera patrimonial das vítimas, parecem ser os mais adequados para utilização das novas formas de solução dos conflitos. Deveras, para os crimes praticados com violência à pessoa ou grave ameaça, é consenso, ainda, que não se pode prescindir da atuação firme do Estado.

6 Considerações finais

Este artigo teve por intuito traçar uma breve análise dos dois modelos de reação ao crime num Estado Democrático de Direito, quais sejam, os modelos clássico e neoclássico, e o modelo integrador, distinguindo-se ambos em seus princípios e fundamentos e visão que têm do crime. O tema avulta em importância haja vista a crescente criminalidade nos dias hodiernos e a preocupação que tem a sociedade com a forma como são tratadas as questões do crime, do criminoso e de sua posição como vítima.

Propôs-se estudar as características e princípios fundamentais do modelo integrador, em especial o conceito de crime de que faz uso, daí advindo a consequência lógica da posição privilegiada da vítima e da supervalorização da reparação dos danos, ainda que simbólica, ou mesmo ainda que dispensada em algum caso concreto.

Conclui-se que a adoção desse novo modelo de resposta ao crime, que vem sendo até mesmo incentivado internacionalmente por entidades como a Organização das Nações Unidas, apresenta uma abordagem mais

justa e mais completa do fenômeno criminal, permitindo aos próprios atores envolvidos no ato uma oportunidade de solucionar o conflito da forma que eles julgarem mais conveniente e adequada.

A Justiça Restaurativa vem sendo utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, mas também em outras searas, como no tratamento de procedimentos de adolescentes em conflito com as leis e os usuários de drogas.

Interessante ponderar que, a despeito de concluir-se pela melhor aplicação do modelo restaurativo, não se pode deixar de considerar que suas premissas talvez não se mostrem as mais seguras em todos os tipos de criminalidade, em especial, aquela mais violenta que demanda uma resposta ainda mais rígida do Estado. Entretanto, para os demais casos, os ganhos advindos mostram-se deveras recompensadores.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BIANCHINI, Alice; CYMROT, Danilo; GOMES, Luiz Flávio. *Esquemas comentados de Criminologia*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/canais/?canal=esquemascomentados-sobre-criminologia>>. Acesso em: 22. jan. 2013. Material da 1ª aula da disciplina, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

BIANCHINI, Alice; CYMROT, Danilo; GOMES, Luiz Flávio. Esquema 3: *Vitimologia*. Esquemas comentados de Criminologia. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/canais/?canal=esquemas-comentados-sobrecriminologia>>. Acesso em: 22 jan. 2013. Material da 3ª aula da disciplina Noções Básicas de Criminologia, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG, 2013.

BIANCHINI, Alice; CYMROT, Danilo; GOMES, Luiz Flávio. *Esquemas comentados de criminologia*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/canais/?canal=esquemascomentados-sobre-criminologia>>. Acesso em: 22. jan. 2013. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

INTEGRAÇÃO de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas (organização de Paulina do Carmo A. Vieira Duarte e Arthur Guerra de Andrade). Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, 2011. 352p. Unidade 13: O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos Juizados Especiais Criminais e das Varas de Infância e Juventude.

MANUAL de normas e princípios das nações unidas sobre prevenção

ao crime e justiça criminal. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

MARTINS, Ilana. *Justiça Restaurativa: da sanção ao preceito: parte I*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ilanamartins/2011/12/26/justicarestaurativa-da-sancao-ao-preceito-parte-01>>. Acesso em: 13 mar. 2013. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

_____. *Justiça Restaurativa: da sanção ao preceito: parte II*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ilanamartins/2012/01/02/justicarestaurativa-da-sancao-ao-preceito-parte-02/>>. Acesso em: 13.mar. 2013. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

McGOLD, Paul. Restorative justice and the united nations. Disponível em: <http://www.iirp.edu/pdf/beth06_mccold.pdf>. Acesso em: 16 nov.2013.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *O que é Criminologia*. RT, 2013. No prelo. Material da 3ª aula da disciplina Modelos de reação ao crime no Estado democrático de direito, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

_____. *O que é Criminologia*. RT, 2013. No prelo. A vítima do delito: da “neutralização” da vítima à atual redefinição de seu papel. Superação do trauma criminal/versus consolidação e perpetuação do *status* de vítima. Material da 3ª aula da disciplina Noções Básicas de Criminologia, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG, 2013.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

OS RUMOS DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA BRASILEIRA EM UM CENÁRIO DE HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL E PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL

Rodolfo de Paiva A. Pontes

Assessor Jurídico de Promotor de Justiça

Resumo

Este artigo analisa aspectos do fenômeno da hipertrofia do Direito Penal e do quadro em que se encontra o sistema prisional, objetivando compreender a influência desses fatores nos rumos da política penitenciária brasileira. Esse exame se dá a partir da observação de discussões pertinentes aos anseios da sociedade em relação à redução da criminalidade e às medidas tidas como necessárias para a superação das atuais falhas do sistema prisional. A pesquisa visou a aferir de que maneira as dificuldades da presente conjuntura do sistema prisional, que conjuga superlotação carcerária e precariedade dos serviços penitenciários, interferem na elaboração da política penitenciária e de que maneira elas induzem parte da sociedade e do Estado a fazer uma contraposição ao processo de hipertrofia do Direito Penal, tornando possível a elaboração de normas e políticas públicas tendentes a reduzir o encarceramento. Adotando como metodologia, principalmente, os métodos interpretativo e funcionalista, com base na análise de material bibliográfico, normativo e documentos públicos disponíveis na internet, o estudo conclui, pela análise global das informações colhidas, que o aumento da quantidade de normas penais incriminadoras e das penas, por si sós, não obstaculiza suficientemente a ocorrência de crimes. Portanto, ganha força, no âmbito do governo e da sociedade, uma vertente de política penitenciária fundamentada em uma sensatez pragmática, que parte da ideia de que o impacto humanitário e econômico causado pela precariedade do sistema prisional deve motivar mudanças na sua administração, ao ponto de contrariar o desejo de parte da sociedade pelo recrudescimento das sanções penais.

Palavras-chave: Hipertrofia do Direito Penal. Segurança Pública. Sistema Prisional. Política Penitenciária.

Abstract

This article analyses some aspects of the augmenting of Punishment System phenomenon and the present condition of prison system, intending to comprehend how these factors influence the directions

followed by the Brazilian prison policy. This analysis is done through the examination of discussions about the society's desires related to the reduction of criminality, and, in addition to it, by analysing the measures that must be adopted to overcome the prison system failures. This research aimed to investigate in which manner the difficulties related to the present juncture of prison system, which gathers overcrowded prisons and precarious prison services, interfere in prison policy and in which way they induce part of the society and part of the Government to respond the augmenting of Punishment System phenomenon, making possible new rules and new public policies towards the reduction of incarceration rates. Adopting as methodology principally the interpretive and functionalist methods, based on the analysis of bibliographical material, normative material and public documents available on the internet, the research concluded that the law by itself do not avoid criminality successfully. Therefore a pragmatic new line of criminal and prison policies have got strengthend. This line of criminal and prison policies considers that the humanitarian and economic impact caused by the precariousness of prison system must change significantly the course chosen by the government and the society to guide the prison policy, in opposition to the escalation of crimes punishment wished for some people.

Keywords: Augmenting of Punishment System. Public Safety. Prison System. Prison Policy.

1 Introdução

O presente artigo traz como tema central a política penitenciária executada no Brasil e sua relação com o fenômeno da hipertrofia do Direito Penal e com as falhas do sistema prisional. A abordagem desse assunto é feita através de um estudo que visa à compreensão das dinâmicas que envolvem a política penitenciária, principalmente no tocante à influência que sobre ela exerce o processo de expansão dos tipos penais e das penas, bem como do cenário de superpopulação carcerária e precariedade do sistema carcerário.

Este trabalho apresenta uma investigação comprometida com a análise crítica da realidade do sistema prisional brasileiro e dos principais pontos de discussão em matéria de política criminal e penitenciária, mediante uma perspectiva atenta aos fatores extradogmáticos que

interferem na elaboração de normas jurídicas e no planejamento de políticas públicas afetas à área sob enfoque.

Parte-se da hipótese de que a superpopulação carcerária torna progressivamente oportuna a prevalência de uma abordagem pragmática das questões criminais e prisionais. Ou seja, tem-se como pressuposto a concepção de que, no âmbito da política penitenciária, se está a confrontar o ideal de aumento do encarceramento com uma razoabilidade objetiva que segue uma linha de raciocínio diversa, fruto de uma sensatez que emerge da verificação da periclitante escassez de vagas e da carência de recursos humanos e materiais no sistema prisional. O resultado disso seria o surgimento de políticas públicas tendentes a redirecionar a administração penitenciária rumo a uma melhor gestão das despesas relacionadas à execução penal, bem como a uma melhoria no uso do instituto da prisão e no modo de reintegrar os reeducandos à sociedade.

O objetivo principal deste trabalho consiste em aferir de que maneira a atual conjuntura do sistema prisional, que conjuga superlotação carcerária e precariedade dos serviços inerentes à administração penitenciária, interfere na formulação da política penitenciária e de que modo ela induz parte da sociedade e do Poder Público a fazer frente ao processo de hipertrofia do Direito Penal.

Para atingir seu objetivo central, o artigo empreende uma análise de quatro tópicos, quais sejam, 1) o cenário de insegurança e sua relação com a hipertrofia do Direito Penal; 2) o crescimento da população prisional e os desafios de ordem material e humana que dele decorrem; 3) o raciocínio pragmático e sua influência sobre os rumos da política penitenciária no Brasil; e 4) as dificuldades do Estado em solucionar os problemas do sistema penitenciário e o cenário que se desenha para o futuro. Cada um desses itens corresponde a uma seção deste trabalho, que, ao serem verificadas como um conjunto interligado, confirma a hipótese em que se baseia o estudo.

A metodologia adotada para a confecção desta obra pautou-se no exame da legislação penal e processual penal, na análise de documentos oficiais referentes aos principais dados numéricos relacionados ao sistema prisional e na reflexão sobre os números oficiais na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Houve, especificamente, a utilização do método interpretativo, jurídico-dogmático, histórico e funcionalista, vez que esta monografia se fundou na análise de material bibliográfico,

normativo e documentos públicos disponíveis na internet, aptos a conduzir às conclusões a que se chega.

Assim, esta obra tem início com uma ponderação que demonstra que a hipertrofia do Direito Penal, enquanto fruto de uma sensação de insegurança que permeia a sociedade, não tem se mostrado uma arma eficaz para a redução da criminalidade. Em seguida, observa-se que, em paralelo a tal fenômeno, a população prisional cresce gradualmente, tornando mais difícil, sob o ponto de vista financeiro e humano, a harmônica reinserção social do condenado. Num terceiro momento, considerando a sobredita problemática, o estudo destaca iniciativas que visam a superar, ou pelo menos mitigar, as dificuldades atuais do sistema prisional, as quais consubstanciam novas ações políticas e atos normativos que trazem consigo medidas mais eficazes para a reintegração social de apenados. Por fim, o trabalho, ao conjugar as constatações extraídas a partir das três primeiras seções, sustenta que o rumo da política penitenciária no Brasil tende a ser orientado por um processo de adaptação à realidade que se apresenta mediante a participação proativa de atores políticos com propostas inovadoras, além de ações públicas que, atentas à atual conjuntura, buscam a reversão dos problemas hodiernos.

Em suma, este artigo busca apresentar a *relação* que se estabelece entre o processo de hipertrofia do Direito Penal e suas consequências com o planejamento da política penitenciária, no intuito de expor de que maneira a sensação de insegurança da sociedade se choca com a necessidade de se repensar o sistema prisional, em razão de sua progressiva precarização. Ademais, o estudo empreendido intenta trazer a lume ideias aptas a bem descrever o fenômeno analisado, reunindo informações que possam contribuir com o aperfeiçoamento da legislação e das políticas públicas relacionadas à área sob enfoque.

2 O sentimento de insegurança dos brasileiros e a hipertrofia do Direito Penal

A adequada percepção da realidade do sistema prisional brasileiro perpassa impreterivelmente pela compreensão da conjuntura criminal e penitenciária do País. Sendo assim, para iniciar o estudo ora empreendido, impende discutir em que medida a política criminal posta em prática no Brasil reflete uma demanda popular pela expansão do Direito Penal,

tendo como consequência a inevitabilidade do alargamento da estrutura carcerária.

Em princípio, cumpre ter em mente que, nas sociedades democráticas, o Direito, enquanto instrumento de exercício do poder estatal, reflete, direta ou indiretamente, os anseios sociais, constituindo o resultado de um processo político conduzido pelo povo ou por seus representantes. Tal vontade coletiva deriva das crenças compartilhadas nas relações intersubjetivas, as quais, por sua vez, são consideravelmente influenciadas pelos fatos sociais que interferem no bem-estar de todos. Essa ideia é sintetizada na seguinte lição de Flóscolo da Nóbrega: “como produto cultural, o direito é o resultado do processo valorativo da atividade de realização dos valores; é valor realizado e concretizado em forma de vida social”¹.

Sucede, contudo, que os valores tidos como mais caros à sociedade variam no tempo e no espaço, razão pela qual, o ordenamento jurídico está sujeito a alterações significativas de acordo com as peculiaridades de cada momento histórico. Com efeito, considerando a moral como um conjunto de princípios e valores válidos em uma sociedade, é possível asseverar que “como varia a moral de uma época para outra, ou de uma sociedade para outra, varia também o direito”². Percebe-se, assim, que, mais do que um instrumento de exercício do poder estatal, o Direito consubstancia um relevante e adaptável meio de satisfação das necessidades humanas.

Feitas essas ponderações acerca da flexibilização do Direito, de acordo com as demandas sociais, impende observar que, dentre as principais necessidades do ser humano, destaca-se a segurança. A ausência de estabilidade e de previsibilidade dos fatos da vida faz com que o indivíduo se reconheça vulnerável em sua existência, de sorte que, para minimizar os efeitos negativos das vicissitudes que surgem em suas relações com a natureza e com as demais pessoas, os sistemas normativos são utilizados com o fim de garantir-lhe o máximo de segurança possível. Nesse sentido, a busca pelos brasileiros de um estado de paz social tem dado ensejo a notáveis alterações no mundo jurídico, mormente no âmbito do Direito Penal.

¹NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8. ed. rev. e atual. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007, p. 36.

²SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 97.

Isso ocorre porque, há anos, a segurança pública constitui uma das principais áreas da agenda de trabalho dos governantes, sendo o sentimento de vulnerabilidade das pessoas frente às violentas e constantes ações dos criminosos um fato comum no cotidiano dos brasileiros. O medo e o receio, impregnados na mente dos cidadãos, proporcionam a instalação de um quadro de tensão geral que se revela no conteúdo das notícias reproduzidas pela imprensa, nos debates eleitorais, em reuniões familiares e nas conversas entre amigos.

Para se ter uma ideia mais precisa do impacto que a violência gera na sociedade, vale observar que, segundo o Mapa da Violência³, publicado em 2015, no ano de 2002 o Brasil registrou 34.160 homicídios, ao passo que, em 2012, esse número subiu para 40.077. De outra banda, no que tange aos crimes contra o patrimônio, entre 2013 e 2014, a quantidade de roubos de carros ascendeu de 216.651 para 233.076, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015⁴. Ademais, consoante este mesmo documento, em 2014, 47.646 estupros foram registrados no Brasil. São números excessivamente altos que abalam a confiança das pessoas em relação a sua própria proteção.

Nessa perspectiva, é forçoso reconhecer que o grau de interferência da violência na vida das pessoas é sobremaneira elevado ao ponto de alterar significativamente o estilo de vida, o perfil de consumo e o comportamento em ambientes públicos e privados. Esse quadro, inevitavelmente, faz nascerem clamores populares por uma maior contenção da criminalidade. Por conseguinte, são geradas fortes pressões no meio político que são facilmente percebidas em certas inovações legislativas e programas de governo voltados para o combate ou à adaptação ao estado de insegurança pública.

Na seara do Direito Penal, a afirmação acima se faz nítida, traduzindo-se em normas jurídicas que preveem penas cada vez maiores, no intuito de inibir a ação dos delinquentes. Vale-se, portanto, da função simbólica do Direito Penal, que visa a dissuadir o crime mediante o incremento da ameaça decorrente de uma repreensão mais gravosa ao

³ WASELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência: mortes matadas por arma de fogo*. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

⁴ LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). *Anuário brasileiro de segurança pública 2015*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2015.

ilícito penal. De acordo com Cléber Masson⁵, essa função da lei penal, que faz com que os cidadãos possuam uma falsa percepção de que as autoridades controlarão a criminalidade a partir da lei, tem como consequência uma inflação legislativa caracterizada não apenas pelo aumento do número de normas, mas também pela desproporcionalidade de certas penas, bem como pela atribuição de relevância penal a fatos que não deveriam ser considerados criminosos. Nesse sentido, é interessante notar que, para o mencionado autor,

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo, resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

Como pontuado por Ney Moura Teles, “querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico”⁶.

Sucede que, no Brasil, a lei penal, em muitos casos, tem seguido caminho oposto ao do aludido ensinamento. Dentre as mais conhecidas medidas do poder público para enfrentamento da violência nos últimos anos, possuem especial destaque três leis, quais sejam, I) a Lei nº 8.072/1990, Lei de Crimes Hediondos; II) a Lei 8.930/1994, que tornou o homicídio qualificado crime hediondo; e III) a Lei 9.677/1998, que versa sobre crimes contra a saúde pública. A primeira é objeto de muitos comentários nos meios de comunicação e foi confeccionada a fim de reforçar as possibilidades de punição, com base no entendimento de que “o aumento da pena destina-se, como é óbvio, a desestimular os eventuais criminosos”⁷. A

⁵ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado* : parte geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011. p. 11.

⁶ Idem.

⁷ FIGUEIREDO, Isabel (Coord.). *A Lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/torviolpolsist/ReHILANUD.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

segunda tramitou no parlamento sob forte e emotiva influência da novelista Glória Perez, mãe de uma atriz brutalmente assassinada, convertendo-se lei sem maiores discussões, tratando-se, portanto, de um exemplo que representa bem o fenômeno explanado anteriormente⁸. Já a terceira lei, ao tornar possível que a venda de um cosmético falsificado seja punida com rigor superior ao de um homicídio simples, é um dos principais exemplos de como as emoções coletivas e obstinações políticas de um dado momento podem gerar incongruências na lógica sistêmica da lei penal.

Não obstante tais leis tragam consigo o claro objetivo de coibir a conduta delituosa, é imperioso reconhecer que, conforme demonstram os índices de criminalidade supramencionados e as afirmações de Cleber Masson acima expostas, o recrudescimento de penas e a expansão dos fatos previstos em lei como crimes não constituem por si sós formas eficazes de reduzir a criminalidade, no Brasil.

Apesar da lei penal, as ocorrências de infrações penais crescem acompanhadas da multiplicação da quantidade de pessoas encarceradas. Em termos mais exatos, segundo dados do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública⁹, de 2011 a 2014, dentre os crimes de estupro, furto de veículo, homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte, roubo de veículo e latrocínio, apenas as lesões corporais seguidas de morte diminuíram, ao passo que todos os demais tiveram sua incidência aumentada. Acrescente-se, ainda, que, no mesmo período, a população prisional cresceu de 514,6 mil para 607,7 mil presos¹⁰. Ou seja, em um lapso temporal inferior a cinco anos, quase cem mil pessoas ingressaram no sistema prisional, o que demonstra que se está prendendo mais, entretanto a criminalidade não está a decrescer.

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. *Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública*. Disponível em: <<https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

¹⁰ BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. – Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-doinfopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

3 O crescimento da população prisional e os desafios de ordem material e humana

A expansão das normas e das medidas de enfrentamento da violência, acompanhada do considerável aumento da criminalidade, mantém nítida relação de causa e efeito com a piora no quadro de superlotação carcerária, dificultando a ressocialização dos apenados e tornando mais desafiadora a gestão dos limitados recursos públicos, devido à necessidade de realizar mais despesas no setor penitenciário.

O número de pessoas encarceradas é a principal medida de todas as questões penitenciárias. Para ter-se uma ideia preliminar da magnitude do imbróglie em pauta, é importante ter em mente que, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2014, entre os anos de 1990 e 2014¹¹, a população prisional brasileira cresceu 575%, passando de um quantitativo de 90.000 para 607.731 presos. Ainda, segundo o mesmo documento, entre os anos 2000 e 2014, “a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano”¹². Ademais, no que diz respeito à quantidade de pessoas sob a custódia estatal, impende salientar que, entre 1995 e 2010, o Brasil foi o segundo país do mundo onde mais aumentou a população carcerária, registrando um crescimento de 136%, ficando atrás apenas da Indonésia, onde a elevação foi de 145%¹³.

Ocorre que a Administração Penitenciária, atualmente, encontra-se frente a uma situação crítica que engloba questões mais complexas do que a simples criação de novos espaços para acomodar o crescente contingente de pessoas detidas. Está-se diante do agravamento de uma problemática de índole humanitária, porquanto o adequado cumprimento da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal está intrinsecamente vinculado à individualização da pena de cada uma das pessoas que ingressam no sistema prisional e ao fornecimento de condições que propiciem sua reinserção social.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

O sucessivo incremento da cifra de pessoas encarceradas deixou a Administração Pública em uma situação sensível, visto que a área penitenciária, historicamente problemática, passou rapidamente para um grau de demandas superior à capacidade de reação do Poder Público. O resultado disso foi uma maior complexidade na execução de políticas de reinserção social, a crescente desumanização do sistema penitenciário e o fortalecimento das organizações criminosas no interior dos presídios.

Tendo em vista que cada preso representa uma “unidade geradora de despesa” para os cofres públicos, conclui-se que, em razão do fato de a população prisional ter se expandido, o encarecimento do sistema penitenciário tornou-se uma consequência lógica. Nesse diapasão, vale atentar que o aumento das dotações orçamentárias neste segmento da Administração Pública é apenas parte de um extenso conjunto de medidas que se fariam imprescindíveis para se manter uma estrutura minimamente digna nos presídios brasileiros. Nesse sentido, além de novos prédios, são indispensáveis novos agentes penitenciários, armamentos, alimentos, profissionais de saúde e assistência social, medicamentos, defensores públicos, entre outros recursos necessários ao funcionamento do sistema penitenciário.

Somado a isso, estão os obstáculos políticos. É cediço que a obtenção de recursos para investimentos na área penitenciária passa pelo crivo dos grupos de pressão que exercem influência sobre o governo brasileiro. Dessa forma, aplicar dinheiro público em projetos relacionados ao sistema prisional significa confrontar interesses fortes. A título exemplificativo, impende salientar que, segundo o jornal “Estadão”¹⁴, a implementação do Plano Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, programa do governo federal que destinou verbas para a construção de presídios e outras medidas, foi “afetada por atrasos na liberação de recursos, uma vez que, entre 2013 e 2014, o governo federal desviou 34% das verbas destinadas à expansão do sistema prisional para financiar obras da Copa do Mundo”. Cuidou-se, portanto, uma conflitante escolha de prioridades, em que se optou pela utilização do escasso dinheiro público para resolução de uma demanda questionável, sob o ponto de vista do interesse público, deixando de atender outras.

Essas escolhas se revelam ainda mais dramáticas, quando se

¹⁴ BARROCAL, André. Fracassa o plano para presídios. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,fracassa-o-plano-para-presidios,1683463>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

verifica que, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2014¹⁵, os custos com prisões e unidades de medidas socioeducativas somaram 4,9 bilhões de reais, no ano de 2013, e que, conforme o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, “o custo de construção para cada vaga no sistema prisional varia entre vinte e setenta mil reais”¹⁶. Observando-se esta questão sob uma perspectiva comparativa, é possível constatar que se gasta mensalmente por cada preso um valor que se aproxima ao investido anualmente com alunos da rede pública de ensino, ou seja, entre 2,5 mil e 3 mil reais¹⁷.

Em paralelo ao imbróglio de natureza financeira estão as questões de caráter humanitário. Além das verbas públicas, as políticas de incentivo à reabilitação da pessoa submetida à pena privativa de liberdade demandam esforços que transcendem a seara econômica. Assim, no tocante às dificuldades derivadas do aumento da população carcerária, verificadas na perspectiva humanitária, é bastante elucidativo o raciocínio de José Ribamar da Silva¹⁸, ao sustentar que

Os custos crescentes do encarceramento e a falta de investimentos no setor por parte da administração pública que geram a consequente superlotação das prisões, estão, na base das dificuldades do nosso sistema penitenciário, onde decorrem problemas como a falta de condições necessárias à sobrevivência (falta de higiene, regime alimentar deficiente, falta de leitos); deficiências no serviço médico; elevado índice de consumo de drogas; corrupção; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência; quase ausência de perspectivas de reintegração social; e inexistência de uma política ampla e inteligente para o setor.

¹⁵LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). *Anuário brasileiro de segurança pública 2015*. Disponível em: <http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

¹⁶BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpecp-1/imagens-cnpecp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2015.

¹⁷BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

¹⁸SILVA, José Ribamar da. *Prisão: ressocializar para não reincidir*. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

Da afirmação acima, depreende-se que a construção de um sistema penitenciário nos moldes idealizados pela Lei de Execução Penal exige a implantação de políticas públicas capazes não apenas de melhorar a estrutura física das unidades prisionais, mas também de atender aos direitos da pessoa presa, superando os graves obstáculos decorrentes da violência que se mostram consolidados na realidade penitenciária. Isto é, para que se chegue a uma situação minimamente digna pelos parâmetros previstos no art. 11 da Lei 7.210/1984, cumpre garantir à pessoa, sob custódia, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Vale frisar que todo esse amparo deve ser efetuado no sentido de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, o que, lamentavelmente, não tem acontecido.

Se o pensamento humano é condicionado pelos estímulos exteriores que recebe, é de esperar-se que a sociabilidade de um detento, em razão da elevada tensão, presente no cotidiano das superlotadas prisões brasileiras, seja seriamente prejudicada, dificultando, ainda mais, sua reintegração à sociedade. Nesse sentido, cumpre indagar: “como esperar que indivíduos desviantes se adequem às regras sociais, segregando-os da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura?”¹⁹

O contato com a família, a prática religiosa e a assistência psicossocial do apenado são nítidos fatores facilitadores da sua ressocialização. Todavia, o acesso ao trabalho e à educação destaca-se como principais meios de promoção da reinserção social. Através do estudo e do labor, as pessoas privadas de sua liberdade implantam em seu cotidiano hábitos positivos que lhes auxiliam na superação de carências na formação educacional e na ampliação da capacitação profissional. No que se refere à educação, conforme lição de Silva e Braga²⁰, esses hábitos positivos partem, especialmente, da assimilação, pela pessoa do preso, de noções de cidadania e da formação de um senso crítico que lhe seja benéfico, a saber,

¹⁹BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência criminal no Brasil*: relatório de pesquisa. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁰BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; SILVA, Mazukyevicz Ramon S. N. *Segurança pública e direitos humanos: o que pode a educação na prisão?* Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/pri_mafacie/article/view/9075/6703>. Acesso em: 14 jan 2015.

A escola nos presídios teria assim uma grande responsabilidade na formação de cidadãos, não só no que diz respeito aos benefícios da instrução escolar e fortalecimento da autoestima dos reclusos, mas, sobretudo, operando a conscientização de direitos e deveres, possibilitando assim um processo de modificação, capaz de melhorar a visão de mundo dos prisioneiros através de um senso crítico que auxilie no entendimento do valor da liberdade e do trabalho, na melhoria do comportamento dentro da instituição prisional e na criação de oportunidades quando do reingresso na sociedade.

Diante dessas informações, impende salientar que agrava ainda mais o quadro atual o fato de grande parcela das pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais possuírem pouca ou nenhuma instrução escolar. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias²¹, de junho de 2014, 53% da população prisional não completou o ensino fundamental, e 6% são analfabetos. Ademais, muitos dos apenados são oriundos de famílias desestruturadas, tendo, ainda, baixo grau de capacitação profissional. Sendo assim, ao associar esses dados ao fato de as casas de detenção brasileiras serem ambientes onde são postas em risco as integridades física e psicológica dos apenados, revela-se pouco provável a concretização do ideal de ressocialização imbuído na Lei de Execução Penal.

Com efeito, tendo em mente a importância dos elementos acima elencados na consecução da desejada harmônica integração social do condenado, nota-se que a manutenção do atual ritmo de crescimento da população carcerária sem a proporcional expansão do sistema penitenciário e dos serviços que lhe são inerentes traz para a sociedade efeitos inegavelmente nefastos, na medida em que se exacerbam as notórias falhas hoje existentes, no tocante à precariedade da assistência jurídica, às poucas oportunidades de acesso à educação e ao trabalho, à violência praticada pelo Estado e pelos próprios apenados, entre outros obstáculos. Somado a isso, cumpre considerar que a falta de avanços na administração penitenciária implica a elevação do potencial de

²¹ BRASIL. *Levantamento nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, – Jun 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-doinfopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

rebeliões, movimentos, em regra, violentos, em que se pede, normalmente, a mera materialização de direitos já conferidos aos presos pela Lei de Execução Penal.

Sendo assim, ao perceber a atual inaptidão do Estado para concretizar em sua inteireza os comandos estabelecidos pelo legislador na Lei de Execução Penal, deduz-se que o potencial de reintegração de presos à sociedade por intermédio da atuação estatal é nitidamente pífio. Esta constatação tem o condão de conduzir quem analisa o cenário prisional às seguintes indagações: I) deve-se gastar mais com o sistema penitenciário? II) vale a pena prender mais? III) é necessário manter pessoas na prisão por mais tempo? IV) a atual sistemática jurídico-penal é adequada para a realidade brasileira?

4 Os rumos da política penitenciária brasileira num cenário de hipertrofia do Direito Penal e ineficiência do sistema prisional

Como visto anteriormente, o crescimento da população carcerária e a atual realidade da Administração Penitenciária revelam um estado de patente afronta aos ideais da Lei de Execução Penal, tornando questionável o clamor social por novos tipos penais e maiores penas, dadas as suas consequências.

O Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo, por ocasião do lançamento do Relatório Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2014, ao apresentar dados relacionados ao déficit de 231 mil vagas no sistema penitenciário, fez a seguinte sustentação perante o público que o ouvia: “se os senhores têm alguma dúvida de que nós estamos enxugando gelo, ainda mais se nós considerarmos que nós temos mais de quatrocentos mil mandados de prisão em aberto, os senhores não estarão com a visão equivocada”²².

Essa declaração faz qualquer analista do tema conceber o quão distante as políticas públicas da área penitenciária estão das expectativas da sociedade e do próprio governo. Não há que se negar que se está diante de um sistema historicamente falho e que, com o avançar dos anos, não tem sido objeto de mudanças significativas em seu

²²BRASIL poderá ter mais de 1 milhão de presos até 2022, diz Cardozo. *GI*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/cardozo-diz-que-sistema-prisional-brasileiro-e-muito-ruim.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

aspecto qualitativo. Isto porque, malgrado a Lei de Execução Penal date do ano de 1984, desde essa época, o desrespeito ao referido diploma legal faz parte da realidade pátria, fato que sinaliza a incapacidade do Estado de fazer frente aos desafios da gestão penitenciária.

Nesse sentido, mostra-se relevante sublinhar a seguinte análise do sistema prisional, feita por Fischer e Abreu²³, no ano de 1987:

Particular, contudo, é o modo como a questão penitenciária vem sendo, nesta sociedade, abordada na imprensa periódica, nos gabinetes executivos, no plenário parlamentar e mesmo nos debates públicos. Insiste-se em tratá-la como problema técnico e atual. Técnico porque reclama medidas profiláticas de saneamento e de aperfeiçoamento institucional, como sejam, o aumento da oferta de vagas, a consolidação de frentes de trabalho prisional, a abertura de oportunidades escolares, a promoção de recursos humanos capacitados para as peculiaridades da organização penitenciária. Atual porque entendido como conjuntural, fruto de condições econômicas e sociais adversas e momentâneas que, superadas, poderão conduzir o controle da criminalidade, da violência e da vida no interior das prisões a padrões considerados compatíveis com os meios disponíveis e com as metas a serem alcançadas; vale dizer, compatíveis com padrões racionais de “terapêutica criminológica”. É justamente nesse modo de abordar a questão penitenciária que parecem residir os impasses e dilemas que o fundamentam, quer do ponto de vista de suas realizações, quer do ponto de vista ideológico.

Atente-se que tanto as expectativas contidas na obra supracitada, que data de 1987, quanto a recente manifestação de José Eduardo Cardozo, acima exposta, deixam transparecer que a qualidade do sistema prisional pátrio pouco mudou desde a edição da Lei de Execução Penal, uma vez que o contingente de pessoas encarceradas continua a crescer, não havendo mudança sensível nas características da

²³ ABREU, Sérgio França Adorno de; FISCHER, Rosa Maria. *Políticas penitenciárias, um fracasso?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451987000200012>. Acesso em: 14 jan. 2015.

gestão prisional e estando a reinserção social longe de ser um fato comum, na medida em que os índices de reincidência se mostram em patamares elevados.

É de se admitir, portanto, que o povo brasileiro está a testemunhar um ciclo vicioso, no qual o Estado e a sociedade reproduzem uma lógica social, política e econômica que faz com que a criminalidade se expanda sem que os fenômenos que lhes dão causa sejam atacados eficazmente. Assim, ao associar essa afirmação ao fato de a legislação penitenciária em vigor não ser executada de maneira eficiente, pode-se concluir que as normas jurídicas se multiplicam, administradores públicos se sucedem em altos cargos, novas propostas de gestão são postas em prática, mas as causas determinantes para o insucesso do sistema prisional brasileiro não são efetivamente solucionadas.

Nesse cenário, as forças que impulsionam o desejo de retaliação e retribuição contra os praticantes de delitos estão sendo progressivamente confrontadas por ideias amparadas numa visão crítica da eficácia prática das medidas adotadas, relativizando as concepções morais que motivam a utilização da pena em seu aspecto simbólico e disciplinador da conduta dos delinquentes.

Nos últimos anos, o arcabouço legislativo e as instituições ligadas ao sistema penitenciário têm sinalizado que os rumos do setor prisional devem ter como norte a diminuição do encarceramento, a reavaliação dos parâmetros adotados para quantificar as penas, a redução das prisões provisórias, a maior valorização das alternativas penais, entre outras medidas que apontam para uma fuga do estado atual, por meio de práticas que tenham consequências mais racionais e menos retaliatórias. Desse modo, nota-se que parcela do poder público e da sociedade segue uma pauta diametralmente oposta àquela que sustenta a hipertrofia do Direito Penal e a ampliação das vagas no sistema penitenciário. Assim, iniciativas do Estado e de instituições privadas têm sido postas em prática, de sorte a buscar mais eficácia e justiça na execução penal.

Nessa perspectiva, algumas leis possuem destacado relevo: I) a Lei nº 9.099/1995, que, além de instituir os Juizados Especiais, estabeleceu regras processuais penais que propiciam a transação penal e a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade, criando, ainda, o instituto da suspensão condicional do processo, evitando punições desnecessárias; II) a Lei nº 12.258/2010, que dispõe sobre a possibilidade de utilização de equipamento de vigi-

lância indireta pelo condenado nos casos nela especificados, admitindo o monitoramento eletrônico de pessoas submetidas à saída temporária no regime semiaberto e à prisão domiciliar, sendo formulada seguindo a filosofia do combate à superpopulação carcerária, conforme preceitua a justificção de seu projeto de lei; III) a Lei 12.433/2011, que prevê a remição de parte do tempo de execução da pena pelo estudo, possibilitando a diminuição do tempo de prisão de muitos apenados através da educação; IV) a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta as audiências de custódia, baseada no nítido intuito de reduzir a quantidade de presos provisórios no Brasil; além de outras medidas.

De outra banda, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão encarregado de pensar sistemicamente o segmento prisional e propor políticas públicas para o seu aperfeiçoamento, conforme expõe o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2015, tem examinado seu campo de atuação sob duas perspectivas principais, quais sejam: I) a “porta de entrada do sistema prisional”, em que se estudam as questões de segurança pública que reverberam sobre o campo penitenciário, causando a superlotação; e II) as alternativas penais, avaliando os efeitos produzidos pela prisão e outras formas de sanção penal tradicionais.

Atento à realidade do sistema prisional brasileiro, o CNPCP, em outubro de 2015, editou o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fixando as diretrizes para implantação das ações necessárias ao desenvolvimento da área em questão. Esse plano segue uma linha de pensamento dotado de patente intenção de promover uma reflexão sobre o grau de punição atribuído por lei a crimes que não geram significativo prejuízo a bens jurídicos penalmente relevantes e prega a diminuição do encarceramento no País. Nesse diapasão, o documento defende expressamente que

Nos tempos atuais, a agenda legislativa aumenta paulatinamente as penas de crimes, seguindo pautas casuísticas, cujas urgências não guardam relação com parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por uma política pública. O resultado tem sido o crescimento progressivo da população carcerária, sem qualquer impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública.

A política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública²⁴.

Assim, com base na ideia de que se deve buscar maior eficácia e efetividade na execução das penas, o CNPCP elaborou diretrizes para o sistema penitenciário brasileiro, reconhecendo que as alternativas penais devem ser o mecanismo central da política criminal brasileira, em vez da privação da liberdade. Destarte, o documento supracitado faz orientações no sentido de um uso mais moderado do instituto da prisão, defendendo uma maior utilização das audiências de custódia, da prisão domiciliar, da mediação penal, da justiça restaurativa e do monitoramento eletrônico no combate ao encarceramento provisório.

Na esfera privada, tem se destacado o chamado “Método APAC”, que consiste na execução da sentença penal condenatória mediante a colaboração de uma entidade civil de Direito Privado, que promove a recuperação de presos com base em metodologia fundada na valorização humana. Trata-se de pessoa jurídica que administra Centros de Reintegração Social de presos, nos quais os próprios reeducandos “são responsáveis pela sua recuperação e têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade”²⁵.

A APAC, sigla utilizada para designar a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, tem se expandido pelos Estados da Federação, fomentando a recuperação de pessoas condenadas, mediante a aplicação dos doze elementos que dão lastro ao seu método de execução penal, que são: 1) participação da comunidade; 2) ajuda mútua entre os recuperandos; 3) trabalho; 4) religião; 5) assistência jurídica; 6) assistência à saúde; 7) valorização humana; 8) família; 9) trabalho voluntário; 10) Centro de Reintegração Social – CRS; 11) mérito; 12) jornada de libertação com Cristo. A metodologia implementada pela APAC, de

²⁴BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Associação de Proteção e Assistência aos condenados: criação e implantação nos municípios. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/97/801/file/Conteudos/Forum_de_Modenizacao_e_Humanizacao_do_Sistema_Prisional/Apresentacao_APAC.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2015.

acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁶, tem gerado efeitos benéficos para o sistema prisional desse Estado, pois, nas unidades onde o método em questão é aplicado, o custo de manutenção de um preso corresponde a 1/3 (um terço) do que se gasta com um detento do sistema penitenciário comum. Além disso, “estima-se que a reincidência entre os egressos das unidades APAC gira em torno de 15% (quinze por cento), enquanto que os oriundos do sistema comum alcançam o percentual de 70% (setenta por cento)”²⁷.

Frise-se que, em Minas Gerais, funcionam mais de trinta APAC, e mais 94 estão instaladas em outras unidades da federação²⁸.

Com efeito, depreende-se da análise conjuntural ora exposta que a expansão das penas e do sistema prisional não se mostra como solução salutar ou economicamente viável para o enfrentamento da criminalidade no Brasil. A experiência histórica do País, associada ao direcionamento político seguido pela legislação recente em matéria de política criminal e penitenciária, demonstra a insustentabilidade de modelos que prezem somente pelo reforço da retaliação estatal ao crime.

5 As dificuldades do Estado em solucionar os problemas do sistema penitenciário e suas consequências

Consoante os relatos e argumentos expostos nas seções anteriores, nota-se um descompasso entre o clamor social por mais punição e o estado do atual modelo de encarceramento que não proporciona os efeitos educativos também desejados pela sociedade. Ao se verificar que as demandas por mais vagas e serviços no sistema prisional não são proporcionais à capacidade do Estado de atendê-las suficientemente, compreende-se que o País está caminhando em direção ao agravamento do estado de precariedade em que se encontram seus centros de detenção. Assim, não haveria outra razão para

²⁶TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Projeto novos rumos – Metodologia APAC*. Disponível em: <<http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

²⁷Idem.

²⁸ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS DE ITAÚNA/MG. *Relação das APACS do Brasil*. Disponível em: <<http://www.giovaniemissione.it/gim/documenti/indirizzi%20apac.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

que os Poderes da República não agissem em prol de uma agenda que promova uma política penitenciária que impeça que o sistema entre em colapso. Nessa perspectiva, as diretrizes da política penitenciária, estabelecidas pelo CNPCP, visam a orientar as ações do poder público em um sentido inconciliável com as demandas legislativas por mais tipos penais e maiores penas.

Percebe-se, pelos fatos já expostos, que há uma promissora linha de atuação do Estado e da sociedade civil organizada que parte do reconhecimento de que a revisão de certos aspectos qualitativos das políticas criminal e penitenciária surtem efeitos mais positivos para a segurança pública e para o sistema prisional que a própria materialização de normas fundadas em um ímpeto de retaliação de uma sociedade amedrontada.

Os rumos da política penitenciária almejados pelo CNPCP não reproduzem uma mera lógica moral ou sentimental de diminuição do custo humanitário de um sistema prisional que não reintegra socialmente os apenados e que contribui para a piora da condição social daqueles que nele adentram. Mais do que isso, as diretrizes traçadas pelo órgão supra-mencionado em seu Plano Nacional representam uma luta por uma revisão racional e paradigmática do caminho que a sociedade brasileira deseja seguir.

Considerando a dificuldade de formar-se consenso social significativo acerca de como dirigir a política criminal e penitenciária no Brasil, dadas as razões que dão ensejo ao fenômeno da hipertrofia do Direito Penal, além de outras de índole política, o CNPCP exerce relevante tarefa ao propor uma agenda para o setor penitenciário que, de certa forma, conduz os agentes públicos a reanalisar o ciclo vicioso que domina as políticas de defesa social, na medida em que pugna pela prática de atos consideravelmente distintos dos que são planejados e executados pelos órgãos de segurança pública Brasil afora.

Essa nova perspectiva para o sistema prisional, plasmada nos fatos apresentados no tópico anterior, sugere que o setor penitenciário é falho e precisa ser modificado, de sorte a conter os já elevados custos humanitários e econômicos de um sistema de execução penal caro e que, em raros casos, cumpre seus objetivos legais.

Desta feita, verifica-se que a urgência dos problemas decorrentes da superpopulação carcerária e da precariedade do sistema prisional está a promover uma revisão pragmática das políticas criminal e penitenciária. Surge, assim, uma tendência de fortalecimento de políticas públicas

desconexas dos argumentos morais de retaliação sustentadores da hipertrofia do Direito Penal.

O que o País está a vivenciar é justamente a superação, em muitos casos, dos custos da retaliação em face dos benefícios por ela trazidos, uma vez que a elevação do encarceramento não tem diminuído a criminalidade de modo significativo. Como bem leciona Richard Posner²⁹, não obstante a ameaça de retaliação pelo crime seja o mecanismo fundamental de preservação da ordem pública, nos casos em que os benefícios da retaliação forem inferiores aos custos, esta pode se tornar um ato irracional.

Esta análise é sobremaneira enriquecida quando comparada aos debates que estão a ocorrer nos Estados Unidos, no ramo em questão. Atualmente, as mais elevadas instâncias políticas estadunidenses estão levando a cabo uma relevante discussão a respeito dos malefícios de se sustentar a atual situação, na qual 25% da população prisional do planeta se encontram nas prisões norte-americanas, enquanto que apenas 5% da população mundial vivem em tal país³⁰. Isso fez com que, em discurso proferido em 12 de janeiro de 2016, o Presidente Barack Obama conclamasse o Congresso Americano para trabalhar em prol de uma reforma na política criminal, sustentando a necessidade de se diminuir o encarceramento.

Diante desse fato, vários pontos levados ao debate público têm ampla serventia para a reflexão sobre o sistema prisional brasileiro, embora a situação socioeconômica daquele país seja muito distinta da verificada no Brasil, e o grau criminalidade lá encontrado esteja em níveis considerados historicamente baixos.

Destarte, vale levar em conta certos aspectos da realidade americana que, apesar das diferenças entre os países, mantém nítida consonância com os problemas enfrentados no Brasil e contribuem na resolução dos problemas aqui verificados, quais sejam, I) nos EUA, apenas 12% da redução do número de ocorrências de crimes contra a propriedade podem ser atribuídos ao aumento do encarceramento³¹, o que significa que, nesses casos, a

²⁹ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 248-249.

³⁰ CHETTIAR, Inimai M.; FINKELMAN, Abigail. *If You Blinked, You Missed When Obama Made Criminal Justice Reform History*. Disponível em: <<http://www.brennancenter.org/analysis/if-you-blinked-you-missed-when-obama-made-criminal-justice-reform-history>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

³¹ *Ibidem*. Jailhouse nation. The economist, Nova Iorque: The Economist Newspaper Limited, 2015: p. 11. 20-26 jun. 2015.

prisão pode não ter efeito significativo no combate ao crime; II) nos EUA, os Estados com as maiores populações carcerárias não têm menos crimes que os que possuem as menores; III) nos EUA, o encarceramento em massa tem contribuído para a desestruturação de famílias da classe trabalhadora; IV) uma condenação a trinta anos de prisão não coíbe o crime mais que uma pena de dez anos de privação de liberdade, porém a primeira custa três vezes mais caro que a segunda; V) o objetivo da política penitenciária deveria ser a redução do dano que o crime causa à sociedade e não a mera retaliação pela conduta praticada; VI) se a prisão não oferece condições de reinserção social, na prática, os efeitos da pena vão se estender para além do seu período de cumprimento, tornando ainda mais difícil para o condenado a construção de uma nova vida e mantendo a reincidência criminal como uma alternativa de sobrevivência.

Do exame da experiência vivenciada pelos Estados Unidos, depreende-se que é necessário um afastamento das animosidades que induzem à reprodução de uma lógica que tende a distanciar as penas da pessoa do criminoso, a fim de criar um sistema penal proporcional e justo. Em suma, o que se deve compreender com os fatos que estão tendo lugar no Brasil e nos Estados Unidos é o que Aury Lopes Júnior³² defendeu nos seguintes termos:

A criminalidade é fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, onde o que menos importa é o direito e a legislação penal. A pena de prisão está completamente falida, não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Se antes era um desempregado, agora é um desempregado e ex-presidiário. Destarte, a prisão deve ser reservada para os crimes graves e os criminosos perigosos. Não deve ser banalizada.

³²JÚNIOR, Aury Lopes. *Violência urbana e tolerância zero: verdades e mentira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 2 fev. 2016.

Assim sendo, cumpre aos brasileiros se debruçarem sobre a questão prisional e optar por uma via, dentre uma das três possíveis: I) expandir progressivamente as normas penais incriminadoras e as penas em vigor, aumentando as despesas com policiamento e encarceramento; II) manter o estado atual das coisas com políticas públicas e normas tendentes a adaptar a sociedade a um estado permanente de elevada violência, sem sua superação; III) diminuir o encarceramento, proliferando políticas sociais orientadas a combater as causas dos crimes e outras que prezem pela reinserção social do condenado. Notadamente, pelo que já foi debatido, percebe-se a formação de um quadro em que os fatos tendem a se impor. Ou seja, as condições do sistema prisional têm feito surgir uma tendência para que essa terceira via se materialize em confronto com a primeira.

6 Considerações finais

Analisando o fenômeno da hipertrofia do Direito Penal em associação com a precariedade do sistema prisional e o surgimento de novas normas e atores políticos que defendem uma política penitenciária diametralmente oposta ao ímpeto punitivo que move a expansão das normas penais incriminadoras e das penas a elas relacionadas, o presente trabalho expõe um cenário de inexistência de consenso a respeito dos rumos que devem ser seguidos pelas políticas criminal e penitenciária, apontando uma tendência de revisão das escolhas a serem feitas em relação à gestão carcerária.

Registre-se que esta obra não se propõe a sustentar que as leis penais não inibem os crimes. Certamente, há um nexo de causa e consequência entre ambas. O que se pode, contudo, defender é que, no atual momento histórico, as leis, por si sós, não obstaculizam os crimes eficazmente, razão pela qual ganha força no âmbito do governo e da sociedade civil uma vertente de política criminal e penitenciária fundamentada em uma sensatez pragmática, através da qual o impacto humanitário e econômico causado pela precariedade do sistema prisional interfere significativamente nos rumos a serem seguidos nesta área.

Essa linha de raciocínio pragmática tem como efeito, em última análise, a concretização princípio da dignidade humana e em outros direitos fundamentais, em vários aspectos, porém cabe ter em mente que são os fatos que estão se impondo. Não se deve olvidar que essa base

jurídica faz parte do ordenamento jurídico brasileiro há décadas, nunca se mostrando ser o suficiente para viabilizar mudanças significativas na realidade prisional do Brasil, motivo pelo qual este trabalho sustenta que os problemas de ordem material e econômica inerentes à administração penitenciária têm constituído o motor principal dessa nova forma de visualizar o setor prisional. Urge conferir sustentabilidade ao sistema prisional.

É oportuno sublinhar, ainda, que, conquanto não seja plausível prever como serão conduzidas as políticas criminal e penitenciária nos próximos anos, é possível perceber o surgimento de uma tendência de racionalização das políticas públicas e normas processuais pertinentes à execução penal. Algumas das novas regras do Processo Penal e as ações mais inovadoras da seara penitenciária seguem uma linha de pensamento segundo a qual não há como lograr êxito nas políticas de segurança pública assentadas no incremento da punição penal e na conseqüente construção de mais estabelecimentos prisionais.

Com efeito, cabe reconhecer que o enfrentamento da violência no Brasil, quando se faz guiado pela ótica de aumento sistemático das sanções penais e do conjunto de normas abarcadas pelo Direito Penal, tende a prolongar um ciclo vicioso que conjuga temor, demagogia e uma adaptação à atual conjuntura, obstaculizando ações reformadoras de longo prazo, mascarando o problema por intermédio de uma falsa sensação de reação ao quadro de perigo instalado no seio da sociedade. Deve-se compreender que encarar a insegurança pública com normas penais e com o mero aumento do tamanho dos órgãos de persecução penal não traz a lume o real problema criminal e penitenciário do País.

Portanto, as políticas criminal e penitenciária, quando não são planejadas juntamente com medidas relacionadas à educação, ao trabalho e à saúde estão fadadas ao insucesso ou a um pequeno avanço fundado em paliativos. A criminalidade e a insegurança devem ser superadas a partir do estabelecimento de políticas sociais focadas na melhoria das condições de vida da população, especialmente no que diz respeito aos setores mais vulneráveis, como os de baixa escolaridade, os desempregados, os viciados em drogas, aqueles com família desestruturada, entre outros grupos sociais mais expostos à marginalidade. Sem uma agenda norteada por esse raciocínio, é improvável que surjam melhorias significativas no sistema prisional que impliquem a materialização da Lei de Execução Penal.

Referências

ABREU, Sérgio França Adorno de; FISCHER, Rosa Maria. *Políticas penitenciárias, um fracasso?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451987000200012>. Acesso em: 14 jan. 2015.

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS DE ITAÚNA/MG. *Relação das APACS do Brasil*. Disponível em: <<http://www.giovaniemissione.it/gim/documenti/indirizzi%20apac.pdf>>. Acesso em: 28 jan 2015.

BARROCAL, André. Fracassa o plano para presídios. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,fracassa-o-plano-para-presidios,1683463>>. Acesso em 12 jan. 2015.

_____. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; SILVA, Mazukyevicz Ramon S. N. *Segurança pública e direitos humanos: o que pode a educação na prisão?* Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/9075/6703>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2015.

_____. Poderá ter mais de 1 milhão de presos até 2022, diz Cardozo. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/cardozo-diz-que-sistema-prisional-brasileiro-e-muito-ruim.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. Disponível em: <<http://>

www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. *Levantamento nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, – Jun 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-doinfopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. *Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública*. Disponível em: <<https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

CHETTIAR, Inimai M.; FINKELMAN, Abigail. Jailhouse nation. *The economist*, Nova Iorque: The Economist Newspaper Limited, 2015: p. 11.20-26 jun. 2015.

_____. *If You Blinked, You Missed When Obama Made Criminal Justice Reform History*. Disponível em: <<http://www.brennancenter.org/analysis/if-you-blinked-you-missed-when-obama-made-criminal-justice-reform-history>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

FIGUEIREDO, Isabel (Coord.). *A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/torviolpolsist/RelILANUD.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 02 fev. 2015.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). *Anuário brasileiro de segurança pública 2015*. Disponível em: <http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

_____. _____. Disponível em: em: <<http://www.forumseguranca.org>>.

br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2015.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 8. ed. rev. e atual. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

SILVA, José Ribamar da. *Prisão: ressocializar para não reincidir*. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 12 jan 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Associação de Proteção e Assistência aos condenados: criação e implantação nos municípios. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/97/801/file/Conteudos/Forum_de_Modernizacao_e_Humanizacao_do_Sistema_Prisonal/Apresentacao_APAC.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Projeto Novos Rumos – Metodologia APAC. Disponível em: <<http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência: mortes matadas por arma de fogo*. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

ROLETA RUSSA: UMA ‘BRINCADEIRA’ FATAL DE DIFÍCIL ENQUADRAMENTO PENAL

Luciana Melo de Mattos Brito

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Rennan Felipe Cardoso Lucas

Bacharel em Direito pela UEPB

Resumo

A segurança pública figura atualmente entre as maiores preocupações da sociedade brasileira, e o crescimento desproporcional das taxas de mortalidade em decorrência de homicídio no país na década de 1980 fez com que este fosse meditado como grande vilão da saúde pública. Temos, ainda, outro grande problema enfrentado: o suicídio. E quando pessoas se reúnem com o intuito de praticar roleta russa, resultando em morte, temos um crime de homicídio ou de participação em suicídio? Esta é a grande questão proposta pelo presente trabalho, que irá analisar como essa “brincadeira” tão fatal tem sido tipificada pela doutrina e jurisprudência. Por óbvio, é inquestionável a relevância acadêmica, jurídica, profissional e, principalmente, social do tema tratado, por isso este artigo foi desenvolvido com o objetivo de verificar as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto; como analisam essa prática, assim como identificar qual a tipificação penal proposta por cada uma delas, sendo justificado no fato de que grande é a lacuna no ordenamento jurídico penal quando se faz necessário investigar um caso do jogo de roleta russa; então, é necessário analisar o esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de enquadrar penalmente essa conduta, para acabar com o impasse existente a cada novo caso. Ao final de todo o exposto, percebe-se que a doutrina majoritária assimila que o sobrevivente à prática da roleta russa estaria incurso nas penas do crime de participação em suicídio, enquanto que a jurisprudência tem passado a reconhecer o dolo eventual nos casos de roleta russa.

Palavras-chave: Direito penal. Roleta russa. Homicídio. Participação em suicídio. Dolo eventual.

Abstract

The public security is currently one of the main concerns of Brazilian society and the disproportionate growth in mortality rates

due to homicide in the country in the 1980s made it the great villain of public health. We have yet another major problem: suicide. And when people get together in order to play Russian roulette, resulting in someone's death; do we have a case of homicide or participation in suicide? This is the great question posed by this paper, which will research how this fatal 'joke' has been typified by our doctrine and jurisprudence. Obviously, there is an unquestionable academic relevance here, such as legal, professional, and especially social relevance as well, because of it, this article was developed with the objective of verifying the mainstream doctrine and jurisprudence dealing with the subject and how they analyze this practice, as well as identify which criminal classification is proposed by each of them, being justified in the fact that large is the gap in the criminal law when it is necessary to investigate a case of Russian roulette game, then it's necessary to examine the doctrinal and jurisprudential effort in order to frame this criminal conduct, to end the deadlock with each new case. At the end of all the research, we can see that the majority doctrine assimilates the survivor to the practice of Russian roulette would be incurred in the feathers of suicide participation, meanwhile the jurisprudence has started to recognize possible deceit in cases of Russian roulette.

Keywords: Criminal Law. Russian roulette. Homicide. Participation in suicide. Possible deceit.

1 Introdução

A segurança pública figura atualmente entre as maiores preocupações da sociedade brasileira, e o crescimento desproporcional das taxas de mortalidade em decorrência de homicídio no país, na década de 1980, fez com que este fosse meditado como grande vilão da saúde pública.

O Sistema de Informações de Mortalidade, do Ministério da Saúde, aponta que, em 1980, o número de homicídios no Brasil foi de 13.910, passando para 49.932 após três décadas, em 2010, obtendo crescimento de 259% no período.

Temos, ainda, outro grande problema enfrentado pela saúde pública: o suicídio. De acordo com relatório publicado, em 2014, pela Organização Mundial de Saúde o Brasil figura no topo da lista dos países com maior número de casos no mundo, ocupando o oitavo lugar segundo

o estudo¹. Todos os anos, 804 mil pessoas cometem suicídio em todo o mundo, uma estimativa de um caso a cada quarenta segundos. No Brasil, foram registradas 11.821 mortes em 2012, uma taxa de 5,8% a cada cem mil habitantes; em 2000, essa taxa era de 5,3% para a mesma quantidade de habitantes, representando um crescimento de 10,4% mortes, entre os anos de 2000 e 2012.

E quando pessoas resolvem se reunir com o intuito de praticar roleta russa, resultando na morte de alguém, temos um crime de homicídio ou de participação em suicídio? Esta é a grande questão proposta pelo presente trabalho, que irá analisar como essa “brincadeira” tão fatal tem sido tipificada pela nossa doutrina e jurisprudência.

Roleta russa é um jogo de azar, cujos jogadores colocam uma bala em uma das câmaras de um revólver e, em seguida, fecham e giram o tambor, fazendo com que seja desconhecido o local exato da bala. Após essa preparação, todos os participantes se posicionam em círculo e vão passando o revólver, um por vez, apontando a arma para sua própria cabeça e atirando, encarando, desta maneira, a morte, pois caso a bala esteja na câmara engatilhada, esse provavelmente será o seu destino.

Não se sabe ao certo onde e quando surgiu o jogo, mas várias lendas a esse respeito, obviamente, apontam para a Rússia, onde prisioneiros dos séculos antigos eram forçados pelos guardas a jogar, enquanto estes cuidavam das consequências; outra versão é a de que surgiu entre os oficiais desesperados do exército russo, que jogavam para demonstrar bravura e impressionar uns aos outros.

Em nosso país, não raro temos um caso dessa prática com um desfecho trágico, normalmente envolvendo jovens que querem sentir a adrenalina de desafiar a morte. Algumas vezes, o tambor é girado por cada participante para voltar às condições iniciais; em outras, o gatilho é puxado continuamente, aumentando a cada novo participante, a probabilidade da arma disparar; essa probabilidade também pode ser aumentada usando um revólver de cinco câmaras, ao invés do tradicional, com seis.

Por óbvio, é inquestionável a relevância acadêmica, jurídica, profissional e, principalmente, social do tema ora tratado, haja vista que cada vez que o jogo da roleta russa faz uma vítima fatal, difícil é a apura-

¹Informações extraídas do relatório da OMS “*Preventing suicide: a global imperative*”. Disponível em: <<http://www.who.int/topics/suicide/en/>>.

ção do crime, por não existir um tipo específico, representando um grande dilema no sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, este artigo foi desenvolvido com o objetivo de verificar as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto, como analisam essa prática, assim como identificar qual a tipificação penal proposta por cada uma delas, ou seja, qual deve ser o enquadramento penal daquele(s) que sobreviveu(ram) ao jogo, desencadeando outras questões, como qual pena será aplicada, em caso de condenação.

Não se pretende aqui esgotar o tema, visto se tratar de um assunto cujos doutrinadores apresentam muitas divergentes e com muitas discussões que ainda estão por vir. Para tanto, foi utilizada a metodologia do estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, com análises baseadas em trabalhos publicados, que discorrem, direta ou indiretamente, a respeito do assunto, além de relatórios, doutrinas e jurisprudências, para que se possa alcançar uma abordagem pura e qualitativa dos resultados, chegando, de forma descritiva, aos objetivos, uma vez que o problema apresentado será descrito e explicado, com a finalidade de reunir as informações de forma consistente, servindo como fonte de pesquisa para futuros trabalhos.

Este trabalho se justifica pelo fato de que grande é a lacuna no ordenamento jurídico penal quando se faz necessário investigar um caso do jogo de roleta russa. Então, faz-se necessário analisar o esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de enquadrar penalmente essa conduta, para acabar com o impasse existente a cada novo caso.

2 Breves considerações sobre a teoria do delito e os elementos subjetivos do tipo penal

Os elementos subjetivos do tipo penal nem sempre estiveram presentes nos entendimentos doutrinários. Em verdade, a dogmática penal atravessou períodos históricos de transformações, sendo aqueles frutos de diversas discussões e teorias e, ainda hoje, centro de incontáveis debates.

Para o jurista Félix Araújo Neto (2004), todo o esforço teórico realizado pela doutrina no âmbito da Teoria Geral do Delito tem sido no sentido de investigar quais são exatamente as características gerais que qualificam um fato como delito, por isso os estudos cuidam de tentar

compreender, constatar e explicar os aspectos comuns das mais diversas figuras delitivas.

Tal competência a cargo da teoria do delito tem singular importância prática, pois permite analisar, no caso concreto, a ocorrência ou não de um delito, mediante a identificação da presença ou ausência dos elementos que o caracteriza.

Com isso em mente, faremos breves considerações acerca da teoria do delito e analisaremos os elementos subjetivos do tipo, a fim de entender melhor o dilema na classificação penal da prática da roleta russa.

2.1 Considerações gerais

A discussão acerca do conceito de crime e de seus elementos fundamentais é por demais extensa e complexa, fugindo do escopo do presente trabalho. Deste modo, far-se-ão considerações elucidativas a respeito das duas principais teorias (causalista e finalista) com intuito de apontar a interpretação das mesmas, quanto ao dolo e à culpa, elementos subjetivos do tipo penal.

A concepção causalista entendia o injusto penal como objetivo, ao passo que a culpabilidade era considerada psicologicamente e, ainda, a conduta significaria unicamente um comportamento humano causal, ou seja, a ação típica seria fruto de um processo voluntário, mecânico e muscular humano, decorrente de um procedimento causal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009). Com isso, tem-se que a finalidade não pertence à conduta, devendo ser aprofundada no momento da análise da culpabilidade. Neste sentido, ensinou Araújo Neto:

É importante frisar que, em linhas gerais, no entender dos criadores do sistema enfocado, por parte objetiva entende-se a manifestação do fenômeno criminoso no mundo externo - lesões ou ameaça a bens jurídicos; e por subjetiva compreendem-se os fatores psíquico-internos do agente do delito. (ARAÚJO NETO, 2004²)

²Trecho extraído do artigo “Teoria do delito: algumas considerações sobre o causalismo e finalismo”. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=380>>.

Ressalta-se que a referida lesão ou ameaça a bem jurídico se configuraria por ação ou omissão voluntária (conduta) que provocaria alteração no mundo exterior (resultado), perceptível pelos sentidos do ser humano, contudo, teria finalidade irrelevante.

Neste cenário, o dolo e a culpa eram entendidos como espécies do gênero culpabilidade, tendo-se que o ilícito penal se restringia aos aspectos objetivos da ação, bastando unicamente verificar se o sujeito praticou a conduta de forma voluntária, sem, contudo, considerar o querer, o desejo, do agente.

Posteriormente, percebeu-se que, para englobar as condutas não compreendidas sob a égide desta corrente, fazia-se necessário considerar aspectos subjetivos do tipo, inaugurando novos pensamentos doutrinários, os quais se desencadearam na teoria finalista da ação.

Na década 1930, o alemão Hans Welzel provocou mudanças elementares na teoria do delito, ao propor a Teoria Finalista, congregando o conteúdo da vontade ao tipo e, mais, transmutando a culpabilidade em reprovabilidade pura, momento em que a conduta passou a ser analisada pela perspectiva da finalidade, ou seja, ele passou a defender que o norte de toda ação é a vontade, não sendo possível determinar como delituosa uma conduta se esta vontade não for considerada quando do momento da prática delitiva.

A teoria finalista da ação extrai o dolo e a culpa da culpabilidade, incorporando ao tipo, levando a finalidade ao centro do injusto. Com o deslocamento dos elementos subjetivos do tipo da culpabilidade para o próprio injusto, além da compreensão normativa pura da culpabilidade como reprovabilidade, tem-se a diferenciação entre os tipos culposos e dolosos.

Os defensores da teoria finalista entendem que o agir humano busca uma finalidade, pois não há conduta voltada para o nada, e tal fato deve ser considerado com fito de imputar ao autor da ação a conduta típica outrora perpetrada quando sua ação deseja um fim criminoso ou, ainda que lícita, o agente deixa de considerar o devido cuidado quando do momento de sua conduta (MIRABETE, 2011).

O ordenamento jurídico brasileiro abraçou a teoria finalista da conduta, de modo que entende como delito ação típica, antijurídica e culpável e quando não persistindo o dolo, ou culpa, nos casos em que se prevê na legislação a modalidade culposa, não se tem como perquirir a respeito de ilícito penal.

É entendimento pacífico no ordenamento jurídico brasileiro que o tipo penal divide-se em tipo objetivo e subjetivo.

Nos ensinamentos de Damásio de Jesus (2011), os elementos objetivos do tipo penal, que também são descritivos, fazem alusão à materialidade do ilícito penal no que diz respeito ao modo de execução, lugar, tempo, entre outros. Constituem-se em um verbo que traduz a conduta, verbo este considerado o núcleo do tipo.

Deste modo, depreende-se que os elementos objetivos, residentes no verbo núcleo do tipo (como, por exemplo, matar, subtrair, falsificar), independem de juízo de valor, e seu significado pede simples observação, sem necessidade de interpretação, haja vista seus objetos existirem no mundo concreto como, por exemplo, 'matar' alguém, 'subtrair' coisa alheia móvel, 'falsificar', no todo ou em parte, documento público (JESUS, 2011).

Já os elementos subjetivos que integram o tipo penal, têm importância singular no momento da definição da conduta tipificada, haja vista que é por meio do *animus agendi* que é possível identificar e qualificar a atividade comportamental do agente, pois, somente reconhecendo e identificando a intenção (vontade e consciência) do agente é que será possível enquadrar uma conduta como típica.

2.2 Elementos subjetivos do tipo

2.2.1 *Dolo*

Na seara penal, o dolo adquire significado singular quando traz à baila a vontade, a intenção e a decisão do agente do tipo penal. A doutrina conceitua o dolo de diversas formas, contudo, em detida análise, tem-se que as diversas definições expressam o mesmo entendimento, majoritariamente, de que o dolo se traduz na vontade livre e consciente do agente em realizar e alcançar os elementos objetivos do ilícito penal.

Assim, o agente autor do fato, no caso concreto, atuando voluntariamente e conscientemente, deseja um resultado danoso a um bem jurídico protegido e tutelado pelo direito penal, ou seja, sua ação se guia por sua vontade, estando esta, finalissimamente, direcionada a produzir o evento tido como elemento objetivo do tipo penal, devendo abarcar o objetivo

pretendido pelo agente, os meios dos quais se utiliza para tanto, assim como o resultado que destes decorrem.

Considerando o conceito de dolo retro explanado, abraçado pela doutrina majoritária, percebe-se que este elemento é, em si, constituído por outros dois, quais sejam, o elemento cognitivo ou intelectual, representado pela consciência, e o elemento volitivo, externado pela vontade, sendo a consciência um pressuposto para a vontade, não podendo esta existir sem aquela. Neste seguimento, Welzel (*apud* GRECO, 2012) leciona que

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= dolo do tipo). (WEZWEL *apud* GRECO, 2012, p.183).

O elemento cognitivo se traduz na consciência que o agente tem da conduta que pratica, o qual deve saber precisamente aquilo que faz, para, por consequência, poder lhe impor resultado lesivo a título de dolo (GRECO, 2012), ou seja, o agente mentalmente representa a conduta que irá realizar, assim como também as consequências destas, tendo plena consciência do que esta fazendo, como bem distingue Muñoz Conde (*apud* GRECO, 2012):

Para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. Quer dizer, deve saber, no homicídio, por exemplo, que mata outra pessoa; no furto, que se apodera de uma coisa alheia móvel. (MUÑOZ CONDE *apud* GRECO, 2012, p.184)

A consciência, previsão ou representação, tem que abarcar todos os elementos essenciais do tipo, desde os descritivos, aos normativos e subjetivos. Tal consciência deve ser efetiva e atual, o oposto da consciência da ilicitude, que pode ser potencial, tendo esta última sido deslocada para o interior da culpabilidade, como elemento intransponível ao juízo de reprovação. Tampouco há necessidade de que o agente apresente consciência da tipicidade da ação que pratica,

pois, caso existisse este requisito, unicamente aqueles que detêm conhecimento a respeito das normas penais seriam passíveis de agir dolosamente (BITENCOURT, 2012)

O segundo elemento, a vontade, não existiria sem a consciência, sendo assinalada pelo querer, pela intenção em alcançar o evento danoso anteriormente previsto, representado. Neste argumento, salienta-se também que, claramente, a vontade e o querer do agente que perpetrar a conduta deve ser externada de maneira livre, sem nenhum tipo de constrangimento ou coação externos, sob pena de desconfigurar o dolo.

Santos (2004) salienta que o querer em realizar o tipo objetivo do delito, representado na vontade, é composto por duas características: primeiramente, deve ser incondicional, visando perpetrar a ação já definida; e, segundo, tal vontade deve ter o condão de influenciar o acontecimento real, fazendo com que o resultado da conduta do agente possa ser identificado como ação sua, e não só apenas um desejo ou esperança de que essa ocorra.

Na doutrina, impera a inteligência de que para existir dolo é indispensável a presença do elemento intelectual e também do volitivo, conforme traduz a teoria denominada volitiva, ou da vontade, ou do consentimento, que entende que a essência do dolo deve estar na vontade traduzida no desejo de realizar a ação e obter o resultado tido como danoso, como assevera Bitencourt (2012):

Na verdade, *vontade* e *consciência* (representação) são, numa linguagem figurada, uma espécie de irmãs siamesas, uma não vive sem a outra, pois a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a *vontade* sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo. (BITENCOURT, 2012, p.357)

A doutrina clássica destaca três teorias que discorrem sobre o dolo, quais sejam, teoria da vontade, teoria da representação e teoria assentimento ou consentimento. A primeira delas, a da vontade, defende que o dolo está presente na vontade do resultado, no qual o agente tem consciência do fato, mas, principalmente, vontade de realizá-lo; a segunda teoria, da representação, interpreta como dolo toda ação em que o autor

somente prevê o resultado como possível, mas opta por continuar com a prática da ação mesmo assim; e por fim, a terceira teoria, do assentimento, prevê que o sujeito age com dolo quando, ainda que, prevendo o resultado possível e sendo este lesivo, mesmo não o querendo, assume o risco de produzi-lo.

Vale ressaltar que o Código Penal Brasileiro adotou as teorias da vontade e do consentimento: a da vontade, no tocante ao dolo direto; e a do consentimento, no que diz respeito ao dolo eventual (BITENCOURT, 2012).

2.2.1.1 *Dolo eventual*

A doutrina elenca diversas espécies de dolo que, por si só, trazem amplo campo de discussão. No entanto, como o foco do presente trabalho reside na tipificação da prática de roleta russa e, considerando o embate doutrinário e jurisprudencial que paira a respeito da consideração ou não do dolo eventual para a responsabilização dos praticantes da 'brincadeira' mortal, exploraremos a figura do dolo eventual neste momento.

Entende-se da leitura direta da primeira parte do art. 18, I do CPB, o conceito do dolo direto, ou seja, aquele no qual o agente quer, efetivamente, praticar a ação prevista como ilícito penal. Como bem esclarece Greco (2012), “o agente, nesta espécie de dolo, pratica sua conduta dirigindo-a finalissimamente à produção do resultado por ele pretendido inicialmente”, sendo este, tratado pelo autor, como o dolo por excelência.

Ainda, o estudioso Bitencourt (2012) elucida que

O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessário à realização do fim pretendido. Assim, o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam, representação, querer e anuir, nos seguintes termos: 1) a *representação* do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; 2) o *querer* a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o *anuir* na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios. (BITENCOURT, 2012, p.360).

Neste entendimento, tem-se que, no dolo direto, o resultado alcançado reflete aquele desejado pelo autor anteriormente à prática da conduta.

O dolo eventual, por seu turno, ocorrerá quando o sujeito ativo não pretender o alcance dos elementos objetivos do tipo, o seu resultado, no entanto, podendo prevê-lo como possível, aceita a ocorrência do mesmo, assumindo o risco de sua produção, ou seja, a assunção do risco como possível ou provável pelo agente configura o dolo eventual, independentemente de sua vontade. Tal ensinamento se extrai da segunda parte do art. 18, I, do CPB o qual professa que “diz-se o crime: doloso quando o agente (...) assumiu o risco de produzi-lo”.

Percebe-se, portanto, que o elemento que distingue o dolo eventual é o conhecimento, necessitando este, de um complemento de vontade para caracterizar o dolo, ou seja, apesar de o sujeito ativo prever o dolo, mesmo não sendo esta a razão de sua conduta, ele o aceita.

Deve-se ter em mente que não se pode confundir o dolo eventual com o desejo ou esperança de que o resultado delitivo ocorra. Assim, é insuficiente unicamente a ciência da possibilidade da ocorrência do evento; é necessária uma determinada relação de vontade, entre o resultado e o agente neste sentido, fato que irá distinguir o dolo da culpa.

Nos dizeres de CONDE, *apud* GRECO (2012): “No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco, etc.”.

Grande parte dos crimes dolosos tipificados no ordenamento jurídico brasileiro pode também ser configurada na modalidade eventual, fazendo imperativo demonstrar que uma das principais discussões envolvendo o dolo eventual reside na abrangência do seu caracterizador, ou seja, a assunção do risco. Assim, ter consciência de um risco seria menor que assumi-lo, pois, ao assumi-lo, o agente assume previamente um resultado, que pode vir a ocorrer posteriormente.

Nucci (2012) compartilha o entendimento de que a expressão “assumir o risco de produzi-lo”, trazida pelo legislador penal, implica o fato de a vontade do autor do injusto penal ser direcionada a um resultado determinado, contudo com a possibilidade de que ocorra outro resultado por ele não desejado, mas que tenha sido previsto como possível e, também, admitido. Assim, o resultado alcançado não foi

primeiramente desejado, muito embora o agente tenha previsto a possibilidade de sua materialização juntamente com o que realmente desejava.

Com o exposto, compreende-se que o dolo direto na figura do querer diretamente, desejo do autor, em causar o evento danoso, se diferencia do dolo eventual quando neste o querer do resultado é concomitante ao aceite do mesmo como possibilidade de ocorrência, sendo a principal característica do dolo eventual essa aceitação de fim, de um resultado diferente do que pretendia o autor, mas que foi previamente percebido por ele.

A doutrina e jurisprudência têm-se contentado com o entendimento superficial e literal trazido pela legislação penal quanto ao conceito de dolo eventual, qual seja, o agente assume o risco de produzir o evento danoso, não existindo critérios seguros que possam balizar a compreensão a respeito do risco assumido, ensejando assim, por vezes, julgados diferentes para circunstâncias similares.

2.2.2 *Culpa*

Em âmbito penal, a culpa é expressão utilizada como sinônimo de imprudência, negligência e imperícia, sendo assim, tida como modalidade com menor gravidade que o dolo (TAVARES, 2003), opondo-se a este com previsão no art. 18, II do CPB que diz ser culposo o crime “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Como outrora apontado, o dolo é tido como o elemento subjetivo geral do tipo penal, deste modo a modalidade culposa enseja a necessidade de expressa previsão legal para que se configure, sendo, portanto, exceção, como codifica o parágrafo único do art. 18 do CPB.

O entendimento majoritário é de que a conduta culposa ocorre por inobservância do devido cuidado em razão de um comportamento inadequado que leva a um resultado não pretendido pelo autor, conduto que é passível de previsão.

Em verdade, o que se pune é a conduta mal dirigida pelo agente, que a princípio se destinaria a uma finalidade não importante para o direito penal, geralmente lícita, contudo a atuação inadequada do autor, com falta do devido cuidado, leva à ocorrência de resultado danoso (BITENCOURT, 2012).

O estudioso Capez (2014) traduz este entendimento da seguinte forma: “A culpa decorre, portanto, da comparação que se faz entre o comportamento realizado pelo sujeito no plano concreto e aquele que uma pessoa de prudência normal, mediana, teria naquelas mesmas circunstâncias”.

. Continua a jurista, afirmando que o agente deve agir em conduta normal, tida assim pelo senso comum; contudo, se sua ação se afasta da que é prevista pela norma e pelo senso comum como normal, incidirá em quebra do cuidado e, assim, em culpa.

A realização do tipo penal se concretiza em razão da falta do dever de cuidado suficiente e necessário para proteção do bem jurídico, estando a culpabilidade concentrada no fato de o sujeito não ter evitado a realização do tipo, ainda que fosse capaz e estivesse em condições para tanto (TAVARES, 2003).

Visto isso, temos que a modalidade culposa infringe um dever de cautela ou cuidado, sendo essa maneira através da qual se alcança a finalidade, o meio, que individualiza a conduta, e não a razão do fim a que se propõe.

A definição genérica trazida pelo Código Penal a respeito da culpa não aponta a distinção de diferentes espécies, contudo a doutrina majoritária entende que esta pode ser separada em outras duas, a culpa inconsciente e a consciente.

2.2.2.1 *Culpa inconsciente*

A culpa inconsciente, ou sem previsão, é aquela em que se tem a ação sem a previsão do resultado. Ensina o jurista Bitencourt (2012):

Na *culpa inconsciente*, apensa da possibilidade de previsibilidade *ex ante*, não há a *previsão* por descuido, desatenção ou simples desinteresse do autor da conduta perigosa. Ou seja, o sujeito atua sem se dar conta de que sua conduta é perigosa, e de que desatende aos cuidados necessários para evitar a produção do resultado típico, por puro desleixo e desatenção (BITENCOURT, 2012, p.383).

Cumprе ressaltar que a previsibilidade é elemento da culpa, e mesmo que existindo a possibilidade de previsibilidade do resultado

danoso, mas o agente não tenha previsão (culpa inconsciente), ocorre o delito a título culposo, haja vista, o Código Penal não fazer distinção de tipos culposos.

Contudo, no momento da dosimetria da pena, o juiz pode considerar a culpa inconsciente mais leve que a culpa consciente, em razão desta ter censurabilidade maior (CAPEZ, 2014). Acompanhando as definições apresentadas, Nucci (2012) interpreta a culpa inconsciente como a 'culpa por excelência'.

2.2.2.2 *Culpa consciente*

A culpa consciente, por sua vez, acontece quando o sujeito sabe do perigo de sua conduta e, mesmo prevendo o resultado possível, atua sem observar o devido cuidado e cautela necessária à sua atuação, acreditando que o resultado danoso será evitado.

Bitencourt (2012) elucida, em seus ensinamentos, que

Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual. (...) A despeito de sabê-lo possível, acredita piamente que pode evitá-lo, o que só não consegue por erro de cálculo ou por erro na execução. (BITENCOURT, 2012, p.382).

Deste apontamento, tem-se que, na culpa consciente, o autor acredita ser hábil o suficiente para evitar a realização do evento, portanto não há uma aceitação do resultado, já que o sujeito, às vezes por excesso de confiança, acredita que este não acontecerá.

Nucci (2012) preleciona que, na culpa consciente, o agente acredita firmemente que o evento lesivo não ocorrerá, confiando na sua habilidade, atuação e vontade para impedir o resultado, ainda que este seja previsível.

Pela conceituação deste tipo de culpa e pelos tópicos anteriormente tratados, percebe-se que há uma tênue diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual. Muitos têm dificuldade de diferenciar estes conceitos, fato que acarreta incontáveis divergências jurisprudenciais. Assim, tem-se que é de suma importância a limitação destes conceitos, pois, em muitos casos concretos, é difícil delinear as fronteiras entre eles.

3 Roleta russa: homicídio ou participação em suicídio?

Antes de realizar uma análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da tipificação da conduta da roleta russa, é necessário fazer uma breve explanação das características gerais dos crimes de homicídio e participação em suicídio, como forma de entender melhor cada um deles.

O homicídio é crime previsto no art. 121, do Código Penal Brasileiro, que consiste em matar alguém, ou seja, acontece quando uma pessoa, por alguma razão, tira a vida de outrem, podendo fazer uso dos mais diversos meios e formas, para atingir sua finalidade.

Quando se fala em vida, para fins de tipificar o homicídio, considera-se a pessoa desde o início do parto; antes disso, apesar de o Direito proteger a vida embrionária, este ser evolutivo ainda não é uma criatura humana, e, quando se elimina um feto, pratica-se o crime de aborto, que não vem ao caso, tratando como homicídio somente a partir do início do parto, desde que não seja caso de infanticídio.

Por ser um crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de um homicídio, não sendo necessária nenhuma condição especial ou particular, enquanto qualquer pessoa humana nascida viva pode figurar como sujeito passivo deste ato criminoso, que tutela o bem jurídico da vida, indiscutivelmente, o maior bem de qualquer pessoa, vez que somente vivos podem desfrutar de qualquer outro bem.

Importante ressaltar que matar a si próprio não é crime, portanto não se admite que o sujeito ativo de um homicídio seja a própria vítima, pois, apesar de não poder dispor de sua vida, não é possível punir criminalmente um morto; então, a conduta típica do homicídio, seja ele simples, privilegiado ou qualificado, é matar alguém, ou seja, matar uma terceira pessoa.

Já o crime previsto no art. 122, do Código Penal Brasileiro reconhece a ilicitude do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, apesar de este não ser incriminado, uma vez que a ação de matar-se escapa à consideração do nosso Direito Penal.

Como tirar sua própria vida é uma conduta atípica, para criminalizar a pessoa que auxilia nessa ação, foi necessário criar uma figura típica com as ações de induzir, instigar ou auxiliar, transformando esses agentes que concorrem para o suicídio alheio, em autores do crime, não partícipes.

Assim, temos que a conduta típica deste ilícito penal conta com os seguintes núcleos: induzir, fazendo surgir uma nova ideia, inexistente antes; instigar, estimular e encorajar uma ideia preexistente; ou auxiliar, prestando ajuda material, para que alguém se suicide.

Este crime do art. 122 se consuma com o resultado morte da vítima, e sua forma tentada é admitida quando esta sobrevive, porém com lesão corporal grave, o que faz com que a doutrina majoritária considere estes dois resultados como condições objetivas de punibilidade do tipo.

Assim como no homicídio, o bem jurídico aqui tutelado é a vida humana, e, por também se tratar de crime comum, o sujeito não requer nenhuma condição particular, podendo qualquer pessoa responder ativamente pelo crime de participação em suicídio, enquanto que o sujeito passivo será qualquer pessoa induzida, instigada ou auxiliada, desde que possua discernimento para entender que está se matando.

A principal diferença entre os dois tipos, o homicídio e a participação no suicídio, está em seus atos executórios, pois, no primeiro, temos que uma pessoa executa os atos matando outrem, enquanto que, no segundo, o autor somente participa, induzindo, instigando ou auxiliando a vítima, enquanto ela própria executa os atos que ensejam sua morte.

3.1 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial

A tipificação penal do jogo de roleta russa é por demais controversa. Sempre que um caso desses chega para apreciação do poder judiciário, instala-se a grande dúvida: os sobreviventes da 'brincadeira' respondem por homicídio ou participação em suicídio?

Durante toda a pesquisa, percebeu-se claramente uma diferença entre as posições doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito ao assunto. Estas serão agora expostas para, ao final do presente estudo, entendermos melhor os aspectos considerados no momento de denunciar alguém por esta prática.

3.1.1 Doutrina

Com relação ao enquadramento penal do jogo da roleta russa, a doutrina majoritária encaixa os jogadores sobreviventes como incurso nas penas do art. 122, do Código Penal, por entenderem que se trata

de instigação ao suicídio. Senão, vejamos a opinião de Fernando Capez (2011): “Na roleta russa há uma arma, com um só projétil, que deverá ser disparada sucessivamente pelos participantes, rolando o tambor cada um em sua vez [...] os sobreviventes respondem por participação em suicídio”.

Entende-se que, ao aceitarem entrar no jogo, todos os participantes estão mutuamente se instigando ao suicídio, uma vez que sabem da probabilidade de sair alguém morto ao final, e que esta pessoa executará os atos de sua própria morte, já que ela mesma puxará o gatilho da arma apontada contra sua cabeça.

Capez (2011) segue, explicando que “Se houver fraude indutora de erro no procedimento da vítima, haverá, na exata medida em que não se terá pelo ofendido o propósito imanente ao ato suicida, homicídio”. Então se alguém faz um terceiro acreditar que a arma está descarregada, levando este a atirar contra si mesmo e se matar, haverá homicídio em virtude da fraude, pois a vítima não tinha a voluntária e consciente vontade de acabar com sua vida.

O respeitado professor e doutrinador de Direito Penal, Damásio de Jesus (2012), concorda com esta análise, ao afirmar, no segundo volume da sua obra criminal, que o sobrevivente da prática de roleta russa responde por participação em suicídio.

Tal pensamento é corroborado ainda por Fernando de Almeida Pedroso (1995) que escreveu um livro tratando somente dos crimes contra a vida, intitulado “Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto”, no qual ele explica que, na roleta russa, os participantes resolvem tirar a sorte, suicidando-se, aquele que por ela não for favorecido. De acordo com PEDROSO (1995), “O que se verifica [na roleta russa] é o fato de que, traído pela sorte, mata a si mesmo, suicidando-se. Imputável aos sobreviventes é o induzimento ao suicídio”.

Se, durante o jogo, um dos participantes, na sua vez, erra a mira e, por erro, atinge mortalmente outra pessoa, praticará o crime de homicídio, na sua modalidade culposa, quando não há intenção de matar, por ter praticado, ainda que enganosamente, os atos de execução do crime previsto no art. 121, do Código Penal.

Seguindo com a análise doutrinária da participação em suicídio, temos:

Adaptando-se o pacto de morte à roleta russa, dá-se o mesmo. Quem sobreviver, responde por participação em suicídio, tendo por vítima aquele que morreu. Finalmente, acrescenta-se a hipótese, no contexto da roleta russa, do participante que der um tiro em si mesmo, sofrendo lesões graves. Caso ele sobreviva, não deve ser penalmente responsabilizado, pois o direito brasileiro não pune a autolesão. Os outros, sem dúvida, responderão por participação em suicídio. (NUCCI, 2014, p. 603)

Nucci (2014), que é um dos nomes mais conhecidos do Direito Penal nacional, explica que nosso ordenamento jurídico não considera como criminosa a conduta de atentar contra sua própria vida, mas, se isso acontece em um meio onde os outros estão instigando essa conduta, esses outros serão enquadrados criminalmente na participação em suicídio.

Todo esse entendimento parte do pressuposto de que os participantes, ao concordarem com o jogo de azar, estão instigando uns aos outros à prática do suicídio, já que sabem que existe uma probabilidade, grande inclusive, de um deles acabar morto ao final do jogo, e que essa pessoa irá se matar, pois, ao atirar contra a própria cabeça, estará praticando, ele mesmo, os atos de sua execução.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, explica Bitencourt (2012):

Define-se como roleta russa, típica das películas americanas, aquela aposta em que os contendores rolam o tambor de arma contendo somente um projétil, disparando, cada um em sua vez, na própria direção. A solução indica a responsabilidade do sobrevivente pela 'participação em suicídio', pois, com essa prática, no mínimo, instigou a vítima ao suicídio. (BITENCOURT, 2012, p.145)

Verifica-se a vontade dos jogadores de experimentarem a sensação de estar próximo à morte, a adrenalina da possibilidade de morrer e, assim, a instigação para que o outro se mate, momento em que cada um convence aos demais de que é um risco coletivo, qualquer um pode ser o escolhido pela sorte para se despedir do mundo naquele dia.

Temos ainda, em relação ao tema, a posição do doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2005) que explica em seu Manual de Direito Penal:

“Nos casos de duelo americano ou roleta russa, os sobreviventes responderão pelo crime definido no art. 122, embora já se tenha decidido pela ocorrência de homicídio com dolo eventual” (MIRABETE, 2005), fazendo referência às posições jurisprudenciais que serão analisadas.

3.1.2 *Jurisprudência*

Apesar de todo o entendimento doutrinário exposto, hoje os tribunais brasileiros adotam o entendimento de que, em jogos que podem levar à morte dos participantes, tais como a roleta russa, deve ser aplicada a figura do dolo eventual, pois o agente assume o risco de produzir o resultado, ou seja, em uma rodada, o "vencedor", aquele que permaneceu vivo, deve responder pelo crime de homicídio, se houver morte de outrem em decorrência do jogo.

Por mais que os estudiosos demonstrem claramente que o enquadramento penal adequado aos sobreviventes do jogo de roleta russa seria a participação em suicídio, os tribunais têm decidido de maneira diversa. *Vide* os seguintes julgados:

TJ-DF - APE 64258620108070013 DF 0006425-86.2010.807.0013 (TJ-DF)

EMENTA: APELAÇÃO ESPECIAL DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. IMPOSSIBILIDADE. ROLETA RUSSA. DOLO EVENTUAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ADEQUADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Restaram comprovadas a materialidade e a autoria do ato infracional análogo ao crime de homicídio simples, não sendo o caso de desclassificação para o ato infracional análogo ao crime de homicídio culposo. 2. *No crime cometido em situação onde o representado brincava de “roleta russa”, configura-se o dolo eventual.* 3. A conduta de homicídio praticada pelo menor revela-se grave, pois se trata de ato infracional violento análogo a crime punível com reclusão; constata-se, ainda, que o menor está evasivo da escola e sua família não consegue exercer autoridade

sobre ele nem impor-lhe limites; diante da natureza grave do ato infracional praticado, bem como da situação pessoal, social e familiar do adolescente, a internação é a medida socioeducativa recomendável. 4. Negado provimento ao recurso. (Relator: JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/06/2011, DJ-e Pág. 222)

TJ-PR - Recurso em Sentido Estrito RECSENSES 7050117 PR 0705011-7 (TJ-PR)

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO - PRONÚNCIA DO RÉU COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* - INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL NESTE SENTIDO - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE HOMICÍDIO CULPOSO - IMPOSSIBILIDADE MERITÓRIA - ELEMENTOS QUE APONTAM A PRÁTICA DE "**ROLETA RUSSA**", COMO DOLO EVENTUAL PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE - EVENTUAL DÚVIDA A SER DIRIMIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI, JUIZ NATURAL DA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A decisão de pronúncia exige apenas a demonstração da materialidade do delito e indícios da autoria. 2. A alegação de ausência de dolo de matar constitui tese que exige perquirição do *animus* do agente, ingressando em competência constitucional privativa do Júri. É inviável, desta forma, acolher a pretendida desclassificação, pois teríamos que adentrar na análise exauriente das provas que instruem o processo, o que é vedado na fase de admissibilidade da acusação. 3. *Havendo indícios de que houve a prática de roleta russa por parte do acusado, não há como ser acolhida a tese de ausência de dolo, principalmente pelo fato de esta prática ser caracterizada por dolo eventual por ter o agente assumido o risco de produzir o resultado.* (TJ-PR - RECSENSES: 7050117 PR 0705011-7, Relator: Macedo Pacheco. Data de Julgamento: 13/01/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 559).

Temos, então, que os Tribunais de Justiça passaram a reconhecer o dolo eventual na prática da roleta russa, lembrando que este existe quando o sujeito ativo não busca alcançar os elementos objetivos do tipo, no entanto, pode prever o resultado como possível, aceitando a possível ocorrência do mesmo e assumindo o risco de sua produção.

Esse foi também o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao julgar este recurso de apelação:

TJ-DF - Apelação Criminal APR 20140130066556 DF
0006637- 68.2014.8.07.0013

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO HOMICÍDIO. ROLETA RUSSA. AUTORIA DEMONSTRADA. DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. 1. Diante da revogação do inciso VI artigo do art. 198 do Estatuto da Criança e Adolescente pela Lei nº 12.010 /2009, os recursos que aplicam medida socioeducativa ao menor, em regra, são recebidos no efeito devolutivo, ressalvadas as hipóteses que possam causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, nos termos do art. 215 do referido diploma, consoante entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. 2. A autoria e a materialidade estão suficientemente comprovadas pela prova colhida aos autos, especialmente a ocorrência policial nº 3.811/2014 (fls. 8/12), o PAAI nº 2.748/2014 (fls. 13/18), o laudo de exame de corpo de delito (fls. 106/110 e 159/164) e o laudo de perícia criminal (fls. 258/308). Em acréscimo, o próprio representado, corroborando os elementos de prova constantes dos autos, confessa a prática do ato infracional análogo ao delito de homicídio. 3. O pedido de desclassificação do delito para a sua modalidade culposa não merece guarida, porque o representado agiu com dolo eventual, conclusão que se extrai da própria dinâmica dos fatos: *ao apontar a arma para a cabeça de outra pessoa e acionar o gatilho por diversas vezes, prática denominada de roleta russa, ainda que não tenha conhecimento de que a arma está ou não municada, assume o agente a produção do resultado.* 4. A

medida de internação é passível de imposição nos casos de ato infracional praticado mediante violência a pessoa, consoante disposto no artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Apelação conhecida e desprovida. (TJ-DF - APR: 20140130066556 DF 0006637-68.2014.8.07.0013, Relator: SÍLVA LEMOS, Data de Julgamento: 19/02/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/03/2015 . Pág.: 104)

Fica claro que o relator entendeu que, ao praticar a roleta russa, o agente configura o dolo eventual, por sua assunção do risco como possível ou provável, pois, apesar de não desejar o resultado morte de ninguém, ele sabe ser perfeitamente possível e até muito provável.

Nesse último exemplo, especialmente, temos que o réu era o condutor da roleta russa. Então nesse jogo, ao invés de cada pessoa pegar a arma e atirar contra sua própria cabeça, uma só pessoa passa disparando o gatilho contra todos os participantes, um por vez.

Dessa maneira, cai por terra o argumento da doutrina de que a conduta seria enquadrada na participação em suicídio porque o falecido é quem teria executado sua morte. Aqui, o réu além de assumir o dolo eventual da 'brincadeira', executou de fato os atos específicos do tipo de homicídio ao atirar contra um terceiro, sem saber se a arma dispararia ou não.

Seguindo essa mesma lógica fatídica, temos:

TJ-SP - Apelação APL 00052844620018260586 SP 0005284-46.2001.8.26.0586

EMENTA: APELAÇÃO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. PRELIMINAR. NULIDADE DO JULGAMENTO. ELABORAÇÃO DE QUESITOS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. Ausência de quesito específico referente à tese defensiva. Indagação realizada em sentido oposto, nos termos da acusação Questão atinente a dolo eventual e culpa consciente. A resposta assertiva à ocorrência de dolo eventual inexoravelmente rejeita a ocorrência de culpa consciente Inobservância de prejuízo. Ausência de impugnação no momento oportuno, operando-se o fenômeno da preclusão. Preliminar rejeitada. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS INOCORRÊNCIA. Prova testemunhal evidenci-

ando que o réu atirou contra o ofendido quando praticava “roleta russa”, que, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte. Situação que se amolda à hipótese de dolo eventual. Veredicto que está alicerçado em elementos probatórios sólidos e coerentes. Sentença condenatória mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 00052844620018260586 SP 0005284-46.2001.8.26.0586, Relator: Amado de Faria. Data de Julgamento: 16/04/2013, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/04/2013)

E ainda:

TJ-MG – Rec. em Sentido Estrito: 10479110088958002

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LESÃO CORPORAL SIMPLES - IMPRONÚNCIA. APELAÇÃO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - ROLETA RUSSA - DOLO EVENTUAL - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – PRONÚNCIA. O agente que pratica a “brincadeira tipo roleta russa”, sabendo que a arma está municiada, pondo-se a abrir e fechar o tambor da mesma por diversas vezes, acionando o gatilho em direção à vítima, causando-lhe a morte, age com dolo eventual, pois assume o risco de produzir o resultado, sendo de se afastar a tese de homicídio culposo. (TJ-MG – Rec. em Sentido Estrito: 10479110088958002 MG. Relator: Paulo César Dias. Data de Julgamento: 14/10/2014. Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/10/2014)

Compreensíveis as decisões jurisprudenciais, pois, se pessoas resolvem jogar a roleta russa, já estão entregando suas vidas à sorte, no momento em que um dos participantes se elege para ser aquele que vai atirar contra todos, ele sabe que irá acabar matando alguém, então está assumindo o risco do resultado final.

Mas o que temos nessas decisões é que, independente do réu praticar os atos executórios ou somente participar da brincadeira, atirando contra si e assistindo os demais, ele estaria assumindo o dolo eventual sobre o possível resultado.

Sobre a existência do dolo eventual na roleta russa, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

STJ - Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial AgRg. no AREsp. 165308 DF 2012/0084458-4

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 155 E 593, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE DE INEXISTÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO ACUSADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE REEXAMINAR PROVAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, ao reexaminar o conjunto probatório dos autos, corroborou o entendimento firmado pelo Tribunal do Júri, reconhecendo que “*a tese de que o réu agiu com dolo eventual encontra sustentáculo nos elementos probatórios colacionados, sobretudo na prova oral, donde se pôde extrair que o réu assumiu o risco de produzir o resultado morte, ao participar da roleta-russa com a vítima*”. 2. Dessa forma, inferir de modo diverso, concluindo pela inexistência do dolo eventual, certamente demandaria o reexame do conjunto fático probatório, o que encontra óbice na Súmula n.º 7 desta Egrégia Corte. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg. no AREsp: 165308 DF 2012/0084458-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe. 25/08/2014)

De acordo com o relator desse agravo regimental no agravo em recurso especial que foi desprovido, em decisão do Superior Tribunal de Justiça, derrubando a tese de inexistência de dolo na conduta do acusado, o réu agiu com dolo eventual sim, por ter assumido o risco de produzir o resultado morte, ao participar de roleta russa com a vítima.

4 Considerações finais

Este trabalho teve por objetivo verificar qual seria o enquadramento penal adequado para o sobrevivente do jogo de roleta russa, bem como analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Ao término deste, é inegável que a doutrina e jurisprudência pátria são muito controversas, dando margem a julgados dos mais diversos,

provenientes de denúncias das mais variadas, exatamente por não existir ainda uma pacificação acerca de como deve ser realizada a persecução penal daquele sobrevivente no jogo da roleta russa.

O legislador não se ocupa em estabelecer critérios precisos para o enquadramento do injusto penal nesse caso, resultando, em termos práticos, naquela máxima de que “o que vale é o entendimento do juiz”, pois, independente de como for capitulada a denúncia do Ministério Público, este é que a receberá ou não.

Em relação à pesquisa e todo o exposto, pudemos perceber que a doutrina majoritária assimila que o sobrevivente à prática da roleta russa estaria incurso nas penas do crime de participação em suicídio, pois ele estaria instigando a vítima a se matar, mas esta é que realizaria os atos executórios de sua morte, não cabendo, portanto, a figura do homicídio, que exige que o agente mate uma terceira pessoa.

Contraopondo esse ponto de vista, a jurisprudência tem passado a reconhecer o dolo eventual nos casos de roleta russa, o que é óbvio quando um dos participantes é eleito para atirar contra os outros, pois ele está assumindo o risco de efetivamente matar alguém, executando o ato característico do tipo penal.

A inovação existe quando os julgados dos tribunais reconhecem o dolo eventual, condenando por homicídio, mesmo nos casos em que a vítima dispara o tiro contra si mesmo, indo a óbito, sob o argumento de que, ao aceitar participar da brincadeira, o resultado morte de alguém já era previsto, e, assim, todos os participantes o assumem eventualmente, inclusive os sobreviventes.

Assim, conclui-se então que a temática pesquisada inspira grandes e complexas discussões que devem continuar a acontecer com intuito de se alcançar uma posição pacificada, mas presente se faz a tendência, através das decisões jurisprudenciais mais recentes, de levar o valor da vida cada vez mais a sério, reprimindo com penas mais duras quem resolver lançar à sorte esse bem tão valioso.

Referências

ARAÚJO NETO, Félix. *Teoria do delito: algumas considerações sobre o causalismo e finalismo*. 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=380>>. Acesso em: 25 de mar. 2015.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Dolo eventual e culpa consciente*. In: Revista de Estudos Criminais. Rio Grande do Sul: Notadez, ano X, nº 36, p. 85-98, jan./mar. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *DATASUS – Sistema de informações de mortalidade*. Ministério da saúde. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=060701>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. *Decreto nº 2.848 de dezembro de 1940. Código penal*. Presidência da República. Casa Civil.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acidente de trânsito. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Homicídio*. Alegação De Ofensa Aos Arts. 155 E 593, Ambos Do Código De Processo Penal. Tese De Inexistência De Dolo Na Conduta Do Acusado. Incidência Da Súmula Nº 7 Desta Corte Superior De Justiça. Necessidade De Reexaminar Provas. Agravo Desprovido. STJ – AgRg. no AREsp.: 165308 DF 2012/0084458-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe. 25/08/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25249257/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-165308-df-2012-0084458-4-stj>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BUSATO, Paulo César. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. São Paulo: Lúmen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial, dos crimes*

contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral* (art. 1º ao 120). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação especial da vara da infância e da juventude*. Ato infracional análogo ao crime de homicídio simples. Desclassificação para ato infracional análogo ao crime de homicídio culposo. Impossibilidade. Roleta russa. Dolo eventual. Medida socioeducativa de internação. Adequada. Recurso improvido. TJ-DF - APE: 64258620108070013 DF 0006425-86.2010.807.0013, Relator: JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/06/2011, DJ-e. Pág. 222. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19525760/ape-64258620108070013-df-0006425-8620108070013-tjdf>>. Acesso em: 20 de abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação criminal*. Vara da infância e juventude. Ato infracional análogo ao homicídio. “roleta russa”. Autoria demonstrada. Dolo eventual. Desclassificação. Improcedência. Medida socioeducativa. Internação. Apelação. Duplo efeito. TJ-DF - APR: 20140130066556 DF 0006637-68.2014.8.07.0013, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 19/02/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/03/2015 . p.104. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/176168724/apelacao-criminal-apr-20140130066556-df-0006637-6820148070013>> . Acesso em: 20 de abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Damásio de. *Direito penal anotado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Damásio de. *Direito penal: parte especial, crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Recurso em sentido estrito: lesão corporal simples - impronúncia. Apelação - tentativa de homicídio - roleta russa - dolo eventual - competência do tribunal do júri - pronúncia*. TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10479110088958002 MG , Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 14/10/2014, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/10/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147031233/rec-em-sentido-estrito-10479110088958002-mg>>. Acesso em: 05 maio 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Preventing suicide: a global imperative*. Disponível em: <<http://www.who.int/topics/suicide/en/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Recurso em sentido estrito: homicídio - pronúncia do réu como incurso nas sanções do art. 121, caput, do código penal_ alegação de ausência de animus necandi - inexistência de prova cabal neste sentido - pedido de desclassificação para o delito de homicídio culposo - impossibilidade*

meritória - elementos" que apontam a prática de "roleta russa" , como dolo eventual pela doutrina e pela jurisprudência - aplicação do princípio *in dubio pro societate* - eventual dúvida a ser dirimida pelo tribunal do júri, juiz natural da causa. Recurso desprovido. TJ-PR - RECSENSES: 7050117 PR 0705011-7, Relator: Macedo Pacheco, Data de Julgamento: 13/01/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 559. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19427936/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-7050117-pr-0705011-7> >. Acesso em: 20 abr. 2015.

PEDROSO, Fernando de A. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APELAÇÃO TRIBUNAL DO JÚRI HOMICÍDIO SIMPLES PRELIMINAR NULIDADE DO JULGAMENTO ELABORAÇÃO DE QUESITOS OMISSÃO INOCORRÊNCIA. de quesito específico referente à tese defensiva Indagação realizada em sentido oposto, n Ausência os termos da acusação Questão atinente a dolo eventual e culpa consciente A resposta assertiva à ocorrência de dolo eventual inexoravelmente rejeita a ocorrência de culpa consciente Inobservância de prejuízo Ausência de impugnação no momento oportuno, operando-se o fenômeno da preclusão Preliminar rejeitada DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS INOCORRÊNCIA Prova testemunhal evidenciando que o réu atirou contra o ofendido quando praticava "roleta russa" Réu que, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte Situação que se amolda à hipótese de dolo eventual Verdicto que está alicerçado em elementos probatórios sólidos e coerentes Sentença condenatória mantida RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO*. TJ-SP - APL: 00052844620018260586 SP 0005284-46.2001.8.26.0586, Relator: Amado de Faria. Data de Julgamento: 16/04/2013. 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/04/2013. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114309057/apelacao-apl-52844620018260586-sp-0005284-4620018260586> >. Acesso em: 05 maio 2015.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos, uma contribuição a teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, Henrique José. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

5 PROCESSO PENAL



**7ª Sede do MPPB
Prédio na Rua Professor José Coelho, 30 - Edifício Alagamar
Centro - João Pessoa-PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)**

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NA FASE INVESTIGATÓRIA

Larissa Mateus de Sales
Bacharela em Direito pela UEPB

Resumo

Neste trabalho, analisa-se a previsão contida no artigo 156, I, do Código de Processo Penal, que trata da faculdade de produção de provas urgentes e relevantes, de ofício pelo juiz, na fase investigativa, bem como verifica a sua conformidade com o modelo processual penal adotado pela Constituição de 1988. A pesquisa realizada objetivou investigar, a princípio, quais os sistemas processuais penais existentes, diferenciando-os por meio do estudo de suas características determinantes, culminando com a indicação do modelo adotado pela Lei Maior. Em seguida, foi realizada uma interpretação do referido artigo 156 do Código de Processo Penal. Por fim, foram verificados os argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem a conformidade do citado texto de lei com a Carta Maior e aqueles que pregam a sua inconstitucionalidade e, ainda, foi feita uma breve análise de duas propostas contidas no Projeto de Lei nº 156 de 2009, que visa a alterar o Código de Processo Penal. Adotando como metodologia o método teórico-descritivo, com base na análise de material bibliográfico, normativo e julgados dos tribunais brasileiros, o estudo concluiu que o Código de Processo Penal, embora tenha sofrido várias reformas pontuais, ainda mantém dispositivos contendo resquícios do modelo inquisitivo, a exemplo da redação do artigo 156, mais precisamente do seu inciso I. Em contrapartida, da análise de alguns preceitos existentes na Constituição Cidadã de 1988, verifica-se que esta se alinhou ao modelo acusatório, motivo pelo qual se faz necessário que o magistrado realize uma interpretação do artigo em comento conforme a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Sistema processual penal. Modelo acusatório. Iniciativa probatória.

Abstract

This work analyses the article 156, I, of the Criminal Process Code, which regulates the possibility of producing urgent and relevant proofs, by judge's initiative, in the phase that happens before the

criminal trial, and also verifies its compatibility with the criminal process model adopted by the Federal Constitution of 1988. The research intended to investigate, in its beginning, what are penal process systems, showing the difference between them, by the analysis of its main characteristics, and, after, indicating which one was adopted by the Federal Constitution of 1988. Then, was made an interpretation of the article 156 of the Penal Process Code. In the end, were verified the thesis used by the authors that defend compatibility of the cited rule with the Federal Constitution of 1988 and the ones that adopt the opinion of its unconstitutionality and, yet, was made a brief analysis of two proposals contained in the Law Project 156 of 2009, that intends to modify the Penal Process Code. Adopting as methodology the theoretical descriptive method, based in the examination of bibliographic material, normative and, in a smaller proportion, some Brazilian courts decisions, the work concludes that the Penal Process Code, although has suffered many specific reforms, it still maintain rules that possesses some vestiges of the inquisitive model, for example the article 156, I, cited above. In the other hand, from the analysis of some articles of the Federal Constitution of 1988, one can verify that this Constitution followed the accusatory model, and this is the reason why is necessary that the judge proceed an interpretation of the article 156 of the Penal Process Code in a compatible manner with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Penal Process System. Accusatory model. Proof initiative.

Introdução

A Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou o artigo 156 do Código de Processo Penal para introduzir o inciso I, dispendo sobre a faculdade de produção de prova, de ofício, pelo juiz, antes de iniciada a ação penal, foi alvo de discussão pela comunidade jurídica no tocante à sua conformidade com o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 e com as garantias constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, decorrentes deste modelo.

Neste contexto, o presente trabalho visa a analisar a exata interpretação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, as consequências de sua aplicação pelo magistrado na prática forense e, ainda, verifi-

car-se a sua redação se encontra em consonância com o sistema processual penal adotado pela Carta Maior.

Para tanto, inicialmente, será feito um estudo sobre os sistemas processuais penais acusatório, inquisitivo e misto, verificando as suas características e os pontos marcantes que os diferenciam e apontando aquele adotado pela Constituição Cidadã de 1988.

A segunda parte da obra realiza uma interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, com ênfase no inciso I.

A terceira seção traz à baila um estudo da iniciativa probatória do juiz na fase que antecede a ação penal, vale dizer, durante a investigação criminal. Este estudo será realizado por meio de um cotejo dos argumentos utilizados pela corrente doutrinária que defende a conformidade do referido artigo de lei com o modelo processual penal perfilhado pela Lei Maior e por aqueles empregados pela corrente oposta, portanto, que argumenta a existência de dissonância entre estes. Conclui-se com uma breve análise de duas propostas de modificação do Código de Processo Penal de 1941, previstas no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, relacionadas com o objeto deste artigo, tendentes a abolir a controvérsia doutrinária acerca da produção probatória, de ofício, pelo juiz na fase investigativa.

1 Sistemas processuais penais

A exata compreensão do debate acerca da iniciativa probatória do juiz na fase anterior ao recebimento da inicial acusatória passa, necessariamente, pela análise dos sistemas processuais penais. Estes constituem o ponto fulcral sobre o qual repousa qualquer vertente argumentativa sobre a matéria, visto que, a depender do sistema tido como referência pelo aplicador do direito, sua perspectiva sobre o tema tenderá a seguir uma linha mais proativa ou outra mais contida. Assim, impende trazer a lume a definição, bem como as características dos sistemas penais existentes, de modo a propiciar um exame dialético e, portanto, mais crítico da questão ora proposta.

Inicialmente, é imprescindível ter em mente que, segundo lição de Paulo Rangel, o sistema processual penal pode ser definido como o conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelece as diretrizes a serem seguidas na aplicação do Direito Penal nos casos concretos,

conferindo efetividade a normas que traduzem o momento político vivenciado pelo Estado que as instituiu¹.

Ao longo da história do Direito, foi possível observar a adoção pelo Estado de posturas de extrema opressão e de amplas liberdades no trato com a criminalidade, variando conforme o contexto em que eram executados os atos da persecução penal. Assim, historicamente, é possível notar que a ampliação do poder conferido ao juiz e aos órgãos que exercem a função acusatória é diretamente proporcional ao anseio do Estado em enfrentar juridicamente crimes ou criminosos que possam aparentar ser uma forte ameaça à sociedade ou a quem está no poder. Desse modo, em situações em que se viu fortemente ameaçado por práticas criminosas, certamente o Direito Penal aplicou penas severas, e o processo foi mais rígido.

Doutrinariamente, são identificados três tipos de sistemas processuais penais, quais sejam, acusatório, inquisitivo e misto, que serão analisados a seguir.

1.1 Sistema acusatório

Originário do direito grego, o sistema acusatório é caracterizado, precipuamente, pela distinção dos responsáveis pelas funções de acusar, defender e julgar. Consoante lição do mestre Norberto Avena², este sistema é assim denominado, tendo em vista que “ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma *acusação*, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias”. Verifica-se, então, a existência de um modelo penal fundado em uma sistemática que tem como essência o ato de acusar, o qual é feito por um ente específico e provoca a atuação de outros, que exercem funções distintas, mas pautadas na narrativa articulada pelo ato acusatório.

Neste viés, considerando a existência de três funções a serem exercidas por pessoas diferentes, o sistema acusatório permite um maior equilíbrio das forças, proporcionando a aproximação do processo penal com o ideal de igualdade entre as partes.

Em consequência da dinâmica acima delineada, o referido sistema é marcado, ainda, pelas seguintes características: é rígido pelos princípi-

¹RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 64.

²AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 52.

os do contraditório, da ampla defesa (ambos previstos no art. 5º, LV, CF³) e, em regra, pelo princípio da publicidade (previsto no art. 5º, LX, CF⁴); a iniciativa probatória é reservada às partes, devendo o juiz manter-se inerte, portanto, distanciado da produção de provas; o procedimento é, em regra, oral, devendo ser dada publicidade aos seus atos, ressalvadas situações expressamente previstas em lei; impõe-se o tratamento igualitário às partes envolvidas no processo; a sentença é baseada no livre convencimento motivado do órgão julgador, inexistindo prova tarifada; a segurança jurídica da coisa julgada é respeitada; é possível impugnar as decisões, e estas podem ser submetidas ao duplo grau de jurisdição⁵.

Em razão da separação das funções de acusar, defender e julgar para sujeitos distintos, no sistema acusatório o juiz fica afastado da condição de gestor de provas por excelência, atribuição esta que será direcionada à acusação, representada pelo Ministério Público ou pela vítima, e à defesa, representada pela Defensoria Pública ou pela advocacia privada, ambas responsáveis pela produção de provas capazes de demonstrar os fatos alegados. Conseqüentemente, restará possibilitada a efetivação da imparcialidade do magistrado, o qual julgará o acusado, que não será tratado como mero objeto de investigação, mas apenas como sujeito processual, observando os princípios básicos de justiça.

1.2 Sistema inquisitivo

Surgido durante os regimes monárquicos e aperfeiçoado com o Direito Canônico, o sistema inquisitivo foi aderido por quase todas as legislações europeias entre os séculos XVI e XVIII, como forma de substituição do antigo sistema acusatório.

Esta modificação decorreu da constatação de que, enquanto a perseguição penal era confiada às partes, em razão de falhas e omissões

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

eventualmente cometidas quando da produção probatória, o combate à criminalidade não era tão eficiente como poderia ser, caso o Estado fosse o responsável pela gestão da prova.

O sistema processual inquisitivo tem como principal característica a concentração da tripla função de acusar, defender e julgar na figura do juiz, o que acaba por comprometer a sua imparcialidade, visto que o magistrado que participa da colheita de provas tende a considerar o investigado como condenado desde o início.

Demais disso, no aludido sistema, o acusado não possui garantias, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, ensejando o cometimento de abusos ao longo do processo, o qual, em regra, é sigiloso e escrito.

Em paralelo, esse sistema penal não observa a paridade de armas, preponderando os interesses da acusação em detrimento da defesa.

No que diz respeito à atividade probatória, é importante destacar que a prova é tarifada, tendo a confissão maior peso que as demais, o que provoca uma redução da margem de interpretação e livre apreciação dos fatos pelo julgador. Isso porque a força juridicamente atribuída à confissão implica um desequilíbrio na avaliação que o órgão judicante faz dos elementos informativos a que tem acesso.

Além disso, reforçando essa estrutura que preza por um modelo de persecução penal significativamente rigoroso, não há que se falar em coisa julgada no sistema inquisitorial. Há, por essa razão, uma diminuição da sensação de segurança jurídica por parte dos jurisdicionados, na medida em que eventuais absolvições podem ser revistas, dando continuidade à aflição gerada pelo processo penal à pessoa do acusado.

Destarte, o sistema em análise perdurou até o final do século XVIII, início do XIX, ocasião em que a Revolução Francesa, movida pelo anseio de redução da ingerência do Estado no âmbito individual e pelas diretrizes do Estado liberal, influenciou o processo penal, suplantando, gradativamente, o sistema inquisitivo. Eis que surge o sistema processual penal misto⁶.

1.3 Sistema misto

⁶Ibidem, p. 120.

O sistema misto, como exposto anteriormente, originou-se da Revolução Francesa, sendo o *Code d'Instruction Criminelle*, francês de 1808, o seu marco legal. O sistema em pauta, como o próprio nome indica, consubstancia uma junção de elementos típicos daqueles anteriormente descritos.

No âmbito doutrinário, essa reunião de elementos se faz nítida na definição do sistema penal misto feito por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a saber⁷:

Caracteriza-se por uma *instrução preliminar*, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase *contraditória (judicial)* em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.

A consequência prática da noção sobredita é que, no sistema em comento, a investigação preliminar fica sob a responsabilidade da polícia judiciária, a instrução é presidida pelo juiz instrutor, o julgamento é pautado nos princípios do contraditório e da ampla defesa e, por fim, existe a possibilidade de recorrer da decisão do magistrado, impugnando questões de fato e/ou de direito.

Ressalte-se, por oportuno, que, por meio desse modelo de sistema, é facultado ao magistrado produzir provas de ofício, bem como restringir a publicidade do processo em situações pontuais, embora sejam devidamente observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência do acusado.

1.4 Sistema processual penal adotado pela Constituição Brasileira de 1988

Trazendo as definições dos sistemas penais anteriormente elencados para a realidade constitucional brasileira, é imperioso relatar, inicialmente, a existência de controvérsia entre os doutrinadores acerca

⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 42.

do sistema processual penal adotado no Brasil.

A doutrina e jurisprudência predominantes são inclinadas para o modelo acusatório, já que elementos caracterizadores desse sistema estão consagrados em dispositivos constitucionais como o artigo 93, IX, que trata da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, o artigo 5º, LV, que dispõe sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório, o artigo 5º, LIV, que traz previsão acerca do devido processo legal, dentre outros⁸.

Ademais, os adeptos desta corrente justificam que a previsão constitucional (artigo 129, I) de que o Ministério Público possui como função a promoção, privativamente, da ação penal pública, evidencia a distribuição da função de acusar para órgão distinto daquele que irá julgar, característica marcante do sistema acusatório.

Por sua vez, os defensores do sistema inquisitivo alegam que, não obstante a Carta Magna prever normas relacionadas ao sistema acusatório, o direito brasileiro acolheu leis infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal de 1941, que trazem resquícios de preceitos alinhados ao sistema inquisitivo, a exemplo do artigo 242 do CPP⁹, que possibilita a determinação de busca de ofício pelo juiz.

Entretanto, para que sejam retificados os excessos inquisitivos do supracitado Código, faz-se necessário interpretar os seus artigos à luz da Constituição de 1988, de maneira a adequá-los ao sistema constitucional acusatório. Admitir a coexistência dos dois sistemas importaria em negar a validade da Constituição Federal como lei maior.

2 Artigo 156 do Código de Processo Penal

O impasse jurídico acerca da identificação do sistema penal adotado pelo Brasil gera obstáculos e desafios à persecução penal no plano fático. Um dos principais problemas reside na regra positivada no artigo 156 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo, com redação alterada pela Lei 11.690 de 09 de junho de 2008, prevê:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo,

⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 52.

⁹ Art. 242 do Código de Processo Penal - a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O aludido texto de lei era originalmente composto apenas pelo enunciado contido no atual inciso II, determinando que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Neste aspecto, o processo penal encontra-se integralmente compatível com o sistema processual acusatório adotado pela Carta Maior, porquanto o magistrado assumiria a iniciativa probatória apenas para dirimir dúvida sobre ponto relevante, já na fase processual, a fim de possibilitar a sua melhor atuação como julgador em busca da elucidação dos fatos e da consolidação do seu convencimento, baseado em provas anteriormente pleiteadas pela acusação ou defesa.

Por outro lado, o inciso I do artigo 156 provoca discussões na doutrina, no que se refere à sua (in)conformidade com a Lei Maior, ao estabelecer a possibilidade de o magistrado produzir provas antecipadamente, “mesmo antes de iniciada a ação penal”, vale dizer, durante a fase investigatória, desde que sejam consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Assim, considerando que esta faculdade de produção de prova antecipada possui natureza cautelar, segundo Norberto Avena¹⁰, devem ser preenchidos os seguintes requisitos para a sua efetivação:

- existência de investigação em andamento, desencadeada pelos órgãos competentes;
- existência de expediente ou procedimento sob análise judicial, cujo desiderato dependa da prova a ser produzida de ofício, v.g., *uma representação pela prisão preventiva ou temporária, um*

¹⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquemático*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 62.

requerimento de busca e apreensão, um pedido de sequestro de bens etc.;

- *periculum in mora*, demonstrado por meio da relevância e urgência da medida determinada pelo magistrado;
- *fumus boni iuris*, externado por meio de indícios de autoria de uma infração penal ou de prova de sua materialidade;
- excepcionalidade da atuação judicial, detectada a partir de critérios de *necessidade, adequação e proporcionalidade* da medida probatória, em conformidade com o que reza a parte final do art. 156, I, do CPP.

Tais condições devem ser preenchidas cumulativamente, sob pena do reconhecimento da ilicitude da prova produzida de ofício pelo juiz durante a fase investigatória, em decorrência da violação ao sistema acusatório.

Ademais, acerca da interpretação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal comentou o mesmo autor¹¹:

A despeito de esse dispositivo condicionar a atuação do juiz à urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, a literalidade de seus termos parece deslocar o magistrado da função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa ao modelo acusatório determinado pela Constituição Federal.

De fato, como dito na seção anterior, por meio do sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são destinadas a sujeitos distintos, sendo o magistrado responsável pelo julgamento da ação. Neste viés, o texto do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite o deslocamento desse órgão julgador à função de investigador antes mesmo de iniciada a ação penal e sem a provocação da parte interessada, comprometendo as garantias da inércia da jurisdição e da imparcialidade, bem como a aplicação do modelo processual acusatório, como se verá a seguir.

¹¹Ibidem, p. 61.

3 A iniciativa probatória do juiz na fase investigatória do processo penal

Inexiste consenso na doutrina a respeito da conformidade ou não do texto insculpido no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, o qual prevê a faculdade de produção de provas, de ofício, pelo juiz, na fase que antecede a ação penal, com o modelo acusatório perfilhado pela Constituição Federal de 1988 e as suas respectivas garantias. Assim, para melhor entender o debate ora apresentado, vale cotejar os argumentos adiante expostos.

Para o mestre Renato Brasileiro¹²,

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado.

Neste contexto, a redação trazida pela Lei 11.690/2008, introduzindo o inciso I no artigo 156 do Código Processual Penal, carrega visível resquício do modelo processual inquisitivo, marcado pela concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz inquisidor, em clara dissonância com o modelo acusatório adotado pela Constituição Cidadã de 1988.

Entendendo pela violação do referido inciso ao sistema acusatório constitucional, são apresentados os seguintes julgados:

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 585.

I. STF: competência originária: *habeas corpus* contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido¹³.

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO. - O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga - não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador. - A principiologia

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82507/ SE – Sergipe*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 10 de dezembro de 2002, Publicação: Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus%29%2882507%2E+OU+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p3gov68>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

constitucional suplantou - desde muito - estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos. - Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias. - À unanimidade negaram provimento ao apelo¹⁴.

Para os defensores da corrente majoritária, que trata da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, a atividade probatória do magistrado, de ofício, deve ocorrer apenas quando esgotadas as provas produzidas pelas partes, portanto ao longo ou ao final da instrução, tendo como função complementá-las, desde que insuficientes para formar o seu convencimento. Só assim estará resguardada a inércia e a imparcialidade do juiz, garantias fundamentais para que seja alcançado um julgamento justo.

A inércia está intimamente ligada à imparcialidade, consoante entendimento de Fernando Capez, para quem

Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), pois a experiência histórica demonstrou que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional afeta, sobremaneira, a imparcialidade do julgador, que se deixa influenciar pela iniciativa tomada¹⁵.

De acordo com a lição acima exposta, a atuação do magistrado na produção probatória deve limitar-se à fase processual, desde que esgotadas

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70006183826/RS – Rio Grande do Sul*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgamento: 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+n%C2%BA+70006183826&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 ago 2015.

¹⁵CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

as provas apresentadas pelas partes, para fins de suplementação destas. Isto se deve ao fato de que a antecipação do órgão jurisdicional aos sujeitos processuais na obtenção de provas, eventualmente, envolve-o psicologicamente à ideia motivadora daquela iniciativa, tornando questionável o alcance do julgamento imparcial da ação penal.

Para a corrente citada acima, a partir do momento em que o juiz pratica atos de ofício durante a fase investigatória, visando à obtenção de provas, possivelmente, objetivará a condenação do investigado, já que, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*, inexistindo provas contra o réu ou havendo dúvida, deve o magistrado decidir em seu favor. Desta forma, aquele que produziu provas antes mesmo da ação penal ser iniciada, transgredindo o princípio da inércia da jurisdição, estará psicologicamente contaminado para o julgamento do feito, agindo em flagrante violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos em prol da igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

Contrariamente, os adeptos da conformidade do artigo em estudo (artigo 156, I, do CPP) com a Constituição de 1988 alegam que o juiz assumiu no Direito Processual Penal atual uma função mais proativa, deixando de ser apenas observador na produção de provas e passando a ter um papel importante no sentido de estimular o contraditório e a ampla defesa em prol da concretude do princípio da verdade real¹⁶.

A estabelece que no processo penal o juiz deve realizar uma busca pela verdadeira realidade dos fatos, a fim de concretizar o *ius puniendi* com a maior eficácia possível¹⁷. Sobre o assunto, Norberto Avena¹⁸ preleciona que

embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não é correto que assuma uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes.

¹⁶ CASTRO, Anna Karina Lopes de. *A (in)constitucionalidade do art. 156, I, do CPP*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453#_ftn3> Acesso em: 07 ago. 2015.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da verdade real*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>> Acesso em: 04 ago. 2015.

¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 743.

Neste sentido, o autor suprarreferido argumenta que decorre do princípio da verdade real o dever, que compete ao julgador, de impulsionar o processo quando constatada a inércia das partes e, também, de determinar, de ofício, a produção de provas necessárias à instrução processual, objetivando, ao máximo, alcançar a verdade dos fatos objetos da ação penal¹⁹.

Não obstante a razoabilidade da tese defendida por Avena, efetuada a ponderação entre os princípios que sustentam as correntes anteriormente explicitadas, devem prevalecer os da primeira, não apenas em razão da delimitação constitucional das funções de cada órgão, mas também pelo fato de que a doutrina moderna²⁰ entende que a verdade real é um dogma inalcançável, e o processo constrói uma verdade pautada nas limitações dos protagonistas processuais, sendo mais relevante e eficiente, para o processo penal, respeitar a paridade de armas, a imparcialidade do juiz e as garantias constitucionais.

Da análise de ambos os posicionamentos, verifica-se, ainda, a premente necessidade da assunção, pelo magistrado, de uma postura mais comprometida com o alcance da justiça no caso concreto, notadamente no que concerne ao respeito aos direitos e garantias constitucionais das partes no curso do processo, restando superada a aplicação pura e simples da lei processual penal despida de qualquer diálogo com os princípios insculpidos na Carta Maior.

Vale registrar, por oportuno, que o Projeto de lei do Senado nº 156 de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, para fins da reforma do Código de Processo Penal de 1941, reconhecendo que este se encontra obsoleto em alguns aspectos, não encontrando mais guarida na Constituição Federal de 1988, propõe, dentre outras alterações, a vedação da iniciativa do juiz na fase da investigação, bem como da substituição da atuação probatória do órgão de acusação²¹. Além disso, o artigo 4º do referido

¹⁹ *Ibidem*, p. 751.

²⁰ A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade "certa", "objetiva" ou "absoluta" representa sempre a "expressão de um ideal" inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.42.

²¹ Art. 4º do Projeto de lei nº 156 de 2009 - O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

projeto estabelece que o processo penal terá estrutura acusatória, pondo fim às discussões estabelecidas acerca do tema.

Outrossim, este projeto inova, ao prever a figura jurídica do “Juiz das Garantias”²², o qual será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção dos direitos individuais dos investigados, atuando apenas na fase pré-processual. Sendo assim, se esse magistrado praticar ato de investigação criminal, estará “impedido de funcionar no processo”, conforme disposto no artigo 16 do aludido projeto.

Este novo instituto possui evidente finalidade de assegurar a efetiva observância das garantias processuais do acusado e a imparcialidade do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, uma vez que não terá acesso às provas utilizadas para embasar a inicial acusatória, intentando-se atingir um Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

4 Considerações finais

Dos estudos procedidos para confecção deste trabalho, vê-se que, embora algumas leis infraconstitucionais, a exemplo do Código de Processo Penal, ainda carreguem resquícios do malfadado sistema processual inquisitivo, que possui como característica marcante a concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz, a Constituição Federal de 1988 filiou-se ao modelo acusatório. Tal conclusão se baseia na previsão insculpida no artigo 129, inciso I, da CF, que atribui ao Ministério Público o papel de promover, privativamente, a ação penal pública, de forma a definir a função de acusação a órgão diferente do responsável pelo julgamento da ação, portanto, principal traço do sistema acusatório. E, ainda, em razão de os elementos particulares a esse modelo terem sido legitimados em dispositivos constitucionais como o artigo 5º, LV, que dispõe sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório, o artigo 5º, LIV, que traz previsão acerca do devido processo legal, dentre outros.

²²Art. 15 do Projeto de lei nº 156 de 2009 - O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente (...).

De fato, o Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado na legislação processual penal italiana da década de 1930, de origem fascista, razão pela qual, hodiernamente, ainda que sofridas diversas reformas pontuais, é possível encontrar vestígios do modelo inquisitivo, como a redação do artigo 156, mais precisamente do seu inciso I, que dispõe sobre a possibilidade de produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, *ex officio*, pelo magistrado na fase que antecede a ação penal.

Entretanto, é de vital importância que o julgador comprometido com a sua missão de fazer justiça no caso concreto, externada pela aplicação dos princípios da inércia da jurisdição, da imparcialidade e de tantas outras garantias constitucionais aos acusados, dedique ao aludido dispositivo legal uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de apenas atuar na fase pré-processual, quando provocado pelo titular da ação penal e em situações excepcionais, para assegurar a produção de uma prova relevante em vias de periclitamento. Ou ainda, cabe ao magistrado a adoção de uma posição mais rigorosa, manifestada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, culminando com a nulidade da prova ilícita e o seu consequente desentranhamento dos autos.

Por fim, importante destacar a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de lei do Senado nº 156 de 2009 que trata da reforma do Código de Processo Penal, objetivando modificar alguns artigos considerados ultrapassados frente à Constituição de 1988. Por meio do citado projeto, são propostas alterações legais, como a vedação da iniciativa do juiz na fase da investigação, a sua respectiva proibição de substituir-se à atuação probatória do órgão de acusação e, ainda, a previsão expressa da estrutura do processo penal como sendo acusatória, corroborando a tese de que o Processo Penal Brasileiro segue o modelo acusatório e extirpando os debates doutrinários sobre essa temática.

5 Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código de processo penal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82507/ SE – Sergipe*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 10 de dezembro de 2002. Publicação: Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus%29%2882507%2E+OU+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p3gov68>>. Acesso em: 10 ago.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70006183826/ RS – Rio Grande do Sul*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgamento: 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+n%C2%BA+70006183826&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=e>

mentario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.
Acesso em: 10 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Anna Karina Lopes de. *A (in)constitucionalidade do art. 156, I, do CPP*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453#_ftn3>. Acesso em: 07 ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da verdade real*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva. 11. ed., 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

MISTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO PROMOTOR E SEU ANTAGONISMO COM O POSTULADO DO PROMOTOR NATURAL

Dayanna de Sousa Catão

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Resumo

Este artigo tem por escopo propiciar uma abordagem genérica acerca do princípio da identidade física do promotor no processo, evidenciando sua dessemelhança com o postulado do promotor natural e demonstrar argumentos que denotem a inviabilidade de sua criação. O trabalho comenta a respeito do postulado da identidade física do promotor, fazendo uma analogia com o princípio da identidade física do juiz no processo penal, desvenda o que seria mistificação e faz um contraponto com o postulado do promotor natural, diferenciando-os.

Palavras-chave: Princípios. Promotor. Identidade física.

Abstract

The objective of this article is to provide a generic approach about the principle of the prosecutor physical identity in the case, showing its dissimilarity with the postulate of the natural prosecutor and arguments demonstrate that denote the impossibility of this creation. The article comments about the prosecutor physical identity, doing an analogy with the principle of physical identity of the judge in criminal proceedings, unveils what would mystification and make a counterpoint to principle of the natural prosecutor and, differentiating them.

Key words: Principles. Prosecutor. Physical identity.

1 Introdução

O princípio do promotor natural traduz a ideia de devido processo legal, isto é, de que o procedimento e o processo se deem conforme os ditames legais, com a atuação do membro do *Parquet* de forma escorreita, assegurando lisura e democracia na lide, sem intervenção ilegal do Procurador-Geral.

Como se verá, o postulado da identidade física do promotor ao processo, caso fosse criado, asseguraria que o representante do Ministério Público participante da instrução probatória fosse o mesmo que elaborasse as alegações finais e tomasse ciência da sentença, com a possibilidade de manejar algum recurso cabível.

2 Identidade física do promotor ao processo

2.1 Identidade física do juiz no processo penal

A Lei nº 11.719/08 modificou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles, o art. 399, § 2º do referido diploma legal, instituindo o princípio da identidade física do juiz, que diz o seguinte: “§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”¹.

Damásio de Jesus observa que, com tal previsão, a legislação processual penal reafirma a existência do contraditório e da ampla defesa, direcionando o magistrado que presenciou a colheita de provas à prolação do julgamento².

Ademais, a importância desse postulado, diz Tourinho Filho, é o juiz estar frente a frente com o acusado, compreendendo-o, analisando sua personalidade, postura diante das perguntas e o modo como narra os fatos³. Quem confere uma abordagem crítica a tal princípio é Paulo Rangel. Ele fala em um princípio da identidade física “eterna” do juiz, questionando se o juiz promovido, removido ou aposentado é obrigado a prolatar sentença só porque presidiu a instrução⁴. O referido doutrinador aproveita e corrige o texto legal, transpondo “presidiu” para sua forma infinitiva. Além do mais, Rangel exemplifica sua visão criteriosa:

¹BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015.

²JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 4v.

⁴RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

Adotando-se o princípio da identidade física do juiz, qual o magistrado que dará sentença quando houver o (inevitável e possível) fracionamento da AIJ? Por exemplo: o juiz titular ouviu seis testemunhas de acusação e, como duas faltaram, ele remarcou a continuidade da AIJ para outra data. Nesta data, outro juiz, substituindo as férias do titular, ouviu as duas testemunhas faltantes do MP e todas da defesa, além de interrogar o réu. Pergunta-se: qual o juiz que se vinculou para dar a sentença? Pensamos que o juiz vinculado é aquele que concluiu a instrução com a oitiva das testemunhas e do réu, evitando, assim, a confusão que se estabeleceu quando do Código de Processo Civil de 1939, como já explicamos⁵.

Das palavras de Rangel, nota-se que o postulado em evidência deve ser excepcionado em algumas ocasiões. Por isso, utiliza-se o art. 132 do Código de Processo Civil para suprir a lacuna legislativa.

Nesse passo, Eugênio Pacelli enumera três justificativas para essa aplicação subsidiária, com as quais esta monografia concorda: o CPP permite, em seu art. 3º, a utilização de legislação de espécie processual diversa; existirão casos nos quais será necessária, em prol da celeridade processual, uma regra de substituição qualquer; e, por fim, as regras de substituição do CPC têm por escopo resguardar o regular andamento processual⁶.

O princípio da identidade física do juiz ao processo garante que o magistrado que vivenciou a produção probatória seja aquele que profira a decisão, revelando-se importante no campo probatório e decisório, muito embora, na prática, seja inviável sua aplicação devido às hipóteses de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria.

2.1.1 Comentários a julgados

É do conhecimento geral que a jurisprudência, hodiernamente, serve de parâmetro para a compreensão e aplicação da legislação em vigor, além de uniformizar entendimentos, conferindo igualdade nas decisões judiciais.

⁵Ibid., p. 540.

⁶OLIVEIRA, op. cit.

E é por isso que esta monografia resolveu fazer um apurado dos julgamentos mais recentes proferidos pelo STF e STJ, concedendo uma visão panorâmica e atual do princípio da identidade física do juiz nas Cortes Superiores.

Ao pesquisar “identidade e física e juiz” no sítio do STF, aparecem como resultado mais de cem acórdãos. E, dentre eles, será analisado o julgado de relatoria da Min. Cármen Lúcia, datado de novembro/2011. É o aresto:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente, realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Milita e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado. *Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização.* 3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal*

Federal segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada. (STF. HC 107769, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 25-11-2011 PUBLIC 28-11-2011⁷) [Grifo nosso]

Pela leitura do voto da Ministra relatora, Cármen Lúcia, no que concerne especificamente ao postulado da identidade física do juiz, há referência ao *Habeas Corpus* nº 104.075, julgado antes do advento da Lei nº 11.719/2008, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou em seu voto que o princípio em evidência é aplicado com temperamentos, e que só é reconhecido quando há um grande descompasso entre o que foi colhido na instrução e o que fora decidido⁸.

Os demais Ministros, Luiz Fux e Dias Toffoli, acompanharam o voto da relatora, denegando a ordem de *habeas corpus*.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da identidade física do juiz, em sede de STF, é relativizado, é aplicado com moderação, isto é, ele não vinga, na maioria dos deslindes jurídicos.

No âmbito do STJ, também existe julgado digno de apreciação:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nada há que ser alterado na pena-base fixada acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade, sendo correto, nessa esteira, o regime mais gravoso de cumprimento de pena.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da 1ª Turma no Habeas Corpus 107769/PR*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 de outubro de 2011. Publicado no DJe em 28/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1590889>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

⁸Ibid. p. 14 et. seq.

2. Conforme já decidiu esta Corte que “*não obstante o princípio da identidade física do Juiz (...) determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado*” (AgRg no Ag 1299889/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.10.12).

3. *Inexiste violação ao princípio da identidade física do juiz calcada na alegação de que a instrução teria sido presidida por um magistrado e a sentença proferida por magistrado diverso, quando há falta de comprovação, nos autos, das razões que levaram a substituição do julgador por ocasião da sentença, vale dizer, quando não é possível saber a razão ou o motivo que levou um juiz a promover a instrução criminal e a outro proferir sentença.*

4. *Cabe ao impetrante demonstrar que a hipótese não se inseria em nenhuma das mencionadas exceções ao princípio da identidade física do juiz.*

5. Eventual inconformismo com a decisão que inadmite recurso especial deve ser objeto do recurso próprio.

6. Ordem denegada.

(STJ. HC 204.483/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012⁹)
[Grifo nosso]

No itinerário do que fora decidido no STF, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em seu mais recente julgado, entendeu que, no caso supra, incorreu violação ao princípio da identidade física do juiz, porquanto não havia nos autos elementos indicadores da substituição do julgador que instruiu o feito pelo que sentenciou.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da 6ª Turma julgado no *Habeas Corpus* 204.483/ES. Relator: Ministro Og. Fernandes. Brasília, 06 de dezembro de 2012. Publicado no DJe em 19/12/12. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1201818&sReg=201100886007&sData=20121219&formato=PDF>. Acesso em: 11 ago. 2015.

O aresto acima também informa que é ônus do impetrante a comprovação de que o caso em tela configuraria hipótese não elencada no art. 132, CPC, dispositivo de lei aplicado analogicamente para suprir a falta de norma regulamentadora específica.

Desta feita, em consonância com o que já se decidiu no STJ, não sendo hipótese de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, poderá acontecer, a depender do caso concreto, afronta ao postulado da identidade física do juiz, cabendo ao ofendido a alegação e demonstração da ocorrência.

Em suma, pode-se afirmar que tanto o STF quanto o STJ costumam relativizar o princípio da identidade física do juiz, em razão das exceções previstas no artigo 132, do Código de Processo Civil.

2.2 Mistificação do postulado da identidade física do promotor

Mistificação. Mistificar significa, segundo o dicionário Aurélio, “abusar da credulidade de enganar, iludir, burlar, lograr, embair, embaçar”¹⁰. De fato, a criação do postulado da identidade física do promotor seria uma burla, uma ilusão, diante do ordenamento jurídico pátrio.

Explana-se.

O §1º do art. 127 da CF/88 menciona os princípios institucionais do Ministério Público, quais sejam, unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Como já foi visto anteriormente, pelo princípio da unidade entende-se que os membros da Instituição Republicana compõem um só órgão, uno e indivisível (a divisão que há é apenas funcional), submetidos à direção do Procurador-Geral. Já a indivisibilidade é uma derivação da unidade, correspondente à impossibilidade de a Instituição ser dividida internamente e, assim, no processo pode haver a substituição de um membro ministerial por outro, observado o disposto em lei, sem que acarrete qualquer prejuízo, modificação ou interrupção no seu andamento, porquanto quem atua é o Órgão.

Em outros termos, o Ministério Público equipara-se ao corpo humano como um todo. Veja-se: se a mão de Fulano pega uma maçã, quem atua? Fulano. Se o pé de Beltrano chuta uma bola, quem atua? Beltrano. Transporte-

¹⁰DICIONÁRIO Aurélio eletrônico do século XXI. *Significado de mistificar*. Acesso em: 5 ago. 2015.

se agora este exemplo pueril para termos jurídicos. Se o promotor “A” denuncia, quem atua? O Ministério Público. Caso o promotor “B” elabore as alegações finais, quem atua? O Ministério Público.

Ora! A Instituição Ministério Público, justamente por ser uma e indivisível, não concebe a existência do postulado da identidade física do promotor. Não se pode alegar a nulidade de determinada lide tão somente porque houve a atuação de diversos representantes do *Parquet*, como se afirma, em que pese a fragilidade e controvérsia, quanto ao postulado da identidade física do juiz.

Ainda é forçoso mencionar que, assim como não vingou o postulado da identidade física do juiz ao processo (criado pela Lei 11.719/08, que conferiu nova redação ao art. 399, §2º, do Código de Processo Penal), também seria inexecutível o estabelecimento do princípio da identidade física do promotor no processo penal.

Martela-se, portanto, a ideia de não transferir elementos do Poder Judiciário para o Ministério Público, instituições antagônicas e com peculiaridades diversas.

2.3 Promotor natural: breves anotações

Há décadas, o princípio do promotor natural é discutido em sede de doutrina e de Tribunais. Segundo os escritos de Lauro Francisco da Silva Freitas Junior, na sua tese de mestrado pela Universidade da Amazônia, tal postulado surgiu nos anos 70, época na qual o Brasil respirava o regime ditatorial¹¹.

Não se pode conferir apenas a uma pessoa o raciocínio da proposição do promotor natural. Os argumentos trazidos na dissertação de mestrado acima referida apontam como precursores membros e ex-membros do *Parquet*, podendo-se, neste particular, citar-se Hugo Nigro Mazzilli (ainda em atuação), Jaques de Camargo Penteado e Sérgio Demoro Hamilton, todos do MP de São Paulo, e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, agente ministerial do Rio de Janeiro.

Partiu-se do pressuposto de que “ao Ministério Público deveria ser

¹¹ FREITAS JUNIOR, Lauro Francisco da Silva. *Pós-modernidade, globalização e os novos paradigmas de atuação do Ministério*: o princípio do promotor natural. Disponível em: <<http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoDireito/dissertacoes/PDF/2009/DISSERTACAO-LAURO.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

dado o mesmo tratamento dispensado ao Poder Judiciário, no tocante ao Princípio do Juiz Natural”¹².

Quanto à precedência, Mazzilli é claro nas suas palavras:

*O promotor natural é uma conquista institucional, da qual me considero precursor e pela qual muito lutei, e corresponde à existência de um promotor com atribuições previamente definidas na lei, e não escolhido caso a caso pelo Procurador-Geral. Isso também foi fruto da interpretação sistêmica da Constituição de 1988. No Ministério Público em que eu entrei, esse princípio não existia... Naquela época, o Procurador-Geral poderia designar o membro do Ministério Público que ele quisesse e cessar suas atribuições quando quisesse, em qualquer processo. Isso também mudou radicalmente*¹³. [Grifo nosso]

Realmente, o princípio do promotor natural desenvolveu-se de acordo com a evolução do sistema jurídico brasileiro.

Nos tempos de outrora, insignificante o que representava a figura do juiz e do promotor de justiça. O MP era regido pela Constituição de 1969, que incluía o *Parquet* no Poder Executivo.

A época, os agentes ministeriais não podiam ser dispensados, exceto por sentença judicial ou processo administrativo assegurando-lhes a amplitude de defesa, nem removidos, salvo mediante representação do Procurador-geral, com fulcro em conveniência do serviço.

Mas, na prática, o que ocorria era a prevalência da justiça privada, arbitrada pelos governantes e movida por propósitos políticos. Inexistiam direitos e garantias fundamentais. O Ministério Público não possuía instrumentos para fazer valer a democracia, até porque ela inexistia.

Juízes e promotores eram removidos das suas funções a critério dos poderosos, por conveniência destes, e não do serviço, como estipulava a Lei.

Foi nesse interstício que surgiu o princípio do promotor natural, com a finalidade de mitigar o poder de designação do Procurador-geral,

¹²Loc cit.

¹³MAZZILLI, Hugo Nigro. *Palestra proferida em 15 de abril de 2002*, no curso de adaptação do 82º Concurso de Ingresso à Carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo, p.15. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/historiampsp.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

abolindo o promotor de encomenda. De início, fez a analogia com o postulado do juiz natural. Com o perpassar do tempo, buscaram-se fundamentos até mais plausíveis, com a licença de quem discorda.

Assim, a doutrina aquilatou os seguintes pressupostos do princípio do promotor natural: a investidura no cargo de membro do Ministério Público, mediante concurso público; existência de órgão de execução; lotação por titularidade e inamovibilidade do agente do *Parquet* no órgão executório, como regra, admitidas, porém, por exceção, as hipóteses legais de substituição e remoção; definição em lei das funções do órgão.

2.4 Promotor natural x identidade física do promotor no processo penal

Como ficou consignado, princípio do promotor natural é a garantia constitucional de interesse do cidadão e do agente público, embora primordialmente da sociedade, da qual esta pode dispor a qualquer momento, a fim de que o procedimento e o processo se deem conforme os ditames legais, com a atuação do membro do *Parquet* de forma escoreita, assegurando lisura e democracia na lide, sem intervenção ilegal do Procurador-Geral.

Em contrapartida, o postulado da identidade física do promotor ao processo asseguraria que o representante do Ministério Público participante da instrução probatória fosse o mesmo que elaborasse as alegações finais e tomasse ciência da sentença, com a possibilidade de manejar algum recurso cabível.

Sob análise superficial, seria até imaginável confundir os dois princípios por assemelharem-se. Conquanto, realizado um estudo apurado, isto é, compreendendo cada um, a confusão finda. Mas por que tantos holofotes nesses dois princípios, ou melhor, para que distingui-los?

É necessário esclarecer, sim, que promotor natural e identidade física do promotor são institutos díspares e, por isso, inconfundíveis. Um é real, outro é ilusão. O primeiro é possível, o segundo, inviável (se fosse criado seria *contra legem*), muito embora, mesmo que, de forma utópica, sua inserção e efetivação contribuiriam demasiadamente para deslindes processuais mais justos.

Promotor natural é garantia constitucional de o indivíduo ser investigado ou processado pelo Ministério Público competente, excluindo o promotor de exceção.

Cogite-se acusado em um inquérito policial pelo cometimento de algum crime que não cometeu e vê-se denunciado por um promotor que se tornou um desafeto seu e, exatamente devido a isso, foi designado pelo Procurador-geral para continuar participando da instrução, a fim de prejudicá-lo. Impensável! Afronta as garantias constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal. É para isso que o postulado do promotor natural funciona, em termos práticos; destina-se a inibir práticas abusivas intentadas pelo superior hierárquico, porque quem atua é a instituição. Por outro giro, conceba-se a ideia de ser investigado e processado por um mesmo promotor. Idealize-se que aquele representante do *Parquet* acompanhará todas as suas declarações, desde a esfera policial. Ele terá conhecimento de como o delito ocorreu, quem foi a autoridade policial que procedeu às investigações, quais são as provas produzidas, quem são as testemunhas realmente imprescindíveis para a elucidação dos fatos, enfim, terá intimidade com o processo.

Indo de encontro ao parágrafo anterior, suponha-se ser investigado pelo promotor “A”, denunciado pelo promotor “B”, interrogado pelo promotor “C”, e tendo sua condenação requerida pelo promotor “D”. Ora, que mal há nisso se tudo é reduzido a termo?

O defeito encontra-se no fato de que você é inocente e foi condenado. O caso já desandou quando foi oferecida denúncia. O promotor que denunciou não observou as circunstâncias que envolviam o delito, porque apenas quem sabia era o representante do *Parquet* que participou das investigações. O vício está na diversidade de mentes, na quebra do nexa e do contexto, na falibilidade humana: um detalhe não percebido, um pedido condenatório imerecido.

Esse seria o ponto positivo se houvesse o princípio da identidade física do promotor no processo penal. Todavia, inimaginável na legislação brasileira atual. A criação de tal postulado seria *contra legem*, vez que confrontaria a unidade e a indivisibilidade, princípios da Instituição Ministério Público, assegurados na CF/88, e que servem de fundamento para o princípio do promotor natural. E aí está a peculiaridade.

O postulado do promotor natural já existe, mas nem todos o reconhecem. Por ele, quem atua é o Órgão Ministério Público. O exemplo apresentado, em que o crime supostamente cometido pelo indivíduo é apreciado em cada fase por um promotor de justiça diferente, é a realidade no país, com uma ressalva: injustiças não são cometidas, acredita-se, frequentemente.

Isso porque seria incapaz de transitar no ordenamento jurídico vigente o princípio da identidade física do promotor, tendo em vista as hipóteses de remoção, aposentadoria e promoção.

De que jeito o promotor “A” denunciaria o acusado se ele concorreu à promoção e foi atuar em outra Promotoria? Ele voltaria à Promotoria de origem apenas para denunciar determinado investigado? E os outros inquéritos e processos nos quais atuou? E os inquéritos e processos em que ele está interferindo na atual Promotoria, eles ficariam suspensos sem que haja previsão legal para tal?

Esses questionamentos foram feitos para impugnar a existência do postulado da identidade física do promotor. Significa que, além de contrariar os princípios constitucionais e institucionais da unidade e da indivisibilidade, entra em descompasso com os casos de remoção, aposentadoria e promoção.

Destarte, pelo ordenamento jurídico pátrio, se aquele acusado for investigado pelo promotor “A” e processado pelo promotor “B”, não haverá violação ao princípio do promotor natural, posto que é o Órgão Ministério Público que atua. O que, utopicamente, poderia acontecer seria o desrespeito ao postulado da identidade física do promotor, caso existisse; como não há, transgressão nenhuma há que se falar.

3 Conclusão

Do exposto, foi pujante mencionar que, assim como não vingou o postulado da identidade física do juiz ao processo, também seria inexequível o estabelecimento do princípio da identidade física do promotor no processo penal, por ir de encontro aos princípios constitucionais e institucionais da unidade e indivisibilidade. Esculpiu-se a ideia de não transferir elementos do Poder Judiciário para o Ministério Público, instituições antagônicas e com peculiaridades diversas.

Referências

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Princípio do promotor natural: reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Pillares, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2012.

_____. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da 1ª Turma no Habeas Corpus 107769/PR*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 de outubro de 2011. Publicado no DJe em 28/11/2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1590889>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão da 6ª Turma julgada no Habeas Corpus 204.483/ES*. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 06 de dezembro de 2012. Publicado no DJe em 19/12/12. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sSeq=1201818&sReg=201100886007&sData=20121219&formato=PDF>> Acesso em: 11 ago. 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DICIONÁRIO Aurélio eletrônico do século XXI. *Significado de mistificar*. Acesso em: 5 ago. 2015.

FREITAS JUNIOR, Lauro Francisco da Silva. *Pós-modernidade, globalização e os novos paradigmas de atuação do Ministério: o princípio do promotor natural*. Disponível em: < <http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoDireito/dissertacoes/PDF/2009/DISSERTACAO-LAURO.pdf>> Acesso em: 27 set. 2015.

GONÇALVES, Edilson Santana. *Instituição do Ministério Público: para concursos*. 2 ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Palestra proferida em 15 de abril de 2002*, no curso de Adaptação do 82º Concurso de Ingresso à Carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo. p.15. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/historiampsp.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 4v.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

ATUAL SEDE DO MPPB



8ª Sede do MPPB
Edifício na Rua Rodrigues de Aquino, s/n
Centro - João Pessoa - PB
(Arquivo do Memorial do MPPB)



Ministério Público do Estado da Paraíba



STO DE 1891