

PARTE II

DOCTRINA

OS ESTRANGEIROS E O DIREITO PENAL NA EUROPA

João António Silveira Palma Ramos

Procurador da República do Ministério Público Português, desempenhando funções no Tribunal Judicial de Setúbal (Portugal). O presente trabalho foi elaborado no âmbito da disciplina de Direito Público Comparado, no curso de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (ano de 2008-2009), que o autor frequenta. O trabalho foi concluído em Novembro de 2009.

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1. Aspectos gerais. Questões dogmáticas em torno do direito penal dos estrangeiros. 1.2. A relevância dos aspectos relativos à integração dos estrangeiros. 1.3. Situação internacional e intervenção do direito penal em matéria de estrangeiros. 1.4. Importância dos princípios constitucionais no tratamento penal dos estrangeiros. 2. Conceito de estrangeiro. 3. Instrumentos legislativos em matéria penal. 3.1. Instrumentos jurídicos no âmbito da União Europeia. 3.2. Instrumentos na ordem jurídica portuguesa. 4. Os estrangeiros e o Direito Penal. 4.1. A criminalidade e os estrangeiros. 4.2. A expulsão dos estrangeiros. 4.2.1. Fundamentos. 4.2.2. A pena acessória de expulsão. 4.2.3. Problemas da expulsão na lei portuguesa. 4.2.4. A expulsão estabelecida relativamente a certos crimes. 4.3. A execução das penas privativas da liberdade e o tratamento penitenciário dos estrangeiros. 5. Estrangeiros como vítimas de crimes. 5.1. Fenómenos a considerar e enquadramento legislativo. 5.2. Referência aos crimes específicos em matéria de estrangeiros. 6. Análise da jurisprudência. 6.1. Intercâmbio de jurisprudências. 6.2. Jurisprudência nacional. 6.3. Jurisprudência dos tribunais europeus. 7. Conclusões.

1. Introdução

1.1. Aspectos gerais. Questões dogmáticas em torno do direito penal dos estrangeiros

Uma das questões fundamentais que se colocam no tempo presente é a maneira como as várias ordens jurídicas nacionais e a U.E. (União Europeia) encaram a entrada e a permanência dos estrangeiros nos respectivos territórios¹. Aquilo que está em causa não é apenas a maneira como os Estados têm reagido aos fluxos de estrangeiros que

entram nos respectivos países, mas fundamentalmente a forma como surgiu a necessidade de se criarem os instrumentos jurídicos adequados ao tratamento desta realidade, em especial, nos seguintes aspectos: criminal, administrativo, social, laboral e religioso²

Este trabalho visa apenas tratar os *aspectos penais* mais relevantes que envolvem os cidadãos estrangeiros, sendo um amplo campo de questões de natureza jurídica, as quais não têm merecido um tratamento dogmático sistemático por parte da doutrina. Trata-se de procurar sistematizar as grandes questões relativas à forma como a intervenção do direito penal se tem desenvolvido em matéria de estrangeiros de modo a que se possam estruturar as bases dogmáticas de um verdadeiro direito penal dos estrangeiros.

O enquadramento desta realidade parte da existência de fluxos migratórios em especial a partir do Norte de África, o que levou que os Estados da U.E. instituíssem mecanismos legais com uma certa feição securitária, que poderão colocar os direitos dessas pessoas num segundo plano³⁻⁴. Os aspectos securitários estão em debate em vários países da Europa, alguns dos quais encaram o problema com o reforço das medidas penais, que vão até ao ponto de criminalizar a entrada ilegal nos respectivos territórios⁵⁻⁶⁻⁷.

O desenvolvimento destes fluxos migratórios permitiu suscitar dois tipos de problemas fundamentais, a saber: - a questão do controle das fronteiras; e – a questão da integração dos cidadãos que entram⁸. A imigração é vista como envolvendo uma ameaça para a segurança dos países que adaptaram os instrumentos jurídicos de natureza penal para enfrentar a situação de ilegalidade, através de medidas restritivas dos direitos e com a elaboração de novos bens jurídicos que permitam fundamentar a tutela penal nesta matéria. A forma como se realiza o controle da entrada das pessoas através de medidas rigorosas nas fronteiras, numa política de afastamento dos estrangeiros que afluem é um dos fenómenos relevantes na política adoptada pelos Estados. Após a entrada destes cidadãos, a problemática da sua integração resulta de duas constatações fundamentais: a) por um lado, existência de diferenças culturais com os naturais do país de acolhimento; b) por outro lado, a existência do não reconhecimento pleno dos direitos fundamentais.

Em face desta situação, deve considerar-se que as estratégias para enfrentar a presença dos estrangeiros nos países da Europa radicam na maneira como se pode realizar a sua integração social, a forma como a sua integração familiar ocorre e a forma como se permite o reconhecimento de certos direitos sociais. A adopção de determinadas políticas por cada Estado no que tange à forma como se enfrenta este problema, pode derivar da falta de consenso existente, pelo menos, entre os países da U.E. e em particular no âmbito do direito penal.

A outro nível coloca-se a forma como os Estados gerem os problemas dos estrangeiros que começaram a residir nos seus países, o que suscita uma multiplicidade de outros problemas: a existência de “quotas” para a entrada e permanência de estrangeiros; a problemática do apoio aos ilegais; as políticas adequadas de reinserção; e o prolongamento da permanência por razões humanitárias e/ou familiares⁹. Os estrangeiros ilegais, aqueles que não tenham hipóteses de “legalização”, encontrar-se-ão sempre numa posição de “dependência” da “boa vontade” do respectivo Estado, pois incumbirá sempre aos poderes instituídos a criação das condições legais necessárias à sua verdadeira integração.

A imigração envolve fenómenos económicos que poderão ter relevância na política criminal¹⁰, na perspectiva de uma maior ou menor tolerância, bem como com regras mais ou menos exigentes de entrada e permanência. Estes aspectos económicos relacionam-se com a falta de mão-de-obra “não especializada” em alguns sectores de actividade, com os custos desta, com o decréscimo das taxas de natalidade de certos países e com o tipo de relações que determinados países mantém com as anteriores colónias. Mas, para além disto, o facto de existirem os chamados “imigrantes” temporários que visam apenas a obtenção de ganhos para enviarem à sua família, a qual ficou a residir no país de origem, o que facilita a sua integração no mercado de trabalho na medida em que estes desenvolvem actividades indiferenciadas bem toleradas no mercado de trabalho. Ou seja, as necessidades do mercado de trabalho e os factores económicos que daí resultam são aspectos fundamentais para a existência de uma certa tolerância na entrada dos estrangeiros. Porém, em períodos de crise de emprego o afluxo dos estrangeiros é visto com reservas, resistências e gerando movimentos contrários à sua entrada.

Assim sendo, os fluxos migratórios têm na base razões económicas evidentes, quer do lado dos cidadãos estrangeiros que pretendem aceder a países com melhores condições económicas, quer do lado daqueles que se aproveitam destes fluxos para alcançar proventos económicos com recurso a mão-de-obra mais barata.

A situação económica dos cidadãos estrangeiros gera fenómenos criminológicos importantes em virtude das necessárias dificuldades económicas em que se encontram, resultantes dos esquemas de trabalho “clandestino”, das dificuldades no acesso aos meios de comunicação e ao ensino, bem como das dificuldades de aprendizagem resultantes do desconhecimento da língua. A sua precária situação económica propicia a integração nos meios criminosos dos países de acolhimento, gerando fenómenos potenciadores de criminalidade organizada¹¹, os quais ocorrem a montante e a jusante dos actos concretos com relevo penal.

No entanto, adianta-se que a política criminal a adoptar deve ter presentes os princípios fundamentais em matéria criminal, como o princípio da intervenção mínima do direito penal, da tutela de bens jurídicos fundamentais e da proporcionalidade. Estes princípios resultam do fundamento constitucional da tutela dos bens jurídicos, conforme é hoje aceite pela doutrina¹²

Estas questões de natureza penal relacionam-se também com o debate em torno da consagração do direito à imigração e da amplitude deste, tendo por fundamento o que está estabelecido no art. 13º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU¹³. A existir este direito colocar-se-á o problema sobre se o Estado de destino está obrigado a aceitar a residência do cidadão de terceiro Estado, tendo em vista os objectivos prosseguidos por este relativamente ao bem-estar dos seus cidadãos, que poderão a estar em causa com a afluência massiva de cidadãos estrangeiros.

Uma abordagem profunda deste assunto em termos penais implica a análise de vários instrumentos legislativos existentes em matéria penal (nacionais e internacionais) e da forma como estes têm sido aplicados pelos vários tribunais, nas jurisdições internacionais e nacionais que relevam para uma visão integrada dos problemas. A maneira como a jurisprudência tem salvaguardado (ou não) certos direitos fundamentais dos cidadãos estrangeiros, em face dos valores

em confronto e partindo das normas fundamentais que vigoram e são aplicáveis, merecerá uma análise particular.

Nestes termos, a partir da análise do conceito de estrangeiro, dar-se-á uma visão das implicações que a sua presença envolve em termos da intervenção do direito penal, para que se possa estabelecer uma síntese conclusiva sobre o actual estado de coisas sobre a forma como se tem enfrentado este fenómeno, em termos penais.

1.2. A relevância dos aspectos relativos à integração dos estrangeiros

A integração¹⁴ nas sociedades de acolhimento suscita problemas sociais e culturais, como o debate em torno das políticas a adoptar para se garantir a não discriminação, o que resulta do facto de se estar na presença de cidadãos estrangeiros. A particular situação em que estes cidadãos se encontram nos países em causa, suscita o debate em torno de conceitos como o *multiculturalismo*¹⁵⁻¹⁶.

Os aspectos culturais que a vinda dos estrangeiros para os países mais desenvolvidos envolve poderão ter implicações em matéria penal, pois a discussão sobre os valores que os mesmos são portadores, valores não coincidentes com os que vigoram nas sociedades de acolhimento, podem fundamentar a intervenção do direito penal. Por outro lado, os problemas relativos à integração dos estrangeiros nestas sociedades geram a existência do cumprimento dos seus deveres em termos das prestações fiscais e da segurança social, cuja violação releva para a intervenção do direito penal.

O aumento dos fluxos migratórios gera tensões entre a chamada “homogeneização” e a “diversão” culturais. A discussão sobre a integração dos estrangeiros radica na forma de conjugar as diferenças culturais, na adopção das diferenças legítimas quanto à formação e sobre a relevância destas nas relações sociais que se geram nos países onde se encontram. Atribui-se relevância ao vínculo que se estabelece e à tolerância como os valores culturais são aceites ou não conflituantes com os vigentes.

Neste contexto, o *estatuto de residente* confere aos estrangeiros a possibilidade de uma verdadeira integração, pondo termo a uma situação de clandestinidade, a qual permite a sua inserção na vida

social, económica e cultural no país onde se encontra. A questão fundamental com grande relevância para o direito penal é a forma como se estabelecem os requisitos para a atribuição deste estatuto, em particular porque se poderá aplicar ou não a expulsão em função da sua existência.

A concepção dos direitos no âmbito da realidade do multiculturalismo, motivou uma reponderação nos conceitos dominantes nesta matéria, com a consequente atribuição de direitos às minorias e na forma como o Estado deve intervir para acautelar esses direitos. Este problema da consagração dos direitos fundamentais das minorias, onde os imigrantes se enquadram, traz implicações de grande importância no âmbito do direito penal, em especial na forma como os Estados formulam as linhas de orientação da política criminal em matéria de estrangeiros e como se enfrenta a chamada criminalidade dos estrangeiros, na salvaguarda dos direitos processuais destes, dos aspectos penitenciários das sanções privativas da liberdade a eles aplicadas e como a lei penal protege os cidadãos estrangeiros relativamente à prática de actos violadores dos seus direitos.

Em última instância aquilo que está em causa é a maneira adequada de conciliar a política criminal definida com implicações na presença dos estrangeiros e os direitos fundamentais de que estes são titulares como todo o cidadão.

A integração dos cidadãos estrangeiros importa para a temática deste trabalho, já que esta depende de um conjunto de políticas sociais e culturais, as quais relevam quanto à forma de reacção penal no que tange aos crimes associados aos estrangeiros, quer estes sejam os autores de certos tipos de crimes que se relacionam com a sua situação, quer sejam vítima de certos comportamentos que estão na base da sua situação de “clandestinidade” e não integração nos esquemas que os Estados ocidentais dispõem para a integração social e laboral dos seus cidadãos.

1.3. Situação internacional e intervenção do direito penal em matéria de estrangeiros

A tendência para internalização do direito penal é um dos aspectos mais relevantes na actualidade, com as necessárias implicações nas políticas dos países da U.E., que propiciou a emergência de um

direito penal europeu, o qual tem limitado os poderes dos Estados-membros em matéria penal. Assim, no que respeita à evolução do direito penal no actual estado de coisas, devem salientar-se os instrumentos europeus de cooperação judiciária, mas também os instrumentos jurídicos de natureza internacional que advêm da existência de Tribunais com competência internacional, incluindo em matéria penal (v.g. Tribunal Penal Internacional).

A relevância penal dos fluxos migratórios, em especial no espaço da U.E., suscita o debate sobre a necessidade de uma certa “centralidade” das políticas de controle social em torno da figura do estrangeiro. A entrada e a permanência dos estrangeiros nos países de acolhimento desencadeia o debate sobre o verdadeiro estatuto destes cidadãos e sobre a noção de cidadania que deva vigorar, a partir de uma certa concepção dos direitos humanos e da existência de direitos decorrentes de instrumentos jurídicos internacionais¹⁷. A existência de discriminação resulta da desigualdade *de iure*, a qual advém do local de nascimento da pessoa em causa, ou melhor, do facto de não ter nascido e de não ter adquirido a nacionalidade do país onde se encontra. A atribuição da cidadania apenas aos naturais de certo espaço territorial estatal, donde resulta a atribuição do direito de nacionalidade, é um dos aspectos mais discutíveis nas opções dos Estados-membros para lidarem com a presença dos estrangeiros extra-comunitários, não existindo critérios comuns sobre esta política

As questões relativas aos direitos de cidadania que devem ser conferidos a partir de novas noções de cidadania, não serão abordadas neste trabalho, o que se fará apenas na estrita medida em que as mesmas relevarão para o direito penal, aqui utilizado na sua acepção mais ampla, nele se incluindo as questões processuais e os aspectos relativos à forma como se estabelecem as reacções penais.

A situação internacional relativa à imposição de um conjunto de direitos fundamentais, que se aplicariam a todos os cidadãos, independentemente da sua naturalidade e nacionalidade, permitiram que este discurso de salvaguarda de direitos se alargasse à realidade dos estrangeiros, tradicionalmente sujeitos de grande discriminação no tratamento jurídico, com a efectiva restrição de certos direitos. Apesar de tudo considera-se que ainda subsiste uma flagrante contradição entre o conjunto de direitos consagrados em instrumentos internacionais

aplicáveis aos Estados e a dificuldade de acesso de certos grupos de pessoas a esses direitos. Neste grupo de pessoas incluem-se os cidadãos estrangeiros, pois a sua situação depende da verificação de certos requisitos estabelecidos em legislação própria onde se prevêem as regras relativas à regularidade e legalidade da sua situação.

Para esta evolução da situação dos estrangeiros em termos da existência de direitos fundamentais tendencialmente idênticos aos cidadãos nacionais do país onde se encontram contribuíram os seguintes factores: “a consolidação” dos instrumentos relativos aos direitos humanos; a atribuição de direitos por parte dos Estados de acolhimento aos imigrantes estabelecidos; a natureza “supranacional” da legislação europeia; o aparecimento de certos direitos de natureza colectiva (liberdade de associação, de reunião e de manifestação)¹⁸.

O último aspecto introdutório que importa para o enquadramento dos problemas penais que os cidadãos estrangeiros suscitam é a referência aos princípios fundamentais que resultam do nosso texto constitucional sobre os estrangeiros.

1.4. Relevos dos princípios constitucionais no tratamento penal dos estrangeiros

Na nossa ordem jurídica existe a regra fundamental da equiparação dos estrangeiros com os nacionais, por gozarem dos mesmos direitos e garantias (art. 15º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP))¹⁹. Parece não existir qualquer dúvida que este princípio da equiparação se aplica a todos os cidadãos estrangeiros que se encontrem em território nacional, independentemente da sua situação perante a ordem jurídica portuguesa, dado o estatuto que gozam, nomeadamente através dos direitos consagrados em instrumentos internacionais²⁰. Ou seja, o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado “assenta na dignidade do homem como sujeito moral e sujeito de direitos, como «cidadão do mundo»”.

Mas, por outro lado, a lei fundamental estabelece que o direito à não expulsão previsto no art. 33º, nº 1 da CRP para os cidadãos nacionais, marca a diferença de estatuto entre os cidadãos portugueses e os cidadãos estrangeiros, o que significa que o direito à não expulsão confere aos cidadãos nacionais um direito de residência em território nacional. Por seu turno, o disposto no art. 33º, nº 2 da CRP, cuja

redacção foi introduzida pela revisão de 1989, veio a efectuar-se a distinção entre duas modalidades de expulsão, consoante o estrangeiro esteja numa situação regular ou numa situação irregular. A propósito da interpretação desta norma escreveu-se no Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 7/2002: «Em conformidade com a disposição constitucional em causa, deve entender-se por *situação regular* aquela em que se encontra o estrangeiro que tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, que seja titular de autorização de residência ou que tenha apresentado pedido de asilo não recusado. Só nos casos em que o estrangeiro se encontre nessa *situação regular* é que se impõe a utilização da *expulsão judicial* – nos restantes casos, *i.e.*, de *situação irregular*, passou a ser possível a *expulsão* por via administrativa»²¹.

As questões constitucionais relativas aos estrangeiros apenas serão referidas na estrita medida em que se tornam importantes para o desenvolvimento das questões relevantes em termos de direito penal. Na verdade, o chamado Estado constitucional de Direito veio a estabelecer princípios fundamentais aplicáveis ao direito penal, destacando-se o princípio da legalidade e o princípio da necessidade da tutela de bens jurídicos (cfr. art. 18º, nº 2 da CRP). Estes princípios permitiram fundamentar em termos constitucionais a intervenção do direito penal em variadas matérias perante a criação de novos tipos de crimes que romperam com a construção dogmática tradicional, onde se destacam os chamados crimes de perigo²².

A forma como tem sido atribuídos certos direitos aos cidadãos estrangeiros permite compreender a linha de evolução que estará na mente das autoridades dos vários Estados, a partir dos direitos concedidos aos cidadãos extra-comunitários nos textos constitucionais. Entre estes direitos contam-se os seguintes: a ampliação do direito de voto e possibilidade de ser elegível nas eleições locais; a atribuição da dupla nacionalidade através de instrumentos de natureza convencional. Alguns dos direitos fundamentais que mais problemas suscitam, particularmente de ordem prática, são chamados direitos de associação religiosa em sentido amplo e os direitos relacionados com o apoio judiciário aspectos que aqui não se desenvolverão considerando o âmbito estabelecido para este trabalho.

2. Conceito de estrangeiro

A definição de cidadão estrangeiro suscita problemas jurídicos, com as necessárias implicações daí decorrentes para o tema deste trabalho, referindo-se sumariamente essas questões em torno do conceito de estrangeiro²³. Aquilo que está em causa é determinar de que forma este conceito tem relevo em matéria penal, pois tal poderá ter importância na forma como as legislações tratam os aspectos criminais relacionados com a entrada e a permanência em território nacional e no território da U. E. desse grupo de cidadãos²⁴.

A lei portuguesa já procurou definir o conceito legal de estrangeiro, para certos efeitos, tarefa que parece ser discutível. A primeira hipótese de trabalho é aquela que considera estrangeiro de uma forma negativa, ou seja, aquele que não se considere como nacional de certo país, ou dito de outra forma, aquele a quem o Estado não reconhece a qualidade de seu cidadão.

Deve ter-se presente que a livre circulação de pessoas e de bens no espaço da U. E. leva a que se tenha de considerar uma determinada concepção de *estrangeiro*²⁵, nem sempre coincidente com outras noções de estrangeiro para efeitos civis. A conexão entre o nascimento e o território foi sendo posta em causa pelos movimentos de imigrantes que ocorrem a determinados países mais desenvolvidos, procurando nestes adquirir a respectiva nacionalidade, forçando mudanças nas perspectivas jurídicas vigentes sobre a legislação relativa ao conceito de cidadão nacional.

A existência de um espaço de livre circulação de pessoas nos países que integram a U.E., motivou um diferente tratamento dos estrangeiros que circulam neste espaço consoante os respectivos países pertençam ou não à U.E. Na verdade, verifica-se um diferente tratamento dos “estrangeiros comunitários” e “dos estrangeiros extra-comunitários”, pois procura facilitar-se a deslocação dos estrangeiros dentro do espaço comunitário, mas procura realizar-se um controlo “apertado” dos cidadãos de países fora da U.E., através de uma fiscalização rigorosa na entrada e com critérios severos de permanência neste espaço²⁶. A existência de duas classes de estrangeiros, consoante sejam originários de Estados-membros da U.E. ou consoante sejam originários de países extra-comunitários, acarreta implicações relevantes em termos de tratamento pelas ordens jurídicas com reflexos particulares na expulsão.

As diversas legislações nacionais têm-se preocupado com os aspectos relacionados com os estrangeiros que entram irregularmente em território nacional, com aqueles que aí permanecem ilegalmente e com aqueles que são autores de crimes independentemente da sua situação. No fundo, trata-se de uma multiplicidade de situações que implicam diversos tipos de reacções estaduais com relevo criminal, salientando-se a particular questão da existência de penas acessórias que são impostas, em particular os aspectos jurídicos da pena de expulsão.

No cerne das concepções vigentes sobre o tratamento dos cidadãos estrangeiros é inaceitável uma certa perspectiva de expulsão administrativa sem regras, que poderá implicar a ideia de que todo o estrangeiro deve ser perseguido, independentemente da sua situação em concreto perante as autoridades competentes e sem se aferir dos actos relevantes que tenha praticado para efeitos penais.

3. Instrumentos legislativos em matéria penal

A estratégia seguida pelos Estados para enfrentar as questões penais que resultam dos movimentos de cidadãos estrangeiros, leva à necessária abordagem dos fundamentos das políticas criminais. O direito penal ao enfrentar a situação dos estrangeiros veio colocar problemas relativos à política criminal, o que conduzirá ao tema do conflito entre os legítimos interesses do Estado, em defesa dos aspectos da segurança dos cidadãos e os aspectos da defesa dos legalidade e da garantia dos direitos fundamentais a cargo dos órgãos judiciais.

Os aspectos relativos à segurança tornaram-se prementes em virtude da situação internacional onde os atentados do 11 de Setembro de 2001²⁷ assumem particular importância, dadas as implicações na forma como os Estados enfrentaram os movimentos de imigração, em especial relativamente aos países relacionados com actividades terroristas. Mas, para além destes aspectos, o facto de estarem em causa redes internacionais, organizadas em termos sofisticados, que se dedicam ao tráfico de seres humanos a partir de certos países da África e da Ásia, tornou necessária a adopção de medidas que permitissem considerar toda esta problemática do ponto de vista penal. Por último, os países europeus começaram a utilizar mecanismos penais para a defesa de valores e bens jurídicos fundamentais, o que passou pela adopção de novos métodos de

cooperação em matéria penal e pela criação de instrumentos legislativos comuns em direito penal.

Na verdade, os problemas que advém dos fluxos migratórios tornaram-se num dos maiores problemas da U.E. na actualidade²⁸, dada a reformulação de instrumentos nos sistemas legais dos Estados-membros que conduziram à intervenção do direito penal. Esta intervenção resulta da necessidade de defesa de bens jurídicos relativamente recentes relacionados com a presença dos estrangeiros, em especial considerando o questão do tráfico organizado de seres humanos, os particulares aspectos atinentes à vitimização dos estrangeiros que resultam da sua integração laboral e da forma como são explorados, mas também a adopção de mecanismos punitivos relativamente à ilegalidade da sua presença.

Pode dizer-se que a estratégia de intervenção, em termos penais, poderá visar vários objectivos, destacando-se o seguinte: evitar que os estrangeiros se aproximem; evitar que penetrem nos respectivos países; e forçar a abandonar os países onde entraram. Não se vislumbra uma alteração do tratamento iniciado no âmbito da U.E., não obstante se prever a entrada em vigor para breve do Tratado de Lisboa, pois as regras aí estabelecidas não permitem configurar alterações nas opções políticas e jurídicas em matéria de estrangeiros.

Por último importa realçar que os instrumentos de *natureza processual* relevantes para a abordagem proposta, apenas serão referidos ao longo deste texto na medida que tal se torne imprescindível para o seu enquadramento. Neste aspecto particular, deve salientar-se que existem regras relativas à defesa dos direitos processuais destes cidadãos, que resultam também dos instrumentos internacionais os quais são aplicados de forma conjugada com a legislação nacional e tendo presente os termos das decisões dos tribunais nacionais relativos a estes direitos.

3.1. Instrumentos jurídicos no âmbito da U.E.

O direito comunitário²⁹ veio impor-se aos direitos internos dos Estados-membros, dada sua a primazia e eficácia directa, bem como a existência de instrumentos comunitários com aplicação directa. Estes instrumentos tiveram grande importância nas ordens jurídicas internas, já que a partir de certa altura se assistiu à consagração de uma

determinada “estratégia comum” para se enfrentar a realidade do afluxo dos cidadãos estrangeiros extra-comunitários ao espaço da U.E.. Esta forma de enfrentar a realidade, independentemente das opções de cada Estado na adopção da uma política mais “restritiva” ou “tolerante” relativamente a estes estrangeiros, veio ter grandes implicações no seu tratamento penal, em particular na forma como se adaptaram os mecanismos tradicionais do direito penal, com a salvaguarda dos direitos fundamentais que faziam parte do acervo dos Estados da U.E..

Os instrumentos adoptados na U.E. tiveram como objectivos estabelecer os limites e as condições da entrada no território comunitário por parte de cidadãos extra-comunitários³⁰. A maior parte destes instrumentos, com determinada relevância para o direito penal, encontram-se referidos na lei portuguesa relativa ao *regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional* (Lei nº 23/2007, de 4/7), a saber: *a)* Directiva nº 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de Setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar; *b)* Directiva nº 2003/110/CE, do Conselho, de 25 de Novembro, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea; *c)* Directiva nº 2003/109/CE, de 25 de Novembro, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração; *d)* Directiva n.º 2004/81/CE, do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes; *e)* Directiva n.º 2004/82/CE, do Conselho, de 29 de Abril, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras; *f)* Directiva n.º 2004/114/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado; *g)* Directiva nº 2005/71/CE, do Conselho, de 12 de Outubro, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica; *h)* Decisão-Quadro nº 2002/946/JAI, do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; *i)* Directiva nº. 2001/40/CE, do Conselho, de 28 de Maio, relativa ao reconhecimento mútuo de

decisões de afastamento de nacionais de países terceiros; j) Directiva nº 2001/51/CE, do Conselho, de 28 de Junho, que completa as disposições do artigo 26º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985; e l) Directiva nº 2002/90/CE, do Conselho, de 28 de Novembro, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

De entre estes instrumentos jurídicos comunitários deve salientar-se a relevância da Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28.11.2002 destinada a definir o auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, que pretendeu a harmonização dos tipos de crimes relativos a pessoas que intencionalmente ajudem, com intenção lucrativa, uma pessoa que não seja nacional de um Estado-membro a entrar no território da U.E. ou a transitar através deste, violando a legislação do Estado que estabelece as regras de entrada ou trânsito de estrangeiros. É importante também a referência à Decisão-Quadro 2002/946/JAI de 28.11.2002 que estabeleceu os critérios para intervenção penal relativamente aos actos que visam a repressão da “ajuda à entrada e circulação de ilegais no espaço da U.E.”.

Para além destes instrumentos, devem referir-se ainda os seguintes instrumentos relevantes para o tema proposto:

a) Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.4.2004 regula a liberdade de circulação estabelece uma regra importante, que importa agora salientar: *«2. As medidas tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade e devem basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão. A existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas. O comportamento da pessoa em questão deve constituir uma ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade. Não podem ser utilizadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral»* (art. 27º, nº 2, 2ª parte)³¹. Embora estas regras sejam aplicáveis apenas aos cidadãos nacionais de países da U.E., aqui estabelecem-se princípios relevantes que poderão ser aplicáveis à realidade dos demais estrangeiros. Deve referir-se que esta directiva foi transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei nº 37/2006, de 9/8.

b) Directiva 2008/115/CE do Conselho de 16.12.08 relativa às normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o retorno dos nacionais de terceiros países que se encontram em situação ilegal, com aprofundamento dos seus direitos, em respeito no respeito dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de protecção dos refugiados e de direitos do Homem (cfr. art. 1º). Este instrumento, cuja transposição deverá ocorrer até 24.10.2010, será de grande relevância relativamente aos seguintes aspectos: regras para o afastamento; garantias processuais; condições de detenção; situação dos menores e famílias. Particularmente importante é o disposto no art. 5º que impõe que se tenham “em devida conta” na aplicação da directiva “a) *O interesse superior da criança*; b) *A vida familiar*; c) *O estado de saúde do nacional de país terceiro em causa*” e “*respeitar o princípio da não repulsão*”.

Os instrumentos legislativos existentes na U.E. englobam uma multiplicidade de situações relacionadas com a entrada, a permanência dos cidadãos estrangeiros, mas também com os aspectos penais relativos à imigração ilegal, cuja análise pormenorizada ultrapassa o âmbito deste trabalho, apenas se tendo referido aqueles que vieram permitir a existência de instrumentos legislativos importantes no direito interno³². Por outro lado, apenas se referiram os instrumentos com relevância em matéria penal, pois existem outros instrumentos que vieram a estabelecer regras com repercussão noutras áreas, como as relativas à consagração do princípio da igualdade de tratamento das pessoas independentemente da sua origem racial ou étnica.

Dos textos legislativos referidos, pode dizer-se que existe uma certa “estratégia” no âmbito da U.E. em matéria de estrangeiros, a qual assenta em vários princípios, a saber: controle dos fluxos migratórios (meios de controle da entrada e da permanência); luta contra as redes de tráfico de imigrantes e contra a imigração clandestina; relações com países que geram imigração; e os problemas da integração dos estrangeiros (direitos dos estrangeiros).

Os princípios existentes na U.E. sobre esta matéria estão em permanente construção e debate, procurando definir-se uma estratégia a nível da U.E. para que se criem regras efectivas da regulação do acesso a este espaço por cidadãos extra-comunitários que aqui pretendam fixar-

se, sujeitando-os às regras legais vigentes e com idêntico tratamento relativamente aos nacionais. A política a adoptar passa pela existência de mecanismos de fiscalização dos movimentos migratórios, no acesso legal ao mercado de trabalho, evitando-se as práticas abusivas do uso do estatuto de “turista”, importando também a eficácia no controle dos movimentos após a entrada.

3.2. Instrumentos na ordem jurídica portuguesa

O legislador veio estabelecer regras relativas à permanência em território nacional relativamente aos estrangeiros, salientando a necessidade de se criarem mecanismos para a intervenção do direito penal em determinados aspectos³³. Esta legislação veio a evoluir de acordo com os instrumentos legislativos instituídos no âmbito da U.E., notando-se a preocupação da adaptação da legislação nacional a esses instrumentos.

O instrumento legislativo mais relevante em matéria penal, a nível do direito nacional, resulta fundamentalmente do disposto na Lei nº 23/2007, de 4/7, que aprovou o *regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*, tendo revogado grande parte da legislação vigente na nossa ordem jurídica relacionada com o direito dos estrangeiros. Esta lei veio a ser regulamentada através do Decreto Regulamentar nº 4/2007, de 5/11.

Para além do disposto nestes diplomas, com importância em termos do direito penal, devem considerar-se ainda as seguintes: a Lei nº 134/99, de 28/8, regulamentada através do DL nº 111/2000, de 4/7, que proíbe as discriminações no exercício de direitos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica; e a Lei nº 18/2004, de 11/5, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 2000/43/CE, do Conselho, de 29/6, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica³⁴.

Os instrumentos legislativos nacionais devem ser articulados com os instrumentos legislativos produzidos pela U. E. e da forma como estes influenciam os primeiros. Na verdade, em face da integração europeia, com a existência de regras supranacionais em resultado do chamado “direito constitucional europeu”, pode afirmar-se que há um

conjunto de instrumentos que se aplicam a cada um dos Estados-membros, através da consagração de normas comunitárias e através dos princípios que resultam da jurisprudência do TJCE. Daqui retira-se a conclusão de que a legislação nacional é conformada por estas regras e princípios que se aplicam directamente, existindo um verdadeiro direito supra-nacional em termos de direitos fundamentais com influência no direito dos estrangeiros.

A abordagem dos aspectos mais relevantes destes instrumentos jurídicos vigentes na ordem jurídica portuguesa será efectuada adiante a propósito da análise que se realizará relativamente à pena acessória de expulsão, enquanto instrumento fundamental de intervenção do direito penal nesta matéria, bem como relativamente às relações que se estabelecem entre a situação dos estrangeiros e a existência de criminalidade associada a esta realidade.

4. Os estrangeiros e o Direito Penal

4.1. A criminalidade e os estrangeiros

A criminalidade associada aos estrangeiros suscita questões de natureza “securitária” debatidas, nomeadamente, por autoridades judiciais e policiais, organizações não governamentais e académicos. Uma das ideias que se debate é a de saber se ocorre uma criminalidade específica relacionada com os estrangeiros que possa motivar a existência de regras mais repressivas, num desenvolvimento de certas concepções de prevenção e retribuição ligadas à eficácia do sistema penal. A resposta do sistema penal suscita, portanto, problemas de grande relevância relacionados com a *exclusão social*³⁵ dos estrangeiros e de que forma se poderão adoptar os mecanismos tendentes à sua “ressocialização”, o que deve ser enquadrado no âmbito da pena acessória de expulsão.

A forma desenraizada como os estrangeiros se podem encontrar, gera a falta de apoios para uma integração possível, em especial no que respeita à inexistência de apoio familiar, sendo este um dos aspectos de grande importância em termos de análise criminológica. No entanto, a exclusão social impõe que se utilizem políticas de inclusão e de integração, através da adopção de determinadas formas de apoios aos estrangeiros através de organismos oficiais e não governamentais destinados a que estas pessoas possam sentir - durante o tempo de

permanência nos países em que se encontram - um efectivo apoio à sua adaptação, nomeadamente com certos “programas” que se destinam a saber quais os estrangeiros que desfrutam das condições para permanecer nos países onde se encontram.

Um dos motivos de debate nesta matéria relaciona-se com a questão de saber se se pode afirmar que exista uma criminalidade própria dos cidadãos estrangeiros, no sentido de que certos tipos de crime ou certa forma de praticar os crimes seja relacionada com grupos de estrangeiros que se encontrem no território.

Por outro lado, inter-relacionada que esta problemática é importante também referir a eventual relevância das estatísticas existentes sobre a percentagem dos estrangeiros que pratica crimes³⁶. Apesar dos números e do significado das estatísticas, donde flui que existe um número algo significativo de estrangeiros que pratica crimes, certo é que o aumento do número de estrangeiros que ocorre a determinados países contribui também para o aumento da criminalidade praticada por estrangeiros³⁷. Na análise dos elementos estatísticos deve salientar-se que a “frieza” dos números muitas vezes não retrata com fidelidade, a realidade, o que assume particular relevância na criminalidade praticada por estrangeiros, havendo que estabelecer critérios sobre determinados conceitos, a saber: a) conceito de estrangeiro utilizado; b) tipo de crimes considerados; c) ponderação dos valores da criminalidade em geral praticada, no período considerado³⁸. Portanto, pode dizer-se que o eventual aumento da criminalidade e a sua relação com o aumento do número de estrangeiros que entra e permanece nos respectivos países advém das causas que estão na base da criminalidade em geral: diferente inserção social; situação de carência económica e de marginalidade em que se encontram.

Deve, contudo, alertar-se para a tendência que se debate noutros países com o fim de que as políticas criminais tenham como objectivo criminalizar comportamentos de cidadãos estrangeiros de forma mais grave, incluindo em termos da pena de expulsão. Tal tendência poderá partir dos sentimentos de certa opinião pública e do papel dos meios de comunicação social na reprodução da mensagem, forçando o poder político a intervir³⁹.

A procura de explicações sobre os motivos da delinquência dos estrangeiros leva a considerar o sentimento de frustração que deriva das expectativas que não se realizaram nos países de acolhimento, frustração que se acentua na segunda geração, pois os filhos dos estrangeiros criaram maiores expectativas dado que não enfrentam o estigma de serem considerados “estranhos”, acentuando-se o seu sentimento de discriminação.

A forma como a discriminação pode ou não existir, em particular relativamente ao comportamento das autoridades policiais e judiciais não tem sido estudada de forma sistemática, pois não se conhecem estudos empíricos sobre o tratamento dos estrangeiros em termos policiais e judiciais, o que inviabiliza a formulação de conclusões, quer em termos nacionais quer em termos europeus.

4.2. A expulsão dos estrangeiros

4.2.1. Fundamentos

A medida de expulsão tem sido a forma como os vários Estados enfrentam a questão da permanência ilegal dos cidadãos estrangeiros nos respectivos territórios, medida que poderá ter diversa natureza consoante a situação em concreto de cada estrangeiro e ainda, eventualmente, o tipo dos factos ilícitos praticados. A possibilidade de expulsão dos estrangeiros pode revestir diferentes naturezas, de acordo com os instrumentos aplicáveis e a situação em concreto existente.

No entanto, não obstante a mesma poder configurar natureza penal ou natureza administrativa, é importante que esteja consagrada a intervenção judicial, bem como o estabelecimento de regras que evitem a discricionariedade e que se pautem por critérios de legalidade. O Direito Internacional em instrumentos jurídicos de grande relevância consagra esta possibilidade, destacando-se o previsto no art. 13º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o previsto no art. 5º, nº 1, al. f) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Tradicionalmente, a expulsão foi considerada como uma medida de autodefesa da ordem jurídica dos Estados, a qual tem de conciliar-se com as liberdades e as garantias dos direitos fundamentais do homem; ou seja, esse direito de defesa dos Estados não pode coarctar o direito à liberdade e à segurança da pessoa humana. Trata-se do mecanismo

utilizado para o controle dos fluxos migratórios, para afastar os estrangeiros cuja permanência é vista com reservas, dadas as consequências económicas e sociais que advém da sua presença, gerando reacções adversas à sua legalização por parte de sectores dos países onde se encontram. A doutrina tem discutido as razões de política criminal que fundamentam a adopção desta medida/pena, razões que se podem traduzir no seguinte: a) razões de prevenção geral; b) dificuldades de reinserção social no país; c) razões relacionadas com o funcionamento do sistema prisional.

A expulsão é a reacção estadual à situação dos estrangeiros, mas pode revestir diferente natureza jurídica consoante o fundamento que motiva a sua aplicação. No direito comparado a matéria da expulsão dos estrangeiros tem merecido tratamento diferenciado, apenas existindo unanimidade relativamente à expulsão dos cidadãos estrangeiros que entraram ou permaneçam irregularmente e dos cidadãos estrangeiros que residam (ou não) de forma regular e representem um perigo para a “segurança” e “ordem pública” do país onde se encontrem. No que respeita à regulação da expulsão dos estrangeiros que tenham cometido um facto criminoso existem vários regimes: expulsão obrigatória; expulsão quando se cometam certos crimes e se aplique determinada pena; substituição da pena de prisão pela expulsão; e aplicação da pena de expulsão a determinado tipos de crimes⁴⁰.

4.2.2. A pena acessória de expulsão

Na legislação portuguesa a expulsão pode radicar na permanência ilegal ou na prática de crimes punidos em determinados termos, havendo neste último caso que distinguir a situação daqueles com residência legal em Portugal e a situação daqueles que estavam ocasionalmente no nosso país.

Na nossa ordem jurídica, deve salientar-se que a expulsão – enquanto pena acessória de natureza criminal – tem de obedecer ao princípio fundamental estabelecido no art. 30º, nº 4 da CRP onde se dispõe: *«nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos»*. O mesmo princípio já se encontrava consagrado no art. 65º, nº 1 do Código Penal, nos seguintes termos: *«Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos»*. A interpretação

realizada pela jurisprudência sobre o âmbito da norma constitucional é o «impedir a atribuição de penas não justificadas directamente pela natureza do ilícito e pela gravidade da culpa, nomeadamente porque se revelem como consequência automática de uma condenação em outra pena ou porque não possam ser afastadas pelo julgador em função da gravidade da culpa ou da necessidade da sua aplicação»⁴¹. No âmbito do direito penal, a norma referida, visou impedir o funcionamento de uma aplicação automática ou *ope legis*, relativamente a efeitos penais da condenação ou na aplicação das penas acessórias, tratando-se de norma penal “programática” que foi elevada à categoria de princípio jurídico-constitucional consagrado na referida norma constitucional⁴².

O facto da expulsão de estrangeiros revestir a natureza de pena acessória implica que, por regra, tenha sido aplicada uma pena principal em virtude da prática de um determinado crime, de acordo com as regras estabelecidas na lei. Ou seja, as penas acessórias devem ser determinadas por decisão penal que imponha outra pena, chamada pena principal. No entanto, a consagração nas legislações penais destas penas deve decorrer da *necessidade* da sua aplicação a determinados crimes e do facto de desempenharem também uma função *preventiva* complementar da pena principal.

A pena acessória de expulsão encontra-se prevista para certos tipos de crimes, em especial na legislação portuguesa relativa aos crimes de droga (cfr. art 34º do D.L. nº 15/93, de 22/1). Os problemas resultantes desta opção terão tratamento autónomo, atendendo ao facto da jurisprudência já ter abordado a necessidade deste regime e o modo como ele se relaciona com os pressupostos estabelecidos na lei geral dos estrangeiros.

A expulsão como *pena acessória* tem motivado discussão. A pena acessória de expulsão radica em objectivos político-criminais, que visam afastar o delinquento do território, por razões que se prendem com a falta de vínculo a este país, donde resulta a sua difícil reinserção.

Os fundamentos da aplicação desta pena são motivo de debate dogmático, considerando a fundamentação para a correlativa pena de prisão, ou seja, a pena principal. Atendendo que a pena principal poderá ter como fundamento a ressocialização e reintegração do delinquento, coloca-se a questão de saber se a pena acessória tem o mesmo

fundamento, na medida em que este não existirá nesta pena, dado que a mesma se consubstancia no afastamento do condenado do território e sem possibilidade de se aferir do seu efeito. Na verdade, ao contrário o fundamento subjacente à pena de expulsão resulta do facto desta ter de se basear nas ideias de prevenção geral e da expiação da pena, embora se questione a bondade desta solução por não se alcançar de que forma se atingirão tais fins, dado o afastamento do condenado do país da condenação.

Noutro âmbito, a detenção em centros de “instalação temporária” para estrangeiros pode suscitar algumas questões sobre a sua natureza jurídica⁴³ e sobre o efectivo exercício de direitos por parte dos estrangeiros aí internados⁴⁴. Segundo a lei este internamento surge como procedimento cautelar da expulsão, desde que ocorra intervenção jurisdicional que verifique a existência dos pressupostos para tal em face da situação de facto. Dada esta intervenção parece que se deve afastar a hipótese da eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade da detenção. A possibilidade de se aferir da legalidade da situação destes cidadãos, nomeadamente através do recurso à providência do *habeas corpus* é ponto assente na jurisprudência nacional do STJ.

A forma como a expulsão se efectiva tem suscitado questões jurídico-penais relevantes relacionadas com o estabelecimento da identificação e da nacionalidade do estrangeiro que praticou infracções criminais, pois tal torna-se importante para a execução da pena de expulsão, em ordem a saber qual o país que será o destino do cidadão a expulsar. A decisão penal nestes casos torna-se de difícil execução, tornando o cidadão a expulsar numa espécie de pessoa sem nacionalidade, por não se confirmar a sua proveniência e a sua nacionalidade.

Uma das questões mais importantes relativas à aplicação desta pena acessória radica na questão fundamental de saber se existe a possibilidade da sua aplicação automática, nos casos em que tenha sido proferida decisão condenatória penal, o que tem sido motivo de debate na nossa jurisprudência. Pode considerar-se que se formou uma sólida corrente jurisprudencial no sentido de não ser permitida a aplicação automática decorrente da condenação penal em determinados crimes, havendo a necessidade de se aferir a situação em concreto do cidadão

estrangeiro, tal dependendo da formulação de pedido do Ministério Público.

A expulsão deve obedecer aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, a partir da situação em concreto. Os critérios para a aplicação destes princípios baseiam-se na existência de laços familiares, em particular na existência de filhos menores que detenham a nacionalidade do país de acolhimento, bem como ao lapso de tempo que se encontrem neste país.

4.2.3. A expulsão na lei portuguesa

Os fundamentos para a aplicação da expulsão encontram-se estabelecidos no art. 134º da Lei nº 23/2007, de 4/7, lei que aprovou “*o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*”, a qual veio efectuar a transposição de várias directivas comunitárias sobre a matéria para a ordem jurídica nacional.

A lei distingue dois tipos de expulsão: a expulsão administrativa e a expulsão judicial. Na expulsão judicial distinguem-se duas situações: medida autónoma (arts. 152º a 158º); pena acessória (i. e. dependente da condenação em processo criminal pela prática de crime doloso, a que seja aplicada determinada pena e com verificação dos demais requisitos expressos na lei, consoante seja residente ou não residente) (art. 151º).

Há, portanto, dois tipos de condutas que determinam a aplicação da expulsão: a entrada ou permanência ilegais em território nacional (art. 145º da Lei); a condenação em processo penal (art. 151º). No primeiro caso, a lei estabelece um conjunto de fundamentos, sem prejuízo da “*responsabilidade criminal em que o estrangeiro haja incorrido*” (art. 134º, nº 2 da Lei). No segundo caso, a lei estabelece os requisitos para a aplicação da pena acessória, o que radica na pena de prisão aplicada e na situação em que o estrangeiro se encontra perante a nossa ordem jurídica. As condições particulares para a pena acessória podem ser sintetizados da seguinte forma: a) em primeiro lugar a lei distingue entre *cidadãos não residentes* em Portugal e *cidadãos residentes* em Portugal, relevando esta distinção para as condições em que se pode aplicar a expulsão; b) em segundo lugar, quanto aos *cidadãos residentes* impõe-se a aplicação de pena superior a 1 ano de

prisão, mas devendo ter-se em consideração os requisitos estabelecidos no art. 151º, nº 2, “in fine” e nº 3 da Lei; c) em terceiro lugar, quanto aos *cidadãos estrangeiros não residentes*, a lei apenas exige que seja condenado por crime doloso “em pena superior a 6 meses de prisão efectiva ou em pena de multa alternativa á pena de prisão superior a 6 meses” (art. 151º, nº 1 da Lei).

A forma como a Lei está redigida pode ser criticável pela utilização de conceitos indeterminados como: atentado contra a “segurança nacional” ou “a ordem pública”⁴⁵⁻⁴⁶ (art. 134º, nº1, al. b)); que “existam sérias razões para crer que cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos dessa natureza” (art. 134º, nº 1, al. f)). Embora se possa defender que estes conceitos terão de ser estabelecidos a partir da situação de facto em concreto e por decisão judicial, o que pressupõe a verificação de princípios fundamentais de direito – contraditório e imediação – estes conceitos encerram em si um grau de subjectividade muito grande, que exigirá um labor jurisprudencial para o estabelecimento da sua amplitude.

No que respeita à situação familiar do estrangeiro, a possibilidade de ser executada a pena de expulsão envolve questões particulares relacionadas com a eventual violação dos direitos fundamentais no caso em que se não atende à sua existência, em particular nos casos em que o estrangeiro tenha descendentes nascidos ou que tenham obtido a nacionalidade do país onde residam.

Na verdade, deve ter-se presente que a Constituição estabelece um conjunto de regras relativas ao direito de fundar uma família e ao o direito ao respeito pela vida familiar (cfr. arts. 36º, nºs 1 e 2 e 67º, nº 1 da CRP). O direito à protecção da unidade familiar que resulta do texto constitucional significa que existe o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos e a não serem impedidos de se juntarem. A expulsão de estrangeiros com filhos portugueses a seu cargo pode implicar a violação de princípios constitucionais, pois poderia ocorrer uma de duas situações: o menor acompanha o progenitor expulso e, consequentemente, estar-se-ia a expulsar cidadão português, violando-se o disposto no art.33º da CRP; ou o menor permaneceria em território nacional em violação ao disposto no art. 36º, nº 6 da CRP.

Do exposto resulta que os estrangeiros têm acautelado o direito ao reagrupamento familiar, o que implica que deverá ser permitida a entrada e a residência dos estrangeiros que sejam família de estrangeiros a residir regularmente no país de acolhimento. Existe uma efectiva ponderação de interesses do Estado na expulsão do estrangeiro condenado e o interesse do Estado na protecção dos menores, colisão de interesses que deve resolver-se com prevalência do segundo, dada a necessidade do desenvolvimento harmonioso destes que deve ser assegurado pelo Estado.

Na actual lei portuguesa esta situação encontra-se estabelecida nos arts. 98º a 108º. Esta lei também dá relevo á existência de filhos menores do estrangeiro, em especial como fundamento impeditivo da expulsão (cfr. art. 135º, als. b) e c), cfr. também arts. 36º, als. b) e c) e 122º, nº 1, al. l) do mesmo diploma onde se menciona também esta situação familiar para efeitos de autorização de residência com dispensa de visto de residência).

4.2.4. A expulsão estabelecida relativamente a certos crimes

Um dos aspectos fundamentais no que respeita à pena de expulsão como pena de natureza penal radica na necessidade de que se afira a existência da culpa, ou seja, a sua aplicação depende do facto em concreto, da natureza do crime e da pena aplicável. Pensa-se que a sua aplicação depende de terem sido violados bens jurídicos fundamentais⁴⁷. Neste contexto, entendeu-se ser pertinente a referência à opção do legislador nacional ao estabelecer a pena acessória de expulsão no âmbito dos crimes de tráfico de droga.

Esta referência não terá um desenvolvimento muito profundo, mas permitirá anotar a forma como a jurisprudência tem analisado as questões jurídicas que resultam da existência deste regime, em conjugação com o que resulta da lei dos estrangeiros vigente. Por outro lado, permitirá relacionar a jurisprudência nacional com a jurisprudência relevante do TEDH, sendo importante realçar o papel que esta tem vindo a assumir em termos do direito dos estrangeiros, com importantes orientações no âmbito de direito penal.

Na nossa ordem jurídica e relativamente aos crimes de tráfico de droga estabelece-se no art. 34º do D.L. nº 15/93 o seguinte: «*Sem prejuízo do disposto no artigo 48.º, em caso de condenação por crime*

previsto no presente diploma, se o arguido for estrangeiro, o tribunal pode ordenar a sua expulsão do País, por período não superior a 10 anos, observando-se as regras comunitárias quanto aos nacionais dos Estados membros da Comunidade Europeia». Este regime específico para o tipo de criminalidade referida tem motivado algumas decisões dos nossos mais altos tribunais, havendo que salientar as decisões mais importantes, as quais permitem um correcto enquadramento desta regra.

Desde logo, o Ac. do TC nº 232/04, publicado no DR (Diário da República) I S-A de 25.5.04 que, no tange a esta norma, veio declarar a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, “*enquanto aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional*”. As implicações desta decisão são muito importantes para uma abordagem sistemática da jurisprudência nacional e europeia em torno da matéria, conforme se dará conta na devida altura.

Por outro lado, o STJ tem vindo a decidir que esta norma deve, agora, ser conjugada com o actual regime legal da expulsão do território nacional dos estrangeiros e das regras relativas à expulsão aí previstas (arts. 135º e 151º da Lei nº 23/2007, de 4/7). Assim sendo, para além da verificação dos requisitos gerais estabelecidos no mencionado art. 135º, deve considerar-se, perante o caso concreto, se estão igualmente preenchidos os requisitos previstos no art. 151º.

Nestes termos, embora em termos dogmáticos possa ser discutível a existência de normas específicas que estabelecem a expulsão para certos tipos de crimes, a sua consagração deve sempre implicar a ponderação do caso concreto, a consideração das regras estabelecidas na legislação geral relativa à expulsão dos estrangeiros e, em especial, os princípios constitucionais que interferem nesta decisão. Também se torna necessário considerar a importante jurisprudência do TEDH que, em vários arestos, se tem pronunciado sobre as condições em que a expulsão pode ser decretada, por ser necessário ponderar a ligação do estrangeiro ao país em que se encontra, particularmente em função dos anos em que vive no mesmo e da eventual existência de familiares que consigo residam, de acordo com a análise que se desenvolverá adiante a propósito da jurisprudência deste Tribunal relativa ao chamado direito penal dos estrangeiros.

No âmbito dos grandes temas que a situação dos cidadãos estrangeiros suscita em termos do direito penal é muito importante a abordagem da fase da execução das penas privativas da liberdade e a forma como o sistema prisional trata estes cidadãos, matéria que será analisada de seguida.

4.3. A execução das penas privativas da liberdade e o tratamento penitenciário dos estrangeiros

A execução das penas privativas da liberdade aplicadas aos condenados estrangeiros suscita questões relevantes da natureza jurídica com implicações sobre a eventual violação de direitos fundamentais, apenas aqui se abordando as que assumem particular importância no âmbito do tema deste trabalho. Por outro lado, relacionado com a tutela desses direitos, impõe-se uma referência aos aspectos relativos ao tratamento penitenciário dos reclusos estrangeiros, dadas as particularidades que advém da forma como o sistema prisional considera a situação destes reclusos, tema que não tem a merecida atenção necessária em termos da salvaguarda do princípio do tratamento igual dos condenados.

Existem instrumentos internacionais que têm procurado acautelar uma série de princípios e regras aplicáveis a estes cidadãos, na fase de execução das penas de prisão e no que respeita ao seu tratamento prisional. As autoridades que intervêm nestes aspectos devem ter presente a situação de cada um dos condenados estrangeiros, através da adopção de certos princípios que permitam que a pena aplicada também atinja as finalidades que estão subjacentes aquando da aplicação das penas privativas da liberdade à generalidade dos condenados⁴⁸.

No âmbito do 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção da Criminalidade e o Tratamento dos Delinquentes Estrangeiros, realizado em Milão entre 26.8.85 e 6.9.85, foi realçada a oportunidade dos estrangeiros cumprirem a pena no país da sua nacionalidade ou residência, em virtude de se reconhecer as dificuldades dos detidos em prisões estrangeiras, devido a diferenças linguísticas, culturais e religiosas.

Por seu turno, a Convenção Europeia sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, de 21.3.93, estabeleceu um conjunto de regras destinadas a favorecer a reinserção social e o aspecto da humanização

da execução da pena. Na Convenção estabeleceram-se as condições para a transferência, ressaltando-se a importância do consentimento do condenado (cfr. art. 3º). Na perspectiva da inserção do condenado estrangeiro, a implementação desta política de execução de penas será muito importante, já que a transferência o regime penitenciário para o seu país, permite tal desiderato. Deve ainda salientar-se que esta Convenção salvaguarda os instrumentos bilaterais existentes sobre a matéria entre determinados Estados.

Os aspectos relativos ao cumprimento das penas de prisão revestem algumas particularidades no que respeita aos estrangeiros, salientando-se a eventual relevância da situação de ilegalidade da permanência, a falta de apoio familiar e a deficiente integração no mercado de trabalho, que são factores que dificultam a flexibilização no cumprimento da pena, em particular, na forma como isso poderá ter implicações na concessão da liberdade condicional⁴⁹ Considerando as condições em que estes cidadãos cumprem as penas de prisão é defensável que a concessão da liberdade condicional e a consequente execução da pena de expulsão, possa radicar também em particulares aspectos da política penitenciária relacionados com a “gestão” da população prisional. O fundamento da flexibilização da liberdade condicional relativo à inserção social do condenado no caso dos estrangeiros, fica para segundo plano, na medida em que a libertação poderá ser acompanhada da pena de expulsão, logo neste caso não haverá acompanhamento posterior do condenado.

O tratamento penitenciário dos delinquentes estrangeiros gera problemas complexos pois nele confluem os aspectos relacionados com a defesa dos direitos humanos, com os princípios da aplicação da justiça relativos à política penitenciária e com as questões relativas às relações com as vítimas, questões estas que resultam da forma como a opinião pública reage à pena aplicada e à necessidade do afastamento do condenado do país da condenação.

A situação de indefinição dos reclusos estrangeiros advém da situação em que se encontram, para tal contribuindo o seguinte: a falta de integração no mercado de trabalho; as dificuldades de contactos com o exterior por falta de apoio familiar; as dificuldades de acesso a determinadas entidades públicas ou privadas; as dificuldades derivadas da falta do conhecimento da língua do país onde se encontram.

A situação dos estrangeiros reclusos suscita aspectos relativos à sua integração na sociedade onde se encontram, em especial quando cumprem longas penas de prisão, que os afasta dos países de origem. Importa questionar se as autoridades nacionais não deveriam, nestes casos, procurar criar as condições para a sua regularização, em virtude de se tratar de uma situação particular de permanência forçada resultante de imposição judicial, sendo certo que neste período estão sujeitos à lei do país de condenação, com todas as consequências que daí advêm, em particular quanto à possibilidade de naturalização pelo decurso do tempo legalmente estabelecido.

Esta questão relaciona-se com a ideia defendida por alguns de que a reclusão dos estrangeiros é uma verdadeira “*dupla reclusão*”, por se tratar de uma população duplamente desfavorecida relativamente aos demais reclusos do país em causa, por via da situação em que se encontram no país da reclusão e da particular situação em que enfrentam o sistema prisional⁵⁰. Na verdade, o afastamento do seu país, a eventual falta de apoio familiar e a forma como se encontram no país da reclusão, geram dificuldades práticas em aspectos fundamentais da execução da pena, que os afasta da necessária reintegração social, tratando-se de reclusos que sofrem um tratamento especial no sistema prisional, o qual pode afectar o exercício de direitos.

A falta de estudos sobre os problemas penitenciários que a população reclusa estrangeira suscita é um factor de desconhecimento da verdadeira realidade, impedindo uma cabal compreensão sobre aspectos relevantes necessários para a abordagem da situação prisional destes cidadãos. Acresce que não existe uma visão integrada da realidade prisional no âmbito dos países que integram a U.E. para se possam adoptar mecanismos de cooperação penitenciária, com a existência de princípios comuns relativos ao tratamento penitenciário dos reclusos estrangeiros extra-comunitários.

5. Estrangeiros como vítimas de crimes

5.1. Fenómenos a considerar e enquadramento legislativo

A existência de criminalidade organizada relacionada com o tráfico de pessoas tem vindo a permitir a abordagem dos aspectos relativos à situação dos estrangeiros como vítimas de crimes. Esta realidade começou a ser analisada em termos penais já que os fluxos

migratórios clandestinos têm, na sua origem e por regra, determinadas organizações que utilizam esquemas ilegais de “exploração” de pessoas através da violação de direitos fundamentais tutelados por instrumentos internacionais⁵¹. A partir desta realidade, procurou-se afirmar o papel do Estado como garante dos direitos fundamentais destas pessoas, direitos colocadas em crise dada a forma como circulam a partir dos seus países de origem e a forma como entram nos países de destino, em particular os países que integram a U.E..

A forma como estas pessoas saem dos seus países, muitas vezes com a convívência das autoridades locais, a forma como alimentam uma verdadeira “teia” de interesses, que se vale de alguma tolerância na sua chegada a determinados países e, finalmente, a forma como esta força de trabalho é “gerida” nestes países, são os fundamentos para a intervenção do direito penal. Assim, a intervenção do direito penal tornou-se necessária para tutela dos direitos dos cidadãos estrangeiros, nesta confluindo bens jurídicos de natureza individual (liberdade, saúde, dignidade humana) e bens jurídicos de natureza colectiva, estes em resultado da imposição aos Estados para acautelarem os direitos humanos de pessoas especialmente vulneráveis, como acontece nos casos dos fluxos migratórios.

A situação de vulnerabilidade em que se encontram os cidadãos estrangeiros, quer no momento em que pretendem entrar no país de destino, quer no momento em que nele conseguem entrar, suscita particularidades relativas à forma como são explorados e como se encontram dependentes da “estratégia” das redes organizadas que se aproveitam economicamente do seu estado de fragilidade. A vulnerabilidade dos estrangeiros deriva da posição de dependência e da subordinação nas suas relações com os nacionais, em face dos valores existentes, tratando-se de uma vulnerabilidade “natural” por não poderem usar com toda a plenitude os meios que permitam o exercício de todos os seus direitos individuais. Noutro plano há a considerar a situação da dependência laboral e a situação da exploração sexual⁵² em que se encontram as mulheres estrangeiras, o que torna estas cidadãs estrangeiras numa “classe” particular entre as pessoas que integram a categoria das vítimas de crimes.

As organizações que se criaram em torno do chamado tráfico internacional de pessoas adaptaram-se à nova realidade económica e

social dos países ocidentais, em particular à nova realidade dos países europeus, aproveitando algumas lacunas das respectivas legislações nacionais e também a forma como os instrumentos internacionais eram aplicados, para concretizarem os seus objectivos. Na verdade, a chegada desses estrangeiros aos países de destino é quase sempre encarada do ponto de vista da sua ilegalidade, sem que exista a preocupação das autoridades competentes em investigarem as actividades que se movem por detrás desta realidade e a existência da violação dos seus direitos a partir da saída dos seus países, através de esquemas organizados que “exploram” a sua situação. Esta exploração torna-se mais gritante, atenta a extorsão existente até à entrada nos países de destino e depois durante a sua permanência nestes países, aproveitando-se o facto de não conhecerem as leis vigentes e os mecanismos necessários para a sua inserção laboral e profissional.

Por último, há a salientar que a persistência de estrangeiros em situação irregular, muitas vezes com a tolerância das autoridades nacionais, permite a subsistência de interesses variados em volta desta situação, destacando-se o facto de tal ser aproveitado pelas redes organizadas dedicadas à sua exploração como força de trabalho barata e à persistência de situações de verdadeira humilhação, as quais requerem a intervenção do direito penal.

O tratamento legislativo relativo à problemática jurídico-penal da discriminação em razão da etnia, da raça e da nacionalidade é um tratamento disperso em diversos diplomas, sem que tenha existido uma verdadeira sistematização⁵³. Mas, para além desta intervenção, tornou-se também muito importante a existência dos crimes específicos tipificados na lei de estrangeiros, os quais permitiram defender os bens jurídicos fundamentais relacionados com a salvaguarda de particulares interesses destes cidadãos

Na legislação nacional importa salientar os diplomas mais relevantes, destacando-se os seguintes: Lei nº 134/99, de 28/8, regulamentada através do DL nº 111/2000, de 4/7; Lei nº 18/2004, de 11/5 que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 2000/43/CE, do Conselho, de 29/6, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica; e Lei nº

20/96, de 6/7 que permite a constituição como assistente em processo penal no caso de crime de índole racista ou xenofobia por parte das comunidades de imigrantes e demais associações de defesa dos interesses em causa. Deste conjunto de instrumentos legislativos resultam disposições com influência no direito penal pois estabelecem-se noções fundamentais para a tutela dos direitos dos estrangeiros, destacando-se o seguinte: - a noção de discriminação racial (art. 3º da Lei nº 134/99); - a proibição de práticas discriminatórias, admitindo-se a intervenção do direito penal e a consagração de penas acessórias (cfr. arts. 4º, 11º e 10º da mesma Lei); - a noção de igualdade de tratamento e de práticas discriminatórias (art. 3º da Lei nº 18/2004); - a intervenção das associações de defesa dos interesses dos imigrantes e dos direitos humanos com a faculdade de constituição como assistente em processo penal, quando estejam em causa crimes *cujas motivações resultem de atitude discriminatória em razão da raça ou de nacionalidade* (art. único da Lei nº 20/96).

A existência deste quadro legislativo complexo, que resulta da aplicação das normas e princípios constitucionais, das normas dispersas por várias leis e das normas estabelecidas na lei de estrangeiros, a que acrescem normas convencionais internacionais de grande relevância, permite concluir que se estabeleceu um verdadeiro estatuto dos cidadãos estrangeiros com a consagração efectiva de um conjunto de direitos.

Em termos do direito penal, o relevo vai para a existência de determinadas regras que permitem defender os seus direitos enquanto potenciais vítimas em resultado da prática de determinados crimes. Mas, por outro lado, deve dar-se importância aos meios processuais de defesa desses direitos e os mecanismos relativos à questão da sua integração nos países em que se encontram, na procura do equilíbrio entre os interesses dos países de acolhimento e os interesses particulares destes cidadãos.

5.2. Referência aos crimes específicos em matéria de estrangeiros

A maneira como o direito penal pretendeu acautelar certos interesses fundamentais dos cidadãos estrangeiros levou a que se criassem crimes específicos, crimes que se encontram tipificados na nossa ordem jurídica no diploma relativo aos estrangeiros. Para além

destes crimes é importante referir o crime de tráfico de pessoas que se encontra previsto no art. 160º do Código Penal, que deu cumprimento à DQ nº 2002/629/JAI, aprovada no Conselho de 19.7.2002, pois este tipo legal de crime pode relevar para a defesa dos direitos dos estrangeiros.

Procurar-se-á analisar cada um destes crimes, dada a importância particular que alguns deles assumem na defesa de certos valores, donde sobressai a tutela dos interesses dos cidadãos estrangeiros que surgem como sujeito passivo, embora dependendo da configuração do bem jurídico protegido em cada um deles ⁵⁴⁻⁵⁵.

Neste contexto, atenta a economia deste trabalho, apenas se fará uma abordagem aos crimes estabelecidos na actual lei portuguesa de estrangeiros, consagração que resulta da existência dos instrumentos legislativos internacionais. Assim sendo, serão feitas referências aos seguintes crimes: A. *Crime de auxílio à imigração ilegal do art. 183º da Lei nº 23/2007*; B. *Crime de angariação de mão-de-obra ilegal do art. 185º da mesma Lei*.

A. No crime de auxílio à imigração ilegal do art. 183º da Lei nº 23/2007 pretendeu-se acautelar os interesses do Estado em regular e controlar os fluxos migratórios. Esta orientação não é uniforme já que se discute qual é, na realidade, o bem jurídico tutelado, a partir da concepção de bem jurídico que se funda nos valores estabelecidos na Constituição.

Assim sendo, defende-se que este tipo de crime visa defender a liberdade, a segurança e a dignidade dos imigrantes, enquanto grupo com interesses específicos, atendendo à situação de especial vulnerabilidade em que se encontram. Mas, para além deste valor, o bem jurídico protegido também parte do interesse geral para que os movimentos migratórios não sejam aproveitados por interesses de grupos, os quais visam obter benefícios, perante a situação particular destes cidadãos no país em que se encontram. Assim sendo, este tipo legal de crime, visa acautelar valores de ordem geral relativos à necessidade da perseguição de grupos que se aproveitam da situação destes cidadãos e valores de ordem individual relativos à garantia dos direitos destes à segurança, liberdade e dignidade ⁵⁶⁻⁵⁷.

A estratégia de punir aqueles que promovem a entrada ilegal é discutível pois há que definir em que termos os factos integradores do

crime estão definidos sob pena de se violar o dever fundamental de solidariedade. A ajuda desinteressada não pode ser criminalizada, sob pena desse poder questionar se tal não violaria o princípio da intervenção mínima em direito penal.

Assim sendo, parece ser plausível em termos de opção legislativa que o crime implique a existência de *favorecimento* ou de *facilitação*. Nos termos da lei portuguesa, a acção típica ela pode revestir no favorecimento (i. e, no apoio ou amparo que se fornece) ou na facilitação (i.e. na possibilidade ou efeito de tornar possível a execução de uma coisa ou de atingir um fim, através da entrada ou passagem). Pensa-se que a norma incriminadora deve ser interpretada de forma ampla, atentos os elementos típicos estabelecidos e a sua redacção, nela se enquadrando todas as condutas que visem a promoção ou favorecimento da entrada ou trânsito em infracção à lei, não apenas a ideia tradicional da perseguição penal da imigração “clandestina”.

Torna-se necessário ter em atenção o disposto no art. 181º da Lei onde se fixam os conceitos a utilizar nas normas incriminadoras, de modo a que estes não sofressem qualquer interpretação restritiva, dada a multiplicidade de conceitos que os fluxos de estrangeiros envolvem. Nesta norma estabelecem-se os requisitos para se definir a situação de *entrada ilegal* e de *permanência ilegal*, através da aplicação de conceitos que resultam desta lei.

Por último, uma breve referência à jurisprudência portuguesa relativa ao crime de auxílio à imigração ilegal. De acordo com a orientação estabelecida no Ac RP de 13.7.05: «*Com esta incriminação protege-se por um lado os trabalhadores portugueses (ou da união europeia) da concorrência da mão-de-obra ilegalmente introduzida no nosso país e protege-se simultaneamente e pelo outro lado o interesse geral do Estado de que aqui não sejam introduzidos trabalhadores ilegais para serem explorados na clandestinidade, sem direitos, sem protecção e com fuga ao fisco e ao cumprimento das obrigações perante a segurança social. É uma norma que visa assegurar alguma regulação, mas principalmente a legalidade da mão-de-obra existente no mercado do trabalho. Preside-lhe a intenção lucrativa – exigência de dolo específico. Executa-se pelo aliciamento ou pela angariação de mão-de-obra de trabalhadores estrangeiros sem autorização de residência, permanência ou visto de*

trabalho. O escopo tem de ser a introdução dessa mão-de-obra no mercado do trabalho» (texto disponível em www.dgsi.pt).

B. No que respeita ao crime de angariação de mão-de-obra ilegal previsto no art. 185º da mesma Lei, pune-se o emprego de trabalhadores estrangeiros extra-comunitários sem “*autorização de residência ou visto que habilite o exercício de uma actividade profissional*”. Do exposto na norma incriminatória, verifica-se que esta visa acautelar os interesses e direitos laborais desses trabalhadores, que são colocados em causa por via das condutas aí descritas e que radicam na existência de “*intenção lucrativa*” e no “*aliciamento*” ou “*angariação*”.

O bem jurídico protegido relaciona-se com os direitos laborais dos trabalhadores, existindo interesses colectivos protegidos que resultam do âmbito da norma, os quais visam proteger o direito dos cidadãos em geral no acesso ao trabalho⁵⁸. Mas, por outro lado, a norma incriminatória visa a perseguição dos empregadores sem escrúpulos que pretendem obter proventos em resultado da situação de carência económica em que se encontram os trabalhadores referidos. Assim, esta tipo legal de crime, procura evitar que se explore economicamente a precariedade destes trabalhadores, existindo por isso também um bem jurídico de natureza individual⁵⁹.

Neste contexto, por um lado, considerando as condições em que os cidadãos estrangeiros prestam o trabalho considera-se que a norma incriminadora visa acautelar vários interesses relevantes, interesses de natureza colectiva que se impõem para que a prestação de trabalho ocorra dentro das regras gerais aplicáveis e, por outro lado, e interesses de natureza individual que advém da especial situação de precariedade e exploração em que estes sector particular de trabalhadores se encontra⁶⁰.

Por último, uma breve referência à jurisprudência portuguesa relativa ao crime de angariação de mão-de-obra ilegal. De acordo com a orientação estabelecida no Ac. RC de 11.10.03, em face da anterior norma que tipificava este crime (art. 136º-A do DL nº 244/98) veio a considerar-se que se tutela uma finalidade específica “*a introdução no mercado de trabalho*”, defendendo que entre este crime e o crime de auxílio à imigração ilegal existe uma situação de concurso aparente, em virtude do agente “*pretender com a entrada ilegal das cidadãs*

estrangeiras ... obter lucro com a actividade que desenvolveriam” (in Colectânea de Jurisprudência (CJ), t. 3, p. 47-48).

Na economia deste trabalho é muito importante uma análise da jurisprudência que se tem pronunciado sobre vários institutos relevantes em termos do direito penal dos estrangeiros, cuja análise integrada e sistematizada se procurará realizar de seguida, procurando estabelecer relações entre o decidido pelos vários tribunais nacionais e europeus.

6. Análise da jurisprudência

6.1. Intercâmbio de jurisprudências

Os tribunais nacionais e os tribunais europeus têm-se pronunciado sobre os aspectos mais importantes que se suscitam em matéria penal e que advêm dos fluxos de cidadãos estrangeiros, em particular após a consagração da liberdade de circulação de pessoas no âmbito do espaço da U.E..

Importa fazer uma referência às decisões mais importantes destas várias instâncias, com relevância para o tema proposto, de molde a que se possam extrair conclusões sobre a importância da jurisprudência na formulação de princípios fundamentais nesta matéria. Por outro lado, procurar-se-á analisar de forma relacionada a jurisprudência nacional proferida pelos tribunais comuns das instâncias superiores e pelo Tribunal Constitucional com a jurisprudência das instâncias europeias relevantes, de molde a se concluir pela verificação do intercâmbio de decisões e pela influência recíproca que se estabelece⁶¹⁻⁶².

A problemática respeitante à conjugação entre a jurisprudência dos tribunais da U.E. e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) não será abordada na análise que se segue, por ser matéria que não se relaciona directamente com o âmbito deste trabalho⁶³.

O Tribunal de Justiça (TJCE) tem desenvolvido um papel muito relevante na forma como o direito penal europeu se tem vindo a construir, com respeito pelos princípios fundamentais que vigoram na U.E., em resultado da interpretação e da aplicação de vários instrumentos legislativos. O papel deste Tribunal tem vindo a aumentar dadas as implicações das suas decisões nas ordens nacionais, em particular em termos de salvaguarda dos direitos fundamentais, o que se

repercute nas matérias penais relacionadas com o tratamento dos estrangeiros e com a defesa dos seus direitos.

Poderá ainda suscitar-se a questão fundamental como se poderão articular as decisões das várias instâncias europeias em causa, o que advém do facto do TJCE começar a assumir um papel importante na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos da U.E., que inicialmente que não havia assumido, dada a inexistência de instrumentos jurídicos que tivessem criado regras comuns da tutela dos direitos fundamentais a partir do disposto no art. 6º do TUE (Tratado da União Europeia).

Por último, é muito importante referir a forma como a jurisprudência do TEDH têm influenciado a jurisprudência do TJCE. Por todos, veja-se o decidido no processo nº C-229/05, relativo à organização curda conhecida como PKK, onde por acórdão de 18.1.07, começa por fazer-se um enquadramento do problema de acordo com o quadro jurídico relevante: arts. 6º (direito a um processo equitativo), 13º (direito a um recurso efectivo) e 34º da CEDH (petições individuais); na parte decisória reafirma-se o que resulta do disposto no art. 6º, nº 2 do TUE que estabelece que a *“União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”*; ressalta-se a maneira como o TEDH tem interpretado o disposto no art. 34º da CEDH que confere a possibilidade de qualquer pessoa singular que se considere vítima de violação apresentar a sua petição, considerando-se vítima na acepção deste artigo um recorrente que se afirme lesado de uma violação da CEDH. Considera-se ser muito importante o expresso no mesmo acórdão quando se referiu: *“... a Comunidade Europeia é uma comunidade de direito em que as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da comunidade dos seus actos com o Tratado CE e com os princípios gerais do direito, onde se incluem os direitos fundamentais. Portanto, os particulares devem poder beneficiar de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos que lhe confere a ordem jurídica comunitária, sendo o direito a esta tutela parte dos princípios gerais de direito que resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Este direito é igualmente consagrado nos arts. 6º e 13º da CEDH”*.

Na análise de toda a jurisprudência relativa aos aspectos penais que advém da situação em que se encontram os estrangeiros optou-se por fazer, em primeiro lugar, uma abordagem da jurisprudência nacional, de molde a fixar-se o campo de questões que se debatem. A partir desta relacionar-se o sentido das orientações adoptadas com a jurisprudência das instâncias europeias, com a nota da eventual preponderância desta sobre aquela, em determinados campos.

6.1. Jurisprudência dos tribunais nacionais

Na referência à jurisprudência dos tribunais nacionais apenas se dará conta da mais relevante em termos do direito penal, já que a relativa a outras matérias com importância para o tema foram sendo abordadas ao longo do trabalho e a propósito do enquadramento da matéria. Haverá que procurar as linhas de força que a nossa jurisprudência tem vindo a trilhar e a forma conjugada como tem sido elaborada, através da sistematização dos temas apreciados.

1. O Supremo Tribunal de Justiça tem proferido várias decisões muito relevantes relacionadas com aspectos do chamado direito penal dos estrangeiros, referindo-se de seguida as mais importantes relacionadas com a forma como o sistema penal tem aplicado os institutos relativos a este tipo de criminalidade.

As principais decisões relacionadas com o tema, para além das já anteriormente referidas antes, são as relativas à necessidade da culpa do agente no que tange à pena de expulsão, à aplicação do princípio da proporcionalidade relativamente à expulsão, à consideração da situação familiar do estrangeiro a expulsar e à proibição de aplicação automática da expulsão.

A pena acessória de expulsão suscitada questões muito importantes, podendo sistematizar-se as mesmas em torno dos seguintes problemas: 1) *Critérios para a sua aplicação*; 2) *Apreciação da situação de facto onde se baseia*; 3) *Consideração da situação familiar do estrangeiro e aplicação do regime geral*; 4) *Impossibilidade de aplicação automática da pena acessória de expulsão*; 5) *Necessidade de factos articulados na acusação ou pronúncia tendentes à aplicação da pena acessória*. Passemos em revista as principais decisões do STJ em matéria de expulsão de estrangeiros. A jurisprudência citada é aquela que se entendeu como a mais relevante e exprime as grandes

linhas de orientação, independentemente da evolução legislativa verificada.

1) A jurisprudência tem vindo pronunciar-se sobre a verificação de determinados princípios necessários para a aplicação da pena acessória de expulsão. Assim, a saber: necessidade de critérios de ponderação, razoabilidade, necessidade, adequação e proporcionalidade (cfr. Ac. STJ 6.9.06, in CJ STJ t.3, p. 179, de 27.9.06 e de 14.5.03, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, 16.1.08, CJ STJ t. 1, 198). No Ac. STJ de 6.9.06 veio a decidir-se que “a expulsão de estrangeiros deve ser decretada quando for imposta por necessidades sociais imperiosas, que sobrelevem os interesses individuais do arguido”. Neste acórdão para fundamentar esta conclusão invoca-se o disposto nos arts. 3º e 8º da CEDH, bem como a jurisprudência do TEDH donde resulta esta orientação. É importante a conclusão que se formula sobre esta matéria, a qual veio estabelecer uma série de princípios relativos aos fundamentos da expulsão, nos seguintes termos: *«A decisão de expulsão, que constitui uma ingerência na vida expulsa, pressupõe, pois, sempre uma avaliação de justo equilíbrio, de razoabilidade, de proporcionalidade, de fair balance entre o interesse público, a necessidade de ingerência e a prossecução das finalidades referidas no art. 8º, nº 2 da Convenção Europeia, e os direitos do indivíduo contra ingerências das autoridades públicas na sua vida e nas relações familiares, que podem sofrer uma séria afectação com a expulsão, especialmente quando a intensidade da permanência no país de residência corta as raízes ou enfraquece os laços com o país de origem»*.

2) A pena acessória de expulsão tem de basear-se em factos, que permitam concluir pelo preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei. Na verdade, como se decidiu no Ac. STJ de 17.3.99: *«Deve raciocinar-se, sob pena de se haverem por desnecessárias do ponto de vista da prevenção especial de reintegração, que as sanções penais levam em si a presunção de que o condenado se irá comportar conformemente ao direito quando em liberdade, pois que tal presunção preenche precisamente um dos fins das penas, (artigo 40, n. 1, do C. Penal); -- A prática de um crime de tráfico não é pressuposto formal e material suficiente para acarretar pena de expulsão, com o sentido de que se mais nada se provar em favor do agente ela tenha*

necessariamente de ser decretada; como pena que é, a expulsão tem de assentar em factos que, para além dos pertinentes ao crime em si, fundamentem um juízo de exclusão do território nacional (cfr. artigo 34, n. 1, do DL 15/93, de 22 de Janeiro)» (sumário disponível em www.dgsi.pt);

3) A relevância da situação familiar do estrangeiro a expulsar também foi abordada em várias decisões, em especial considerou-se que se deveria atentar na existência de filhos menores que vivem em Portugal ou tenham a nacionalidade nacional. No Ac. STJ de 8.1.98, embora tirado em legislação anterior, decidiu que se deve assegurar a situação familiar dos estrangeiros, nomeadamente a existência da família destes e o direito de cidadania dos filhos do estrangeiro. No mesmo sentido veja-se o Ac. STJ de 8.6.06 que deu relevância à existência de filhos menores que viviam com o estrangeiro (in CJ, t. 2, p. 211)

4) No que respeita à aplicação automática da pena de expulsão, mesmo que tal esteja consagrado para certos tipos de crime, a jurisprudência do STJ é pacífica, em face do estabelecido no art. 30º, nº 4 da CRP e art. 65º, nº 1 do Código Penal, bem como em face da jurisprudência do TC sobre os requisitos de aplicação das penas acessórias e considerando a forma como o STJ também veio a ... Veja-se por todos o Ac. do STJ de 28.5.08, onde se veio a decidir: «O disposto no art. 30.º, n.º 4, da CRP, segundo o qual «nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos», princípio recolhido fielmente pelo legislador ordinário no art. 65.º, n.º 1, do CP, impede uma aplicação automática, meramente ope legis, relativamente a efeitos penais da condenação ou penas acessórias – neste sentido se pronunciaram, v.g., os Acs. do TC n.ºs 282/86, 284/89, 288/94 e 41/95 (in, respectivamente, DR, Série I, de 11-11-1986, DR, Série II, Suplemento, de 22-06-1989, DR, Série II, de 17-06-1994, e DR, Série II, de 27-04-1995).II – Esta orientação foi acolhida pelo STJ no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 14/96, de 07-11-1996 (in DR, Série I-A, n.º 275, de 27-11-1996, e BMJ 461.º/54), firmado a propósito da pena acessória de expulsão de estrangeiros, então prevista no art. 34.º, n.º 2, do DL 430/83, de 13-12, defendendo-se que a expulsão não podia ser decretada automaticamente, funcionando ope legis, ou como consequência necessária da condenação, antes devendo ser

obrigatoriamente fundamentada e justificada, aí se ponderando que a proibição dos efeitos decorrentes da aplicação automática, seja na sequência da imposição de uma certa pena, seja na de condenação por certos crimes, não obstante a que a lei os preveja «com o conteúdo possível da condenação por determinado crime ou simples consequência, também possível, de uma pena», parte da premissa de que a sua ocorrência em cada caso concreto tenha como pressuposto a apreciação judicial de que, in casu, se mostram adequados e justificados pelas circunstâncias do crime» (disponível em www.dgsi.pt).

5) O STJ também tem abordado a necessidade de existirem factos articulados na acusação que fundamentem o pedido de expulsão, de modo a que esta pena acessória possa ser aplicada. Esta orientação tem sido assumida em várias decisões sobre esta matéria, considerando-se que não pode ser decretada esta pena desde que estes factos onde se baseia a expulsão não constem da acusação ou pronúncia não consta qualquer referência à mesma, designadamente normativa – Ac. STJ de 29.9.91, in CJ, t.4, p. 31; de 9.4.97 disponível em www.gddc.pt; de 16.1.02, sumário disponível em www.dgsi.pt; 22.3.06 e 26.3.08, disponível em www.dgsi.pt. Neste último considerou-se: «No caso vertente verifica-se que o pressuposto relativo à irregularidade da situação do recorrente não consta da acusação deduzida sendo certo que obteve consagração no elenco dos factos considerados provados. Sendo assim sempre se poderá afirmar que em relação a tal pressuposto não assistiu ao requerente a possibilidade de exercício do contraditório. Tal princípio, inquestionável na sua dignidade constitucional (artigo 20º da Constituição da República) - tem subjacente uma concepção inerente ao princípio de audiência, consubstanciando a oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo.--O requerente não teve a possibilidade de contraditar facto em relação ao qual nem sequer foi confrontado em termos de libelo acusatório. Configura-se, assim, uma situação análoga àquelas em relação à qual este Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou plurimas vezes, considerando que existe uma patologia consubstanciada na nulidade referida no artigo 379 nº 1 alínea b) do Código de Processo Penal pois foi proferida uma condenação em pena acessória por factos diversos dos descritos na acusação e fora dos

casos previstos nos artigos 358 e 359 do diploma citado. Consequentemente, não pode nem deve ser decretada a medida judicial de expulsão.».

2. O Tribunal Constitucional também já pronunciou em vários arestos sobre as questões relevantes que a situação dos estrangeiros representa, em função das regras vigentes na nossa ordem jurídica, a partir dos princípios estabelecidos no nosso texto constitucional. Na verdade, a temática da expulsão como consequência de uma condenação penal, foi alvo de várias decisões por parte do Tribunal Constitucional.

Neste contexto, vejamos a jurisprudência mais relevante, ou seja, no que tange à forma como o direito penal deve adequar os seus princípios à realidade dos estrangeiros, em particular aos princípios que deverão nortear a sua expulsão, quando se verifique a prática de um crime ou quando releve a situação irregular para a intervenção judicial.

Uma primeira referência ao Acórdão nº 232/2004, de 31.3.04, que assume particular relevância por se ter decidido pela inconstitucionalidade de determinadas normas, fazendo-se menção à jurisprudência anterior e ao papel da jurisprudência do TEDH em questões dos estrangeiros. Embora centrado nos problemas resultantes da situação familiar dos estrangeiros a expulsar, faz um enquadramento muito importante dos aspectos que a situação dos estrangeiros envolvem em termos dos princípios resultantes do texto constitucional. Neste acórdão, veio a referir-se expressamente à necessidade do princípio da proporcionalidade na aplicação da expulsão, na senda da jurisprudência do TEDH sobre esta matéria, dando relevo ao facto do estrangeiro ter a seu “cargos filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional”.

Este acórdão veio culminar uma certa orientação do TC relativa à forma como os princípios constitucionais em matéria dos direitos dos estrangeiros se aplicavam. Estas decisões tem grande relevância já que vêm conformar as decisões judiciais em matéria penal, em particular na forma ponderada e adequada que deveria ser aplicada a expulsão, como medida principal para enfrentar a situação dos estrangeiros irregulares e, eventualmente, da forma como esta medida se impunha aos estrangeiros que tenham praticado certos tipos de crimes.

De seguida, dar-se-á conta dos acórdãos do TC com maior importância nesta matéria.

No Acórdão nº 359/93, de 25.5.93, veio a estabelecer-se a necessidade da verificação da culpa do agente, já que as características da pena acessória estão “ligadas ao facto praticado e à culpa do agente, dotadas de uma moldura penal específica e permitindo assim a tarefa judicial de determinação da sua medida concreta em cada caso”.

No Acórdão nº 181/97, de 5.3.97, veio a julgar-se “inconstitucional a norma constante do artigo 34º, nº 1, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, enquanto aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 33º, nº 1 e 36º, nº 6, da Constituição”.

No Acórdão nº 470/99, de 14.7.99, veio a considerar-se a necessidade de se ponderar o “interesse na conservação da unidade familiar” na aplicação da expulsão.

Por último, no Acórdão nº 577/94, de 26.10.94, veio a declarar-se a inconstitucionalidade de norma que previa a aplicação automática da pena acessória de expulsão a estrangeiro condenado por crime doloso a que tenha sido aplicada certa pena de prisão. Neste mesmo sentido veja-se o acórdão nº 442/93, de 14.7.93, publicado no DR 2ª S de 19.1.94.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa à situação dos estrangeiros, ponderando os interesses em jogo e as regras constantes do texto constitucional, bem como as regras resultantes de instrumentos internacionais, veio estabelecer um conjunto de princípios fundamentais que se impõem na nossa ordem jurídica e com influência na aplicação das regras relativas ao direito penal.

Estes princípios fundamentais permitiram estabelecer critérios orientadores sobre os termos em que o direito penal deveria orientar a sua intervenção em matéria de estrangeiros, conjugando os princípios constitucionais aplicáveis com a regras legais, assim se conseguindo um equilíbrio de valores que impediu uma abordagem “autoritária” deste tema.

6.2. Jurisprudência dos tribunais europeus

1. Pela sua importância deve referir-se a jurisprudência do TEDH já que a mesma tem vindo a ter implicações nas jurisprudências nacionais, através de decisões que se impõem na ordem jurídica interna, com as consequências que daí advém em termos da efectiva tutela dos direitos constitucionais consagrados. A importância desta jurisprudência é que a mesma resulta do exercício do direito de queixa dos cidadãos individualmente considerados contra os Estados⁶⁴, obtendo desta forma decisões em instância internacional que se impõem às demais nacionais.

Esta forma de enquadrar as decisões do TEDH é de grande relevo para o tema em apreço, já que uma visão estrita da legislação nacional ou da jurisprudência de certo Estado não é suficiente para uma cabal análise de todas as questões que se suscitam, mesmo quando estão em causa matérias de natureza penal. Na verdade, mesmo relativamente a estas, não obstante a existência de ordens jurídicas nacionais, a jurisprudência do TEDH tem vindo a influenciar as decisões proferidas pelas instâncias nacionais, em casos concretos em matéria penal, envolvendo até a “reinterpretação dos factos”. A perda de soberania das jurisdições superiores do Estado pela submissão a um controlo posterior pode gerar tensões e resistências, especialmente nos casos em que o TEDH faz uma leitura muito cerrada da margem de apreciação nacional, pouco ou nada deixando às instâncias nacionais nas definições concretizadas de algumas categorias convencionais⁶⁵.

A evolução verificada nesta matéria levou à aprovação da Recomendação R (2000), de 19.1.2000, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, instrumento que encorajou os Estados a prever a possibilidade de reabertura dos processos “nos casos em que o TEDH declare a existência de uma violação da Convenção”, procurando-se desta forma criar mecanismos tendentes à reparação do direito afectado através do reconhecimento da sua existência por decisão daquele Tribunal, mecanismos que poderão passar pela reabertura ou reexame do caso. Esta recomendação veio a estar na base do disposto no art. 449º, nº1, al. g) do Código de Processo Penal, cuja redacção foi introduzida pela L. nº 48/2007, de 29/8, veio a estabelecer a admissibilidade da *revisão da decisão penal* quando “*Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça*”.

A jurisprudência do TEDH tem seguido a orientação de que os Estados têm o direito de expulsar os estrangeiros, em várias decisões proferidas sobre a matéria⁶⁶. Por outro lado estabeleceu a orientação que o direito dos Estados a regularem a entrada e a permanência dos estrangeiros deve ser exercido de acordo com os princípios da Convenção. Finalmente deve salientar-se que, embora a expulsão seja uma faculdade do Estado, impõe-se que esteja salvaguardado que o cidadão não corra o risco de vir a sofrer no seu país tratamentos cruéis e degradantes, o que impõe que se considere e analise a situação política que se vive no mesmo, o que já motivou decisão pelo TEDH (cf. art. 3º da CEDH).

Noutro âmbito, a jurisprudência do TEDH também tem firmado o entendimento de que *“quando o estrangeiro não tem quaisquer ligações com o seu país de origem não deve, em princípio, ser aplicada a pena de expulsão”*, que deverá ocorrer em *“circunstâncias excepcionais”*⁶⁷.

Por último, a jurisprudência do TEDH veio estabelecer o critério da “proporcionalidade”, na procura entre o equilíbrio entre a vida familiar do estrangeiro e os interesses gerais relativos à chamada “ordem pública”, exigindo-se uma “necessidade social imperiosa” ou “proporcionada ao fim legítimo prosseguido” na aplicação da expulsão do estrangeiro que tenha vida familiar no país onde se encontra (cfr. art. 8º da CEDH).

Em face da jurisprudência referida, proferida pelo TEDH, resulta que os estrangeiros podem recorrer a este tribunal para defender os seus interesses e direitos que poderão ser acautelados de acordo com a sua situação em concreto, relativa à sua situação familiar e aos eventuais laços que permitam estabelecer algum vínculo com o país onde se encontram, podendo invocar o disposto nos arts. 3º e 8º da CEDH para tal efeito, em virtude da evolução verificada na interpretação destas normas pelo referido Tribunal.

2. A existência do direito comunitário⁶⁸ e o papel da jurisprudência das instâncias judiciais da U.E. permitiram o estabelecimento de princípios gerais em matéria de direitos fundamentais, com reflexos na matéria relativa aos estrangeiros. O direito comunitário impôs-se através da criação de regras jurídicas próprias, mas fundamentalmente através da jurisprudência constitucional proferida pelo TJCE com o estabelecimento de princípios

gerais comuns e com o aprofundamento das normas de defesa dos direitos fundamentais⁶⁹.

A jurisprudência do TJCE tem-se pronunciado sobre várias questões relevantes e relacionadas com a situação dos estrangeiros do ponto de vista penal, referindo-se as decisões mais importantes. Estas decisões relevam para a compreensão dos princípios fundamentais a seguir, não obstante a livre circulação de pessoas que vigora no espaço da U.E.

No que respeita à medida ou pena de expulsão, considera-se que a mesma *«só pode ser aplicada quando exista uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade e que a existência de uma condenação penal tem apenas por efeito poder constituir um pressuposto para a adopção de medidas de ordem pública e de segurança como a expulsão quando as circunstâncias que deram lugar à condenação ponham em relevo a existência de um comportamento pessoal que constitua uma ameaça actual para a ordem pública»*⁷⁰.

Embora se distinga entre cidadãos comunitários e extra-comunitários, no acórdão C-503/03, de 31.1.2006, veio a estabelecer-se que o direito dos nacionais de um Estado-Membro de entrar e de residir no território de outro Estado-Membro não é incondicional. Dentro dos limites previstos ou autorizados pelo direito comunitário, o artigo 2.º da Directiva 64/221 permite aos Estados-Membros proibir a nacionais de outros Estados-Membros a entrada no seu território, por razões de ordem pública ou de segurança pública.

O acórdão mais importante sobre esta matéria é o que foi proferido em 24.4.04, no âmbito dos processos nºs C-482/01 e C-493/0, onde se decidiu o seguinte: *«Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio definir quais as disposições do direito comunitário, para além do artigo 18.º, n.º 1, CE, que um cidadão de um Estado-Membro como R. Oliveri pode, eventualmente, invocar nas circunstâncias do litígio que deu lugar ao processo C-493/01. A este respeito, incumbe-lhe, em particular, verificar se o interessado está abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 39.º CE, na qualidade de trabalhador ou como qualquer outra pessoa que possa beneficiar, ao abrigo das disposições do direito derivado adoptadas nos termos deste artigo, da livre*

circulação, ou se pode invocar outras disposições do direito comunitário, como a Directiva 90/364/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência, ou o artigo 49.º CE que se aplica, designadamente, aos destinatários de serviços. -- O artigo 3.º da Directiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, opõe-se a uma legislação nacional que força as autoridades a expulsar do território cidadãos de outros Estados-Membros que foram condenados a uma pena para menores no mínimo de dois anos ou a uma pena por crime intencional prevista na lei sobre os estupefacientes, na medida em que a execução da pena não tenha sido suspensa. --O artigo 3.º da Directiva 64/221 opõe-se a uma prática nacional segundo a qual os órgãos jurisdicionais nacionais não são obrigados a tomar em consideração, ao verificar a legalidade da expulsão determinada a um cidadão de outro Estado-Membro, os elementos de facto ocorridos após a última decisão das autoridades competentes que possam implicar o desaparecimento ou a diminuição significativa da ameaça actual que constitui, para a ordem pública, o comportamento da pessoa em causa. É esse o caso sobretudo se decorrer um longo prazo entre a data da decisão de expulsão, por um lado, e a data da apreciação desta decisão pelo órgão jurisdicional competente, por outro.--Os artigos 39.º CE e 3.º da Directiva 64/221 opõem-se a uma legislação ou uma prática nacional segundo a qual a expulsão do território de um cidadão de outro Estado-Membro que foi condenado a uma determinada pena por delitos específicos é proferida, apesar de se terem em conta considerações de ordem familiar, baseando-se na presunção de que este deve ser expulso, sem que seja devidamente tido em conta o seu comportamento pessoal nem o perigo que representa para ordem pública. --O artigo 39.º CE e a Directiva 64/221 não se opõem à expulsão de um cidadão de um Estado-Membro que foi condenado a uma determinada pena por delitos específicos e que, por um lado, constitui uma ameaça actual para a ordem pública e, por outro, residiu vários anos no Estado-Membro de acolhimento e pode invocar circunstâncias de ordem familiar contra a referida expulsão, desde que a apreciação efectuada caso a caso pelas autoridades nacionais da questão de saber onde se situa o justo equilíbrio entre os interesses

legítimos em presença seja feita de acordo com os princípios gerais do direito comunitário e, designadamente, tendo devidamente em conta o respeito dos direitos fundamentais, como a protecção da vida familiar. --O artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 64/221 opõe-se a uma disposição de um Estado-Membro que não prevê um processo de oposição nem um recurso, que abranja também um exame da oportunidade, contra uma decisão de expulsão de um cidadão de outro Estado-Membro tomada por uma autoridade administrativa, quando não foi criada uma autoridade independente dessa administração. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se os órgãos jurisdicionais como os Verwaltungsgerichte estão em posição de examinar a oportunidade das medidas de expulsão».

A jurisprudência do TJCE embora não seja abundante relativamente à temática dos estrangeiros, em particular quanto aos estrangeiros extra-comunitários, já que estes em regra não recorrem a esta instância judicial, permitiu estabelecer alguns princípios que acautelam os interesses dos estrangeiros. Estes princípios procuram conciliar a livre circulação de pessoas com os interesses de cada Estado-membro nesta matéria. Os princípios que resultam destas decisões são os seguintes: - existência de razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública para a expulsão; - existência de actualidade desta ameaça; - ponderação da situação familiar da pessoa a expulsar; - intervenção da autoridade judiciária competente para verificar da legalidade da expulsão.

7. Conclusões

Ao longo deste trabalho procurou analisar-se os aspectos mais relevantes relativamente à forma como o direito penal tem norteado a sua intervenção em matéria de estrangeiros, em particular considerou-se a situação dos cidadãos estrangeiros que afluem aos países da Europa que integram a U.E. e das implicações daqui decorrentes em termos penais.

As bases teóricas para a eventual existência de um direito penal dos estrangeiros estão lançadas a partir da forma como os Estados têm reagido a esta problemática, criando regras penais próprias para enfrentar a situação decorrente dos fluxos migratórios que afluem aos países europeus. Na fundamentação para a autonomia de um direito

penal dos estrangeiros pode invocar-se a existência da especificidade do seu objectivo, por estarem em causa aspectos que se relacionam com a soberania territorial dos Estados relativamente ao controle das entradas dos cidadãos estrangeiros, o que implicará a necessidade do tratamento diferenciado em matéria penal com a aplicação de regras específicas relacionadas com a política de afastamento.

Mas, para além destas especificidades do tratamento penal da matéria que implicam a criação de regimes algo distintos, com a existência de normas processuais e administrativas próprias, surgem outros problemas que definem a existência de um subsistema penal. Os problemas mais relevantes, os quais se procuraram abordar acima, giram em torno das seguintes questões: 1) a necessidade da salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos estrangeiros, dos seus direitos de cidadania, que será sempre o limite do tratamento penal e que deverá pautar-se por critérios de legalidade e de proporcionalidade; 2) o eventual diferente tratamento dos cidadãos estrangeiros no âmbito do direito penal, o qual ressalta desde logo do estatuto destes cidadãos consagrado nos textos constitucionais, não pode significar um tratamento desigual no sentido da diminuição de direitos consagrados aos cidadãos dos países em que se encontram; 3) as medidas administrativas relacionadas com os procedimentos de expulsão e de internamento para a expulsão devem respeitar os princípios fundamentais dos Estados de Direito; 4) as penas acessórias de expulsão aplicadas em sede de processo criminal devem respeitar os mesmos critérios seguidos para se encontrar a pena principal; 5) a salvaguarda efectiva dos direitos dos cidadãos estrangeiros no sistema penal impõe ainda que se criem efectivos mecanismos da sua efectivação, dada a especial situação em que se encontram, decorrente do afastamento familiar, da dificuldade na aprendizagem da língua e da difícil inserção sócio-laboral.

O aspecto mais relevante é a procura dos fundamentos da intervenção do direito penal em determinados domínios da vida social, suscitando debate na doutrina, em virtude dos princípios⁷¹ que justificam a sua intervenção serem questionados, dado que o direito penal só deve intervir como “ultima ratio”, quando estão em causa determinados bens jurídicos fundamentais, em virtude da aplicação do princípio da intervenção mínima.

Estes princípios do direito penal implicam que se possa questionar a intervenção do direito penal em matéria de estrangeiros, pois os fundamentos da intervenção resultam, muitas vezes, da necessidade de salvaguardar a segurança interna⁷², que será colocada em causa pelo afluxo e a presença de cidadãos estrangeiros, que impunham a adopção de medidas distintas. Estas medidas levaram a que se criassem novos ilícitos criminais, novas medidas limitativas da liberdade de circulação e de movimentação e a adopção da pena de afastamento dos territórios de certos Estados. A tudo isto acresce a situação de terem sido criados instrumentos legislativos no âmbito da U. E., em matéria penal, que procuraram harmonizar as legislações nacionais em termos de se definir uma estratégia comum para enfrentar o afluxo de estrangeiros e a criminalidade que a eles possa estar associada.

Os fundamentos para a intervenção do direito penal são fruto da própria expansão do direito penal clássico, em face dos novos perigos que advém de um certo progresso social, de uma certa massificação de procedimentos e da forma como os movimentos de pessoas e de bens se realizam. A existência de movimentos ilegais de pessoas levou à necessidade da sua intervenção, por não estar apenas em causa uma só pessoa, mas por existirem verdadeiras organizações que utilizam os cidadãos estrangeiros para um conjunto de actividades criminosas. Estes métodos organizados envolvem toda uma multiplicidade de fenómenos criminais que impõem forte reacção dos Estados, a saber: situação de intimidação e de exploração dos estrangeiros; situação de aproveitamento da sua não integração social; e situação de perpetuação de mecanismos de ilegalidade. Mas, não obstante, as finalidades da política criminal que visam a efectiva perseguição destas organizações, muitas vezes a intervenção penal realiza-se apenas relativamente ao cidadão estrangeiro que, em consequência da sua situação, pratica determinados crimes, sem uma visão de conjunto do fenómeno.

O direito penal tem vindo a ser utilizado relativamente à situação dos estrangeiros, sem que se tenham articulado outros instrumentos de controle social e sem se considerar que os movimentos migratórios advém de causas estruturais profundas, relacionadas com a situação económica e social que motiva estes movimentos, em função de fenómenos como a globalização⁷³⁻⁷⁴. Aliás, o direito penal como

instrumento de controle social implica que se amplie o seu campo de intervenção a condutas donde possam resultar a lesão de bens jurídicos relevantes. Mas este alargamento da intervenção do direito penal suscitou o debate sobre o papel do direito penal nos problemas de marginalidade e da exclusão social, onde a situação dos estrangeiros se enquadra.

As opções adoptadas pelos poderes públicos resultam muito do discurso que se assume perante este fenómeno e das implicações em termos das opções que se adoptam em matéria de estrangeiros, com reflexos no tratamento penal, devendo particularmente salientar-se o seguinte: 1) a existência de um discurso pouco claro relativamente à integração dos estrangeiros que, no fundo, revela uma lógica de exclusão; 2) discurso sobre a necessidade da adopção de medidas de natureza penal para enfrentar a realidade dos estrangeiros, discurso pouco claro e com referência a medidas de natureza preventiva; 3) as opções legislativas nesta matéria em termos penais também são discutíveis já que se criou um regime próprio, de difícil interpretação e aplicação.

As matérias que integram o chamado direito penal dos estrangeiros envolvem questões dogmáticas muito relevantes e actuais, que suscitam debate sobre as opções adoptadas ou a adoptar pelo legislador. A amplitude das matérias em causa permitiu fazer uma análise integrada desses problemas centrados em torno de três grandes grupos: - os fundamentos da intervenção do direito penal; - a influência dos instrumentos jurídicos internacionais na legislação de cada Estado; - a interdependência das instâncias judiciais europeias constitucionais e nacionais na jurisprudência a adoptar. Assim, as matérias penais que envolvem a situação dos estrangeiros e a sua conjugação com a tutela dos direitos fundamentais e com o conceito de cidadania, bem como a consagração de meios penais para a salvaguarda dos seus direitos, tornaram-se num núcleo muito importante nas ordens jurídicas de cada Estado.

A partir destes elementos pode pensar-se na construção dogmática de um direito penal dos estrangeiros que englobará todas estas matérias, sem esquecer os aspectos processuais de defesa dos seus direitos que começam a assumir grande relevância, em particular considerando o estatuto dos estrangeiros que urge edificar de forma

estruturada a partir da situação em concreto em que se encontram estes cidadãos, estatuto que deverá sistematizar um conjunto de princípios jurídicos fundamentais que ultrapassam o âmbito do direito penal.

No que respeita aos instrumentos jurídicos adoptados nota-se a importância da legislação proveniente dos competentes órgãos da U.E. que vieram, de forma paulatina, a elaborar um conjunto de regras que impuseram as linhas de orientação para cada um dos Estados-membros, no sentido de que a legislação de cada um deles fosse a mais adequada considerando as questões de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que a entrada e a permanência dessas pessoas envolviam. A adopção da medida ou pena de expulsão como um dos meios para enfrentar os fluxos migratórios veio permitir o debate sobre a forma como a defesa dos direitos fundamentais estava assegurada durante o período em que os estrangeiros viam limitados os seus direitos e até à concretização da mesma ou sobre os fundamentos para utilização da pena acessória, considerando o grau de integração social, familiar ou laboral que os estrangeiros a expulsar já poderiam deter nos países de acolhimento.

O último fundamento da existência de um verdadeiro direito penal dos estrangeiros resulta dos princípios fundamentais que a jurisprudência das várias instâncias europeias e nacionais têm construído, princípios que resultam do acervo das regras consagradas em instrumentos jurídicos de natureza convencional e dos princípios constitucionais aceites em termos de direitos fundamentais no âmbito da U.E.. Estes princípios subdividem-se em duas grandes áreas temáticas, a saber: 1) meios de reacção criminal específicos em matéria dos crimes praticados por estrangeiros; 2) meios de tutela penal próprios para estrangeiros que são afectados nos seus direitos fundamentais através de condutas com relevância criminal. No entanto, o núcleo fundamental desta jurisprudência tem por base o meio de reacção penal adoptado pelas várias legislações para enfrentar os estrangeiros, a saber: a *expulsão*. A expulsão tornou-se o meio mais utilizado para enfrentar a situação destes cidadãos, mas a jurisprudência criou um verdadeiro conjunto de princípios na aplicação deste instituto, em particular os seguintes: proporcionalidade; adequação; razoabilidade, ponderação e necessidade.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALAGOAS, n. 24, p.61-116, jan./jul. 2011.

DILEMAS E PROBLEMÁTICA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Karla Padilha

Promotora de Justiça/AL. Mestre em Direito Público (UFPE). Autora do livro: “Corrupção, Dinheiro Público e Sigilo Bancário”, Ed. Núria Fabris.

SUMÁRIO

1. Fundamentação Legal. 2. Abrangência de atribuições. 3. O *status* da Polícia em face do Órgão Ministerial e suas peculiaridades. 4. Extensão e peculiaridades de tal controle pelo MP. 5. A realidade de Alagoas e as resistências corporativas a tal controle. 6. Aspectos jurídicos que norteiam o tema e a justificativa do controle externo, no mundo dos fatos.

POLÍCIA (Titãs/Compositor: Tony Bellotto)

*Dizem que ela existe pra ajudar
Dizem que ela existe pra proteger
Eu sei que ela pode te parar
Eu sei que ela pode te prender
Polícia para quem precisa
Polícia para quem precisa de polícia
Dizem pra você obedecer
Dizem pra você responder
Dizem pra você cooperar
Dizem pra você respeitar
Polícia para quem precisa
Polícia para quem precisa de polícia*

1. Fundamentação Legal

Contida na Constituição Federal, em seu art. 129, inc. VII, a atividade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público continua sendo alvo de inúmeras dúvidas e questionamentos. Afinal, uma leitura do referido dispositivo constitucional leva-nos facilmente à ilação de que não se pode exercer tal controle, na prática, sem que sejam estatuídos regramentos que possam melhor delinear o real alcance de tal missão institucional, sob pena de se estar de diante de uma norma morta, sem eficácia prática, lançada ao vento.

A Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público – tratou o controle externo da atividade policial de forma bastante sucinta. Já a LC nº 75, de 20 de maio de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União – por sua vez, enfrentou a atividade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público nos artigos 3º, 9º e 10. Tais normas têm aplicação, de forma subsidiária, aos Ministérios Públicos dos Estados, conforme disciplina o artigo 80 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, supracitada.

A fim de melhor detalhar o tema, foi editada pelo CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público a Resolução nº 20, de 28.05.2007, que disciplina a atividade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, cujos pontos principais se voltam à prerrogativa de prevenir e corrigir ilegalidades, irregularidades ou abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal, bem como, de controlar e preservar a probidade administrativa no exercício da atividade policial, com infligência de punições, acaso identificados atos que impliquem desde o enriquecimento ilícito até a violação aos princípios da administração pública, por parte de integrantes das forças policiais.

Em Alagoas foi publicada a Resolução nº 001, de 15 de maio de 2009, editada pelo Colégio de Procuradores de Justiça de Alagoas, a qual disciplina o controle externo da atividade policial tanto em sede difusa, por todos os promotores de justiça com atribuição criminal, quanto sob a forma concentrada, em que se situa a Promotoria Coletiva Especializada da Capital, bem como, os Promotores Naturais no interior do Estado, através do Promotor com atribuições criminais ou, em havendo mais de um detentor de tais atribuições, por conduto de sistema de rodízio, por alternância, através de ato emanado do Procurador Geral de Justiça.

.2. Abrangência de atribuições

O termo *controle*, emanado do francês controle, significa ato, efeito ou poder de controlar, governo, domínio; ainda, fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos ou sobre produtos, visando a que tais atividades ou produtos não se desviem das normas pré-fixadas. Assim, a fiscalização ou controle da atividade policial insere-se no rol dos múltiplos mecanismos de equilíbrio

existentes em um Estado de Direito. Referido controle se concretiza sob as modalidades **interna** e **externa**. O **controle interno** é realizado pela própria instituição, por meio do poder hierárquico (chefia policial) e do poder disciplinar (corregedorias), enquanto o **controle externo** é exercido das mais diversas formas e por organismos não pertencentes aos quadros da polícia: eis o sentido de se conferir ao Órgão Ministerial tal mister.

Desse modo, cuidou-se de estabelecer parâmetros idôneos a subsidiar o Promotor de Justiça criminal no exercício de suas diuturnas atribuições relacionadas ao controle das polícias, sobretudo em sua atividade-fim, mas sem abandonar a possibilidade de exercício de um sistemático acompanhamento das políticas públicas delineadas pelo Poder Executivo, no sentido de se verificar a pertinência das prioridades fixadas, em prol de um adequado combate à criminalidade.

Nesse universo, inclui-se, inclusive, a fiscalização das medidas de quebra de sigilo de comunicações, seara bastante sensível, cujo acompanhamento pelo MP se presta, justamente, a evitar os abusos e desvios que não raro eclodem sob a forma de denúncias apócrifas, dando conta de “grampos” ilegais praticados no âmbito policial, fato esse, inclusive, divulgado no filme recentemente exibido “Tropa de Elite 2”, onde se procurou demonstrar a “necessidade” de tais medidas a pretexto do eficaz combate à criminalidade, impregnada no seio da própria polícia, como se os fins sempre pudessem justificar os meios, ainda que sob o manto da ilicitude e do abuso de poder.

Referido controle pode-se dar tanto sob a forma **ordinária** quanto **extraordinária**, sendo que, no primeiro caso, incluem-se as atividades ministeriais exercidas de forma corriqueira, seja através das verificações relacionadas ao trâmite das investigações policiais e 119déia119üente cumprimento das diligências requisitadas, seja por meio de visitas periódicas às unidades de polícia, a fim de se acompanhar a regularidade dos procedimentos policiais e da custódia dos presos que porventura se encontrarem no local.

Já o **controle extraordinário**, por sua vez, encontra-se focado em pontos específicos, eventualmente detectados por ocasião das visitas ordinárias ou em razão de alguma peculiaridade que seja levada ao conhecimento do *Parquet*. Nesse particular, a atividade se presta a

colher elementos atinentes à verificação concreta de um ato ilícito ou irregular por parte de algum policial, no exercício de suas funções.

3. O status da Polícia em face do Órgão Ministerial e suas peculiaridades.

Inicialmente, de se destacar, no sistema jurídico brasileiro, a ausência de qualquer subordinação hierárquica das polícias em relação ao Ministério Público¹. De um lado, trata-se de instituições integrantes do Poder Executivo, independentes e autônomas em relação ao Órgão Ministerial. Doutra banda, o *120^{da}* do agente ministerial reforça a tese de que, sem uma eficaz atividade da polícia no que se refere a sua missão primordial, quer enquanto polícia judiciária, no sentido de exercer o comando das investigações criminais, quer no papel de polícia militar, voltada às atividades típicas de polícia ostensiva, de combate e prevenção à criminalidade, não se pode falar em um Ministério Público eficiente, na sua atividade persecutória criminal.

Ademais, incumbe ao *Parquet* a defesa incondicional dos direitos sociais e individuais indisponíveis, dentre os quais se inclui o direito à segurança pública, irrenunciável e de natureza fundamental, enquanto premissa básica inamovível para a conquista efetiva da dignidade da pessoa humana. Não se pode, atualmente, diante dos avassaladores índices de criminalidade e, sobretudo, da crença generalizada na impunidade, sobremodo espraída no ambiente daqueles ocupantes de camadas sociais melhor aquinhoadas economicamente, tapar o sol com a peneira. O Ministério Público tem, sim, negligenciado na sua atividade de controlar, com profissionalismo e eficiência, a atividade das forças policiais que lhe são afetas.

Assim, não se pode abrir mão de tais prerrogativas constitucionalmente fixadas, à medida que referido controle se volta, justamente, a resguardar a atividade policial de condutas ilegais, desviadas dos fins maiores que norteiam o exercício do poder de polícia, dentro da estrita legalidade e sob o manto do respeito às garantias individuais, de caráter fundamental e universal.

¹ Essa circunstância de não subordinação da Polícia ao Ministério Público somente se verifica, a propósito, em apenas 03 países do mundo: Brasil e os países africanos de Botsuana e Burundi.

Atualmente, os estudiosos do assunto associam a atividade de controle externo à expressão de origem inglesa *accountability*, termo que se associa ao dever de prestar contas, imputado a todo aquele que detém parcela de poder e exerce múnus público, não somente sob o aspecto monetário, mas também – e sobretudo – sob o aspecto qualitativo do serviço prestado, vale dizer, em relação à qualidade da atividade exercida. Assim, o termo *accountability* aplicado à atividade policial se presta a identificar a possibilidade de responsabilização daqueles que praticam condutas ilícitas, fazem uso do arbítrio ou, simplesmente, omitindo-se no cumprimento das legítimas atribuições que lhe são impostas, diretamente relacionadas à garantia do bem estar da sociedade, consubstanciada na prestação de segurança pública através de mecanismos de prevenção e repressão ao crime.

4.

Extensão e peculiaridades de tal controle pelo MP

Outras discussões que igualmente envolvem polícia e Ministério Público dizem respeito ao poder investigatório deste último, prerrogativa que, felizmente, resta absolutamente consolidada e reconhecida, inclusive na esfera da Corte Suprema de nosso País². Tais dificuldades e aparentes sobreposições de atribuições decorrem, por óbvio, da natural imbricação entre as atividades a serem desenvolvidas pela polícia e pelo *Parquet* na área criminal, quando todos os esforços se voltam à coleta adequada e eficaz de elementos de prova idôneos a consubstanciar a materialidade e autoria delitivas, ferramenta essencial a que o Ministério Público possa desenvolver suas funções, enquanto titular da ação penal, detentor do ônus de carrear aos autos material probante que possa convencer o órgão julgador das circunstâncias em que se deu a prática criminosa, dentro dos limites da estrita legalidade.

Entretanto, o foco do presente trabalho se circunscreve à busca de ferramentas e estratégias que possam, de fato, propiciar o adequado exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério

² Conf. HC 89837/DF – 2ª Turma-Rel. Ministro Celso de Mello – Nesse julgamento, restou estatuído que a polícia não detem o monopólio da investigação criminal, podendo o inquérito policial ser dispensado pelo MP no oferecimento da denúncia à Justiça. No mesmo sentido: RHC 48728 – Rel. Ministro Luiz Gallotti; ADIN 1517 –Min. Mauricio Corrêa; HC 91661/PE – Rel Ministra Ellen Gracie; HC 85419- Relator Ministro Celso de Mello

Público, em todas as searas que possam legitimar tal função, no interesse primordial de se salvaguardar a garantia dos direitos individuais do cidadão, sintetizados na concepção de dignidade da pessoa humana, enquanto supradireito, inspirador de todas as outras prerrogativas de que goza o cidadão, especialmente enquanto se encontra sob o jugo de membros da estrutura de segurança pública, com tradicionais métodos de trabalho que implicam no uso da força e que, portanto, favorecem o cometimento de abusos e excessos não justificáveis, sejam quais forem os critérios interpretativos utilizados, ainda que sob o argumento de aplicação do princípio da proporcionalidade ou, ainda, da discricionariedade regrada.

Indo mais além, resta pacificado que tal controle não se limita, tão somente, aos órgãos de polícia, propriamente dita, mas também a todos os entes que integram o setor de segurança pública³ e, portanto, que se inserem na cadeia de procedimentos essenciais à proteção da sociedade e, por outro lado, à construção, em níveis satisfatórios, dos elementos probatórios que irão consubstanciar a peça acusatória a ser elaborada pelo Ministério Público, detentor, como já dito, do ônus de demonstrar a autoria, materialidade, culpabilidade do agente e tantos outros detalhes que relata em sua peça acusatória, sob pena de restar impossível a responsabilização penal daqueles que praticam atos ilícitos, sobretudo em face do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Está-se a incluir, nesse universo, as atividades exercidas pelos peritos criminais responsáveis pelo exame de local de crime e por outras perícias científicas, pelos datiloscopistas do instituto de identificação ou pelos peritos criminais do instituto médico-legal, no que se refere à realização de exames de lesão corporal, de conjunção carnal ou tanatoscópico.

Talvez ainda não se tenha despertado para a concreta importância de tal função ministerial, principalmente quando o acúmulo e a

³ Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, VII, da Constituição Federal e da legislação em vigor, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança e a persecução criminal (cf. art. 1º da Res. CNMP Nº 20, de 28 de maio de 2007).

diversidade de atribuições atualmente desenvolvidas pelo Ministério Público acabam por absorver o profissional de tal modo que lhe retira a necessária capacidade de se dedicar a tão intrigante tema que, pela sua própria natureza (controle de uma instituição por outra, o que, muitas vezes, sugere a 123^{da} de dominação, autoridade, punição, em área jamais antes sujeita a freios maiores do que os imprimidos pelos órgãos internos de controle, com limitações naturais, inerentes a todo ente que pretende fiscalizar seus pares), pode resvalar em conflitos institucionais.

5. A realidade de Alagoas e as resistências corporativas a tal controle

Não é de hoje que se podem observar relações nefastas entre integrantes das forças policiais e as estruturas de Poder, com a construção de um perfil de criminalidade construído e sedimentado ao longo de décadas, somente possível em razão da cooptação de agentes envolvidos com a criminalidade e inspirados em objetivos particulares, que vão desde o domínio territorial até interesses políticos ou de solução de conflitos pessoais através do emprego da violência. Em Alagoas, a realidade atualmente parece menos danosa, mas não se pode olvidar acerca de recentíssimas denúncias que ainda dão conta de milícias⁴ e grupos de extermínio em franca atuação neste Estado, bem como, de integrantes da área de segurança pública que se colocam à disposição de grupos de poder armados, com atitude de verdadeira submissão a estruturas paralelas de dominação.

Além disso, de se ressaltar, que os atuais índices de nosso Estado na seara criminal encontram-se aptos a justificar a indispensabilidade de medidas cada vez mais intensas relacionadas ao controle da atividade policial, por parte do Órgão Ministerial. Em 2008, Alagoas apresentou a maior taxa de homicídios do País (66,2 por 100.000 habitantes), quando o índice médio brasileiro girava em torno de 23,7. Não bastasse isso, Alagoas possui 24 dos 556 municípios mais violentos do Brasil.

⁴ Cf. <<http://defensoresdh.blogspot.com/2011/01/estados-nordestinos-sao-os-que-mais.html>>; <<http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/reporterdecrime/posts/2011/01/10/policiais-comandam-grupos-de-extermínio-em-todo-pais-355623.asp>>; <http://gazetaweb.globo.com/v2/gazetadealagoas/texto_completo.php?cod=172480&ass=15&data=2010-10-17>. Acesso em: 19.02.2011.

Já em 2010, a realidade não foi diferente. Alagoas apresentou a maior taxa de homicídios que um Estado brasileiro já registrou⁵. Segundo dados da Secretaria de Estado de Defesa Social (SDS), foram contabilizados 2.226 assassinatos naquele exercício, o que significa uma taxa de homicídios de 71,3 para cada 100 mil habitantes. Observe-se que nessa contabilidade não estão incluídos os latrocínios (roubo seguido de morte).

Nos últimos anos, Alagoas registrou um aumento assustador no número de homicídios. Em 1999, por exemplo, o Estado teve 552 homicídios. Onze anos depois, o crescimento foi de 303%, com os mais de 2.000 crimes registrados no ano passado. Já em comparação a 2009, o Estado apresentou uma elevação de 11% no total de delitos.

O índice de produtividade da polícia judiciária em relação aos inquéritos policiais é desastroso, não só em Alagoas, mas em todo o País, o que revela verdadeira falência do modelo inquisitivo policial atualmente em vigor, cabendo se pensar em novas alternativas de enfrentamento do tema, de molde a se reduzir a distância entre o real mundo do crime e o micro-mundo do que se apura acerca dele, atualmente assaz seletivo, reducionista e, portanto, revelador da incapacidade do sistema criminal brasileiro de dar cabo às demandas que hodiernamente lhe são apresentadas.

Para reforçar tais argumentos, sem se ocultar a realidade dos fatos, tem-se que o índice de elucidação de crimes é espantosamente baixo em todas as unidades da Federação, umas em níveis ainda mais graves do que outras. Em relação aos homicídios, por exemplo, o índice nacional gira em torno de 2%. Não bastasse isso, revela-se, sem rodeios, que, tradicionalmente, são priorizadas as investigações quando se está em jogo o envolvimento de vítimas social ou politicamente importantes, crimes que têm como vítimas membros das próprias polícias ou, por outra, quando os delitos alcançam ampla repercussão, de acordo com os critérios de eleição estabelecidos pelos canais de mídia. Por outro lado, quando a hipótese aponta para vítimas pobres, o empenho é bem outro, o que implica na condenação – não somente do autor do crime, mas

⁵ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/02/09/al-registra-em-2010-maior-taxa-de-homicidio-da-historia-de-um-estado-indice-e-igual-a-do-pais-mais-violento-do-mundo.jhtm>>. Acesso em 19.02.2011.

sobretudo dos fatos – ao esquecimento pela polícia e, em última análise, pela própria coletividade.

Detendo-nos novamente à realidade alagoana, os dados registrados demonstram que, em 1999, por exemplo, o Estado teve 552 homicídios. Onze anos depois, o crescimento foi de 303%, com os mais de 2.000 registrados no ano passado. Já em comparação a 2009, o Estado registrou uma alta de 11% no total de crimes. Somente em 2008, houve 329 homicídios sem conclusão. Some-se isso ao ano de 2007, em que mais de 3.000 inquéritos policiais permaneciam absolutamente estagnados nas delegacias espalhadas em todo o Estado. Somente de posse da Central de Inquéritos Policiais Pendentes, atualmente se encontram inquéritos inconclusos até o ano de 2009, havendo mais de 4.000 procedimentos inquisitoriais emanados de 22 delegacias da capital, pendentes de investigação, sob a responsabilidade de um único Delegado. Isso sem se falar nas cifras negras ou ocultas, que se referem aqueles crimes à margem dos dados oficiais, que permanecem fora das estatísticas, insuscetíveis de provocar a instauração de inquéritos e, portanto, inexistentes, no mundo jurídico.

De acordo com o sociólogo Julio Jacobo⁶, a taxa de homicídios registrada em Alagoas em 2010 é a maior que se tem registro em Estados brasileiros:

“Na década de 80, alguns Estados chegaram próximos de 70 homicídios para 100 mil habitantes. Mas pesquisei e não encontrei nenhum Estado a chegar a 71”, disse ao UOL Notícias, lembrando que a taxa alagoana é equivalente ao país mais violento do mundo. “El Salvador tem taxa exata de 71. O segundo país mais violento do mundo é Honduras, com 67.”

Para referido pesquisador, a taxa de homicídio de Alagoas é “insuportável” e tem “enorme repercussão social”. Segundo ele, a escalada do crime no Estado não possui uma única causa, e guarda ligação direta com o enfraquecimento do sistema de segurança pública

⁶ Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/02/09/al-registra-em-2010-maior-taxa-de-homicidio-da-historia-de-um-estado-indice-e-igual-a-do-pais-mais-violento-do-mundo.jhtm>. Acesso em 20.02.2011.

estatal, a migração de facções criminosas⁷ e a estreita ligação entre poder público e o crime.

“Alagoas nunca foi um Estado muito pacífico. Estava sempre ali na metade do ranking. Só que a partir de 2003, 2004 e 2005 o Estado deu início a uma espiral muito rápida e acentuada. Não existe uma única causa. Em geral isso tem a ver com o descontrole de Estado e de uma política pública efetiva de controle da violência. Por outro lado, a impunidade insurge pela falta de capacidade de reprimir o crime”, afirmou.

Jacobo também identifica estreitas ligações entre o crime organizado e integrantes do poder:

“É inegável que existem interconexões entre crime e forças de segurança. Você não pode acreditar que dois poderes antagônicos, como o Estado e a forças de criminalidade, vivam sem haver conluio entre elas, seja por parte do Executivo, Judiciário, Legislativo. Alagoas sempre teve histórico da violência com essa esquisita ligação entre a estrutura de poder e a criminalidade, que coopta as forças de aparelho do Estado.”

Ora, se o MP não controla a forma como a polícia, vulnerável a todas as vicissitudes acima enumeradas, atua no combate e na investigação de crimes, permanecendo passivo, à espera da fatia criminal que a própria polícia seleciona e decide submeter a seu crivo, estará conivente com a prática da “seletividade”, realizada nas delegacias de polícia e em outros ambientes em que, como regra, só as forças policiais têm acesso (locais dos crimes), o que resulta em inúmeros delitos que permanecem invisíveis, imunes a qualquer investigação ou estatística e, como consectário lógico, acolhidos pelo manto da impunidade.

Eis a importância do controle externo das polícias pelo Ministério Público: instituição independente, maior interessada na atuação eficiente da estrutura de segurança pública, pois seu trabalho depende, de forma inexorável, da existência e funcionamento de uma

⁷ Segundo o sociólogo, essas facções criminosas tendem a migrar para os locais com baixo esquema de seguridade pública, para escapar à acentuação da repressão nos grandes centros, em um fenômeno que o pesquisador denomina de **interiorização** ou **espalhamento** da violência.

polícia ativa e diligente. Ademais, referido controle implica no estabelecimento de canais de comunicação com a sociedade, viabilizando, para a população, o registro de *notitia criminis* de abusos ou desídias verificados no universo policial, em ambiente que oferece menores riscos de represálias ou retaliações.

Os resultados qualitativos na atuação da polícia em decorrência do exercício do controle externo por parte do MP têm se revelado positivos, ainda que tais efeitos possam decorrer, em termos práticos, dos riscos a que julga o policial estar sujeito, em face de sua inação ou excessos praticados, no exercício profissional.

Entretanto, referido controle vem sofrendo inúmeras resistências ao longo dos anos, conforme se pode observar, por exemplo, com a edição da Resolução nº 001/05, do Conselho Superior de Polícia Civil do Estado de Goiás, editada em 04.05.2005, cuja ementa é “*proibir o atendimento de requisição e solicitação do Ministério Público que se fulcre na Resolução nº 04/2005, do Colégio de Procuradores de Justiça*”. No corpo da referida Resolução pode-se ler, por exemplo, em seu art. 3º, *caput*, que:

“Fica suspensa a inspeção ou vistoria realizada pelo Ministério Público em Delegacias de Polícia ou outras repartições da Polícia Civil do Estado de Goiás, exceto aquelas procedidas em celas earceragens porventura existentes nessas unidades policiais”.

Lendo referido dispositivo, parece que se está a rasgar o conteúdo da Constituição Federal vigente e todos os regramentos legais já enunciados, que disciplinam o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Está-se aqui diante, nitidamente, de uma vã tentativa de se vedar ao *Parquet* o acesso à atividade-fim da polícia. Ora, a prática de controle externo em uma delegacia de polícia não pode se resumir a simples visitas aos presos, já que abrange, igualmente, a consulta a livros, documentos de conteúdo persecutório, além da fiscalização da destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes e quaisquer outros objetos apreendidos pela polícia, dentre outras atribuições. Felizmente, os artigos 3º e 6º da referida Resolução foram suspensos pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual que, em sua decisão reconheceu que, “a prevalecer referida resolução, o MP ficaria

impedido de funcionar como agente fiscalizador, função prevista na Constituição Federal”.

Outra tentativa de se coibir a atividade ministerial nesse particular foi o ajuizamento da ADI nº 4271 pela ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que contesta a Resolução nº 20 do CNMP e, por conseguinte, a efetivação do Controle Externo da Atividade Policial, sobretudo pelos Estados que ainda não o disciplinaram por conduto de lei complementar. Como argumento-mor da entidade de classe impetrante está a nítida tentativa de se confundir o controle externo da atividade policial com o controle interno, a ser exercido pelas Corregedorias de Polícia⁸ e que deve resvalar, tão somente, na apuração de ilicitudes sob a esfera funcional, passível de punições administrativas.

Não bastasse tal argumento falacioso, alega a impetrante que as normas que disciplinam tal controle “repercutem direta e negativamente nas atividades de polícia judiciária brasileira”, argumentando ainda que tal acesso irrestrito “provoca incontroláveis conflitos com o Poder Executivo ao qual são subordinadas as polícias”. Referida Ação que, espera-se, não logre êxito por contrariar os legítimos interesses da sociedade brasileira como um todo, encontra-se pendente do juízo de admissibilidade na Suprema Corte do País. Pergunta-se: o que se quer ocultar do acesso ao Ministério Público e, em última análise, à própria sociedade, destinatária de todo o trabalho desenvolvido pelas forças de segurança pública em nosso País?

6. Aspectos jurídicos que norteiam o tema e a justificativa do controle externo, no mundo dos fatos.

Além do controle da polícia em face de violações a direitos humanos (aplicação do princípio da “proibição do excesso”), também se vislumbra a possibilidade de se exigir do Estado-Polícia uma atuação

⁸ Para a Adepol, esse controle exercido pelo MP interfere na organização, garantias, direitos e deveres das polícias judiciárias. Isso porque, segundo a referida Associação, não cabe ao MP o poder direto de corrigir irregularidades, nem ilegalidades ou abuso de poder, eventualmente praticados por policiais. Essa função seria exercida pelas corregedorias que têm poder hierárquico de controle interno e atuam em procedimentos administrativos.

eficiente nas investigações, incluindo-se nesse contexto, por exemplo, uma razoável duração dos inquéritos, bem como, um maior empenho na localização e prisão de pessoas com custódia decretada judicialmente, repercutindo, em última análise, na punição dos responsáveis por crimes, em uma realidade que venha a revelar uma atuação otimizada do Estado, consistente em numa resposta oficial idônea a inspirar, no seio da comunidade, um sentimento de justiça (princípio da “proibição da proteção deficiente”).

Noutras palavras, a mola propulsora da atividade do MP, nesse particular, insere-se no seu dever de garantir ou de buscar mecanismos que assegurem o direito difuso à segurança pública, previsto constitucionalmente. Vale dizer, suas funções não se resumem a controlar a atividade estritamente policial, mas, igualmente, a atuar ainda em momento anterior, no sentido de colaborar e acompanhar a atividade de planejamento e de execução de políticas públicas, inclusive adotando medidas tendentes à implementação de programas e projetos, pelos poderes constituídos (sobretudo e especialmente o Poder Executivo), voltados à redução da criminalidade, tanto sob o ponto de vista preventivo, quanto repressivo (planejamento estratégico, prioridades, metas a serem cumpridas a curto, médio e longo prazos), a partir de um trabalho prévio de diagnóstico, estatísticas e mapeamento da criminalidade.

Além disso, a atividade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público se justifica quando se observa a estrutura policial vinculada ao Poder Executivo e, portanto, com previsíveis e naturais dificuldades quando se trata de investigar crimes em que haja envolvimento de autoridades daquele Poder, aliadas à ausência da prerrogativa de inamovibilidade por parte dos integrantes das polícias, o que pode implicar em insegurança para aqueles que decidam investir em tais espécies de apuração delitiva. Outro fato que justifica a necessidade de tal controle é a essência do modo de atuação policial, que sugere reação imediata, em situações de iminente risco de vida, conflitos e tensão, sem possibilidades fáticas do prévio controle judicial, associadas ao uso da força (armas letais, algemas, prisão) pela polícia, em sua atividade-fim, circunstâncias que favorecem, sobremaneira, a prática de excessos e abusos.

De fato, a polícia age inspirada em 3 características básicas: discricionariedade, auto executoriedade e coercibilidade. Com isso, não são poucas as situações concretas de violações e restrições a direitos fundamentais, em desfavor de particulares. Muitas vezes, a polícia olvida os princípios da necessidade e proporcionalidade no seu agir, quer pela ausência de capacitação técnica e emocional para o desempenho de suas tarefas, quer pela própria pressão social, sob a influência da sensação generalizada de insegurança no ambiente coletivo, tendente a estimular a até a aplaudir, no seio das forças policiais, ações reativas imediatistas, combativas e austeras, não raro dissociadas de qualquer zelo ou respeito pelos direitos do indivíduo, sobretudo aqueles estereotipados como criminosos, em especial quando ocupantes das camadas mais desfavorecidas economicamente. Nesse particular, é como se as violências físicas ou psicológicas empregadas pelo aparato policial pudessem decorrer de uma necessidade orgânica de reparação decorrente de eventuais danos sofridos por vítimas do crime, mas que, em verdade, mais se assemelham à ideia de vingança institucionalizada.

Para o exercício de tal *mister*, dispõe o Ministério Público de instrumentos legais como a instauração de investigação direta (quando há notícias de abusos ou omissões supostamente praticados por policiais, que se constituem em fatos típicos ou ilícitos ou, por outra, em atos de improbidade administrativa), requisições para instauração de IP's; inspeções em delegacias e outras unidades policiais, sobretudo onde há custodiados, provisórios ou em cumprimento de pena; ajuizamento de ACP's para fazer cessar omissões do Estado no seu dever de prestação dos serviços de segurança pública ou diante da ausência de condições de trabalho para a polícia exercer adequadamente sua atividade-fim; identificação de policiais desviados de funções ou autores de condutas penalmente ilícitas ou ímprobas; além de expedição de notificações recomendatórias, como meio de intervenção não punitivo.⁹

As resistências a tal controle, como já dito, decorrem da natural resistência que exsurge quando um órgão externo passa a praticar,

⁹ Em fevereiro de 2011 foi aprovada alteração na Resolução nº 20/2007 do CNMP, para incluir, entre as atribuições do controle externo da atividade policial, a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa decorrente da atividade policial.

efetivamente, atividades direcionadas a um setor que sempre agiu sem amarras, sob o manto da impunidade. Tenta-se, aqui, afastar paradigmas consubstanciados em uma tolerância social e estatal velada e que mantinha imune a sanções os maus policiais, afeitos a práticas de tortura e outros excessos, a pretexto de uma atuação utilitarista, voltada à elucidação de crimes ou ao eficaz combate à criminalidade, ainda que à custa de violações à dignidade da pessoa humana.

A recusa ao controle policial a ser exercido pelo *Parquet* situa-se na contramão de todos os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário e reflete uma leitura às avessas de nossa Carta Constitucional de 88, concebida a pretexto de se romper com uma lógica até então vigente, permeada de ilegalidades e episódios de violência, usurpadora dos mais nobres e inalienáveis valores individuais, que a história brasileira não ousa esquecer.

A EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Lean Antônio F. de Araújo

Mestrando em Educação pela Universidade Cidade de São Paulo - UNICID

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Políticas Públicas – o que significa? 3. O processo a ser observado na fixação e na avaliação de políticas públicas de educação. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A discussão proposta neste artigo refere-se às políticas públicas de educação sob a perspectiva do processo de fixação e avaliação. A perspectiva fundar-se-á na conscientização coletiva crítica dos indivíduos instituída a partir de embates sociais observáveis em marcos históricos relevantes e na sua normatização na ordem jurídica.

A educação brasileira, compreendida enquanto problema nacional, é relativamente recente. Esta afirmação é observável a partir da compreensão do texto Políticas e Planos de Educação: Alguns Pontos para Reflexão, de autoria do Prof. Azanha.¹⁰ A afirmativa vem sustentada na necessidade de somente se reconhecer a existência de problema nacional quando presente uma consciência crítica coletiva da realidade, não bastando, portanto, para reconhecimento de um problema nacional a consciência crítica de alguns homens.

Para melhor compreender esta afirmativa, impõem-se extrair do texto alguns marcos históricos sobre a educação no Estado Brasileiro. Como ponto inicial, registre-se a chegada do primeiro Governador Geral, em 1549, trazendo os precursores jesuítas até a sua expulsão, em 1759. Este período representou a dominação destes no cenário educacional, resultando de suas ações a implantação das escolas de

¹⁰ AZANHA, José Mário Pires. Palestra, Escola de Governo, 14/10/1992.

primeiras letras, colégios e seminários. Com a expulsão dos jesuítas, um vazio foi gerado na educação, culminado com escassez de mestres e escolas.

Outro momento histórico importante foi a chegada da família real no Brasil, em 1808, cujo resultado imediato foi o avanço no ensino superior e a desatenção com a educação popular. Com a edição do Ato Institucional de 1834, do Imperador, iniciou-se a descentralização das responsabilidades da educação, ficando a educação popular sob a responsabilidade das províncias, cujo resultado foi quase nenhum, em razão da escassez de recursos; já o ensino médio e o ensino superior eram de competência da Corte. Ressalte-se ainda que neste período o ensino médio ficou limitado a aulas avulsas, salvo o Colégio Pedro II e os Liceus da Bahia e de Pernambuco.

No início do período republicano, pródigas reformas foram efetivadas, com a participação de Benjamin Constant (1890), Epitácio Pessoa (1901), Rivadávia Correia (1911), Carlos Maximiliano (1915), porém, como bem diz o autor, foi necessário esperar até a década de 20 para que o debate educacional ganhasse relevo, tornando-se um problema nacional.

O fundamento do debate da educação como problema nacional, apontado pelo autor, foi o quadro social, político e econômico da década de 20, cujos pilares foram as correntes imigratórias, a urbanização, as insatisfações políticas represadas desde a Proclamação da República e a intensificação das tensões entre a industrialização nascente e as crises do comércio cafeeiro.

Na indicação de marco histórico sobre a educação, o autor relata que a Revolução de 30 foi o desfecho “natural” das crises políticas, sociais e econômicas que agitaram, com intensidade crescente, a década de 20. Compreendendo este momento, um grupo de educadores e de homens de cultura lançou um manifesto ao povo e ao governo, que ficou conhecido como “Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova”, com redação de Fernando de Azevedo e assinatura de 25 homens e mulheres da elite intelectual brasileira.

A partir deste manifesto, compreendeu-se a importância de fixação de um plano nacional de educação: a Carta Constitucional de 1934, inclusive, incorporou as suas principais reivindicações. A

preocupação para definição de um Plano Nacional de Educação foi inserida nas Constituições posteriores, com exceção da Carta de 1937.

Com fundamento na Carta Constitucional de 1934, o Conselho Nacional de Educação elaborou e enviou, em maio de 1937, à Presidência da República, o anteprojeto do Plano de Educação Nacional; porém, com a sobrevinda do Estado Novo o anteprojeto nem chegou a ser discutido, frisando o autor que este foi o melhor destino.

Esta retrospectiva histórica remete os estudiosos da educação no Estado Brasileiro a compreender como se efetiva o fenômeno da política pública. A política pública é um fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade (DERANI, 2006). Este conceito sintetiza o pensamento do Prof. Azanha sobre a necessidade de pensar educação como problema nacional a partir de uma consciência crítica coletiva, resultando este processo na normatização constitucional e infraconstitucional das políticas públicas.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS – o que significa?

Antes mesmo de compreender o significado de políticas públicas torna-se necessário conhecer o seu surgimento. O Estado moderno é o marco determinante do surgimento das políticas públicas. Característica fundamental do Estado moderno é o exercício do poder por previsão legal. Segundo Derani,¹¹ a construção da legalidade e centralização da força fazem parte desta entidade, que busca por seus atos, constantemente, a legitimidade. Bem se observa que as ações do Estado, regidas pela legalidade e legitimidade, decorrem do debate político com a sociedade, portanto, quanto mais desenvolvida esta for, maior será a participação no processo de construção das políticas públicas.

A consciência crítica dos indivíduos faz surgir os embates sociais, cuja consequência é o surgimento da norma que determina o poder-dever de fazer do Estado.

¹¹

DERANI, Cristiane. Direito Público Subjetivo e políticas educacionais.. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. / Maria Paula Dalari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

O Professor Meneses, em seu artigo A educação e o ensino na Constituição do Estado de São Paulo: propostas e realizações, reconhece que o Estado Brasileiro vive um novo modelo de ação na fixação de políticas públicas decorrente da vontade popular, assim se expressando:

O novo modelo proposto cria o Estado Democrático de Direito. A Lei ou o Direito sucede ao arbítrio. Ou a vontade pessoal cede ao interesse coletivo. O Democrático, a indicar a sua íntima conexão do poder emanado da vontade popular.¹²

Como consequência lógica, a política pública decorre de uma construção normativa, tendo como base o Direito. A finalidade social mediata da política pública no Estado Brasileiro deve atender aos objetivos fundamentais consagrados no art. 3º da Constituição Federal. O conteúdo do artigo referido é dirigido às autoridades governamentais do País. Têm-se como autoridades governamentais os integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e, excepcionalmente, para definição de políticas públicas, o Poder Judiciário. A título ilustrativo, é de se mencionar os objetivos fundamentais instituídos no já aludido artigo, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações.

Bem se observa que o norte a ser seguido na política pública é a finalidade consagrada no art. 3º da CF. Atender aos objetivos propostos pela ordem constitucional implica a formulação de ações coordenadas pelos entes estatais. De relevância para a efetividade das políticas públicas é a tomada de decisões administrativas competentes.

No processo de construção de políticas públicas no interior do Estado, os autores destacam determinados momentos. Colaciono os momentos concebidos por Derani: 1) Decisão estatal; 2) Alteração

12

MENESES, João

Gualberto de Carvalho. A educação e o ensino na Constituição do Estado de São Paulo: propostas e realizações. Notandum Libro Número 14 / Jean Lauand (organizador) . São Paulo: Centro de Estudos Medievais Oriente & Ocidente EDF/FEUSP, 2010.

Institucional e 3) Ações públicas propriamente ditas: construção, realização e ações. Tem-se como **decisão estatal** a tomada por agentes circunscritos às atribuições constitucionais e normativas de uma maneira geral, devendo o seu conteúdo observar também idêntica circunscrição. A **alteração institucional** representa o interior da administração com mudanças de órgãos e até mesmo alteração nos atores, podendo, inclusive, contar com a participação de agentes privados.

A tomada de decisões administrativas competentes, nos momentos destacados, pressupõe a existência de atributos que qualifiquem os agentes formuladores e executores das **políticas públicas**, mas também decisões políticas que priorizem as necessidades da sociedade, no momento histórico de sua implantação.

Daí ser forçoso reconhecer o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais, na arguta conceituação de Bercovici.¹³

3. O PROCESSO A SER OBSERVADO NA FIXAÇÃO E NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO.

Relevante para compreender o processo na fixação de políticas públicas o trabalho da Professora Viana, que desenvolveu uma revisão bibliográfica sobre este tema, com ênfase para autores alienígenas, razão por que a sua compreensão deve ser desenvolvida sob a ótica da ordem constitucional brasileira. No plano do processo decisório, quatro modelos são destacados: Modelo de Processo Burocrático, Modelo de Recursos Humanos, Modelo Político e o Modelo Anárquico ou Simbólico. Dentre os modelos analisados e mencionados pela autora, o que se observa é a aplicação no Estado Brasileiro do modelo burocrático. Este modelo, como bem menciona a autora, apresenta

¹³ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico / Maria Paula Dalari Bucci (organizadora) _ São Paulo: Saraiva, 2006.

diversos pontos fracos o que tem levado ao insucesso de várias ações governamentais na área educacional.

Na construção da agenda para inclusão dos problemas, os autores analisados pela pesquisadora definem a agenda como sendo constituída por uma lista de problemas ou assuntos que chamam à atenção do Governo e dos cidadãos que atuam junto com o Governo.

Eis o porquê da referência anterior ao conteúdo do art. 3º da CF. No Estado brasileiro, a agenda deve atender aos objetivos fundamentais. Na implementação das políticas públicas educacionais, não se tem observado na formulação da agenda a participação dos atores que necessariamente deveriam estar envolvidos: Governo, Agentes Públicos Executores e cidadãos destinatários das ações governamentais.

Importante, ainda, destacar que o Estado Brasileiro se efetivamente pretende atender aos seus objetivos fundamentais, deveria observar, na fixação das políticas educacionais, as condições políticas, econômicas e sociais, compreendendo, neste cenário, a disponibilidade de recursos orçamentários, os reflexos das condições sociais e econômicas do território de implantação, a opinião dos atores destinatários das ações, os partidos de oposição e os grupos da sociedade civil (não institucionais) comprometidos com a solução dos problemas.

No processo de implantação de políticas públicas, necessária se faz a presença dos fatores que influenciaram o processo de tomada de decisão. Relevante, no campo das políticas públicas educacionais, é a observância do que corresponde à avaliação política e à avaliação de políticas. Esta apreciação é muito bem focalizada por Figueiredo e Figueiredo no texto Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica.¹⁴ Para os autores, avaliação política corresponde à análise e elucidação do critério ou critérios que fundamentam determinada política. Na escolha dessa política é importante ressaltar os princípios que a justificam em relação a qualquer

14

FIGUEREDO,

M e FIGUEREDO A. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Anál. e Conj.*, 1(3). Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 1986.

outra. Volto a destacar que os princípios que nortearam a escolha da política pública devem ser relevantes para repercutir no atendimento de um dos objetivos fundamentais da República.

As políticas públicas educacionais, a exemplo das demais, quando idealizadas, implantadas, executadas e avaliadas, devem gerar resultados; estes resultados, como identificam os autores acima referidos, podem representar um produto físico, tangível e mensurável e um impacto que também modifique atitudes, comportamentos e/ou opiniões. O processo de avaliação das políticas observa razões de natureza moral e instrumental. Do ponto de vista moral, é de se considerar a probidade dos gestores na execução da política e na apropriação de seus resultados. No tocante à razão de natureza instrumental é de se observar o nível de produção do produto, quanto à quantidade e à qualidade, objetivando monitorar e controlar os seus impactos.

Nesta linha de orientação, as políticas públicas educacionais devem ser sempre concebidas com a conjugação dos dois propósitos das ações governamentais, quais sejam: produção de serviços públicos e produção de mudanças e avaliação de impactos. Num primeiro plano, é de se observar a capacidade do Estado de absorver toda a demanda educacional com o ofertamento das vagas necessárias, cuja avaliação verificará o cumprimento da meta e a adequação dos meios, sob a ótica funcional, administrativa e contábil, complementando com a avaliação da relação custo-benefício. No segundo propósito, é de se verificar, na avaliação, se as mudanças efetivamente ocorreram em razão da política implantada, e, ainda, demonstrar que a não implementação impediria qualquer mudança na realidade.

As políticas públicas no Estado Brasileiro deveriam ser todas dirigidas para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República; obviamente, que no plano mediato, em face da complexidade de alcançar a plenitude dos objetivos. Os autores apresentam (cinco) problemas que comprometem o grau de efetividade dessas políticas, são eles:

- a) interesse de grupos privados em detrimento do grupo beneficiário;

- b) subordinação do programa à política econômica ou a outros objetivos externos;
- c) baixa participação dos beneficiários;
- d) centralização na formulação, na implementação e na organização administrativa;
- e) uso político e/ou clientelístico.

4. CONCLUSÃO

Os problemas observados na revisão bibliográfica realizada pela Prof.^a Viana e aqui analisados no âmbito das políticas públicas implica reconhecer que este cenário se harmoniza com a realidade do Estado Brasileiro, apesar da presença de embates sociais históricos que resultaram numa transformação das políticas públicas de educação.

A complexidade observada na elaboração do processo de fixação e avaliação das políticas públicas de educação não permite uma conclusão definitiva, mas tão-somente questionamentos a serem enfrentados em etapas futuras do estudo, tais como:

a) Em decorrência da centralização na formulação, na implantação e na organização administrativa das políticas públicas educacionais, como propiciar a participação dos destinatários dessas políticas (beneficiários) nas fases indicadas?

b) Diante da escassez de recursos, ditada pela política econômica, que se reflete nos orçamentos dos entes federativos, como priorizar a alocação dos recursos para as políticas públicas educacionais, com a participação dos seus beneficiários desta política?

c) Como produzir a formulação de uma agenda de prioridades de problemas educacionais no Estado Brasileiro, com o envolvimento de todos os atores governamentais (executivo, legislativo), compreendidos neste universo os agentes políticos e os agentes públicos, e de todos os atores não-governamentais, aqui compreendidos os grupos de pressão (acadêmicos, pesquisadores e consultores, mídia, partidos políticos e opinião pública)?

d) Como pode a academia contribuir para mudança de atitude dos grupos de cidadãos e outros atores privados destinatários das políticas públicas educacionais, considerando serem estes o objeto das políticas públicas e os atores governamentais o seu sujeito?

**DIREITOS DIFUSOS E SOCIAIS ABSTRATOS,
CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL E CIÊNCIA PROCESSUAL**
**A debatida questão sobre a legitimidade para o controle de
constitucionalidade pelo Poder Judiciário.**

Luciana de Carvalho Salgueiro Silva

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista da FAPEAL: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceitos Fundamentais. 2.1 – A Ordem Jurídica Contemporânea. 2.3 -Direitos Difusos e Sociais Fundamentais e Jurisdição Constitucional. 3. Concretização Judicial e Separação dos Poderes. 4. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

Questão constantemente debatida, especialmente em tempos de neoconstitucionalismo, pós-positivismo e *Constituição como ordem de valores*, envolve as dificuldades com que a doutrina se depara para justificar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário na concretização dos festejados *valores constitucionais*, positivados majoritariamente na forma de normas principiológicas e conceitos abertos.

Em tema de jurisdição constitucional¹⁵, portanto, suscita disputa acirrada na doutrina a questão da legitimidade dos órgãos jurisdicionais para, sempre que acionados, invalidar ou afastar a aplicação daquelas regras produzidas pelo Poder Legislativo, como também de atos ou omissões oriundos do Poder Executivo, fazendo sobre eles prevalecer

¹⁵ Com assento em conceito de Pablo Pérez, por jurisdição constitucional se entende o conjunto de técnicas tendentes a garantir e interpretar a constituição mediante mecanismos jurisdicionais, ou seja, é o exercício do poder jurisdicional para a defesa da integridade da Constituição, conceito que ainda será melhor trabalhado no decorrer do trabalho.

sua decisão, na medida em que proposto pelos órgãos legitimados, seja no âmbito de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.

Argumenta-se, em linhas gerais, que as escolhas legislativas seriam (pretensamente) amparadas pelo princípio democrático, colocando-se uma forte resistência à possibilidade de o Poder Judiciário exercer tal atribuição. Neste sentido é que Luís Roberto Barroso expõe, em obra comemorativa aos vinte anos da Constituição Brasileira:

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão.

(*omissis*)

O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. **A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo**¹⁶. (grifo nosso)

Com efeito, sendo os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo escolhidos diretamente pelo voto popular, e sujeitando-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos (como o controle das urnas), argumenta-se que o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes teria um caráter “contramajoritário”, ou seja, contrariaria aquilo que foi decidido pela maioria representante da vontade popular¹⁷.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In **20 Anos da Constituição Brasileira**. Eduardo Ribeiro Moreira (coord). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170.

¹⁷ “A possibilidade de um órgão não-eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade* contramajoritária”. BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo E Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho 2009.

Em obra distinta¹⁸, aliás, o mesmo autor destaca que este é um argumento recorrente, principalmente, nos segmentos mais conservadores da ciência jurídica, contrários ao avanço dos tribunais sobre espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político.

Com efeito, em tempos de imperiosa valorização e reconhecimento de força normativa à integralidade das disposições constitucionais, não há como rejeitar a percepção de que uma atuação jurisdicional necessariamente mais ativa, concretizadora e, por vezes, criadora, decorre natural e necessariamente de tais concepções.

Daí a importância do objeto do presente estudo, de buscar, mais uma vez, abordar o instigante tema, jamais pretendendo esgotá-lo, mas, sim, esperando contribuir em fornecer um ponto de vista mais ao seu respeito, ora considerado pouco observado e explorado pelos publicistas de maneira geral: de que o estudo do processo está intrinsecamente conectado ao tema da concretização *judicial* dos valores constitucionais, e pode, também, dar a sua contribuição acerca do controvertido tema da legitimidade do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional.

Embora não sendo tão nítida a noção, para a maioria, de influência e conexão do processo com o tema sob análise, são vários os trechos de abalizada doutrina constitucionalista e publicista de que se infere sua íntima relação. Vale, mais uma vez, a transcrição de passagem da obra de Barroso:

Normas constitucionais, portanto, contêm *comandos*. (...) Ocorrida a violação, o sistema constitucional e o infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir

Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>
Acesso em 14 de janeiro de 2010, p. 8.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 102.

a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos¹⁹ (grifo nosso)

Sendo assim, buscar-se-á, aqui, enfrentar a questão da legitimidade do Poder Judiciário para a concretização, por meio do exercício da jurisdição constitucional, de direitos difusos e sociais abstratos, realçando, ao final, a contribuição que se pode extrair da ciência processual para o tema.

Para alcançar o objetivo final, deverão ser inicial e *incidentemente* abordadas as já mencionadas noções de neoconstitucionalismo, pós-positivismo e força normativa da Constituição, como etapa metodológica necessária à compreensão das conclusões a que se pretende chegar. Além disso, indispensável será a explanação de conceitos fundamentais, buscando delimitar o que se considera como direitos difusos e sociais fundamentais, jurisdição constitucional, assim como determinados conceitos que vêm sendo trabalhados na seara processual, que deverão ser utilizados para o alcance do resultado almejado no estudo.

Passaremos, então, a uma breve análise dos posicionamentos atuais sobre a questão da legitimidade do Poder Judiciário, buscando expor os argumentos que se levantam contrários e favoráveis à sua atuação, para, enfim, sintetizar e destacar o nosso posicionamento, já terá sido trabalhado ao longo do trabalho, relacionado à contribuição que entendemos poder ser extraída do processo e da ciência processual para o debate.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A ordem jurídica contemporânea

Situando-se a ciência jurídica no campo das ciências humanas, sociais, é natural que a compreensão do Direito e da ordem jurídica se modifiquem através dos tempos, recebendo influxos das mudanças do cenário social²⁰.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit., 2009, p. 165.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *As Relações da Filosofia do Direito com a Experiência Jurídica: uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. In 20 Anos da Constituição Brasileira*. Eduardo Ribeiro Moreira (coord). São Paulo: Saraiva, 2009.

É fácil notar como a própria separação em “gerações” das categorias dos direitos humanos fundamentais, que evoluem de direitos apenas de cunho individual para aqueles transindividuais, sociais e, até mesmo, direitos de solidariedade, guarda estreita relação com o que se afirma – independentemente das atuais críticas e ressalvas à nomenclatura, e da tendência a distinguir em *dimensões* estes direitos.

As mudanças no perfil do Estado, aliás, não passam despercebidas na conformação da ordem jurídica, de maneira que foi com a transição do Estado Moderno, absoluto, para os modelos liberal e, principalmente, social de Estado, marcada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se pôde verificar uma mudança histórica na concepção da fruição de direitos individuais pelo homem, que culminou numa proteção jurídica máxima a direitos, garantias e liberdades tidos como fundamentais, e sua positivação dentro do próprio texto constitucional de vários países, em sequência à consagração inaugurada pelas constituições do México, em 1917, e alemã de Weimar, no ano de 1919.

Em sequência, como forma de viabilizar a expansão comercial e social da classe burguesa e superar a estagnação da monarquia aristocrata, absoluta e petrificada que se perpetuava, até então, no poder, a preocupação inicial dos Direitos Fundamentais foi estabelecer a liberdade dos homens como inerente à condição humana, instituindo garantias relacionadas à limitação dos poderes de intervenção do Estado na esfera jurídica privada e contra possíveis desmandos dos detentores do poder. São, assim, proclamados os direitos fundamentais que se chamam de primeira geração ou dimensão.

Só então, constatada a insuficiência dos direitos de liberdade para a implementação de um Estado igualitário, passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais aqueles chamados de segunda e terceira geração ou dimensão, mais afeitos aos demais ideais franceses, de igualdade e fraternidade, e que estatuem o dever de atuação do Estado através de *prestações positivas*, seja para promoção da igualdade material, como nos direitos sociais, seja na proteção a bens de natureza indivisível,

pertencentes a toda a sociedade e em benefício do bem-estar geral, como nos direitos difusos e coletivos²¹.

Uma vez afirmados estes novos direitos no plano abstrato, como reflexo das mudanças no perfil do Estado (ao menos da cultura ocidental), consequência natural foi a reformulação também de concepções doutrinárias de interpretação e aplicação dos direitos, necessária para acompanhar as transformações ocorridas.

Neste sentido é que as chamadas teorias neoconstitucionalistas trabalharam para destacar o quanto as importantes conquistas, abstratamente consagradas no seio das constituições dos Estados, poderiam restar desamparadas caso prevalecessem as concepções clássicas de interpretação, majoritariamente subjuntivas²². Trouxeram, então, à tona noções integradas à nova hermenêutica constitucional, no que se refere à aplicação das normas constitucionais, ampliadas para o pós-positivismo, no âmbito infraconstitucional.

De fato, foi imperiosa a necessidade de se reconhecer a influência de *concepções valorativas* sobre a aplicação do direito, superando o entendimento puramente positivista do fenômeno jurídico - na forma como foi levado a extremos nos contextos nazista e fascista - e compreendendo a aplicação de suas normas como instrumento para o alcance de resultados, na esteira da crítica formulada em célebre pronunciamento do jurista Gustav Radbruch:

A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em 25/08/2009.

²² Cf., a respeito, as observações do Professor Andreas J. Krell: *As dificuldades de teorias pré-hermenêuticas com o Direito do Estado Social moderno*. In Revista do Mestrado em Direito da UFAL, v. 3, p. 11-48, 2008.

equivalentes, em última análise, o direito e força, levando a crer que só onde estiver a segunda estaria também o primeiro²³ (grifo no original)

A partir de reflexões como esta se pôde caminhar para a compreensão do sistema constitucional como uma ordem objetiva de valores, um todo harmônico em que estão veiculadas as escolhas axiológicas subjacentes, que deverão informar toda a criação e aplicação do direito. Destaca-se o caráter objetivo-valorativo dos direitos fundamentais, e não apenas sua condição de direitos subjetivados (perspectiva jurídico-subjetiva)²⁴.

Desta forma, sob a égide das concepções mais atuais do Direito Público, especialmente do Direito Constitucional, atualmente se reconhece que descabe uma aplicação do direito positivo dissociada de uma *filtragem constitucional*, pois os valores fundamentais apontados pelo sistema constitucional têm observância obrigatória, os princípios que os veiculam possuem vinculação normativa²⁵. Ou, como expõe Barroso:

[...] as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A essência da doutrina da efetividade é tornar as

²³ RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito, apêndice a Filosofia do Direito, p. 415-418.

²⁴ CRUZ, Luiz M. *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005, p. 14/15.

²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Os Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 04. Out/Nov/Dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em 11 de abril 2009. p. 02.

normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa²⁶.

Dentro destas concepções, conforme destaca Humberto Ávila, deve-se atentar primordialmente a:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)²⁷.

Especificamente no Brasil, segundo lição novamente de Luís Roberto Barroso, aliando-se ao que chama de *constitucionalização abrangente*, contribuem, também, para o fortalecimento da atuação do Poder Judiciário e demais instituições oficiais incumbidas da defesa da ordem constitucional, os fatores da recente democratização do Estado Brasileiro e do sistema de controle de constitucionalidade peculiar do País.

Enquanto a *constitucionalização abrangente*, ampliou a gama de matérias que receberam tratamento constitucional e influenciou a compreensão da Constituição como ordem normativa, vinculante; o processo de democratização do Estado brasileiro teria, segundo o autor, aumentou o nível de informação e consciência da população, fortaleceu as instituições democráticas, como o próprio Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, e, como resultado, “aumentou a demanda por Justiça na sociedade brasileira”²⁸.

Sendo assim, não é difícil perceber que, uma vez reconhecida força normativa aos princípios e outras normas de conteúdo aberto, sua aplicação coercitiva exigirá do Poder Judiciário uma atuação muito

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2009, p. 163 e 165.

²⁷ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Jan/Fev/Mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>> Acesso em 09 de abril 2009. p. 02.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2010.

mais ampla, abrangente e, necessariamente, criativa, porque incumbida de completar os conceitos abertos, cuja aplicação ultrapassa a mera subsunção de premissas.

2.2 Direitos Difusos e Sociais Fundamentais e Jurisdição Constitucional

Cabe aprofundar, neste ponto, o que se considera como direitos de cunho social e difuso, e em que medida é exigida uma atuação jurisdicional diferenciada para a que sejam devidamente assegurados.

Não se encontra bem definida na doutrina uma classificação razoavelmente uniforme dos direitos fundamentais. No dizer de José Afonso da Silva, “encontram-se nos autores classificações e mais classificações dos direitos fundamentais sob variados critérios que mais confundem do que esclarecem”²⁹. O autor, voltado a uma análise do ponto de vista positivo, elege uma classificação decorrente do texto constitucional pátrio.

Para fins de delimitação da pesquisa, basearemos nosso trabalho na classificação apresentada por Luís Roberto Barroso³⁰ por mostrar-se, de início, mais adequada aos fins pretendidos. Uma vez que o trabalho se fundamenta na necessidade de atentar-se para as particularidades dos direitos, para fins de proporcionar a cada um deles a tutela mais adequada, elegeu-se uma classificação que agrupou os direitos aproximando aqueles que possuem características mais afins.

O autor classifica em políticos, individuais, sociais e difusos os direitos fundamentais, enunciando que os direitos políticos abrangem as prerrogativas e deveres da nacionalidade e cidadania, esta última concernentes à capacidade eleitoral ativa e passiva. Por direitos individuais considera as chamadas liberdades públicas, relacionadas à afirmação jurídica da personalidade humana. Nos direitos sociais agrupa aqueles de formação mais recente, ligada ao surgimento do Estado Social e relacionados como defesa do indivíduo contra a dominação econômica de outros, elencando como tais os direitos econômicos, sociais e culturais. Entende, enfim, por direitos *difusos*

²⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit, 2009, p. 95.

fundamentais aqueles caracterizados “por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto”³¹, que receberam proteção constitucional. Integram essa natureza de interesse, indubitavelmente, a preservação do meio ambiente, a proteção do consumidor e a proteção ao patrimônio histórico, artístico e paisagístico.

É certo que a distinção entre estes direitos, em especial entre os direitos difusos e sociais, não é de muita clareza. Na acepção de José Afonso da Silva, por exemplo, que considera os direitos sociais são “prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos” e “tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”³², estão incluídos os direitos relativos ao meio ambiente, de caráter notadamente difuso, porque situada sua positivação no Título VIII, “Da Ordem Social”, da Constituição Federal. Conforme pontuado também pelo Professor Andreas J. Krell:

os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição brasileira estão longe de formar um ‘grupo homogêneo’ no que diz respeito ao seu conteúdo e a forma de sua positivação. O constituinte não seguiu na sua composição nenhuma linha ou teoria específica³³

Salutar, ainda, é a contribuição do Professor Calmon de Passos quando oferece uma noção acerca dos direitos sociais destacando a sua relevância na valorização do indivíduo e em contraposição aos direitos consagrados anteriormente, de “segunda dimensão”, com mero caráter de abstenção estatal:

Resguardado o indivíduo em face do poder político, foi deixado desprotegido, entretanto, diante do poder econômico. Bem cedo se percebeu que, postos os homens a mercê desse poder - sujeitos apenas ao livre jogo das “leis de mercado” - restabelecida estava a antiga dominação que se pretendia eliminar, ainda que agora com novos figurantes. Dessa verificação e da necessidade de superar a ameaça nasceram os

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Idem, , p. 98.

³² SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2002, p.285.

³³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 21.

chamados “direitos sociais” (...) Assim como se limitara o poder político, exigindo-se o seu exercício em termos de competência predeterminada e como serviço à coletividade (povo titular da soberania), impunha-se limitar o poder econômico - o reino do direito de propriedade, um privilégio também desigualador -, a reclamar disciplina de seu exercício, com retorno em termos de serviços, o que se logrou com atribuição de um fim social ao direito de propriedade³⁴.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais de cunho social e difuso reclamam a mais ampla proteção e garantia possível, dentro do sistema jurídico, uma vez que representam tutela aos mais caros bens jurídicos no atual estágio do desenvolvimento, não sendo por outra razão, inclusive, que a própria Constituição da República atribuiu ao órgão do Ministério Público, fortalecido e valorizado pelo texto constitucional de 1988, a sua defesa (artigos 127 e 129 da Constituição).

Consagrados, assim, na sua forma abstrata, no texto constitucional, uma vez violados esses direitos, ou seja, não sendo espontaneamente observados no contexto social, resta apenas a sua proteção e garantia perante o exercício da jurisdição.

E neste ponto cabe apresentar um primeiro conceito que vem sendo trabalhado na seara processual que mantém íntima ligação com o que aqui se afirma, sobre o direito de ação compreendido como direito a uma tutela jurisdicional adequada.

Segundo tal compreensão, ao estabelecer para o Estado o dever de realizar a prestação jurisdicional, o direito de ação assegura uma prestação jurisdicional não de qualquer espécie, independentemente do direito invocado, mas de uma tutela jurisdicional que se possa considerar adequada, que represente realização efetiva do direito invocado. Se o direito de ação foi alçado ao nível de direito fundamental, dele devem ser retiradas, pois, todas as conseqüências de norma desta hierarquia, razão porque deve ser atualmente compreendido como direito à tutela

³⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. **A Constitucionalização dos Direitos Sociais**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 14 de janeiro de 2010, p. 04/05.

jurisdicional adequada ou efetiva³⁵ – a reclamar atuação jurisdicional mais intensa, e que se dará, quanto aos direitos ora sob análise, primordialmente no âmbito da chamada *jurisdição constitucional*.

A jurisdição constitucional consiste, em conceito enunciado por José Afonso da Silva:

na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição. Ou em sentido mais abrangente: entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais³⁶. (grifos no original)

Com efeito, consiste naquele exercício do poder jurisdicional que não tem por objeto a tutela tão-só de direitos individuais ou coletivos, revelando-se, ao contrário, como um instrumento de defesa da Constituição *mesma*, de tutela à inteireza do texto constitucional, aos valores ali expressos, à ordem jurídica constitucional e aos direitos fundamentais nela contemplados³⁷.

Exerce-se tal poder seja no âmbito do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, seja no âmbito do chamado controle difuso, em que se aprecia o grau de harmonia de leis ou atos de autoridade com a ordem constitucional com vistas à tutela final de um direito individual, como caminho necessário ao alcance dessa tutela.

No exercício da jurisdição constitucional, portanto, os órgãos competentes deverão afastar atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo prevalecer sobre eles o entendimento coadunado com o conjunto normativo constitucional.

Tendo em vista que o desempenho da função jurisdicional na forma como descrita envolve a complementação, pela via da interpretação, de conceitos abertos, veiculados seja em regras, seja em

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 247.

³⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. 2ed. São Paulo: Método, 2007, p. 58/59.

normas principiológicas, são muitas as resistências opostas a tal atuação mais proativa do Poder Judiciário. Como expõe Ingo W. Sarlet:

É claro que a atuação da jurisprudência no campo da identificação e mesmo da criação de direitos fundamentais para além daqueles expressamente definidos pelo Constituinte, se por um lado apresenta uma face positiva, por outro enseja uma série de controvérsias. Talvez a mais célebre - embora de longe tão órgãos jurisdicionais, de funções constituintes, questão que, por sua vez, diz respeito ao debate sobre o alcance da função jurisprudencial na criação e desenvolvimento do Direito³⁸.

No mesmo sentido são as palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto:

Esse ativismo judicial quanto aos direitos sociais se deve a variados fatores: à aprovação da Constituição de 1988 e ao subseqüente movimento de afirmação da normatividade constitucional; às sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo; à superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional. Esses e outros fatores fizeram com que a concretização judicial de direitos sociais se afirmasse no contexto presente. Não foram, todavia, capazes de imunizá-la de críticas³⁹.

E segue o autor relacionando as principais críticas que atualmente se dirigem contra essa atuação, as quais ele classifica em crítica liberal, críticas democráticas e críticas institucionais, essas incluindo a financeira, administrativa, técnica e econômica, e outras.

Vejamos como se coloca, a esse respeito, o constitucionalista André Ramos Tavares:

Nada obstante essa aparente beleza, o discurso e a proteção constitucional dos direitos fundamentais não deixam de

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Breves Notas sobre a Contribuição dos Princípios para a Renovação da Jurisprudência Brasileira.** In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Gustavo Tepedino (org). São Paulo: Atlas, 2008. p. 296-309, p. 302/303.

³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros.** In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Cláudio P. Souza Neto e Daniel Sarmento (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551, p. 516.

apresentar algumas armadilhas. A armadilha de um rol extenso dos direitos fundamentais, sem embargo, não reside, como a priori pode-se imaginar, em sua contestável efetividade. O verdadeiro *perigo* encontra-se no fato de a linguagem dos direitos fundamentais ser assaz imprecisa, abstrata e movediça. Daí, duas conseqüências podem ser apontadas⁴⁰. (grifo nosso)

Esclarece o autor que considera, inicialmente, o “perigo” da *mutabilidade discursiva*, segundo a qual “partes contrárias podem se valer de um mesmo direito fundamental, com vistas a intentar justificar seus posicionamentos”, e na segunda implicação, que se relaciona com o tema ora abordado, adverte o “perigo” de que

caberá sempre ao órgão decisório final de cada Estado definir o significado a ser concretizado, o conteúdo de determinado direito fundamental. Esse órgão decisório, por excelência, é o Judiciário, mais precisamente os órgãos de cúpula desse (STF, no caso brasileiro), **e que acabam por obter maior importância que a própria Legislatura, usualmente reconhecida como a caixa de ressonância da vontade popular. Neste ponto reside o maior perigo dos Direitos Fundamentais, qual seja, o de relativizar a importância da Casa Legislativa e da própria Democracia na sociedade**⁴¹. (grifo nosso)

Ante tais discussões é que se situa a observação de Alexy, segundo a qual:

Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações) (...) salienta que o Estado está o obrigado a proteger, mas, de outro lado, enfatiza que a decisão sobre como essa obrigação será satisfeita é algo que “em primeira linha”, “em grande medida” ou “em essência” cabe ao legislador⁴².

⁴⁰ TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. **Direitos Fundamentais e Democracia: Complementaridade/ Contrariedade**. In Direitos Humanos e Democracia. Clèmerson Merlin Clève e outros (coord). São Paulo: Livraria do Advogado, 2007. p. 169-183, p.174.

⁴¹ TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Ob. cit., 2007. p. 169-183, p. 174/175.

Como se nota, o mais recorrente dos argumentos, para o qual confluem, de certa maneira, a maioria das críticas relacionadas ao tema e a partir do qual poderemos construir as argumentações conclusivas do presente trabalho, é o argumento da separação de poderes.

3. CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Importante salientar, desde logo, o entendimento de que também o Poder Judiciário, como órgão integrante dos Poderes do Estado, deverá acompanhar as mudanças no perfil pelo Estado e pautar-se de acordo com esse perfil.

De fato, tal como a ciência do Direito em geral, o estudo do processo também é influenciado pelas mudanças do cenário social. Especialmente enquanto sistema normativo que disciplina o desempenho de uma das funções do Estado (a função jurisdicional), através do Estado-Juiz, suas disposições deverão refletir estas transformações, ainda que sua absorção se dê de forma gradual e lenta.

A preocupação de limitação da interferência estatal na esfera jurídica privada, por exemplo, ilustra o que se afirma, pois originou as construções teóricas, na seara processual, que procuraram isolar o magistrado de qualquer influência externa, buscando a infalibilidade dos comandos legais, em prol de uma apregoada segurança jurídica absoluta. Assim, sob o apogeu do Código Napoleônico, propagava-se o dever do juiz de se abster de qualquer interpretação dos textos legais e seguir apenas o método exegético. A sentença deveria meramente declarar o texto da lei aplicável, sem realizar qualquer inovação interpretativa, ideal que levou Montesquieu a considerar o juiz tão somente a *bouche de la loi*⁴³, desautorizado a ir além dela.

Com a mudança no perfil do Estado, ao contrário da preocupação extrema com a neutralidade do juiz, foi a concepção de Chiovenda sobre efetividade do processo que ganhou maior eco na processualística moderna, segundo a qual o resultado proporcionado a quem tem razão

⁴² ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 461.

⁴³ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 172.

no processo deveria se aproximar ao máximo daquele obtido pelo adimplemento espontâneo da obrigação⁴⁴.

Uma vez já sedimentada a autonomia científica do processo, as concepções doutrinárias voltaram-se ao resgate da relação instrumental do processo com o direito material. Não há razão para entender o processo como um fim em si mesmo, mas como meio de atuação da jurisdição, devendo seu estudo e aplicação ter em vista os escopos políticos, sociais e jurídicos da atividade jurisdicional, bem como o objetivo maior de toda a atividade jurídica exercida pelo Estado, que é a harmonia e pacificação social.

No dizer de Humberto Theodoro Jr.:

Embora cada um [direito material e processual] se submeta a princípios e objetivos próprios, não pode nenhum deles ser visualizado como compartimento estanque do saber jurídico, mas ambos só se podem entender como órgãos indissociáveis de um só organismo. Por isso, o processo passou a ser estudado como meio de valorizar o direito como um todo e de assegurar efetividade às garantias e mandamentos de todo o direito de fundo, de maneira que nenhum dos dois segmentos possa ser visualizado isoladamente, senão como aspectos indissociáveis de uma única realidade normativa⁴⁵.

A atividade jurisdicional do Estado é meio de realização e efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica; e o processo, instrumento da jurisdição e, por consequência, do direito material, exercerá a contento esta função sempre que buscar a forma mais apta possível para alcançar o resultado protegido pela norma substancial.

Decorrente da mesma tendência, ainda, e indispensável para sua concretização, é a mudança processada no papel atribuído ao juiz, sujeito principal da relação processual, dentro desta relação.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 23 out. 2007, p.3 e 6.

⁴⁵ “A ótica da ciência processual se deslocou justamente para a conexão que não pode deixar de existir entre direito material e processo”. THEODORO JÚNIOR, op.cit., p.4.

Sob influências liberais, como exposto antes, o juiz deveria ser inerte, chegando a ser comparado a um “relógio a que as partes davam corda quando queriam que funcionasse”⁴⁶.

Atualmente, porém, as construções teóricas do processo propalam a postura esperada de um juiz proativo, atento e engajado na missão de conferir efetividade ao processo. A este juiz foram dadas, inclusive, extensas faculdades para contribuir no esclarecimento da verdade e na formação dos elementos de convicção, impensáveis no sistema anterior⁴⁷, como o poder geral de cautela e as disposições sobre tutelas jurisdicionais atípicas (art. 461 CPC brasileiro).

Tudo a imbuir, também o Estado-Juiz, de prerrogativas que o possibilitem atuar positivamente em prol da igualdade material dos indivíduos. Deverá o magistrado, “sem perder a imparcialidade indispensável ao exercício da jurisdição, poder atuar na direção ativa do processo”⁴⁸, conferindo aos meios e técnicas processuais disponíveis interpretação a mais apta possível a proporcionar efetividade ao direito material e realizar os fins da jurisdição.

Como se nota, é uma postura que se revela integralmente coadunada não só com o perfil do Estado, conforme já afirmado, como também com as exigências da conformação da ordem jurídica atual, na forma como já descrita.

Tal circunstância, no entanto, não tem sido suficiente para convencer parcela da doutrina, com a qual se estabelece acirrada disputa, no tema do exercício da jurisdição constitucional, que diz respeito à legitimidade dos órgãos jurisdicionais para atuar dessa forma, invalidando ou afastando aquelas regras ou atos, produzidos pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

Por estas concepções, tal atuação faria prevalecer sua decisão sobre escolhas que são (pretensamente) amparadas pelo princípio

⁴⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. Vol I. São Paulo: Dialética, 1997, p.152 e 163.

⁴⁷ FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol I. Campinas: Millennium, 2000, p. 106 e 107.

⁴⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Op. cit., 1997, p.152 e 163.

democrático, colocando-se uma forte resistência ao reconhecimento da capacidade desse Poder de exercer essa atribuição.

Com efeito, sendo os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo escolhidos diretamente pelo voto popular, e sujeitando-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos, argumenta-se que o controle judicial da atuação dos demais poderes é “contramajoritário”, ou seja, contraria aquilo que foi decidido pela maioria representante da vontade popular.

A discussão em tela, vale dizer, tem origem na tradicional e ainda atual doutrina da separação dos poderes, desenvolvida e consagrada na obra de Montesquieu, muito embora registrem-se precedentes anteriores, inclusive na obra de John Locke⁴⁹.

Através dela identificam-se como funções estatais a função legislativa, de elaboração de lei; a função executiva, consistente na aplicação ou execução das leis; e a função judiciária, de aplicação imparcial da lei ao caso concreto, com força definitiva, estipulando-se que cada uma delas deve ser separadamente exercida, por órgãos distintos (que vêm a ser os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), sem que um intervenha indevidamente no âmbito de atuação do outro, ou seja, com independência. A independência, autonomia e harmonia entre os Poderes é requisito essencial para a boa atuação de suas funções.

Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que essa independência concretiza-se por uma formação, organização e estruturação independente; um mínimo de competências próprias, exclusivas; e um funcionamento independente e autônomo⁵⁰, tudo com vistas a assegurar que não fiquem concentrados em um só órgão os poderes referentes a todas ou mais de uma das funções do Estado e se possa evitar a facilidade de abusos no exercício do Poder (“só o poder freia o poder”).

⁴⁹ ZANETI JR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.117.

⁵⁰ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 1994, p 19.

É certo, porém, que nenhum desses Poderes atua isoladamente e em função pura, havendo, sempre, uma parcela de atividade atípica e um espaço de ingerência e controle de um sobre os demais Poderes, fato que é reconhecido desde a formulação da teoria, em Montesquieu.

Na Constituição brasileira, por exemplo, é possível perceber o exercício destas funções atípicas em diversos dispositivos, exemplificados por Zaneti nos artigos 51, IV; 52, I, II e XIII; 84, III, XXVI e XXIII, 85; 86; 62; 68; 96, I, a, e II, d; 96, I, e; entre outros, voltados a estabelecer um contrabalanceamento entre Poderes.

Por esta razão, vê-se que não é possível compreender de forma estanque a teoria da separação dos poderes, especialmente nos dias atuais, em que se percebe a íntima relação do Direito Constitucional com as escolhas políticas de valor e da sociedade, de maneira que não são nítidas as fronteiras entre os âmbitos político e jurídico. Empreende-se, na Constituição, uma juridicização de escolhas políticas que foram feitas anteriormente, e não podem ser desprezadas por quaisquer dos Poderes do Estado⁵¹.

A mesma autora citada prossegue, então, discorrendo sobre a conformação atual do princípio, que não se sustenta mais como uma estrita separação de poderes. Vejamos:

passados mais de dois séculos desde de sua formulação, a doutrina de Montesquieu ainda se apresenta como válida no seu essencial, mas num contexto e espaço completamente outros. De uma estrita separação de poderes, a receita política de Montesquieu evolui, numa segunda fase, para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos. (...) É certo, também, que mesmo na perspectiva de Montesquieu, a teoria da separação de poderes já vinha claramente interpretada em sentido evolutivo. A separação de poderes não era um fim em si mesmo, mas uma receita política que propugnava impor limitações ao poder⁵².

Atribuir-se, então, ao Poder Judiciário o encargo sobre o controle da constitucionalidade dos atos emanados dos demais Poderes, para analisar sua compatibilidade com o conteúdo e o processo previsto para

⁵¹ Cf. a respeito APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵² FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Op. cit, 1994, p 17.

sua criação no próprio texto constitucional, na medida em que provocado, nesse sentido, pelos órgãos legitimados, entre os quais o Ministério Público, é uma forma exatamente de limitação à atuação desses Poderes, os quais, embora diretamente legitimados pelo voto, não podem ter o seu exercício ilimitado, como se legitimidade tivessem para produzir leis e atos normativos qualquer que fosse o seu conteúdo.

Não se revela, portanto, uma atuação contrária à separação de poderes, mas, ao contrário, integra o sistema de freios e contrapesos que faz parte da própria concepção de separação dos poderes; ao contrário, efetiva-o. Não convencem, portanto, as razões levantadas para repudiar o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os demais Poderes, vez que tal exercício se dá na exata medida em que o outro Poder esteja extrapolando da sua competência constitucionalmente estabelecida, bem como na exata medida em que atribuída a competência para este controle ao Poder Judiciário pelo próprio texto constitucional.

Se a Constituição expressamente prevê limites para a atuação democrática dos demais Poderes, em geral consistentes na estipulação de direitos de caráter fundamental e de critérios formais para o processo legislativo, por certo que o ato que desrespeitar as balizas postas deve ser retirado do sistema, mediante a atuação conjunta, ademais, do Poder Judiciário com os órgãos incumbidos, pela Constituição Federal, da honrosa atribuição de exercer essa fiscalização, mediante provocação dos órgãos judiciários.

Por isso é que Estefânia Maria de Queiroz Barbosa diz que

esse choque entre direitos fundamentais inflexíveis e democracia é apenas aparente, posto que os direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional são tão importantes, que a sua outorga ou a sua limitação não pode ser deixada para ser decidida por uma simples maioria parlamentar⁵³

No mesmo sentido expõe Alexy que

os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam

⁵³

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia.** In Direitos Humanos e Democracia. Clèmerson Merlin Clève e outros (coord). São Paulo: Livraria do Advogado, 2007. p. 277-293, p.280.

deveres do legislador e restringem suas competências. (...) Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição⁵⁴.

E prossegue a mencionada autora, citando Cláudio Ari Mello, que tais previsões constitucionais restritivas, portanto, são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular no exercício do Poder Constituinte originário, voltadas, exatamente, para limitar maiorias políticas eventuais, formadas em contexto menos participativos que o momento constituinte, de reduzirem as mais caras garantias, movidos por simples questões imediatas, conjunturais, capazes de conduzi-las a equívocos e contradições.

A afirmação se mostra particularmente verdadeira no contexto da Constituição Federal brasileira de 1988, pois, como aponta o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, o País sofreu com a todas as suas anteriores constituições, que não guardavam contato com a realidade do nosso meio, enquanto no processo constituinte de 1988 a situação participativa foi diferente. “A metodologia aplicada incluiu duas técnicas importantes: audiências públicas e participação popular no processo de elaboração constitucional”⁵⁵.

O que se viu foi uma participação popular importante, bastante legitimadora, destacando o autor, dentre outros fatos que comprovam o importante papel do princípio popular na sua elaboração, as cento e vinte e duas emendas populares feitas, com um total de doze milhões de assinaturas.

fez-se uma Constituição que rompeu com o passado, por isso é combatida pelas elites conservadoras. (...) A Constituição de 1988 na é a constituição ideal de nenhum grupo nacional. Talvez

⁵⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., 2008, p. 546, tratando do “problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador, sobre o qual conclui que “não está em discussão se o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua *extensão*” (grifos no original).

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., 2007, p. 109.

suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e, por isso mesmo, de muitas negociações. Desse processo proveio uma constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro⁵⁶.

No mesmo sentido, Pablo Pérez destaca a jurisdição constitucional como mecanismo de proteção e garantia dos direitos fundamentais das minorias frente às maiorias parlamentares⁵⁷, que é, efetivamente, como se revela. Cabível a observação de Barroso, em sentido semelhante, destacando que a maioria política por vezes é quem pratica violações a direitos fundamentais:

Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. (...) Podem os juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador⁵⁸.

A legitimidade dessa atuação que se diz “contramajoritária” do Poder Judiciário, porque afasta atos emanados de Poderes constituídos diretamente pelo voto popular, além de advir da própria competência constitucionalmente atribuída, repousa, ainda, em fatores como o

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Idem, p. 110.

⁵⁷ PÉREZ, Pablo. La Justicia Constitucional como Elemento de Legitimidad Democrática” (La Justicia Constitucional em la Actualidad. Especial Referencia a América Latina. Foro Constitucional Iberoamericano. N° 2/2003. Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso em 09/09/2003.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. ci., 2009, p. 170/171.

processo de sua formação, a participação democrática de indivíduos e órgãos legitimados neste *processo*, a proteção às minorias e, ainda, a argumentação e fundamentação das decisões.

Dissemos o *processo* na esteira do que foi destacado por Souza Neto, citado por Estefânia Queiroz, de que existe uma ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional, justamente com a finalidade de racionalizar e legitimar as decisões resultantes, que se exerce, para os particulares, por exemplo, através de institutos como o *amicus curiae*, no controle concentrado do direito brasileiro, bem como intervenções de terceiro outras, no controle difuso, e também pela atuação do indivíduo como “desencadeador dos órgãos provocadores”, legitimados a deflagrar a atuação jurisdicional. De fato, muitas das atuações dos órgãos legitimados tem origem no exercício do direito de petição por particulares, isolados ou em grupo, quando comparecem, por exemplo, ao Ministério Público, para manifestar insatisfação quanto ao desrespeito a direitos fundamentais, individuais ou coletivos, por parte de órgãos governamentais⁵⁹.

Tudo a representar uma ampliação da comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, tal como preconizada por Peter Häberle⁶⁰.

Donde se conclui que há, sim, uma participação democrática na produção das decisões judiciais, capaz de legitimar o exercício da jurisdição constitucional e de proteger as minorias frente a maiorias parlamentares.

É a mesma conclusão a que chegam Paulo Bonavides⁶¹; Pablo Pérez, que expressamente intitula uma seção de seu artigo como “La Justicia Constitucional como Elemento de Legitimidad Democrática”⁶² e,

⁵⁹ Cf., a esse respeito, SARMENTO LINS Jr., George. **Novos Rumos da Cidadania Brasileira**. Revista do Ministério Público Alagoas, v. n. 3, p. 67-71, 2000.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

⁶¹ Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em 25/08/2009

⁶² Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm>. Acesso em 09/09/2003

também, Hermes Zaneti Júnior, reconhecendo-a como uma dimensão de participação na formulação das decisões políticas, em sentido amplo⁶³.

Por fim e não menos importante situa-se a concepção da legitimidade das decisões judiciais fundada na argumentação. Com a modificação das concepções acerca da Constituição e sua força normativa, tem-se modificado alguns paradigmas de aplicação das disposições constitucionais, de maneira que se mostra insuficiente, nos dias atuais, uma aplicação das normas constitucionais baseada apenas em métodos hermenêuticos clássicos, prevalentemente subsuntivos, visto ser a Constituição, como já mencionado, uma ordem valorativa, essencialmente formada por princípios, e não regras. Neste contexto é que sobreleva a importância das noções de argumentação jurídica racional e argumentação para o alcance de resultados para decisões judiciais, especialmente baseadas em critérios de ponderação e sopesamento que permitam alcançar um resultado que se possa avaliar dotado de correção (no termo de Alexy)⁶⁴.

Assim é que se pode construir uma fundamentação baseada em uma teoria do discurso jurídico em que as valorações realizadas sejam passíveis de um controle racional, sob um procedimento regido por regras e condições da argumentação e da decisão racional prática.

Tudo a demonstrar que o controle dos atos dos demais Poderes pelo Poder Judiciário se mostra não apenas compatível com uma realidade democrática, mas como necessidade mesma que integra o sistema de freios e contrapesos próprio à concepção de separação dos poderes, efetivando-o, e não se apresentando como ingerência indevida sobre a atuação daqueles Poderes.

Assim, “não se deve adiar o esforço de integrar o Direito Constitucional ao processo histórico de promoção da justiça e da igualdade, no campo real e concreto”⁶⁵.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostram-se nitidamente insuficientes as objeções até então trabalhadas para a atuação do Poder Judiciário no controle sobre atos legislativos e executivos, sendo certo que não resistem aos inúmeros

⁶³ Ob. cit., 2007, p. 115 e 126.

⁶⁴ Cf. ALEXY, Robert. Ob. cit., 2008.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., 2009, p. 71.

argumentos favoráveis a tal atuação, os quais foram superficialmente apresentados no trabalho.

De fato, as discussões se prolongam muito além do que apresentado, sendo certo, no entanto, que podem ser abordadas sob diferentes perspectivas.

De uma perspectiva processual, nada de “anti-democrático” há no controle jurisdicional dos atos legislativos e executivos, pois, se a investidura dos membros do Poder Judiciário não se dá por meio de participação democrática, a própria participação processual, amparada por princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e pela ampla possibilidade da participação dos interessados, seja direta, como pelo instituto do *amicus curiae*, ou indireta, pelo exercício do direito de petição perante os órgãos democráticos legitimados.

Nem mesmo o argumento da separação dos poderes pode ser tomado como suficiente para afastar a legitimidade de atuação do Judiciário, uma vez que está integrada à própria noção de separação de poderes a necessidade de “freios e contrapesos”, ou seja, da impossibilidade de atuação de qualquer desses Poderes isoladamente e em função pura, havendo, sempre, uma parcela de atividade atípica e um espaço de controle de um sobre os demais. Desta forma, não cabe enxergar o controle jurisdicional sobre os atos do Legislativo e do Executivo como uma “ingerência indevida” do Poder Judiciário em um âmbito de exclusividade daqueles Poderes, mas como a própria realização do postulado da separação de funções, pois atua como legítima limitação imposta quando da própria elaboração do texto constitucional.

FRAUDE À CONSTITUIÇÃO O PROBLEMA DA INFRAÇÃO INDIRETA À NORMA CONSTITUCIONAL

Marcus Rômulo Maia de Mello

É membro do Ministério Público do Estado de Alagoas, titular da Promotoria de Justiça Coletiva da Fazenda Pública Municipal de Maceió.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Identificação e descrição do fenômeno. 3. Fundamento jurídico da fraude à Constituição. 4. Normas constitucionais fraudáveis e normas jurídicas fraudadoras. 5. Sinonímia. 5.1 Atalhamento Constitucional. 5.2 Desvio de Poder Constituinte. 6. Conclusões.

1. Introdução

O fenômeno da inconstitucionalidade por infração indireta à norma constitucional ou, simplesmente, **fraude à Constituição**, não tem merecido a atenção devida por parte da doutrina pátria. A fraude à Constituição é um expediente cada dia mais utilizado e que consiste em frustrar a aplicação da norma constitucional por meio artificioso. Sua característica singular é a ofensa à Constituição por via oblíqua, imune a um olhar desatento. Trata-se de um fenômeno percebido a partir da fraude à lei, cujo reconhecimento independe da intenção do agente, especialmente do legislador.

A doutrina e a jurisprudência vêm batizando a fraude à Constituição como *desvio de finalidade*, *desvio de poder legislativo*, *desvio de poder constituinte* e *atalhamento constitucional*. Faz-se premente resgatar a nomenclatura “*fraude à Constituição*”, a que melhor define o fenômeno. Há iterativos precedentes judiciais declarando a inconstitucionalidade de leis em fraude à Constituição, embora sem mencionar, necessariamente, esse nome. Há inúmeras

outras leis a serem mencionadas que configuram fraude constitucional e que sequer foram questionadas sob esse prisma.

É importante aprofundar o estudo da fraude à Constituição, seja para melhor identificar os atos normativos que padecem de vício de inconstitucionalidade por fraude, seja para unificar a nomenclatura relativa ao tema. O aprofundamento do estudo sobre esse problema só irá contribuir para o enriquecimento dos métodos de controle de constitucionalidade, visto que a fraude à lei (*lato sensu*) é bastante comum e não rara ou esporádica como se imagina. A deficiência no estudo do fenômeno tem por consequência a permanente produção de novas leis visando apanhar os atos que fraudam leis anteriores. Com uma melhor compreensão dos seus termos, ver-se-á que isso é desnecessário⁶⁶.

2. Identificação e descrição do fenômeno

O termo fraude à Constituição é emprestado do fenômeno da **fraude à lei**, do qual é espécie. A fraude à lei designa “*aquela procedimento que, por meios indiretos, viola norma jurídica cogente, permitindo que se obtenha resultado por ela proibido (norma jurídica cogente proibitiva) ou impedindo que fim por ela imposto se realize (norma jurídica cogente impositiva)*”⁶⁷.

A matéria foi tratada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar um caso em que um presidente de TRF da 3ª Região renunciara ao mandato para interromper o ciclo de dois mandatos seguidos e permitir sua candidatura a um terceiro mandato. Quando do julgamento do caso, na Reclamação nº 8.025, o Ministro Eros Grau assim se pronunciou, *in verbis*:

Estamos, no caso, em face de autêntica *fraus legis*. A incidência do preceito da LOMAN resulta frustrada. Fraudar, note-se bem, é precisamente frustrar (vide a respeito do significado do vocábulo *fraus*, Giovanni Rotondi, *Gli Atti In Frode alla Legge*, Unione Tipografico Editore Torinese Torino, 1911, pp. 11/37).

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, t. I. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 95.

⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 82.

Leio em clássica monografia de Alvino Lima, professor das velhas e sempre novas Arcadas do Largo de São Francisco:

Inúmeros são os meios ou processos de que lançam mão os infratores das normas jurídicas, a fim de se subtraírem ao seu império, a sanções que lhe são impostas no caso de transgressões. Estes meios ou processos vão da violação direta, pura e simples, sem rodeios ou subterfúgios, às formas mais sutis, disfarçadas, ocultas e mascaradas, adrede preparadas, de maneira a dificultar a aplicação da lei, e conseqüentemente, subtrair se o infrator à sanção legal (...) Agem contra a lei os que a violam abertamente, de forma 'quase brutal', na expressão de FERRARA. Agem *in fraudem legis* os que frustram a sua aplicação, procurando atingir, por via indireta, o mesmo resultado material contido num preceito legal proibitivo.

(A fraude no Direito Civil. Saraiva. São Paulo, 1965, p. 33).

A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, **frustração da Constituição**.

A *fraus legis*, conceitua-a GIOVANNI GIACOBRE como "un comportamento rilevante, attraverso, cui il soggetto agente tende a conseguire finalit  che si pongono in conflitto con norme imperative, perché da queste vietate, o comunque considerate sotto aspetti e con modalit  diversi da quelli perseguiti dell'agente stesso".

(* rode alla legge*“, in Enciclopedia del Diritto, Giuffr  Editore, XVIII/74).

Expressa a perseguição de um fim vedado pela norma jurídica. Recorro, neste passo, a PONTES DE MIRANDA:

A fraude   lei consiste. portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu porque incidiu esta; a fraude   lei põe diante do juiz o suporte fáctico, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude   lei   infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O aplica a sanção, por seu dever de respeitar a incidência da lei (= de não errar).

(Cit., Tratado de Direito Privado, T.1, 1999, p. 51).

Segundo Marcos Bernardes de Mello, “*se a lei contém norma jurídica que, indiretamente, infringe a Constituição, há inconstitucionalidade por fraude a preceito constitucional*”⁶⁸. *Per summa capta, ter-se-á fraude à Constituição sempre que se contornar uma norma constitucional obrigatória, alcançando os fins que ela visa proibir ou evitando-os por meios indiretos*⁶⁹.

3. Fundamento jurídico da fraude à Constituição

Luís Roberto Barroso afirmou que “*os atos praticados in fraudem legis são precisamente aqueles que observam o sentido literal da norma, mas violam-lhe o espírito*”⁷⁰. Todavia, o problema não se reduz a uma questão de interpretação das leis, pois mesmo normas cogentes com textos unívocos podem ser fraudadas. Para Pontes de Miranda, “*mistura-se o problema da conceituação da*

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes. Ob. cit., 1995, p. 83.

⁶⁹ [...] *não há como se negar a aplicação da teoria da infração indireta às normas jurídicas às espécies em que o legislador ‘contorna’ norma cogente constitucional através de normas aparentemente compatíveis com a Constituição* (Ibidem, p. 84).

⁷⁰ Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128. Os equívocos a que pode conduzir a interpretação puramente literal são igualmente notórios na literatura. Foi com ela que Clélia, na **Chartreuse de Parme**, de **Stendhal**, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso. Barroso, em outra obra, também se refere ao clássico romance de **Tristão e Isolda**: levada a um tribunal sob a acusação de adultério, Isolda pede que seu amante se disfarce de mendigo e a aguarde à entrada do tribunal. Em lá chegando, Isolda o chama e pede que aquele mendigo a conduza nos braços para que seu vestido não suje de lama. Já no tribunal, prestado o juramento perante a bíblia e indagado se ela tinha um caso extraconjugal Isolda responde, diante de um atônito Tristão vestido em andrajos: *Nenhum homem me teve nos braços senão meu marido e aquele mendigo que ali se encontra* (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 292). Pontes de Miranda aduz que “*mistura-se o problema da conceituação da fraude à lei com o problema da revelação do direito, fora da interpretação literal*” (Tratado de Direito Privado, T. I, 1999, p. 89).

*fraude à lei com o problema da revelação do direito, fora da interpretação literal*⁷¹”. A interpretação da lei está no plano da incidência enquanto a fraude à lei está na aplicação⁷². A fraude se dá quanto à aplicação da norma, porque ela incide, o que o ato fraudador quer é frustrá-la, quer dizer, que ela não se aplique.

Outro ponto que merece menção é aquele atinente à intencionalidade como causa do fenômeno da fraude. A expressão fraude à lei, e mais especificamente *fraude à Constituição* é equívoca, pois dá a entender que intencionalidade é elemento essencial. A questão é crucial porque se a má-fé, o dolo, fizer parte da fraude, ter-se-á que, em não havendo intenção de fraudar, fraude não haverá. A questão do dolo de fraudar é especialmente relevante no caso da fraude à constituição por ato legislativo, afinal, é concebível tecer considerações sobre a intenção do órgão colegiado quando aprovou a lei?

A intencionalidade não é elemento da fraude à lei, porém. Decerto que a elocução “fraude” induz o intérprete a erro, já que o termo remete a burla, enganação, o que exigiria intenção. Mas a expressão se preserva em homenagem à tradição que carrega. Observe que, se a norma é cogente, no sentido de obrigatória, e se por algum procedimento direto ou indireto seu conteúdo não é observado, a consequência é a mesma, sem que seja necessário perquirir sobre a intenção de quem o praticou. Com mais razão, se uma lei de algum modo burla uma norma constitucional, não há que se indagar se houve ou não intenção do legislador para se decretar sua inconstitucionalidade.

Esse detalhe crucial não escapou à observação do Min. Eros Graus por ocasião do julgamento da já mencionada Reclamação nº 8.025/SP, STF, quando acrescentou: “*Note-se bem que intencionalidade*

⁷¹ Ibidem, p. 89.

⁷² Cf. Pontes de Miranda: *As precisões, a que chegamos, em nossas obras, quanto à distinção entre a incidência e a aplicação das leis, permitiram-nos escapar aos erros dos que antecipavam o problema da fraude à lei, pondo-o no plano da interpretação da lei, à maneira – agravada – de Paulo e Ulpiano, ou o deslocavam para o plano da causa do ato jurídico. O problema da fraude à lei há de ser posto no plano da aplicação da lei; porque a lei, essa, incidiu, e a fraude à lei consiste em se esperar que não se aplique* (Ibidem, p. 97-98).

*de violação da lei não é determinante da fraude, de modo que se possa imputar a quem a pratica a pecha de fraudador. Aqui não se trata disso, de qualificar desairosamente a conduta de quem quer que seja*⁷³”.

Sobre o assunto disse Pontes de Miranda, *in verbis*:

Não há por onde se procurar o *intuitus*; basta a infração mesma. Toda investigação do intuito pode levar à confusão da fraude à lei com a simulação. O conceito é jurídico; a teoria, jurídica. Não se inquire de motivos morais, ou de boa-fé, ao se ter de verificar se se infringiu a lei: tanto a infringe quem indiretamente a infringe quanto quem a infringe diretamente. [...] Não há o pressuposto do intuito; a infração da lei, qualquer que seja, é objetiva.⁷⁴

A desnecessidade de se aferir a intenção para a configuração de fraude à Constituição é ainda mais evidente, por se tratar de uma atividade legislativa, tendo em vista o ***princípio da insindicabilidade da prognose legislativa***, segundo o qual o espaço de prognose legislativa é de livre conformação do legislador e insuscetível de qualquer controle jurisdicional⁷⁵.

Para Habermas, o processo legislativo é ocupado por compromissos. Interesses e orientações axiológicas contrapostas necessitam de uma compensação que o discurso ético não proporciona. Ainda que os resultados estejam condicionados ao respeito pelos valores fundamentais, o equilíbrio realiza-se mediante compromissos entre partidos que “*se apóiam em potenciais de poder e sanção*”. O processo legislativo não é movido, apenas, pela qualidade ética das leis⁷⁶. Para além da índole “técnica” do poder de conformação das leis,

⁷³ O Min. Eros Grau já havia se manifestado de forma veemente sobre a possibilidade de fraude à Constituição quando foi Min. do TSE, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 32.507, em que foi relator e votou contra a possibilidade de candidatura de prefeito pela terceira vez consecutiva em município distinto do seu domicílio eleitoral originário.

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Ob. cit., 1999, p. 91.

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.316.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Edições

o legislador é limitado por controles “não técnicos”: *eleições, coalizões políticas, atividade político-partidária*, ainda que o processo legislativo não esteja liberto da Constituição⁷⁷.

Os **motivos** do legislador e a finalidade que pretendia atingir são indiferentes para a validade da norma, desde que ela guarde conformidade com os valores caros à Constituição. **Uma norma jurídica casuística será válida se, indiferente aos propósitos pessoais dos que a criaram, termina por realizar o interesse Constitucional.** San Tiago Dantas afirmou que Napoleão Bonaparte revolucionou o direito sucessório francês, mandando que a herança fosse repartida entre todos os descendentes, porque queria destruir a aristocracia rural, que lhe fazia oposição e cujo poder provinha dos latifúndios baseados no privilégio da primogenitura varonil. Dividindo a herança entre todos os descendentes, ele extinguiu uma força política baseada no latifúndio rural. Ao fazê-lo, realizou o ideal de justiça, amparado no princípio da igualdade, embora essa não fosse sua intenção ao valorar os fatos⁷⁸.

4. Normas constitucionais fraudáveis e normas jurídicas fraudadoras

O fenômeno da fraude à lei sói ocorrer nas normas jurídicas cogentes; não só nas normas jurídicas proibitivas, mas, igualmente, nas impositivas de resultado⁷⁹, pois a fraude consiste, justamente, em alcançar o que a lei quer evitar ou evitar o que ela pretende alcançar⁸⁰.

Em se tratando de fraude à Constituição, a regra é a mesma: são passíveis de serem fraudadas as normas constitucionais proibitivas e

Tempo Brasileiro, 1997, p. 351.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 26 e 27.

⁷⁸ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil – Teoria Geral**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41.

⁷⁹ Pontes de Miranda aduz, *in verbis*: *Alguns autores pretendem que só as leis proibitivas podem ser fraudadas. Estariam fora da classe das leis cogentes fraudáveis as leis impositivas [...]. Se a lei impositiva tem por fim algum resultado, nada obsta a que se inclua na classe das regras jurídicas fraudáveis, pois que o é* (Tratado de Direito Privado, t. I, 1999, p. 93).

⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes. Op. cit., 1995, p. 88 e 89.

impositivas de resultado. Nesse grupo estão as normas que proíbem a contratação sem licitação, as que vedam o provimento de cargo efetivo sem concurso público, as que proíbem que se exceda o teto remuneratório no serviço público, as que determinam a equiparação remuneratória entre servidores e as que disciplinam o processo legislativo.

É possível que a fraude à Constituição seja praticada por emenda constitucional? A questão é delicada porque envolve o exercício do legislador enquanto poder constituinte derivado, com competência para alterar a Carta Magna. O poder constituinte derivado é condicionado e limitado, porém; a ele não é permitido, e. g., emendar a Constituição no seu núcleo essencial, as *cláusulas pétreas*. O art. 60, §4º, da Constituição previu expressamente a possibilidade de fraude quando proibiu a **deliberação de proposta de emenda constitucional “tendente” a abolir o seu núcleo essencial**. Anteviu-se a possibilidade de infração indireta às cláusulas pétreas e procurou-se imunizar a Constituição contra ela.

Outrossim, as emendas constitucionais estão compreendidas no processo legislativo (art. 59, I, CF) e estão sujeitas a controle de constitucionalidade como quaisquer leis, assim tem decidido iterativamente o STF. Logo, **se a infração direta à ordem constitucional por uma emenda constitucional é factível, a infração indireta também o é**.

Na verdade, não só a fraude à Constituição através de emenda constitucional é factível, como já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da **Emenda Constitucional nº 52/2006**, que pôs fim à verticalização das coligações partidárias e dispôs, no art. 2º, que seus efeitos valeriam para a eleição de 2002, já finda, numa **evidente tentativa de aplicar a nova regra já nas eleições de 2006, ludibriando o princípio da anterioridade da lei eleitoral**.

Registre-se o voto da Min. Ellen Grace:

Não me parece que a Constituição Federal tenha pretendido suportar anomalia por ela mesma combatida quando a regra modificadora for integrada ao seu próprio texto. Por esse raciocínio, todas as vezes que se pretenda burlar a norma anticasuística, será possível lançar mão da elaboração de emenda

constitucional, até que o princípio consagrado pelo constituinte originário esteja completamente nulificado.

Leia-se, em especial, o voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski:

O dispositivo impugnado, data venia casuístico, incorre no vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de “desvio de poder ou de finalidade”, **expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal.**

Em outras palavras, repita-se, **buscou-se, no caso, como se viu, atalhar o princípio da anualidade, dando efeito retroativo à Emenda 52**, promulgada em plena vigência do moralizador artigo 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comparato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um “**desvio de poder constituinte**”, que os autores alemães denominam de *Verfassunsbeseitigung*, expressão que, traduzida literalmente, significa “**atalhamento da Constituição**”.

(Não há grifos no original).

Aliás, não é a primeira vez em que se busca fraudar à Constituição através de emenda. Um caso bastante revelador de emenda constitucional criada de forma casuística, com o escopo de **fraudar a exigência de concurso público**, é o da **Emenda Constitucional nº 51**, que dispensou do certame os *agentes comunitários de saúde* e os *agentes de combate às endemias*.

A referida emenda determinou a contratação dos agentes após um processo seletivo, afastando tacitamente a exigência de prova (art. 37, II, CF); determinou que uma lei federal dispusesse sobre o regime jurídico desses agentes – não há escolha, o regime será necessariamente estatutário⁸¹; finalmente, o art. 2º, parágrafo único, da referida emenda dispôs que **os profissionais que, na data de promulgação da emenda desempenhassem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias a qualquer título, estavam dispensados de se submeter a um processo**

⁸¹ O art. 39, *caput*, da Constituição, com a redação dada pela EC 19/98, que pôs fim ao regime jurídico único dos servidores públicos, teve sua eficácia suspensa pelo STF, por inconstitucionalidade formal (ADI 2.135-4). Assim, atualmente só há um regime jurídico possível, o estatutário.

seletivo público. O verdadeiro escopo da emenda está entalhado fora do corpo da Constituição, no citado preceptivo legal. Com ele, a *Clef de Voûte* do ordenamento jurídico praticamente determina que Estados e Municípios efetivem esses agentes, dispensando-os de realizar certame.

Outra fonte de fraude à exigência constitucional de concurso público consiste em criar cargos em comissão que não são de direção, chefia ou assessoramento a não ser no nome. No julgamento da **ADI 4125/TO**, Rel. Min. Cármen Lúcia, **o STF decretou a inconstitucionalidade da Lei nº 1.950/2008, do Estado do Tocantins, que criara 28.177 cargos para serem providos em comissão.** Trata-se de um caso emblemático de fraude à Constituição. Infelizmente, aquele sodalício interpretou-o como um caso de **desvio de poder legislativo por violação ao princípio da razoabilidade.**

A fraude à Constituição é comum em matéria tributária. Tome-se, como exemplo, os decretos executivos que estabelecem *alíquota zero* para determinado imposto. O art. 150, §6º, da Constituição Federal, determina que *qualquer isenção será concedida mediante lei específica.* Pelo princípio da *paridade das formas*, se a isenção é conferida por lei só por lei será revogada. A alíquota zero permite contornar essa exigência, concedendo e, sobretudo, retirando a isenção mediante decreto, sem necessidade de lei.

É muito comum a utilização de artifícios jurídicos para dar aumentos diferenciados a categorias diferentes de servidores públicos⁸². O STF tem um caso emblemático envolvendo a *distinção de índices de reajuste entre servidores civis e militares*, vedada à época do julgamento. Uma combinação aparentemente inofensiva do art. 5º da Lei 8.627/93, que especificou os critérios para reposicionamento de servidores públicos federais civis e militares, com o art. 7º da Lei 8.622/93, publicada um mês antes e que dispunha sobre a revisão geral dos servidores públicos federais, terminou por conferir aos militares um reajuste 28,86% maior. No julgamento do **RMS 22.307/DF**, o Min. Rel. Marco Aurélio de Mello concedeu aos impetrantes direito ao reajuste dos vencimentos na mesma base de cálculo conferida aos militares⁸³.

⁸² Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., 1995, p. 84.

⁸³ Posteriormente a Emenda Constitucional nº 18/98 alterou a Seção II, do Capítulo VII, da Constituição e onde havia “Dos Servidores Públicos Civis”

Também é usual a utilização de subterfúgios como forma de **burlar o teto remuneratório de vencimentos estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição**. Exemplo disso é o **Decreto Legislativo nº 07/95** do Congresso Nacional, cujo art. 3º prevê **ajuda de custo** ao parlamentar, no valor igual à sua remuneração, a ser pago no início e no final de cada sessão legislativa. Nos meses de janeiro e dezembro – sem embargo do 13º salário – cada parlamentar recebe essa “ajuda de custo” que ficou conhecida como **verba de enxoval**, como se fosse um 14º e 15º salários. Os parlamentares já recebem vultosas quantias a título de verba de gabinete, a ajuda de custo nada mais é do que salário disfarçado, pago em fraude ao teto Constitucional⁸⁴.

O **processo legislativo** constitucional amiúde é objeto de fraude à Constituição. A questão já foi abordada *obiter dictum* pelo STF em relação às **medidas provisórias**, no julgamento da **ADI 2984 MC/DF**, quando a Rel. Min. Ellen Gracie afirmou que *“o sistema instituído pela EC nº 32 leva à impossibilidade - sob pena de fraude à Constituição - de reedição da MP revogada, cuja matéria somente poderá voltar a ser tratada por meio de projeto de lei”*.

Outro procedimento que vem tomando corpo nos últimos anos é a praxe de **eleva cargos federais à categoria ou status de Ministro de Estado**. A Lei nº 10.683/03, por exemplo, elevou os cargos de Advogado Geral da União, Chefe da Casa Civil e Controlador Geral da União à categoria de Ministro de Estado. A **Lei 10.683/2003** estendeu o status de Ministro para os cargos de **Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, de Secretário Especial de**

ficou apenas “Dos Servidores Públicos”. Na Seção III a expressão “Dos Servidores Públicos Militares” foi suprimida e a Emenda Constitucional nº 19/98, finalmente, alterou a redação do art. 37, X, da Constituição, acabando com a equivalência de reajustes entre servidores civis e militares.

⁸⁴ O exemplo foi seguido pelo legislativo dos Estados e Municípios. A Câmara de Vereadores de Maceió também possui verba de enxoval, estabelecida pelo Decreto Legislativo nº 403, publicado no DOM em 29/12/2007, e que concedeu a cada vereador o direito à percepção de mais dois subsídios a título de “ajuda de custo”. Apesar de a ajuda de custo ser a justificativa, trata-se, na verdade, de remuneração, tanto que integra o montante de gastos com pessoal.

Aqüicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (art. 38).

Ao serem guindados à categoria de Ministros de Estado, tais **cargos passam a gozar de privilégio de foro**, já que os Ministros de Estado são julgados pelo STF (art. 102, I, “c”, CF). A **fraude à Constituição consiste em ampliar-se o rol de autoridades com prerrogativa de foro, através de lei ou até mesmo por medida provisória**. Também é possível a nomeação de parentes para esses cargos, pois a **Súmula Vinculante nº 13, do STF, que veda o nepotismo no serviço público, não os alcança**, porque aquela corte decidiu que se trata de cargo político e não técnico.

No julgamento das ADI 3.289 e 3.290, Rel. Min. Gilmar F. Mendes, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 11.036, que equiparou o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil ao de Ministro de Estado. Não obstante, no **Inquérito 2.206-QO**, aquele sodalício já antecipou a **inconstitucionalidade** em relação ao **Secretário Nacional de Aqüicultura e Pesca, por se tratar de órgão eminentemente administrativo**.

5. Sinonímia

5.1 Atalhamento Constitucional

A fraude à Constituição também é conhecida por **atalhamento constitucional**. O termo foi traduzido do alemão *Verfassungsbeseitigung*, a partir de estudo apresentado por Fábio Konder Comparato e citado pelo STF, no voto do Min. Ricardo Lewandowski⁸⁵.

A denominação pode revelar-se tentadora para muitos fetichistas pátrios afeitos a excentricidades nos conceitos. Todavia, ela padece de uma desvantagem incorrigível: não faz sentido algum imediato para quem a lê. Não se trata de neologismo, a palavra existe no léxico, porém não é de uso corrente no vernáculo, sua utilização não fará sentido para a maioria das pessoas. Empregar uma palavra desprovida de sentido imediato para o sujeito cognoscente não é a melhor técnica de definição. Definir um objeto, um sujeito ou fenômeno significa, também, emprestar-lhe um sentido imediato para quem o lê.

⁸⁵ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Grace, j. 22.03.2006, DJU 10.08.2006.

A palavra atalhamento tem dois significados: atalhar tanto traduz o ato de cortar o caminho para chegar antes ao fim, tomando um atalho; como também atravancar, impedir de propagar-se, de crescer, obstruir, deter. Se o sentido que se lhe quer emprestar é o de tomar um atalho à Constituição para atingir um fim que ela proíbe, a elocução *atalhamento* à Constituição não condiz com essa intenção, pois significará, *contrario sensu*, *tomar um atalho em direção à Constituição*, não para contorná-la. A Constituição seria, assim, o fim do caminho e não o obstáculo a ser evitado; a palavra atalhamento significaria tomar um atalho para chegar a ela mais rápido.

Se, no entanto, o sentido que se quer emprestar à elocução é o outro, ou seja, o de ser um meio de atravancar, obstruir, interromper a eficácia das normas constitucionais, o sentido da palavra revela-se demasiadamente amplo. A rigor, toda inconstitucionalidade atravanca, obstrui, detém, impede a aplicação da norma constitucional, pouco importa se o método de violação é direto ou indireto. A expressão alemã que emprestou o nome ao fenômeno é reveladora: *verfassunsbeseitigung* quer dizer *eliminação da Constituição*.

5.2 Desvio de Poder Constituinte

O problema da fraude à Constituição também já foi chamado de **desvio de poder constituinte**. Essa expressão também foi usada pelo Min. Ricardo Lewandowski no assaz citado julgamento da ADI 3.685.

A expressão – desvio de poder – é mais afeta ao direito público, da disciplina dos *poderes administrativos*, desenvolvida pelo *Conseilho de Estado* Francês, onde ficou conhecida por *détournement de pouvoir*; foi aproveitada e levada ao patamar de controle de constitucionalidade⁸⁶.

⁸⁶ O artigo 2º, alínea “e”, da Lei Nacional nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), aduz que são nulos os atos praticados com desvio de finalidade, assim considerado quando o “*agente pratica ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*”. O desvio de finalidade surge da inobservância do *Princípio da Finalidade* na Administração Pública. O princípio da finalidade refere-se à necessidade de se observar a real finalidade da lei. Ele pode ser traduzido na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello: *o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**,

Por que “desvio de *poder constituinte*”? Poder Constituinte, é sabido e consabido, há o *originário*, incondicionado e ilimitado, e o *derivado*, o qual tanto pode ser *decorrente* – visa promulgar as Constituições Estaduais – como *reformador*⁸⁷. Sob esse aspecto, **só seria possível falar-se em “desvio de poder constituinte” quando o legislador atuasse no exercício do poder constituinte derivado. Isso reduziria os casos de fraude à Constituição às hipóteses de emendas constitucionais e normas das Constituições Estaduais, tornando a denominação incompleta.**

Poder-se-ia chamá-la de **Desvio de Poder Legislativo**, ampliando-lhe o alcance. Canotilho menciona esse nome, utilizando-se da mesma premissa de transferir a figura do desvio de finalidade dos atos administrativos para o domínio da atividade legislativa⁸⁸. Discorrendo sobre o tema, ele aduz, *in verbis*:

[...] no que respeita ao acto legislativo, considerava-se que ele era um acto livre no fim. A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei.

Contra uma concepção tão absoluta de lei como *acto livre no fim*, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos *teleologicamente* relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, **a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer**

11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 64). O desvio de finalidade tanto pode ser *genérico*, quando a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, como *específico*, se o fim perseguido é de interesse público, mas não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato.

⁸⁷ Há quem mencione, ainda, a existência de um **poder constituinte difuso**, o qual permite que o sentido da norma seja alterado pela mudança na sua interpretação (mutação constitucional), mas esse não vem ao caso. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263).

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., , 2003, p. 1.318.

que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser *contraditória, irrazoável, incongruente* consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: **no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição;** no segundo caso, o fim *imaneente* à legislação imporia os limites materiais da *não contraditoriedade, razoabilidade e congruência*⁸⁹.

A segunda hipótese resulta da falta de congruência da lei e serve de anteparo a toda a doutrina do princípio da razoabilidade. Mas é a primeira hipótese que interesse ao caso em exame: *aquela em que a lei não atende à sua finalidade constitucional*. Em vários pontos a concepção de desvio de poder legislativo de Canotilho se afasta da fraude à Constituição. Considere o exemplo citado por ele de ***uma lei que, a pretexto de regulamentar o estado de emergência, aproveita o poder que lhe foi conferido de restabelecer a normalidade constitucional, para reforçar os poderes da autoridade, alterando o sistema constitucional de repartição de competências***. Neste exemplo, a lei excedeu o poder que lhe foi constitucionalmente conferido de regular o estado de emergência e, ao fazê-lo, a norma incorreu na violação direta dos dispositivos constitucionais que tratam da repartição de competência e da separação dos poderes⁹⁰.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Ibidem.

⁹⁰ Esse dilema não passou despercebido a Canotilho, que chamou atenção ao fato:

A doutrina tem mostrado reticências quanto à transferência pura e simples dos vícios dos actos administrativos para os domínios da legislação. **É certo que muitas vezes é a própria Constituição que subordina a lei a fins especiais [...]. Parece-nos que estes casos, se pressupõem e exigem uma maior atenção em relação às particulares condições e pressupostos a que as normas constitucionais subordinam a validade da lei, não conduzem necessariamente à figura do desvio do poder; há, sim, inconstitucionalidade material por violação dos fins constitucionalmente prescritos.** O objecto da norma da lei, teleologicamente considerado, permite concluir pelo contraste da lei com a norma hierarquicamente superior da constituição (Ibidem, p. 1.319).

Tome-se o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal. O artigo 169 da Constituição Federal aduz que *a despesa com pessoal dos entes federados não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar*. A Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) foi quem estabeleceu tais limites. Trata-se de ***uma lei vinculada a um fim constitucionalmente fixado***, como no exemplo da lei de emergência citado acima. O art. 9º, §3º, da LRF, conferiu ao Executivo poder para limitar o repasse de valores financeiros aos demais poderes. O STF concedeu liminar suspendendo os efeitos do dispositivo, reconhecendo a *interferência indevida do Poder Executivo nos demais poderes e no Ministério Público* (ADI 2.238-5). Na mesma ação aquele sodalício também suspendeu a eficácia do art. 23, §1º, da LRF, que autorizava a redução de vencimento de servidores no caso de o ente público exceder o limite de gastos com pessoal, ao argumento de que a medida contrariava o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Em ambos os casos, parece claro que os dispositivos constitucionais contrariados foram, respectivamente, o art. 2º (princípio da separação dos poderes) e o art. 37, XV (princípio da irredutibilidade de vencimentos) e não, necessariamente, o art. 169 da Constituição, que orientou o legislador a criar a LRF, por um suposto e eventual ***excesso de poder legislativo***.

A dificuldade em aferir quando há violação direta e quando há indireta resulta da utilização do fenômeno de desvio de poder administrativo na seara legislativa. **Não há semelhança entre o desvio de poder e a fraude a lei⁹¹. O equivalente ao desvio de poder ou finalidade no direito privado é o excesso de mandato e não a fraude à lei.**

⁹¹ Interessante discutir o caso das denominadas Leis-Medida. Canotilho alerta que as chamadas **Leis-Medida** dão ensanchas ao desvio de poder legislativo. Leis-Medida (Massnahmegesetze) são medidas legais destinadas a resolver problemas concretos. Trata-se do *“legislador ordinário forçado a emanar leis, cujo escopo não é o de criarem uma ordem geral, justa e racional, mas o de realizarem elas mesmas uma utilidade concreta”*. São leis que se distinguem por seus **efeitos concretos** (são leis de escopo); por serem **individuais** (visam alcançar uma pessoa, comunidade ou grupo específico) e **transitórias**, seja porque são temporárias (prevêm o fim de sua vigência), seja porque essa limitação temporal resulte da satisfação dos fins a que ela se dirige (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., 2003, p. 717ss).

Destarte, o excesso de mandato é chamado pela doutrina civil de **excesso de poder**, a semelhança do que ocorre com o excesso de poder no direito administrativo, como é igualmente conhecido o desvio de finalidade. O desvio de finalidade é reconhecido como uma forma de abuso de autoridade e o excesso de mandato, no direito civil, também é tratado como abuso no exercício do poder que lhe foi outorgado⁹².

Já entre desvio de poder (finalidade) e fraude à lei há uma diferença inconciliável. O **desvio de poder tem na intenção um de**

Segundo Canotilho, as Leis-Medida podem ser objeto de Desvio de Poder Legislativo porque podem ser utilizadas para **furtar o acto ao controlo contencioso normal** (Idem, p. 1.319). Trata-se do problema da “**administrativização**” dos atos legislativos, em que um ato materialmente administrativo é aprovado sob a forma de lei para dificultar o questionamento judicial, *in verbis*:

Sob o ponto de vista da garantia dos cidadãos e da estrutura do poder político, as leis-medida representariam uma invasão de autonomia do poder executivo, violando o princípio da separação dos poderes. Daqui derivaria o perigo de uma maior desprotecção dos particulares, dada a maior dificuldade do controlo das leis do que dos actos administrativos (Idem, p. 718).

Trata-se de uma hipótese inversa a da **Lei Silana**, na Itália, citada por Marcos Bernardes de Mello (1995, p. 83 e 84) que emprestou força de lei aos atos expropriatórios do Poder Executivo, acarretando sua exclusão do controle judicial pela judicatura comum. O caminho da Lei Silana foi em sentido contrário ao da “administrativização” dos atos legislativos citado por Canotilho.

⁹² O excesso de mandato já foi transplantado para o **direito empresarial**, onde figurou com sucesso primeiro no art. 10 do Decreto nº 3.708/1919, que tratava da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, depois nos artigos 117 e 158 da Lei nº 6.404/1976, que regulamentou as **sociedades por ações**, onde o instituto foi chamado de **abuso de poder**. O art. 28 do **Código de Defesa do Consumidor** também menciona o **excesso de poder** de sociedade empresarial como hipótese de **desconsideração da pessoa jurídica**. O excesso de mandato é utilizado com sucesso, inclusive, no art. 135 do Código Tributário Nacional, para definir a **responsabilidade tributária**, onde é denominado também de excesso de poder. Portanto, a identidade entre o desvio de poder administrativo e o excesso de mandato não é motivo para estranheza.

seus elementos. Sua prática constitui um **ato ilícito**, considerado **crime de abuso de autoridade**. Já **fraude à lei é contrariedade ao direito**.

No que tange à fraude à Constituição propriamente dita e o desvio de poder constituinte, há outra distinção a assinalar. Enquanto a **fraude à Constituição é questão pertinente ao controle de constitucionalidade**, o desvio de poder legislativo, como o próprio nome indica, implica na correlação entre uma norma constitucional específica e uma lei e no desvio desta última dos fins determinados por aquela. Portanto, o desvio de poder legislativo é mais um comparativo entre o conteúdo da norma e o fim que a anima; uma confrontação entre seus elementos intrínsecos.

Canotilho confirma essa circunstância, *in verbis*:

No entanto, **quando agora se fala em excesso de poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos**. Com isto tenta-se transferir para os domínios da actividade legislativa a figura do desvio do poder dos actos administrativos⁹³.

6. Conclusão

A fraude à Constituição é um fenômeno freqüente na produção normativa. Ocorre quando um ato normativo frustra uma norma constitucional, utilizando-se de uma via oblíqua para atingir um resultado que a norma constitucional quis proibir ou furtando-se a uma finalidade que a norma constitucional impunha alcançar.

O nome fraude à Constituição foi emprestado da expressão ***fraude a lei***, do qual é uma modalidade. Como afirma Marcos Bernardes de Mello, a expressão fraude à lei encontra resistência no meio jurídico ao argumento de que se trata de um instituto de direito civil cuja descrição não se adaptaria às leis porque os *“atos legislativos não poderiam ser taxados de fraudulentos em face da presunção de legalidade que os acoberta”*⁹⁴. Por isso o fenômeno ora é chamado de

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 2003, p. 1.317/1.318.

⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 1995, p. 84.

desvio de poder legislativo, ora de atalhamento constitucional, com o escopo de lhe atribuir uma roupagem de direito público.

O argumento não se sustenta. A presunção de legalidade é apenas relativa e a fraude à lei “*é conceito que tem aplicação a todos os ramos da Ciência Jurídica. Não cabe, assim, essa restrição apenas aos negócios jurídicos, mas deve aplicar-se a todos os atos jurídicos, inclusive os de natureza legislativa, nos sistemas de direito escrito.* Trata-se, portanto, de um instituto da Teoria Geral do Direito.

Quanto à alegação de que a palavra fraude induz o intérprete a erro, ao considerar a intenção como parte do fenômeno, ninguém há de negar o problema. A fraude à Constituição também pode ser chamada de *infração indireta à norma constitucional*⁹⁵. A denominação foi

⁹⁵ Deve-se ter o cuidado para não confundir a **infração indireta à norma constitucional** com a violação de **normas constitucionais interpostas**; são fenômenos inteiramente distintos. O tema das *normas constitucionais interpostas* foi ventilado no STF pelo Min. **Gilmar Ferreira Mendes**, por ocasião do julgamento de **MC MS 26.915**. Citando **Gustavo Zagrebelsky** ele aduziu que, se *normas constitucionais fizerem referência a outras disposições normativas, a violação constitucional poderá advir da violação a essas outras normas que, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam atos e procedimentos legislativos.*

Esse conceito não é novo para Canotilho, que se refere a ele ao tratar do **bloco de constitucionalidade**. Ele cita dois modelos do que chama de **parametricidade interposta**. Pelo primeiro, há desconformidade **entre um ato normativo infraconstitucional e outro ato normativo infraconstitucional de valor formal superior porque reclamado pela constituição como condição de validade do primeiro**. Pelo segundo, há **dois atos normativos de igual valor, mas que um deles é considerado pela Constituição como dotado de “caráter determinante” em relação ao outro** (CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 2003, p. 919 a 925).

Exemplo do primeiro – em que um ato infraconstitucional tem valor formal superior ao outro, conferido pela Constituição – é o da violação, por lei ordinária, de um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, considerado hoje como **supralegal** e infraconstitucional. Exemplo do segundo – em que a Constituição considera um ato normativo como determinante em relação a outro – há o caso do decreto legislativo que autoriza a edição de lei delegada pelo Poder Executivo e que é determinante em relação a ela, de modo que se a lei delegada o exorbita será inconstitucional quanto ao excesso. Outro caso emblemático é a lei de

aproveitada da expressão “*fraude indireta da norma jurídica*”, empregada por Pontes de Miranda, o qual alude ao conteúdo equívoco da palavra fraude, que envolve a intenção de enganar⁹⁶.

O *desvio do poder*, como foi dito, compreende considerações acerca da intenção de quem praticou o ato, sendo inadequado. Idem o *atalhamento constitucional*, porque “atalhamento” dá a entender que o legislador pegou um atalho para chegar aonde a Constituição não permite, o que conduz à idéia de fraude. A *fraude à Constituição*, porém, tem no seu termo correlato, a fraude à lei, uma expressão de uso generalizado e tradicional, fato que favorece o seu emprego⁹⁷. Finalmente, é uma expressão que traz consigo a vantagem da cognição imediata pelo experto e pelo leigo e merece ser preservada.

responsabilidade fiscal. O artigo 169 da Constituição Federal aduz que *a despesa com pessoal dos entes federados não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar*. A Lei Complementar nº 101 (LRF) foi quem estabeleceu tais limites. Assim, pode-se considerar que a LRF é uma *lei constitutiva de limites para outras leis*. Assim, ato normativo que resulte em infringência aos limites estabelecidos pela LRF – a menos que se trate de lei complementar alterando-a – pode importar em desobediência indireta à Constituição, pois as normas da lei de responsabilidade fiscal são normas constitucionais interpostas.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes. Ob. Cit., 1995, p. 82-84

⁹⁷ Ibidem, p. 85.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA): RESSOCIALIZAR PARA NÃO REINCIDIR

Michelle Marques Luz de Melo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e estagiária do Ministério Público Estadual de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. Evolução histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Dos avanços embutidos no ECA na proteção das crianças e adolescentes. 3. Das medidas sócio-educativas em espécie. 4. Da aplicação das medidas sócio-educativas: parâmetros. 5. Da inimizabilidade penal do menor de dezoito anos.

1. Introdução. Evolução histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente

O direito foi criado para regular as necessidades da sociedade. Sabe-se que esta se encontra em constante mutação, por conseguinte, as leis que a regulam necessitam de adequação às suas exigências.

Antes da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vigorava o Código de Menores (Lei 6.697/79). Este se baseava na doutrina da situação irregular, que previa a intervenção do Estado somente quando crianças e adolescentes se encontravam em risco social, não existindo distinção entre adolescentes delinquentes e menores abandonados. É do Código de Menores que vêm termos utilizados até hoje: menor abandonado, menor carente, menor delinquente.

A Lei 6.697/79, marcada pela repressão e dominação à criminalidade infanto-juvenil, eximia o menor de quatorze anos de toda responsabilidade criminal e submetia aquele que tivesse entre quatorze e dezoito a medidas disciplinares (internação) e assistência judiciária; vedou o emprego aos menores de doze anos, bem como qualquer

ocupação nas ruas, praças ou lugares públicos aos garotos com menos de quatorze anos e às garotas solteiras com menos de dezoito anos, sob pena de serem apreendidos por abandono e de serem impostas aos respectivos responsáveis multas e prisão; estabelecia, ainda, ampla liberdade para que a autoridade pública fiscalizasse qualquer local onde houvesse um menor e procedesse às investigações necessárias à apuração dos fatos.^{98 99}

Insta mencionar que a supracitada Lei foi assaz criticada pelos doutrinadores. Em nome de uma crescente “desordem social” praticava-se um “assistencialismo”. Frisem-se as palavras de Marília Montenegro, autora do livro *Inimputabilidade Penal*:¹⁰⁰

O jovem teria uma falsa proteção, pois não seriam reconhecidos seus direitos básicos, como o direito da ampla defesa, o de responder o processo em liberdade, entre outros. O que ocorria aqui era “um falso paternalismo anticiência”, pois em nome de uma falsa proteção eram internados milhares de jovens em toda

⁹⁸ 1 Art. 2º Para efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

⁹⁹ LEMOS, Cleide de Oliveira. Crianças e adolescentes: a constituição de novos sujeitos de direitos. **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro. 2008, p. 506.

¹⁰⁰ M MELO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade Penal: adolescentes infratores: punir e (res) socializar**. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 82

América Latina, em instituições que não passavam de verdadeiras prisões.

Destarte, a inimputabilidade denotava na prática de ausência de garantias processuais. Contudo, após o declínio imperado pelo Código de Menores, surge, ainda que de modo incipiente, uma compreensão diversa acerca de uma nova política de tratamento que deveria ser ofertada às crianças e adolescentes.¹⁰¹

Saliente-se ainda que, mesmo antes da Lei 6.697/79, o Direito Internacional já se preocupava com a proteção das crianças e adolescentes. Em 1959, o recinto internacional criou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que traz fundamentos da doutrina da proteção integral à infância norteadora de grandes conquistas jurídicas ulteriores no plano doméstico e internacional. Ressalte-se que o Brasil converteu a Convenção Internacional sobre direitos da criança em norma interna, assinada pelo presidente da República e promulgada pelo Congresso Nacional.

À época da redemocratização brasileira, e consequentemente da criação da Constituição Federal do Brasil (CF/88), o Código de Menores já não atendia aos anseios da sociedade, quedando ultrapassado e inadaptado aos ditames de um Estado Democrático de Direito. Assim, a nova ordem constitucional, norteadora por princípios internacionais de proteção à criança e adolescente almejava a criação de uma nova Lei que dispusesse sobre os direitos da Criança e do Adolescente.

Frise-se que a Carta Magna não foi omissa na proteção dos direitos dos menores inimputáveis. Movimentos sociais de promoção aos menores se mobilizaram para a inclusão do art. 227¹⁰², na Constituição Brasileira, bem como a criação de um Estatuto com fito neste artigo. Em consequência, paralelo à Carta Magna de 1988, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

¹⁰¹ Rocha, Nathália Januzi de Almeida. O estabelecimento da doutrina da proteção integral em contraposição à violação de direitos de crianças e adolescentes: a problemática do abuso sexual na cidade de Maceió. **Revista do Ministério Público**. Maceió: MPEAL, 2008, p. 267

¹⁰² Este positiva sobre deveres que o Estado, a sociedade e a família possuem perante a criança e o adolescente; tratando como de prioridade absoluta aos problemas da infância.

À época da criação do ECA, milhares de crianças entregaram um abaixo-assinado, com mais de um milhão de assinaturas, aos representantes da Assembléia Constituinte. Em 13 de julho, durante o governo Fernando Collor, o Estatuto entrava em vigor, revogando o Código de Menores e modificando a realidade de muitos jovens. Infere-se, assim, que o surgimento do ECA foi produto direto da Constituição Federal de 1998, da mobilização da sociedade civil e de governantes, cinco anos após a redemocratização do País.

Saliente-se que o Estatuto regulamenta todas as disposições oriundas da Convenção Internacional, sendo referência mundial por ser o primeiro a incorporar todos os avanços da normativa internacional de proteção aos direitos da criança, bem como ter sido elaborado com ampla participação social.

Não obstante todo esse esforço histórico não implica dizer que a Constituição e o ECA sejam obras perfeitas e acabadas, todavia, é improvável deixar de reconhecer que eles se tornaram peças peculiares do patrimônio nacional, pois são resultado de uma grande mobilização política e social, sendo elaborado de forma participativa e democrática, consagrando, assim, a ética dos Direitos Humanos.

2. Dos avanços embutidos no ECA na proteção das crianças e adolescentes

Cumpre registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa à proteção dos inimputáveis. Vida, saúde, alimentação, educação, esporte, cultura, dignidade, respeito representam alguns dos direitos assegurados pelo ECA. Saliente-se que este reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direito, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Desta feita, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, e não irresponsáveis, respondendo por seus atos e dentro de um processo legal próprio.

Uma das mais importantes inovações trazidas pelo ECA está positivada no art. 110, que faz menção ao princípio do devido processo legal. Já o art. 111 vaticina sobre garantias processuais: pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; defesa técnica por advogado; assistência judiciária gratuita e

integral aos necessitados, na forma da lei; direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. Insta mencionar que estas garantias não são exaustivas.¹⁰³

Outro forte avanço ocasionado pelo Estatuto foi a supressão da situação irregular, eliminando taxativamente a forma coercitiva de internação por motivos relacionados ao desamparo social. A gênese de tal regra que afronta diretamente a discriminação, assim como a outras regras esculpidas no ECA, tiveram inspiração nas Regras de Beijing - China. Desta feita, restaram-se proibidas as prisões cautelares, limitando-as aos casos de flagrante intencional ou ordem expressa e fundamentada pelo magistrado. Em consequência, houve a diminuição do âmbito em que o menor poderá ser privado de sua liberdade.

¹⁰³

No antigo código a defesa do menor era limitada, feita pelo próprio Estado através do Curador de Menores que era um membro do *parquet*, desta forma prevalecia a vontade estatal, o intuito de estabelecer o controle social; de através de medidas paliativas ocultar os verdadeiros problemas que cercam a infância e a adolescência. Não era dada uma defesa realmente imparcial, isenta de vícios e de interesses, os Curadores não tinham o real compromisso de defender os menores, pois como parte do Estado que eram, também compartilhavam do interesse de afastar aqueles menores que ameaçavam a paz e a ordem social, desta forma pouco faziam para livrar realmente os jovens e evitar o seu confinamento. O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a perspectiva de uma verdadeira defesa para o jovem em situação irregular ou a quem é atribuída a autoria de alguma infração, ao prever a possibilidade desta defesa ser feita por um profissional independente e habilitado, que possa realizar um trabalho técnico isento de interesses, e imbuído da busca real de obter o melhor resultado para o menor, comprometida com a busca de sua liberdade, tal profissional é o advogado, grande evolução do ECA no que tange o direito de ampla defesa. CARVALHO, Leonardo Mata de. Comparativo entre o Código de Menores (Lei nº 6.697/90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). **Revista Jurídica**, abril. 2001. Disponível em:

<http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2001/corpodiscente/graduacao/comparativo.htm>. Acesso em : 06 jul. 2009.

A Lei 8.069/90 possui uma concepção político-social implícita, tratando o menor como um ser ímpar, tendo por escopo a garantia do pleno desenvolvimento e inserção social, visando uma efetiva solução dos problemas sofridos pela infância e juventude. Diferentemente do Código anterior que aplicava soluções paliativas e passageiras, ocasionando o agravamento do sistema penal.

Os atos infracionais cometidos na Lei. 6.697/79 eram punidos na esfera comum. Já o ECA os distingue¹⁰⁴, o jovem passa a ter reconhecido seus direitos, principalmente o de tratamento diferenciado devido ao momento que vive, suas particularidades e individualidades passam a ser reconhecidas, o objetivo agora é conduzir educar, readaptar e preparar o menor.¹⁰⁵

De ponto, cabe enfatizar que a preocupação com a inclusão social é perceptível. Com o ECA, houve a criação de órgãos específicos responsáveis pelas crianças e adolescentes que se encontrassem em situação de risco pessoal ou social, objetivando sua socialização.¹⁰⁶

Em contrapartida, o clamor social, como medida de solução do aumento da criminalidade, emerge para o maior recolhimento possível dos menores infratores nas instituições, que não possuem compromisso ressocializador e ocasionam uma “troca de gaiola”. Este era o objetivo do Código anterior. Através de um suposto assistencialismo lotava os Centros de Detenções, mascarando a falência do sistema punitivo

¹⁰⁴ Atualmente as infrações cometidas por menores infratores são diferenciadas. A remissão é uma das inovações trazidas pelo Estatuto; aplica-se no caso da infração não ocasionar um potencial ofensivo de monta, não tendo implicado em violência ou grave ameaça. Sua concessão é reservada ao parquet ministerial; sujeita a homologação do Magistrado. A remissão pode se dar em qualquer momento do processo, suspendendo ou extinguindo-o. Insta frisar a admissibilidade de cumular a remissão com a aplicação de medida sócio-educativa evitando-se sempre ao máximo a institucionalização do menor e preservando a sua liberdade.

¹⁰⁵ CARVALHO, Leonardo Malta de. Comparativo entre o Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2001/corpodiscente/graduacao/comparativo.htm>. Acesso em: 06 jul. 2009.

¹⁰⁶ A título de exemplo tem-se os Conselhos Tutelares.

estatal. Já o ECA positiva a medida de internação como *ultima ratio*, quando do cometimento de infração mediante violência ou grave ameaça.

Destarte, o Estatuto foi uma evolução da sociedade, sendo extremamente inovador. Denotam 19 anos desde sua criação e como as relações e os almejos sociais estão sempre em mutação, atualmente a Câmara dos Deputados, juntamente com o Senado Federal analisam o projeto de lei¹⁰⁷ adaptado à nova realidade social. Dá-se destaque ao direito à visita íntima aos jovens infratores que se encontrarem nos Centros de Detenções, lastimando a redução da menoridade de dezoito para dezesseis anos.

3. Das medidas sócio-educativas em espécie

As medidas sócio-educativas são espécies de medida de proteção positivadas a partir do art. 112 da Lei 8.069/90, subsumíveis em uma tipologia de crime ou contravenção penal, nos termos do art. 103 do ECA. O que distingue as duas espécies de medidas é que as de proteção são aplicadas pelo Conselho Tutelar, enquanto as sócio-educativas pelo Juiz de Menores.

Sobre as medidas sócio-educativas é importante expor que estas são impostas aos adolescentes infratores que possuem idade entre doze e dezoito anos. Frise-se que a partir dos dezoito anos há crime ou contravenção sujeito à disciplina penal, todavia a aplicação de medidas sócio-educativas poderá se estender até os vinte e um anos¹⁰⁸, desde que o fato cometido tenha ocorrido à época da menoridade do adolescente. Já as crianças que cometem atos infracionais, aplicam-se somente as medidas de proteção *stricto sensu* do artigo 101, da Lei 8.069/90.

¹⁰⁷ No Brasil existem duas propostas de Emenda à Constituição, PEC's, para reduzir a idade de dezoito para dezesseis anos. São elas: 173/93 do Deputado Benedito Domingos/ PP-DF e a 37/95 do Deputado Telmo Kirst/PPR/RS.

¹⁰⁸ "O fato do menor infrator ter alcançado a imputabilidade penal no curso da representação não impede que a ele se apliquem as normas contidas no ECA (art. 2º, parágrafo único e 104, parágrafo único), pois o que importa é que na data do fato o jovem era inimputável". (Apelação Cível nº 70003138815, 7ª Câmara Cível do TJRS, Bento Gonçalves, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 06.03.2002).

Desta feita, o início do processo poderá ocorrer após o menor infrator ter completado dezoito anos, pois o Estatuto não tem sua aplicação condicionada pela maioridade, mas sim aos vinte e um anos de idade. De fato, é o que consta do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.069/90.

Importante enfatizar que a medida sócio-educativa não possui natureza de pena, ou seja, não tem o sentido de punição encontrado no Código Penal Brasileiro, portanto não está embasada na aplicação da noção de culpabilidade, inerente ao crime. O objetivo primordial das medidas é o caráter sócio-educativo, e para tal fim existe uma hierarquia no grau de punição das sanções educativas que variam da mais branda (advertência) até sanção mais grave (internação), facultando-se a aplicação cumulativa, conforme reza o art. 99, ECA: “as medidas previstas neste capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo”. Assim, o juiz aplicará mais de uma sanção, caso verifique que a imposição cumulativa de medidas mostre-se mais eficiente para educação e ressocialização do menor infrator. Destaque-se, também, a possibilidade de acúmulo de medidas de proteção, previstas no art. 101 do Estatuto, com as sócio-educativas.

Importante diferença existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal Brasileiro é a possibilidade de mutação, a qualquer tempo, da medida protetiva ou sócio-educativa aplicada na sentença, conforme disciplinam os supracitados arts. 99 e 101, da Lei 8.060/90. Contudo, insta mencionar as palavras do doutrinista Olympio Mayor:

objetivando-se a estrita adequação às necessidades concretas dos adolescentes levando-se em conta as mutações iminentes ao seu processo de desenvolvimento, poder-se-á proceder à substituição de medida anteriormente imposta, alterando-se, assim, o conteúdo de qualquer sentença, inclusive da que homologa remissão concedida pelo Ministério Público e determina a execução da medida por ele aplicada.¹⁰⁹

¹⁰⁹ MAYOR, Olympio Sotto. In: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Emilio García Mendez (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 367.

Saliente-se que a medida de internação será aplicada em *ultima ratio*, quando a infração for grave e praticada com violência à pessoa. Contudo, a substituição das medidas sócio-educativas deverá ser devidamente analisada e fundamentada, a fim de se evitar arbitrariedades que ferem os direitos constitucionais dos infratores.

4. Da aplicação das medidas sócio-educativas: parâmetros.

Para a aplicação das medidas pertinentes em consequência da prática do ato infracional, o juiz primeiramente verificará a existência da materialidade do ato e sua autoria por parte do menor – art. 14 do ECA. Frise-se que “prepondera a apreciação do infrator, e não da infração. Não há, por isso, uma necessária correlação entre determinado ato infracional e uma específica medida sócio-educativa”.¹¹⁰

Destarte, em seu artigo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz de direito substituto Marcelo Colombelli Mezzomo, da 2ª Vara Cível de Erechim (RS), afirmou que para aplicação das medidas sócio-educativas deverão ser considerados: a capacidade do infrator, que não obstante imputável, não está impedido de ter discernimento, mormente se já apresente 16 ou 17 anos; as circunstâncias da infração, onde entram em consideração o *modus operandi* e as peculiaridades do ato que podem evidenciar maior gravidade e recomendar uma ou outra medida; os antecedentes, eferentes ao cometimento de outras infrações. Por uma questão de lógica e isonomia, somente as sentenças transitadas em julgado podem ser consideradas; a personalidade do agente, onde poderão ser sopesados atos infracionais cuja apuração ainda está pendente, pois sem dúvida evidenciam traços importantes da personalidade do agente e que devem ser tomados em consideração; o comportamento do infrator antes e depois da infração, onde pode ser valorada, por exemplo, a confissão ou a tentativa de reparação do dano ou minoração de seus efeitos.

¹¹⁰ Mezzomo, Marcelo Colombelli. **Aspectos da aplicação das medidas protetivas e sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5993&p=2>>.

Acesso em: 06 jul. 2009.

Com relação às consequências da infração, o juiz Marcelo Colombelli asseverou que as mesmas não são tão relevantes, em virtude de ter a medida sócio-educativa um caráter protetivo e não retributivo. Desta feita, o juiz conclui enfatizando que tudo dependerá do prudente sopesamento de múltiplos fatores.

a) Da advertência

A advertência (art. 115, do ECA) é a primeira das medidas judiciais aplicadas ao menor delinquente que comete infrações de menor gravidade, tais como agressões físicas leves, vadiagem e furtos. É uma admoestação consistente numa entrevista com o Juiz da Vara da Criança e do Adolescente, que tem o intuito de fazer o adolescente entender o equívoco de seu ato e as consequências negativas que poderão advir de uma futura reincidência em práticas semelhantes.

Esta medida tem sentido meramente educativo, contudo resulta em um termo de advertência que conterà todos os deveres e obrigações do menor, bem como de seus genitores ou responsáveis, com vista à sua recuperação. Insta mencionar que, para a sua aplicação da advertência, faz-se necessária a prova da materialidade e os indícios de autoria, acompanhando a regra do art. 114, parágrafo único do ECA. Saliente-se que esta medida não é uma sanção de privação de liberdade.

b) Da obrigação de reparar o dano

Positivada no art. 116, a obrigação de reparar o dano veio de forma inovadora no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo imposta àqueles casos compatíveis com a espécie, haja vista que nem toda infração deixa o dano a reparar, como no crime de homicídio.

Assim como a advertência, a obrigação de reparar o dano tem finalidade essencialmente educativa, devendo ser imposta preferencialmente nos casos em que o infrator possa efetuar-la através de seu próprio trabalho, sob pena de recair sobre os responsáveis pelo adolescente delinquente.

Frise-se que o descumprimento da obrigação de reparar o dano poderá resultar em três meses de medida de internamento, conforme prevê o art. 122, todavia a culpa terá que ser exclusivamente ocasionada pelo adolescente. Contudo, este tipo de medida resta-se pouco utilizada, em virtude da baixa renda das famílias dos menores infratores, que

restam impossibilitadas de reparar o dano. Para estes casos o parágrafo único do art. 116 vaticina a substituição desta medida por outras mais adequadas, quedando-se a discricionariedade do Juiz.

c) Da prestação de serviço à comunidade

A prestação de serviços à comunidade é uma das medidas sócio-educativas mais eficazes. É assaz utilizada na substituição da obrigação de reparar o dano. Esta medida está positivada no art. 117, da Lei 8.069/90, e consiste na “realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais”. O período e a quantidade de horas semanais trabalhadas pelo menor deve levar em consideração a condição do infrator e a gravidade da infração, estabelecendo-se uma proporcionalidade.

Ficam vedadas remunerações no cumprimento desta sanção, bem como que as mesmas sejam prestadas em entidades privadas com fins lucrativos. Contudo, o cumprimento da prestação de serviço à comunidade não poderá causar prejuízo a outros direitos do infrator, como a educação.

d) Da liberdade assistida

Segundo reza o art. 118, a liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. Diferentemente da prestação de serviço à comunidade, a liberdade assistida será fixada no prazo mínimo de seis meses. Neste período, o menor infrator será acompanhado por um profissional capacitado, designado pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude para tal fim.

Urge salientar que a escolha do orientador será preferencialmente entre os profissionais ou agentes estatais de assistência social ou conselhos tutelares. Este profissional tem suas atribuições vaticinadas pelo art. 119 do Estatuto, quais sejam: promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; diligenciar no

sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; apresentar relatório do caso.

Insta mencionar que o menor não se queda privado de seu convívio familiar, quando da execução desta sanção, todavia a sua liberdade e alguns de seus direitos restam-se limitados. Já sua aplicação é apropriada para aqueles adolescentes que necessitam de uma melhor fiscalização, mesmo não se revelando perigosos, mas que a imposição de uma medida mais branca possa resultar ineficaz. Contudo, também deverá ser imposta aos menores delinquentes reincidentes ou habituais na prática de infrações e àqueles que demonstrem tendência para reincidência.

e) Do regime de semiliberdade

A medida de regime de semiliberdade trata-se de uma privação parcial da liberdade do menor infrator contendo fortes efeitos punitivos, pois afasta o adolescente de seu convívio familiar, mas possibilita a realização de atividades externas. Pode ser aplicada como regime de transição posteriormente à uma internação ou como medida autônoma.

A semiliberdade não comporta um prazo determinado, sendo obrigatórias a escolarização e profissionalização do infrator. Fazendo uma comparação com as previsões do Código Penal Brasileiro, esta medida assemelha-se à prisão albergue ou regime aberto.

Convém salientar que para a aplicação da semiliberdade faz-se necessária a existência de casas especializadas e preparadas para receber os jovens, todavia isso nem sempre ocorre, o que tona difícil a eficácia da aplicação desta medida sócio-educativa.

f) Da medida de internação

A internação é uma sanção mais rígida dentre todas as medidas sócio-educativas, possuindo maior aspecto punitivo e repressivo imposto aos menores infratores. Sua aplicação se orienta pela excepcionalidade e brevidade, conforme preconiza o artigo 227, inc. V, da CF/88, o que é repetido pelo artigo 121 do ECA. Desta feita, esta medida sócio-educativa aplicar-se-á aos casos de infrações graves, quais sejam: homicídio, roubo, latrocínio, outros.

Existem algumas semelhanças entre a sanção de internação e da semiliberdade: ambas representam privação de liberdade impostas aos

adolescentes infratores; em ambas são previstas atividades externas executadas pelos delinquentes, com o intuito de promover a ressocialização; todavia, na internação, por questões de conveniência, o Juiz poderá impedir a realização destas atividades externas, o que não ocorre na semiliberdade.

Conforme o art. 121¹¹¹ do Estatuto e os seus parágrafos, o período máximo da internação não será superior a três anos, sendo compulsória a liberação da medida quando o adolescente completar vinte e um anos. Não sendo caso de liberação, após o infrator ter completado o período máximo da internação, será colocado em regime de semiliberdade.

A medida de internação comporta hipóteses legais de aplicação previstas no artigo 112:

Art. 122- A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

g) Da remissão

¹¹¹ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Prevista no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a remissão é conceituada como uma “forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”. Esta medida poderá ser concedida pelo órgão Ministerial, antes de iniciado o procedimento para apuração de ato infracional ou até mesmo após a iniciação do procedimento, todavia neste caso será concedida pela autoridade judiciária (art. 126, caput, parágrafo único).

Segundo comentários do Juiz de Direito Marcelo Colombelli Mezzomo, “a remissão é um instituto que obsta a propositura ou o prosseguimento de processo judicial de aplicação de medida sócio-educativa, ou que implica em sua extinção”. Insta mencionar que esta medida poderá ser aplicada conjuntamente com quaisquer daquelas contidas nos artigos 101 ou 112, do Estatuto, excetuando-se a semiliberdade e a internação, em virtude do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, CF/88 e art. 10, ECA).

Mais adiante o Juiz enfatiza que, “apesar da possibilidade de o Ministério Público conceder remissão ao adolescente na fase pré-processual, não significa que possa aplicar ao jovem medida sócio-educativa, função exclusiva do magistrado, nos termos da Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça”¹¹².

Em contrapartida, o juiz expõe entendimento diverso concedido pelo mesmo Sodalício Gaúcho: “A remissão concedida ao adolescente pelo Ministério Público não comporta alteração, notificação ou acolhimento em parte pelo Magistrado, nem mesmo para a inclusão de medida sócio-educativa mais branda, porque a legislação menorista conferiu ao Ministério Público a titularidade da concessão da remissão. Se a autoridade judiciária discordar da sua concessão ou modalidade, deverá proceder na forma do art. 181, § 2º, do ECA”¹¹³.

6. Da inimputabilidade penal do menor de dezoito anos

¹¹² Apelação Cível nº 70005488622, 7ª Câmara Cível do TJRS, Santa Cruz do Sul, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 12.03.2003, maioria.

¹¹³ Apelação Cível nº 70003329976, 8ª Câmara Cível do TJRS, Canoas, Rel. Des. Rui Portanova. Redator p/ Acórdão Des. José Ataídes Siqueira Trindade. j. 28.02.2002.

A discussão da diminuição da menoridade penal esteve sempre presente na sociedade brasileira, principalmente quando a nação é bombardeada por notícias de atos infracionais¹¹⁴ bárbaros cometidos por menores. Então surge a questão: é inegável a importância de proteger os menores das penas culminadas aos imputáveis, todavia até que ponto se dá esta proteção?

Ao definir a maioridade penal em dezoito anos, a legislação brasileira adotou o sistema biológico¹¹⁵, ignorando o desenvolvimento mental do menor de dezoito anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento.¹¹⁶ Esta presunção é absoluta, tratando-se de uma opção apoiada em critérios de Política Criminal adotada desde o Código de 1940 e confirmada em 1984, momento em que houve uma reformulação do Código Penal Brasileiro.

A utilização do critério biológico deu uma maior segurança jurídica ao Código Penal Brasileiro. Assim, todos os menores de

¹¹⁴ Dizem-se atos infracionais, pois os menores infratores não cometem crimes e sim atos infracionais. Estes nada mais são do que condutas descritas como crime ou contravenções penais.

¹¹⁵ Existem três sistemas para a determinação da imputabilidade, são eles: biológico, psicológico e misto. Brandão (2002) afirma que, segundo o sistema biológico “existe a inimputabilidade sempre que se configurem certos estados de patologia mental, de desenvolvimento mental deficiente ou de transtornos mentais transitórios, patológicos ou não”. Assim, os indivíduos considerados inimputáveis seriam aqueles que provassem estes fatores biológicos. Já o sistema psicológico retrata a inimputabilidade de acordo com o psiquismo do agente à época da prática de sua conduta. Contudo, é considerado inimputável aquele que não compreende a ilicitude de sua ação ou determina-se consoante esse entendimento. Já o sistema misto considera que “há a inimputabilidade sempre que existir um fato biológico (por exemplo, doença mental) e, em decorrência do fato biológico, existir também um fato psicológico, traduzido na situação do agente não conseguir compreender o caráter ilícito do fato, ou determinar-se conforme este entendimento”. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 164-165.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 440.

dezoito anos não são submetidos à legislação criminal. Saliente-se que nem sempre foi assim.

O Código Criminal do Império, datado de 1830, rebaixou o limite da imputabilidade plena para quatorze anos (idade de emancipação do Imperador Dom Pedro II na década seguinte) e estabeleceu a imputabilidade relativa dos sete aos quatorze anos, atrelando a punição à existência de discernimento. Neste caso, determinou que os jovens fossem recolhidos a casas de correção, pelo tempo que o juiz entendesse conveniente, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos. Entretanto, na prática, por falta das casas de correção previstas, eles eram lançados na mesma prisão que os adultos, dando início a uma longa tradição de omissão do Estado.¹¹⁷

Quase cem anos mais tarde, editaram-se normas que aboliram a utilização do critério do discernimento. Assim, surgem normas de assistência social de “proteção aos menores abandonados e delinquentes”; criação de Juizados e Curadorias de Menores; até a instituição do Código de Menores.

Posteriormente editou-se o Código Penal de 1890, que igualmente manteve a imputabilidade plena aos quatorze anos, utilizando também o critério de discernimento. Em alguns casos, este critério serviria para reduzir ainda mais a imputabilidade. Contudo, o Código de 1890 trouxe inovações: um limite mais alto para o início da responsabilização criminal aos nove anos; consagração do trabalho como método de correção das crianças faltosas.

Atentando-se para a importância de proteção às crianças e adolescentes, as Constituições de 1934 e 1937 positivaram outras formas de medidas protetivas. Já o Código Penal Brasileiro de 1940 responsabilizou aqueles que cometessem violência contra crianças e adolescentes, tipificando as condutas de abandono de incapaz, abandono de recém nascido e maus tratos. Atualmente, e como já esposado, os menores são protegidos por um Estatuto próprio: Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

¹¹⁷ LEMOS, Cleide de Oliveira. Crianças e adolescentes: a constituição de novos sujeitos de direitos. Op.cit., 2008, p. 501.

Comparando o sistema penal brasileiro com o de outros países estrangeiros, destaca-se o modelo germânico, que divide a inimputabilidade em idades e três categorias: crianças, jovens e jovens-adultos. A primeira assemelha-se ao modelo aplicado no Brasil, ou seja, sistema biológico, que vai até quatorze anos. Antes desta idade, os menores são considerados incapazes para entender o injusto do fato. Os menores de quatorze até dezoito anos estão inseridos num sistema misto: se cometerem ilícitos terão suas maturidades analisadas, para se concluir se tinham capacidade de compreensão da ilicitude do fato. Por fim, os maiores de dezoito e menores de vinte e um anos são considerados imputáveis penalmente.

Desta feita, existem doutrinadores brasileiros adeptos a inserir no sistema penal do Brasil uma nova política criminal baseada no modelo germânico:

[...] nem a redução da responsabilidade penal adotada pelo Código Penal Brasileiro, nem as medidas terapêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹¹⁸, mas uma responsabilidade penal diminuída, com conseqüências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e dezoito anos, cujas sanções devam ser cumpridas em outra espécie de estabelecimento, exclusivas para menores, com tratamento adequado, enfim, um tratamento especial.

Frise-se a opinião de Marília Montenegro, a qual afirma que tratar o problema da menoridade simplesmente com a fórmula: menor de dezoito anos mais imputabilidade penal é igual a diminuição da violência. Afigura-se simples demais.¹¹⁹ É certo que diante de um aumento exacerbado da criminalidade e da falta de comprometimento dos governantes em efetuar uma política eficaz de segurança nacional, a sociedade brasileira tenta, desesperadamente, encontrar uma solução rápida e milagrosa para um problema social que possui suas raízes

¹¹⁸ Frisem-se, mais uma vez, as propostas de Emenda à Constituição, PEC's, para reduzir a idade de dezoito para dezesseis anos. São elas: 173/93 do Deputado Benedito Domingos/ PP-DF e a 37/95 do Deputado Telmo Kirst/PPR/RS.

¹¹⁹ MELO, Marília Montenegro Pessoa de. Inimputabilidade Penal. Ob. cit., 2004, p. 57.

numa política social degradante, ou melhor, numa falta de comprometimento com os cidadãos.

Urge salientar que a política criminal adotada pelo sistema penal brasileiro ao optar pela presunção absoluta de inimputabilidade do menor de dezoito anos justifica seus motivos no Código Penal de 1940: “Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal”.¹²⁰

Como forma milagrosa para diminuição da criminalidade, os favoráveis à mudança da legislação penal criticam esta política criminal enfatizando o amadurecimento precoce dos jovens contemporâneos, em virtude do fácil acesso aos meios de comunicação e desenvolvimento tecnológico.¹²¹

Diante destes argumentos, percebe-se a fraqueza gritante destas justificativas. Por que mudar? Por que hoje a sociedade é mais esclarecida? Países europeus, com alto grau de desenvolvimento intelectual, que adotaram esta política, viram seus ideais serem fracassados. Diminuíram a menoridade, em consequência obtiveram um aumento da criminalidade.

Desta feita, faz-se menção ao Código Penal espanhol, vigorado em 1996, considerado o mais moderno Código Europeu, que traçou caminho adverso do qual pretende o Código Penal Brasileiro, elevando a idade do menor, para atribuir-lhe responsabilidade penal, de dezesseis para dezoito anos (art.19).

Destarte, ser inimputável não significa que o jovem poderá cometer ilícitos e não sofrer consequências. O menor não estará inserido

¹²⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal. Ob. cit., 2006, p. 440.

¹²¹ Aquelas pessoas aptas a ocorrência da diminuição da imputabilidade penal também utilizam seus argumentos a partir da Constituição Federal de 1988 que positivou a possibilidade de maiores de 16 anos poderem alistar-se eleitoralmente, o que constituiria plena capacidade para responder por todos os seus atos.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALAGOAS, n. 24, p.183-200, jan./jul. 2011.

no campo do direito penal, e sim num direito diferenciado, tipificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER DESPUÉS DEL ADVENIMIENTO DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA EN BRASIL, LEY “MARIA DA PENHA”¹²²

Stela Valéria Cavalcanti

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti es maestra en Derecho por la Universidad Federal de Alagoas, especialista en género y violencia doméstica contra las mujeres, autora e coautora de libros de derecho y artículos en Internet, tales como: La violencia doméstica contra las mujeres – el análisis de la Ley Maria da Penha, 3a. edición, Bahia: Juspodivm, 2009 y La violencia doméstica y el acoso contra las mujeres, Maceió: Edufal, 2009. Ha sido ponente en seminarios jurídicos y conferencias sobre el tema a nivel nacional. E-mail: stelacavalcanti@hotmail.com

SUMARIO

1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1 La construcción de la normativa constitucional de derechos humanos de las mujeres. 2.2 Definición de violencia doméstica y familiar en Brasil. 2.3 La Ley Maria da Penha y sus mecanismos de protección. 3. Conclusión.

“La historia de la mujer es la historia de la peor tiranía que ha conocido el mundo: la tiranía del fuerte sobre el débil”.

Oscar Wilde

1. Introducción

La intención de esta investigación es presentar un estudio objetivo, didáctico y multidisciplinar sobre la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, después de la entrada en vigor de la Ley n 11.340/06, llamada “Ley María da Penha”.

¹²² “La violencia doméstica contra la mujer después del advenimiento de la Ley contra la violencia en Brasil, Ley “Maria da Penha”, ha sido evaluado y publicado en la Revista *Derecho y Ciencias Sociales*, Octubre 2010. N°3. Pgs. 111-125. ISSN 1852-2971. El mismo está disponible on line en la dirección <http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar>

Las causas de la violencia contra la mujer, a escala mundial, hunden sus raíces en el machismo que ha predominado desde la época de las cavernas. El hombre tiene mayor fuerza física que la mujer y hace alarde de esta superioridad bruta, nunca mejor dicho. Con el supuesto desarrollo de la civilización se supone que los instintos de las cavernas ceden a favor del humanismo, de la inteligencia del raciocinio. Sin embargo, gran parte del instinto machista de los primeros seres humanos permanece.

Esto, lógicamente, es motivo de análisis para antropólogos, psiquiatras y sociólogos. Lo curioso es que no siempre a mayor cultura, raciocinio o civilización los seres humanos son necesariamente menor cavernarios. Una de tantas contradicciones del ser humano. Un estudio que se presentó ante Naciones Unidas en octubre de 2006 demostró “que la violencia de género mata más mujeres que la pandemia del VIH-sida, que las guerras, que los accidentes de automóviles, que los conflictos armados, etcétera” (Alexander, 2008).

La tolerancia de la violencia contra la mujer en las relaciones íntimas de afecto es una de la negación más contundente de los derechos a la igualdad, libertad, integridad física, salud y la dignidad de la mujer.

Durante años, el gobierno brasileño se quedó en silencio y ha tolerado la violencia contra la mujer, muchos asesinos fueron absueltos en el nombre de "legitimidad de la defensa del honor" o "crímenes pasionales" (Correa, 1981; Eluf, 2002), la creación de la discriminación sin soporte doctrinal representa la reproducción del sexismo jurídico. La violación cometida por maridos o parejas, aunque bastante común en las relaciones violentas a menudo no es reconocida legal y doctrinalmente, aunque la Corte Suprema rechazó este argumento.

Desafiando una larga tradición jurídica de no-reconocimiento de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos, la Ley María da Penha”, rescató a la víctima en el derecho brasileño que se había caído en el olvido y presentó una nueva forma de lucha contra la violencia doméstica en Brasil. Esta nueva ley fue recibida con júbilo por las organizaciones feministas no gubernamentales y los operadores del derecho porque ahora cuentan con mecanismos eficaces para prevenir, combatir la violencia y proteger

a las víctimas de diversas formas de violaciones cometidas por esposos y parejas en Brasil.

La violencia contra la mujer es el género de las especies de violaciones de derechos humanos, como la trata de mujeres, la violación, el acoso sexual en el trabajo, la violencia urbana, la violencia institucional, la violencia de género, la violencia doméstica, entre otros. La violencia de género es la perpetrada por razones de prejuicio, la discriminación y la exclusión social se produce simplemente porque la víctima es una mujer. De todas estas violaciones, la violencia doméstica es una de las más crueles e injustas, ya que se practica en el contexto de las relaciones familiares y en el entorno del hogar, que siempre debe ser un lugar de seguridad, la seguridad y tranquilidad para todos los seres humanos.

La violencia doméstica y familiar es un problema social muy serio que afecta a miles de mujeres cada día en Brasil y en el extranjero, no respeta fronteras, edad, raza, color, credo o religión. Se define por la Organización Mundial de la Salud como un fenómeno global y las consecuencias trágicas no sólo en la vida de las mujeres, sino en toda la sociedad. Es un problema mundial de salud pública, dada su repercusión en la calidad de vida, las estadísticas sobre la vida y la muerte, en el desarrollo económico y social y el gasto del sistema de salud (Campos, 2009)¹²³.

Inicialmente, tenemos la intención de demostrar la importancia de la creación y la existência de los Tratados y convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres ratificados por Brasil y su influencia en la creación de una legislación específica para proteger a las mujeres brasileñas.

Se presenta también la investigación reciente llevada a cabo en Brasil sobre la presencia de la violencia doméstica, así como el impacto de la Ley Maria da Penha en la vida de las mujeres víctimas de la violencia familiar.

Posteriormente, se describirán las disposiciones innovadoras de la nueva ley, especialmente las medidas urgentes de protección aplicadas a las víctimas y contra los agresores, con el fin de demostrar

¹²³ OMS: Ginebra. Informe Mundial sobre Violencia y Salud, 2002.

su eficacia en la promoción de los derechos humanos de las mujeres y su protección contra todas las formas de violencia.

2. Desarrollo

2.1 La construcción de la normativa constitucional de derechos humanos de las mujeres

La dignidad humana se inscribe en esa parte de la doctrina generalmente se llama el concepto indeterminado, el contenido y el alcance incierto. Esta idea plantea un primer plano el papel de intérprete en la construcción del concepto a través de diversos recursos hermenéuticos. Por lo tanto, varios actos y violaciones de derechos humanos son contrarios a la dignidad. En particular, la violencia contra la mujer en sus diversas manifestaciones, especialmente la violencia doméstica, es un acto que atenta contra la dignidad de las víctimas.

(Sarlet, 2001) conceptualiza la dignidad de la siguiente manera:

Calidad del propio y distintivo de cada ser humano que merece el mismo respeto y consideración por el Estado y la comunidad, con la participación, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales para garantizar tanto la persona contra cualquier acto de degradar la matriz e inhumano, ya que garantizará las condiciones mínimas para la existencia de una vida saludable, así como facilitar y promover su participación activa y la responsabilidad conjunta en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con otros seres humanos.

Dignidad, por lo tanto, es un atributo de la esencia de los seres humanos. Valor interior, superior a cualquier precio, que no admite el reemplazo equivalente. Se refiere a los requisitos básicos de los hombres y mujeres en el sentido de que se les ofrece una vida con dignidad y libres de violencia y se ofrecen las condiciones esenciales para su pleno desarrollo y su potencial.

El gran avance de los derechos fundamentales en el siglo XX fue, sin duda, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, elaborado después de la segunda Guerra Mundial, bajo la mirada de indignación de la comunidad internacional a las atrocidades al pueblo judío. Era la primera vez que los Estados Unidos se unieron para debatir y redactar las normas para la protección de los derechos humanos, comunes a todos. Brasil es signatario de esta declaración y varios otros

convenios y acuerdos de derechos humanos, lo que constituye un gran avance para la democracia y la legislación brasileña en relación a los derechos fundamentales tal y como se verá más adelante.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), una marca absoluta de la democracia moderna, no es coercitivo, pero los países que se adhieren a una parte del derecho consuetudinario y renuncian a una parte de su soberanía al reconocer el derecho de la comunidad internacional para observar sus acciones y opinar sobre su comportamiento interno. Es el documento pre-constitucional que vincula a los Estados la obligación de evolución positiva en sus constituciones una serie de derechos fundamentales proclamados por las Naciones Unidas.

En términos de derechos políticos para las mujeres, fue el primer instrumento jurídico internacional que reconoce y protege estos derechos en cualquier parte del mundo. En dicho Convenio, establece el derecho al voto, la candidatura y la posibilidad de ocupar un cargo o función de carácter público, de conformidad con las leyes de cada estado.

Desde la redacción de la Declaración Universal de 1948, comienza a desarrollar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante la adopción de numerosos tratados internacionales para proteger los derechos fundamentales.

Actualmente, coexisten dos sistemas de protección internacional de los derechos humanos, el sistema universal, que hacen parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas - ONU y el sistema regional que se asocian con varios otros países. Ellos son: el sistema europeo (el Consejo de Europa), el sistema norteamericano (la Organización de Estados Americanos - OEA), el sistema africano (la Organización para la Unidad Africana) y el sistema árabe (en la Liga de Estados Árabes).

Sólo los países de Asia se ven privados de una convención regional sobre los derechos humanos. Estos sistemas de reunir a los países que se relacionan entre sí política, económica y culturalmente, o que comparten una declaración común de principios. Cada sistema es autónomo em relación a los demás, aunque se estructura basado en los principios establecidos por la Declaración Universal y los Pactos Internacionales de la ONU.

Ese sistema, a su vez, se compone de instrumentos generales (tales como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos) y la gama de instrumentos específicos, tales como las convenciones internacionales que tratan de responder a algunas violaciones de derechos humanos (como la tortura, la discriminación contra la mujer y por motivos de raza, contra los niños, entre otros).

En este contexto, diversas convenciones y pactos sobre derechos humanos han sido publicados por las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos a fin de obligar a los países signatarios a adoptar medidas legislativas y administrativas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra la mujer. Ejemplos de ello son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por Brasil en 1984, esta Convención establece para todos los estados firmantes a proteger el derecho de la mujer como la igualdad de protección bajo la ley. Recomendación General el párrafo 19 de dicha Convención (CEDAW) establece que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe la condición humana que las mujeres deben gozar de los derechos y libertades de igualdad con los hombres), la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (insertado en el sistema jurídico brasileño en 1995, prohíbe la violencia doméstica y pide a los Estados a castigar rigurosamente a los autores) y la Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (ratificada por Brasil en 1995, establece que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y las libertades derechos y créditos, que su eliminación es esencial para el desarrollo individual y social de las mujeres brasileñas, así como su participación en igualdad de condiciones en todos los ámbitos de la actividad humana).

Es importante señalar que con la publicación de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, permitió la inclusión de los tratados y convenciones sobre derechos humanos en la Constitución mediante la aprobación por quórum calificado, asignándoles la situación de los tratados aprobaron la enmienda constitucional (rango constitucional). Este acto se merece un aplauso, ya que muestra la gran preocupación del

estado brasileño con la protección de los derechos humanos fundamentales, y hace hincapié en su adhesión al catálogo internacional.

En Brasil, el sistema de represión y prevención de la violencia contra las mujeres es reciente. Comenzó en 1988 cuando la Constitución Federal proclamó la igualdad entre hombres y mujeres, facilitando, en el arte. 5., Apartado I, que "los hombres y mujeres tienen iguales derechos y obligaciones de la presente Constitución." La preocupación de Brasil de la violencia constitutiva en las relaciones familiares es evidente en el apartado 8 del art. 226 que exige al Estado el deber de frenar la violencia doméstica, en verbis "el Estado prestará asistencia a la familia de cada persona perteneciente a ella mediante la creación de mecanismos para suprimir la violencia en sus relaciones."

Estas normas constitucionales fueron el punto de partida para el legislador de ampliar la protección ordinaria de los derechos de la mujer contra la discriminación y la violencia. Tanto es así que la violencia doméstica se caracterizó por ser una circunstancia especial del delito de lesión corporal, en el arte. 129, apartado 9. y 10, el Código Penal Brasileño (Ley 10.886/04) y, más recientemente, se eliminaron del texto de los delitos de adulterio del Código Penal y la seducción por la (Ley 11.106/05), y publicada la Ley N ° 11.340/06 "Ley Maria da Penha", que estableció mecanismos para frenar y prevenir la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil.

Pero estas medidas legislativas no han sido capaces de reducir las desigualdades de género y los índices de agresión contra la mujer, especialmente la violencia doméstica. Las investigaciones realizadas por organizaciones no gubernamentales e institutos de opinión pública muestran altas tasas de violencia doméstica en el país. Investigación organizada por el Movimiento Nacional de Derechos Humanos en 1998 encontró que 66,3% de los homicidios de mujeres cometidos por sus parejas; encuesta realizada en 2001 por Perseo Abramo Fundación estima que cada 15 segundos una mujer es víctima de violencia en su casa en Brasil.

En 1998, una investigación del Banco Interamericano de Desarrollo informó que el riesgo de una mujer víctima de abuso en su hogar por el padre de sus hijos, ex-marido o pareja actual, es nueve veces mayor de sufrir un ataque violento que en la calle o en el trabajo.

Las estadísticas más recientes publicadas por la nueva investigación del DataSenado muestran que la responsabilidad de que el marido o la pareja fue el principal agresor oscila entre 53% y el 70% de los casos de violencia contra la mujer. De acuerdo con las proyecciones de la encuesta nacional, encontró que 2,1 millones de mujeres son maltratadas cada año en el país, por un total de una paliza cada 15 segundos¹²⁴.

Varios factores contribuyen a hacer que esto ocurra, entre ellos: la lentitud de la justicia para hacer cumplir los dictados de la Ley 11.340/06 y crear los tribunales para luchar contra la violencia doméstica y familiar dentro de los estados, la ineficiencia de la atención prestada a las víctimas en las comisarías; número limitado de policía especial para ayudar a las mujeres, fracaso de las políticas públicas asistencia a las víctimas y la falta de programas sociales para el tratamiento y la rehabilitación de los delincuentes.

Como se expuso anteriormente, el siglo XX fue decisiva para el reconocimiento de una amplia gama de derechos humanos, responsables de profundos cambios en el comportamiento de los diversos grupos sociales en diferentes regiones de nuestro planeta. Poco a poco, las poblaciones que históricamente se les había negado sus derechos han sido objeto de una protección jurídica puede asegurar los derechos de ancho. Mujeres, niños y ancianos tomar más y más, la condición de ciudadanos y sujetos de derechos.

La dignidad humana y el principio de la igualdad son los principales motores del desarrollo jurídico, político y social de Brasil y,

¹²⁴ Conozca a algunos de los resultados de búsqueda de Percepción de la violencia doméstica contra la mujer en Brasil, que tuvo lugar en febrero de 2009 por Ibope Avon / Instituto, con la planificación y supervisión del Instituto Patrícia Galvão: el 55% de los encuestados conocimiento de casos de agresiones contra las mujeres, el 56% indican la violencia doméstica como el problema que concierne a las mujeres el 78% afirman conocer Ley Maria da Penha y el 44% creen que ya está teniendo un efecto. Disponible en:

http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24&catid=36.

07.06.2010

Acesso em

poco a poco, se empieza a esbozar los contornos de una nueva nación, que impregna los espacios públicos y privados, que muchos consideraban inalcanzable en el marco de los ordenamientos constitucionales anteriores.

El gran desafío del estado brasileño de hoy es cómo contribuir a la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres brasileñas contra toda forma de discriminación y violencia.

2.2 Definición de violencia doméstica y familiar en Brasil

La violencia contra la mujer es cualquier conducta - acción u omisión - de la discriminación, la coacción o la agresión que causa lesiones o muerte, restricción, limitación, sufrimiento físico, sexual, moral, psicológico, social, político, económico o pérdidas financieras a las mujeres . Esta violencia puede ocurrir en los espacios públicos o privados. La violencia contra las mujeres es un producto, sobre todo, del dominio que el hombre ejerce sobre ellas. Existe en mayor o menor medida en todas partes del mundo, incluso en países en los que predicen una filosofía social de absoluta igualdad sexual en la asignación de las tareas sociales.

La violencia doméstica es generalmente identificada con la violencia contra la mujer. Sin embargo, el concepto de violencia contra la mujer es más amplio porque incluye, según se informa la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer "todo acto de violencia basada en género, que cause algún daño o sufrimiento físico, sexuales o psicológicos a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad en su vida pública o privada”.

En la definición de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", la violencia contra la mujer es "cualquier acción o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en público como en privado ". Dicho acuerdo establece que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; impregna todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o etnia, ingresos, cultura, nivel educativo, edad o religión y afecta

negativamente sus propias bases. Y la eliminación de la violencia contra las mujeres es esencial para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

La Conferencia de las Naciones Unidas de Derechos Humanos (Viena, 1993) reconoció formalmente la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos. Desde entonces, los gobiernos de los países miembros de la ONU y las organizaciones de la sociedad civil han trabajado para eliminar ese tipo de violencia, que también es reconocida como un problema grave de salud pública.

El informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas (Beijing, China, 1995) dice: "La violencia contra las mujeres es un obstáculo para el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, viola y menoscaba o anula el disfrute, por su parte, los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Creemos que la definición de violencia contra las mujeres es más plenamente expresada en la Conferencia de Beijing: "todo acto de violencia basado en género y que dé o pueda dar lugar a daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada".

Este concepto abarca una variedad de agresión física, sexual y psicológica, con los autores más diversos agentes, incluyendo las relaciones íntimas y familiares, personas de la comunidad en general y las que se ejercen y tolerada por el Estado.

El artículo 5., de La Ley n 11.340/06, "Ley Maria da Penha dice que" toda acción u omisión basada en el género que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológica y moral o la equidad es violencia doméstica. La violencia física es cualquier conducta que atenta contra la integridad o la salud del cuerpo.

Como una modalidad delictiva, podemos relacionar diversos delitos, tales como: la contravención de golpes, el delito de lesión corporal, en sus formas leves, graves o muy graves, y delitos contra la vida, el asesinato, el aborto, la incitación, instigación o ayuda suicidio (art. 129, §9. y § 10, 121, 125, 122 del Código Penal). Consta desde

golpes, bofetadas, patadas, empujones, quemaduras, intencional, con el objetivo forzar con ello la integridad o la salud de la mujer. Es la forma más común de violencia doméstica, presentado de esta manera por diversas investigaciones nacionales y extranjeras (artículo 7º)¹²⁵.

La violencia psicológica se considera una conducta que causa daño emocional y baja autoestima que perturban y socavan el pleno desarrollo o tratan de degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante la amenaza, la vergüenza, la humillación, la manipulación, el aislamiento, la vigilancia constante, tenaz acoso, insulto, el chantaje, la ridiculización, la explotación y la restricción del derecho de ir y venir o no sean lesivos para la salud psicológica y la auto-determinación (artículo 7º).

La violencia sexual se define como cualquier conducta que avergonzar a los testigos, para mantener o participar en relaciones sexuales no deseadas, mediante la intimidación, la amenaza, la coacción o uso de la fuerza que conduce a comercializar o utilizar de cualquier manera, su sexualidad, que no utilizan ningún método anticonceptivo o de la fuerza al matrimonio, el embarazo, el aborto o la prostitución a través de la coacción, el chantaje, el soborno o la manipulación, o limitar o negar el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos (artículo 7º). La violencia contra la propiedad se entiende como un activo que el comportamiento conjunto de retención, sustracción, destrucción total o parcial de los objetos, herramientas, documentos personales, bienes, valores y derechos o recursos económicos, incluidos los diseñados para satisfacer sus necesidades (artículo 7º).

La violencia moral se define como cualquier conducta que establece la calumnia, la difamación, la calumnia, como denuncia calumniosa (artículo 339, del Código Penal). La calumnia a alguien es en realidad falsa atribución se define como un crimen. Difamar a alguien es realmente ofensivo para imputar a su reputación. Lesionar a

¹²⁵ Las investigaciones realizadas por DataSenado mostró que 50% de las mujeres sufrió violencia física, el 11% de violencia psicológica y un 17% han experimentado todo tipo de violencia. Secretaría de Investigación y Opinión Pública. Servicio de Coordinación de DataSenado - Investigación de la Opinión. Disponible en: <<http://www.senado.gov.br>. Acesso em 20.08.07.

alguien se ofende su dignidad o decoro. Los tipos de delito de calumnia, difamación, injuria son delitos de acción privada, las artes. 138, 139 y 140 del Código Penal (artículo 7º).

Para empezar el proceso de cumplimiento de los acuerdos internacionales firmados por Brasil, se estableció la Ley no. 11.340/06, que crea mecanismos para frenar la violencia doméstica contra las mujeres, ha tenido en la creación de tribunales especiales para la Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer y estableció medidas para proteger y ayudar a las mujeres víctimas con el fin de salvaguardar los intereses de las víctimas, disuadir y castigar con mayor rigor la práctica de la violencia doméstica y familiar.

Ley n º 11.340/06 establece como prioridad, en el arte. 14, la creación de tribunales especializados en Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer de la Unión, Distrito Federal, los Estados y Territorios. Por tanto, es absolutamente esencial para medir la eficacia de la legislación social y la aplicación de todos sus dispositivos. La Ley Maria da Penha fue muy feliz para conceptualizar las diversas formas de violencia doméstica y familiar, con el fin de resolver las dudas sobre su aplicación, así como la imposición de sanciones a los infractores.

2.3 La Ley Maria da Penha y sus mecanismos de protección

La Ley Maria da Penha crea mecanismos para frenar la violencia doméstica contra la mujer, de conformidad con el art. 226 de la Constitución, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, se prevé la creación de tribunales especiales para la Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer; que modifica el Código de Procedimiento Penal, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal, y otras medidas.¹²⁶

¹²⁶ La biofarmacéutica María da Penha Maia Fernandes ha luchado durante 20 años para ver a su agresor condenado. Ella se convirtió en un símbolo contra la violencia doméstica em Brasil. En 1983, el marido de Maria da Penha Maia, profesor universitario Marco Antonio Heredia, intentó matarla en dos ocasiones. La primera vez, disparó y ella quedó parapléjica. En el segundo, trató de electrocutarla. En ocasiones, ella tenía 38 años y tres hijas, de 6 y 2 años de edad. La investigación comenzó en junio de ese año, pero la denuncia no fue presentada al Ministerio Público del Estado em

Con la promulgación de la Ley Maria da Penha, desacuerdo sobre su constitucionalidad. Quienes sostienen la inconstitucionalidad, aunque la integración de la minoría, dicen que la ley viola el principio de igualdad, ya que sólo proporciona una desigualdad basada en el sexo. Por otra parte, las mujeres víctimas podrían beneficiarse de mejores mecanismos de protección y sanción contra el infractor. Hay innumerables razones para la mujer víctima de violencia doméstica es digno de protección específica: el Estado debe buscar un material isonomía, tratar a los desiguales como desigualdades, por lo que no se abusa, las mujeres constituyen un grupo especial (como el niños y ancianos), porque a lo largo de los siglos, fueron víctimas de la dominación del hombre sobre ellos, los tratados internacionales ratificados por el Brasil demuestran la necesidad de una mayor protección a las mujeres, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que impone a los Estados Partes la obligación de eliminar la discriminación y garantizar la igualdad, así como la atención a la Convención de Viena, en la que ha sido la violencia de género reconocido como violaciones de derechos humanos. Imperativo, por lo tanto, las acciones del Estado en la implementación de políticas públicas es la creación de la ley, como en su aplicación, buscando una mayor protección a las víctimas de la violencia doméstica.

Aunque gran parte de la explicación hay que señalar las impresionantes tasas de violencia doméstica y familiar en Brasil. Se sabe que, como una especie de violencia que se produce dentro de las relaciones intra-familiares, no hay datos absolutos sobre el tema porque

septiembre de 1984. Ocho años más tarde, Heredia fue condenado a ocho años de prisión, pero él utilizó los recursos legales para retrasar El cumplimiento de la condena. El caso salió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), que aceptó por primera vez, la denuncia de un delito de violencia doméstica. Heredia fue detenido el 28 de octubre de 2002 y cumplió dos años de prisión. Hoy en día, es gratis.

Después del intento de asesinato, Maria da Penha Maia comenzó a actuar em los movimientos sociales contra la violencia y la impunidad y ahora es coordinadora de Estudios, Investigación y Publicaciones de la Asociación de Familiares y Amigos de las Víctimas de la Violencia (APAVV) en la provincia, Ceará, en Brasil.

muchos casos llegan a conocimiento de la sociedad y el Estado. Esto se debe al hecho de que las mujeres tienen muchos años de agresión y la humillación en la esperanza de que todo se puede mejorar, o incluso el miedo, la vergüenza o la dependencia del agresor.

Hoy en Brasil no se habla más de la inconstitucionalidad de la Ley Maria da Penha. Todos la aplican con rigor, buscando una mayor eficacia y la Ley se aplica en todos los estados brasileños, contribuyendo a la prevención y sanción de los actos de violencia. La Ley Maria da Penha también presenta un avance sobre el derecho civil legislado y en consonancia con el debate actual de la doctrina y la jurisprudencia. Esto se debe a su artículo 5º. contiene un avance ideológico, al permitir una interpretación del reconocimiento de entidades familiares entre personas del mismo sexo.

La ley modificó el Código Penal brasileño y permitió a los atacantes de la mujer se ven atrapados en el acto u ordenado su detención, estos atacantes también ya no serán castigados con penas de sustitución, la legislación también aumenta el período máximo de detención permite de uno a tres años, la nueva ley también prevé medidas que van desde la salida del delincuente de la casa y la prohibición de su enfoque de la mujeres maltratadas y los niños.

En este contexto, según (Gusmão y Cavalcanti, 2009), la Ley Maria da Penha es un ejemplo de acción afirmativa, implementada en Brasil para la protección de la mujer, justificado por la situación de vulnerabilidad y hipossuficiência en las mujeres que son víctimas de violencia doméstica.

La ley brasileña fue diseñada para garantizar la plena protección a las víctimas, por lo tanto, ha creado mecanismos eficaces de protección, las llamadas medidas de protección y urgencia con el fin de garantizar un trato preferencial para los casos de violencia doméstica de la justicia penal, se basó en la legislación española para proteger a las mujeres víctimas de violencia doméstica.

Entre las medidas protectoras más importantes tenemos la posibilidad de que el juez penal determine el retiro del hogar del agresor, prohibición de todo contacto con las víctimas, la aceptación de la solicitud de mantenimiento a la esposa y los niños, la prohibición de

portar armas, entre otros, de forma rápida, ya que el juez tiene 48 horas para decidir sobre la solicitud de la víctima.

Los principales cambios introducidos por Ley Maria da Penha:

- Define la violencia doméstica y familiar contra la mujer;
- Establece las formas de la violencia doméstica contra la mujer como física, psicológica, sexual, el patrimonio y moral.;
- Determina que la violencia doméstica contra la mujer es independiente de la orientación sexual;
- Crea Tribunales de Fuero Especial para la violencia doméstica contra las mujeres en la jurisdicción civil y penal para abarcar todas las cuestiones;
- Prohíbe la imposición de multas y el castigo como canastas de comida, cortar el rollo de los delitos de menor potencial ofensivo;
- La violencia es reconocida como una violación de los derechos humanos. La pena por el delito de violencia doméstica se elevó a 03 (tres) meses a 03 (tres) años;
- La mujer sólo puede renunciar a la reclamación ante el juez. Prohíbe la entrega de la citación para la mujer para el agresor. Permite la detención en flagrante delito;
- La mujer víctima de violencia doméstica serán notificadas de los actos procesales, especialmente en relación con la salida del delincuente del cárcel;
- La mujer debe ir acompañada de un abogado o defensor en todos los actos procesales;
- Si la violencia doméstica es contra mujeres con discapacidad, la pena se aumentará en un tercio;
- Crea las medidas de protección urgentes, estableciendo, entre otras cosas, la expulsión del hogar del agresor o de su lugar de convivencia de la pareja, y hacia la víctima, junto con sus dependientes a programa comunitario de protección o asistencia;
- Se suspende el porte de armas por el agresor.

3. Conclusión

La llamada violencia de género es una de las patologías sociales vigentes. El fenómeno se extiende sin que parezca tener límites. La Ley Maria da Penha nos presenta un nuevo desafío legal y social: afirmar los derechos humanos de las mujeres en Brasil y superar una larga tradición en la negación de estos derechos.

Los operadores de la Ley tienen ahora importantísima legislación para combatir la violencia doméstica contra las mujeres y las víctimas tienen a su vez muchos mecanismos de protección que pueden ser aplicadas por el juez en su favor¹²⁷.

La nueva Ley rompe con la dicotomía entre lo público y lo privado del viejo adagio "en una

pelea entre marido y mujer, no de arranque para cosechar". El espacio doméstico que se dedicó exclusivamente a las mujeres era inalcanzable. Esto generó un sentimiento de impunidad de la violencia doméstica, como si lo sucedido dentro de la casa a nadie que no esté interesado. La autoridad del marido, en el molde de la familia patriarcal, permitió que el derecho a disponer del cuerpo, la salud e incluso la vida de su esposa. Esta autoridad del hombre/marido/pareja ha sido siempre respetados para que la justicia se detuvo en la puerta de la casa, y la policía no podía ni siquiera sostener el delincuente en el acto.

Por lo tanto, se considera que la Ley Maria da Penha representa un hito en la protección de la familia y el rescate de la ciudadanía femenina, en la medida en que la mujer estará a salvo de el autor y, por tanto, podrá denunciar las agresiones sin temor a que cumplan el autor del delito al día siguiente y podría sufrir consecuencias mucho peores.

Sin embargo, todavía tenemos un largo camino por delante, así que podemos decir que la violencia doméstica es parte del pasado de Brasil, ya que las estadísticas de su aparición siguen siendo

¹²⁷ Las investigaciones recientes sugieren que el 83% de la población ya sabe la Ley, de que el 68% reconocen su eficacia en la prevención y el castigo de los delincuentes. Data-senado, 2009. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sepop/pdf/datasenado/relatório_01_2009.pdf Acesso em: 13.06.010.

preocupantes. Tenemos que luchar por su plena eficacia, así como la aplicación de las políticas públicas de género, centrándose en la plena protección de la mujer. El Brasil que queremos es un país libre de la violencia doméstica y por eso luchamos!

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Yolanda Vaccaro (2008). Violencia contra la mujer: información o espectáculo? *1º. Congresso Internacional Mulher y Medios de Comunicación*. Libro de Actas. Generalitat Valenciana.

BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Farias (2007). A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. *Jus Navigandi*, Teresina, p. 01-22.

BIANCARELLI, Aureliano (2006). *Assassinatos de Mulheres em Pernambuco*. São Paulo: Publisher, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de (2009). Lei Maria da Penha: um novo desafio. Violência doméstica. Vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Fausto Rodrigues de Lima e Claudinete Santos (Coord). Rio de Janeiro, LumenJuris.

CORREA, Mariza (1981). *Os crimes de paixão*. São Paulo, Brasiliense.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de (2009). *Violência doméstica contra as mulheres: análise, artigo por artigo, da Lei Maria da Penha*. 3. ed., Bahia, Juspodivm.

ELUF, Luíza Nagib (2002). *A paixão no banco dos réus*. São Paulo, Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgan (2001). *Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição*. Porto Alegre, Livraria do advogado.

