

PARTE II
DOCTRINA



A PRATICIDADE, CELERIDADE, EFICIÊNCIA E ECONOMIA DO PROCESSO PENAL, VIS A VIS A AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL DO PRESO

Cintia Calumby da Silva Coutinho

Promotora de Justiça, Pós graduanda em Direito Penal e Processual Penal.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dos princípios constitucionais do Processo Penal. 2.1. Conceito. 2.2. Principais princípios do Processo Penal. 2.2.1. Princípio da ampla defesa. 2.2.2. Princípio da publicidade. 2.2.3. Princípio do devido processo legal. 2.2.4. Princípio da identidade física do Juiz. 3. Do interrogatório. 3.1. Natureza jurídica do interrogatório. 3.2. Características do interrogatório. 3.3. Alterações legislativas do interrogatório. 4. O interrogatório por vídeo-conferência na visão da doutrina. 4.1. Da inconstitucionalidade do interrogatório *on line*. 4.2. Da constitucionalidade do interrogatório pela videoconferência. 5. Posição do Superior Tribunal De Justiça. 6. Posição do Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusão.

1. Introdução

O interrogatório está previsto no artigo 185 do Código de Processo Penal Brasileiro e é o ato que permite ao acusado ao final da instrução dirigir-se diretamente ao Juiz para, querendo, dar sua versão dos fatos e indicar provas (informação verbal),¹ representando “[...] ainda uma das facetas da ampla defesa [autodefesa] que se completará com a defesa técnica a ser produzida por advogado do acusado”.²²

A nossa legislação tradicionalmente prevê a realização do interrogatório na Fórum do juízo perante o qual tramita o processo, na presença do Juiz, do Promotor de Justiça e do defensor do acusado nos termos do “caput” do artigo 185 do Código de Processo Penal pátrio ou por carta precatória quando o réu encontra-se em outra comarca ou ainda no estabelecimento prisional em que o acusado estiver recolhido.

¹ Conceito do Prof. Luis Antônio de Souza, Aula de Processo Penal em 19/08/2008, curso anual telepresencial Damásio de Jesus

² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 401

Recentemente as leis 11.690/2008 e 11.900/2009 passaram a admitir a realização deste ato processual por videoconferência, incorporando à legislação pátria a possibilidade de uso da videoconferência para interrogar acusados que se encontravam em outras comarcas distantes do juízo processante ou em estabelecimentos prisionais.

O interrogatório por videoconferência é aceito e utilizado em vários países do mundo, como por exemplo, na Itália, na Espanha, na França e na Alemanha³. No Brasil, tal recurso tecnológico já vinha sendo utilizado por magistrados com certa timidez, suscitando acirrada polêmica com elogios fervorosos de um lado e críticas ferrenhas de outro.

Os tribunais pátrios por sua vez se dividem quanto à constitucionalidade da videoconferência, sendo ora prolatadas decisões admitindo a sua realização, ora decisões são emanadas rejeitando a videoconferência sob o argumento de inconstitucionalidade.

Os julgamentos do HC 93503, do HC 88914 e do HC 90900 nos quais o STF reafirmou o direito do acusado comparecer e presenciar a audiência de instrução como reflexo da garantia constitucional do “*due process of law*” e a recente aprovação da lei 11.900/09 que permite o interrogatório de acusados presos por meio de videoconferência em situações excepcionais, já disciplinadas na própria lei, só acirrou as discussões entre aqueles que defendem a adoção desse meio de interrogatório e aqueles que o repudiam por entendê-lo inconstitucional.

Vários argumentos pesam a favor da realização de interrogatórios por videoconferência, dos quais podem ser destacados: celeridade dos processos, diminuição de fugas e de tentativas de libertação de presos durante o transporte do presídio para os locais das audiências, economia de recursos para o erário público evitando-se gastos desnecessários e muitas vezes vultosos para a administração, realocação de policiais empregados no deslocamento de presos para

³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei do interrogatório por videoconferência. Disponível em: <http://parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/350137/>. Acesso em 05/02/2009.

serem aproveitados em outras funções e a edição recente de lei Federal que modificou o artigo 185 do Código de Processo Penal brasileiro, inserindo no parágrafo 2.º a possibilidade de realização, em situações excepcionais, de interrogatório *on line* de réus presos.

Argumentos também não faltam para os que defendem que por ser o interrogatório meio de prova e de defesa, sua realização por meio de videoconferência seria inconstitucional pela falta de contato físico entre réu e juiz e pela violação aos princípios da ampla defesa, da publicidade, da identidade física do Juiz e do devido processo legal.

O interesse no questionamento acerca da constitucionalidade do interrogatório por meio de videoconferência, não se restringe apenas a discussão acadêmica, mas tem enorme importância prática, podendo influir em inúmeros processos que estão em andamento e resolver problemas postos pela recente modificação do Código de Processo Penal que alterou artigos referentes à instrução processual, deixando intactos os artigos concernentes ao interrogatório dificultando, por exemplo, os interrogatórios por precatórias, uma vez que ao expedir precatória o magistrado poderia violar o princípio da identidade física do Juiz e o disposto no artigo 399, parágrafo 2.º do Código de Processo Penal.

O presente artigo tem por escopo confrontar as posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da realização de interrogatório por videoconferência, fazendo uma revisão bibliográfica do tema e uma análise de julgados em especial dos tribunais superiores, posicionando-se ao final pela constitucionalidade da realização do interrogatório por videoconferência.

2. Dos princípios constitucionais do Processo Penal

2.1. Conceito

Os princípios do processo penal em sua maioria estão previstos na Constituição Federal de forma implícita ou explícita e segundo Mougenot⁴ podem ser conceituados como:

Normas, que por sua generalidade e abrangência, irradia-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e

⁴ MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p34.

interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo, e em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos.

2.2. Principais princípios do Processo Penal

Doutrina e jurisprudência apontam como os principais princípios processuais penais: os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do estado de inocência, do favor rei, da verdade real, da vedação das provas ilícitas, da igualdade das partes, da publicidade, da persuasão racional ou do livre convencimento, da motivação do ato judicial, da economia processual, do duplo grau de jurisdição, da boa fé processual, celeridade da vedação do *bis in idem*, da proporcionalidade, da oficialidade, da obrigatoriedade.

A celeuma em torno da constitucionalidade do uso da videoconferência reside exatamente na possível violação a quatro desses princípios, quais sejam: ampla defesa, publicidade, devido processo legal e identidade física do Juiz.

2.2.1. Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal. Por esse princípio tem o acusado direito a autodefesa⁵, a defesa técnica⁶⁶ e à prova legitimamente obtida ou produzida. Além disso, toda denúncia ou queixa deve ser clara, o acusado deve ser citado, notificado e intimado regularmente de todos os atos processuais.

A ampla defesa garante ao réu o direito de se defender, de ser interrogado, de requerer novo interrogatório e ainda a prova legitimamente obtida ou produzida.

2.2.2. Princípio da publicidade

Está previsto na Constituição Federal no 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX e art. 792 do Código de Processo Penal e prevê que os atos judiciais são em regra públicos. A publicidade deve haver sempre, garantindo-se as partes acesso aos autos, às audiências e demais atos processuais, podendo ser a publicidade restringida quando o interesse público assim o exigir.

⁵ Realizada diretamente pelo acusado.

⁶ Realizada por profissional habilitado.

2.2.3. Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5.º, inciso LIV da Constituição Federal e é um conjunto de normas, garantias e princípios que tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, especialmente, patrimônio, liberdade e a vida durante o desenrolar do processo, que deve ser finalizado em um prazo razoável de modo permitir a composição justa da lide.

O devido processo legal apresenta-se em duas dimensões:

a) Dimensão substantiva que são as normas, garantias e princípios que restringem ao mínimo os direitos fundamentais. São Princípios que orientam o legislador e o magistrado, quais sejam: da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso.

b) Dimensão formal ou procedimental que assegura a aplicação das garantias, normas e princípios constitucionais no curso do processo, sob pena, em caso de violação, da decretação de nulidade absoluta como regra ou da nulidade relativa, excepcionalmente.

2.2.4. Princípio da identidade física do Juiz

Pelo princípio da identidade física do Juiz, vincula-se o magistrado que presidiu a instrução processual à prolação da sentença, exceto se tiver sido convocado, estiver licenciado, afastado, tiver sido promovido ou aposentado. Embora o princípio da identidade física do juiz já encontrasse previsão legal no nosso ordenamento no Processo Civil, não estava expresso no processo penal, extraíndo-se este princípio do artigo 502, parágrafo único do Código de Processo Penal, até a entrada em vigor da lei 11719/2008. Esta lei instituiu o princípio da identidade física do Juiz no Processo Penal, ao estabelecer que: “O Juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”⁷.

3. Do interrogatório

Interrogatório judiciário, segundo Nucci é:

O ato processual que confere oportunidade ao acusado de dirigir-se diretamente ao Juiz, apresentando sua versão defensiva dos fatos que lhe foram imputados, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender

⁷ Artigo 399, parágrafo 2º do Código de Processo Penal brasileiro modificado pela lei 11.719 de 20/06/2008.

cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação⁸⁸

3.1. Natureza jurídica do interrogatório

O interrogatório quanto a sua natureza é classificado na doutrina como meio de prova, por fornecer ao Juiz elementos de convicção, como meio de defesa, por possibilitar ao interrogado explanar a sua versão dos fatos e como meio de prova e de defesa, pois o réu ao ser interrogado fornece elementos que contribuem para a se apurar a verdade dos fatos.

3.2. Características do interrogatório

É ato personalíssimo [não se admite interrogatório por procuração], público [salvo quando decretado o segredo de justiça] e oral [exceto na hipótese em que o acusado não possa falar]. É o momento de contato entre o acusado e o Juiz.

3.3. Alterações legislativas do interrogatório

Até o advento da lei 10.792/2003 o interrogatório era ato privativo do Juiz e não estava sujeito ao contraditório, não podendo as partes nele intervir. Sob a égide da 10.792/2003 tornou-se obrigatória a presença do advogado, sendo permitido que as partes peçam esclarecimentos sobre pontos que restaram obscuros, reforçando o caráter contraditório deste ato processual. Introduziu também este diploma legal a possibilidade do Juiz se deslocar ao presídio junto com as partes para interrogar o preso no próprio estabelecimento prisional, desde que possa realizar o ato com segurança.

A lei 11.690/2008 modificou o artigo 217 do Código de Processo Penal permitindo a realização de videoconferência quando “[...]a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido de modo que prejudique a verdade do depoimento[...]”

Com o advento da lei 11.900/2009, o artigo 185 do Código de Processo Penal também foi modificado, prevendo-se expressamente a realização de interrogatório por videoconferência desde que estejam presentes algumas hipóteses previamente estabelecidas, tais como

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.

prevenção de risco a segurança pública, dificuldade de comparecimento do réu, possível influência do réu sobre a vítima ou testemunhas e para garantia a ordem pública.

4. O interrogatório por videoconferência na visão da doutrina

Quais as vantagens na adoção deste meio de interrogatório? Quais as desvantagens do interrogatório por videoconferência? O interrogatório por meio de videoconferência fere os direitos constitucionais assegurados ao acusado? Ou se constitui em importante meio de se solucionar problemas com a utilização de tecnologias avançadas que garantem praticidade, economia de tempo e de recursos públicos, sem ferir os direitos do acusado a ampla defesa e ao devido processo legal? Doutrinadores de renome respondem as perguntas acima postas das mais diversas maneiras, residindo o cerne da questão basicamente na constitucionalidade ou inconstitucionalidade deste meio de interrogatório.

4.1. Da inconstitucionalidade do interrogatório *on line*

Em sua maioria, os doutrinadores e juristas [como, por exemplo, Nucci e Antonio Alberto Machado] que se posicionam contrariamente ao interrogatório por videoconferência baseiam-se na afronta aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal pela ausência de previsão legal⁹, da publicidade e da identidade física do Juiz pela falta de contato entre julgador e acusado. Para aqueles que defendem a inconstitucionalidade da videoconferência é exatamente a falta de contato entre o réu e do seu julgador um dos principais obstáculos à realização do interrogatório *on line*, pois, o magistrado através do monitor de TV ou de um computador poderia não perceber sinais de maus tratos físicos ou mentais ou sutis mudanças de comportamento do preso ao responder as perguntas e o réu perderia a oportunidade de contar face a face a sua versão dos fatos para aquele que o irá julgar. Nucci¹⁰, por exemplo, considera o contato pessoal entre julgador e acusado imprescindível para que possa o Juiz chegar à verdade real dos fatos.

⁹ Argumento afastado face ao advento das leis 11.719/2008 e 11.900/2009.

¹⁰ Op. Cit., 2008.

4.2. Da constitucionalidade do interrogatório pela videoconferência

Doutrinadores como Mougenout¹¹ defendem que a videoconferência não afronta os princípios da ampla defesa, da identidade física do Juiz ou da publicidade, pois com o uso de recursos avançados e modernos equipamentos é possível garantir não apenas o contato entre o julgador e o réu, mas também a percepção pelo magistrado de reações do interrogado durante a realização do ato.

Para esses juristas e doutrinadores, a devida publicidade do interrogatório por videoconferência é proporcionada pelo uso de câmeras e monitores de alta precisão.

A recente edição das leis 11.900/2009 e 11.690/2008 reforçou esta posição doutrinária que defende ser constitucional o interrogatório por videoconferência, não podendo ser argüido violação ao devido processo legal, uma vez que a legislação pátria passou a prever expressamente a realização desta forma de interrogatório.

5. Posição do Superior Tribunal De Justiça

O Superior Tribunal de Justiça em seus julgados oscila entre aceitar a realização de interrogatório pela videoconferência e em considerá-lo nulo. A posição majoritária do STJ não aceita a realização de interrogatório por videoconferência pela violação ao princípio da ampla defesa e pela ausência de previsão legal, não tendo o STJ ainda se manifestado sobre o tema após a edição da lei 11.900/2009.

6. Posição do Supremo Tribunal Federal

Assim como o STJ, a maioria dos ministros do STF também se posicionou pelo não cabimento do interrogatório *on line* em face da violação ao princípio da ampla defesa [compreendido a autodefesa e a defesa técnica] e pela ausência de previsão legal. Reiterados julgamentos do STF¹³ optam pela nulidade do interrogatório realizado por videoconferência pela violação ao princípio da ampla defesa, do justo processo e das “[...] regras do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade.”. Após a entrada em vigor da lei 11900/2009 que prevê a realização do ato processual por videoconferência, o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a constitucionalidade deste tipo

¹¹ Op. Cit., 2009.

de interrogatório, cabendo a este tribunal superior manifestar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos novos dispositivos legais.

7. Conclusão

Outros países no mundo adotam o uso da videoconferência para a oitiva de testemunhas, peritos e acusados, com a vantagem de tornar o processo mais célere, eficiente e econômico para o erário público. No Brasil, sem dúvida, o interrogatório por videoconferência poderia ser adotado sem ferir os princípios constitucionais do acusado.

A ausência de previsão legal específica disciplinando a realização do interrogatório por videoconferência, sempre foi um forte argumento utilizado por juristas e doutrinadores para a defesa da inconstitucionalidade deste ato processual. Com as recentes modificações introduzidas pela entrada em vigor das leis 11.690/2008 e 11.900/2009, que passaram a contemplar expressamente a realização do interrogatório *on line* em circunstâncias reguladas nesses diplomas legais, tal argumento perdeu sua razão de ser. Desta forma, realizando-se o interrogatório por videoconferência dentro das hipóteses por lei disciplinadas, não haverá afronta ao princípio do devido processo legal, bastando para isso que na realização deste ato processual sejam atendidas as condições postas na lei.

Nem mesmo o argumento de que no interrogatório por videoconferência haveria violação ao princípio da ampla defesa por ausência de contato físico entre o acusado e seu julgador, tem qualquer razão de ser, porque a legislação pátria já contempla a possibilidade do réu ser interrogado por magistrado que não vai julgar a causa, como por exemplo, nos casos de interrogatório por carta precatória e rogatória [esta última sem expressa previsão legal], em que o magistrado interroga o réu conhecendo o processo apenas superficialmente através das cópias de poucas peças que lhes são remetidas. Sendo essas formas de interrogar aceitas pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência sem a arguição de inconstitucionalidade ou afronta aos direitos constitucionais do réu.

Ao contrário do que alguns doutrinadores e juristas afirmam, constitui na verdade, o interrogatório por videoconferência nas hipóteses de uso de cartas precatórias e rogatórias, a única forma de se

efetivamente garantir ao réu o direito de ser interrogado pelo seu julgador.

Alegar que o réu teria qualquer tipo de prejuízo por não ter contato físico com o Juiz que ao final prolatará a sentença é ignorar que muitas vezes o interrogatório é realizado de forma mecânica sem que, por exemplo, o Juiz natural ou deprecado esteja atento a sinais de possível coação sofrida por réu preso.

Para que se garanta ao acusado a efetiva possibilidade de relatar maus tratos ou violação de direitos ao seu julgador, não é imprescindível o contato físico direto entre Juiz e réu, sendo neste caso suficientes a previsão da presença obrigatória de advogado habilitado acompanhando o ato, local devidamente preparado para a realização da videoconferência, de forma a garantir a privacidade de comunicação no momento do interrogatório e que antes de permitir que o interrogatório possa ser acessado por terceiro, tenha o Juiz contato com o réu e seu defensor, para só após este primeiro contato, decidir sobre a possibilidade de acesso de outras pessoas que não sejam as partes processuais.

Certamente, ser interrogado pelo Juiz da causa que conhece os detalhes do processo, ouviu testemunhas, analisou perícias e conhece a realidade do local em que exerce sua jurisdição, independente de ser de forma pessoal ou por videoconferência, garante ao réu a efetiva aplicação do princípio da identidade física do Juiz, assegurando o contato entre advogados, Promotor de Justiça, Juiz natural e o acusado, possibilitando a comunicação em tempo real entre as partes processuais independente de sua localização geográfica, o que não é possível, por exemplo, no cumprimento de cartas precatórias e rogatórias.

Na realização de interrogatório *on line* também não há afronta ao princípio da publicidade do ato, pelo contrário, o uso da tecnologia para realização de interrogatório por videoconferência garante a publicidade do ato processual, abrindo novas possibilidades de acesso ao interrogatório, podendo a inquirição do réu ser realizado em canais abertos em que se garanta o acesso àqueles que porventura tenham algum interesse em assistir ao ato processual e sejam previamente autorizados pelo magistrado, tendo ainda a vantagem de permitir a gravação do interrogatório que poderá ser assistido a qualquer tempo

não apenas pelas partes processuais [na 1.^a e 2.^a instância], mas também por outros profissionais, como por exemplo, peritos, que não participaram do ato e que podem utilizá-lo como subsídio para esclarecer dúvidas ou emitir pareceres.

O avanço tecnológico tem proporcionado novas maneiras de se resolver antigos problemas e dificuldades postas pelas recentes modificações introduzidas pelas leis 11900\2009 e 11690\2008, que modificaram dispositivos referentes à instrução processual sem adequar o interrogatório as mudanças introduzidas. Resolver-se-ia com a videoconferência, por exemplo, o impasse de se respeitar o princípio da identidade física do Juiz quando o réu a ser interrogado encontra-se há quilômetros de distância.

Em que pese o processo penal contemplar inúmeros dispositivos que oferecem as mais diversas garantias ao réu, não se deve, sob o argumento de se respeitar princípios e garantias constitucionais, de pronto rejeitar inovações que com o devido cuidado podem trazer benefícios não apenas para o Estado, mas também para o próprio acusado. Quantos réus presos já não foram prejudicados pelo adiamento de audiências por falta de escolta, combustível ou veículo que pudesse fazer a remoção? Quantos réus foram julgados por juízes com os quais nunca tiveram contato apenas por estarem em outras cidades? Um processo penal mais ágil e menos oneroso não beneficia apenas a sociedade, mas é ainda mais benéfico para o réu que pode desta forma ter garantido efetivamente seus direitos constitucionais.

O grande desafio a ser enfrentado é conciliar os benefícios da realização do interrogatório por videoconferência com o respeito aos princípios constitucionais que protegem o acusado.

A resposta para este conflito está na busca pelo equilíbrio entre os direitos constitucionais do acusado e os interesses coletivos de toda a sociedade representados por um processo mais célere, menos oneroso e com a preservação da segurança pública. Equilíbrio que pode ser obtido com a valoração, em cada caso concreto, da conveniência e legalidade do uso do interrogatório pela videoconferência frente à possível violação de garantias constitucionais do acusado. O interrogatório por videoconferência só deve ser realizado, portanto dentro das expressas condições legais, usando-se os meios tecnológicos adequados, garantindo-se a

privacidade do procedimento e a sua publicidade quando possível, pois só nessas hipóteses será constitucional.

Não deve nunca o magistrado ignorar que o interrogatório por videoconferência deve ser uma exceção, utilizada em situações excepcionais desde que se enquadre nas hipóteses legais e que seja devidamente fundamentada. Sendo possível interrogar-se o réu pessoalmente garantindo-lhe o contato direto e pessoal com o Juiz, não deve ser usado o interrogatório *on line* por simples comodidade, pois nesta hipótese haveria sim violação as garantias constitucionais do réu.

DO DIREITO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR PARES HOMOAFETIVOS

Danielli Gomes Lamenha e Silva

Estudante do 5º ano de Direito da Universidade Federal de Alagoas e estagiária da Promotoria Criminal Coletiva.

SUMÁRIO

1. Breve esboço histórico da homossexualidade: um mundo invisível. 2. Aspectos sociais e psicológicos que justificam a adoção por casais homossexuais 3. Princípios constitucionais que garantem a adoção homoafetiva. 3.1. Princípio da Igualdade. 3.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança. 3.3. Princípio da Afetividade 3.4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 4. Omissão legislativa 5. Avançada jurisprudência brasileira. 6. Considerações Finais.

1. Breve esboço histórico da homossexualidade: um mundo invisível

A despeito do preconceito e discriminação que as relações homoafetivas sofrem até os dias atuais, um breve delineamento histórico demonstra que a homossexualidade é tão antiga quanto à própria heterossexualidade.

Na Grécia, apesar de não haver óbices ao exercício da sexualidade, esta era considerada prerrogativa dos bem nascidos. Como informa Taísa Ribeiro Fernandes, a homossexualidade era vista com superioridade em relação à heterossexualidade pois esta estava vinculada unicamente à procriação. Encontrava-se intrinsecamente “[...] ligada à intelectualidade, à estética corporal e à ética comportamental, não existindo discriminação das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo [...]”.¹ Associada à aquisição e transmissão de sabedoria, era prática aceita e até recomendável.

Adolescentes buscavam o mestre para serem iniciados na arte da retórica e oratória. Eram chamados de *efebos*, e ser escolhido pelo preceptor era uma honra. Em troca, os jovens aprendizes

¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais - efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p. 38.

ofereciam favores sexuais, pois acreditavam que isso aumentaria suas habilidades políticas e militares, além da transmissão de uma educação refinada. Na antiga civilização grega, a educação de um jovem mesclava a virilidade e a homossexualidade.²

Em Roma, a homossexualidade era admitida, mas com algumas restrições já que somente a homofilia ativa igualava-se as relações entre casais do mesmo sexo. Aquele que praticava a homofilia passiva era equiparado a escravo sofrendo com preconceito e com a censura oficial.³

A passividade era vista, nas palavras de Napoleão Dagnese, como prática inferior e associava-se, frequentemente, à debilidade de caráter e a inércia política.

A sociedade romana, separada rigidamente entre escravos e cidadãos, tolerava relações entre escravos e seus senhores, podendo estes ter seus rapazes preferidos. Atenção, contudo, era exigida de que os senhores podiam tomar o papel apenas ativo do coito, como forma de preconceituar a passividade, o papel feminino.⁴

Conforme aduz Adriano Campos, essa situação muda durante o reinado de um dos maiores imperadores romano: Adriano. Extraordinário guerreiro e administrador, além de grande incentivador das artes e da filosofia, Adriano declarou publicamente a sua relação homossexual com Antínoco. Tal fato fez com que o povo romano percebesse que era possível desvincular a fraqueza de caráter e a impotência política da orientação sexual dos indivíduos.⁵

Com o início do período Justiniano, contudo, Roma modificou drasticamente o seu posicionamento quanto à homossexualidade, passando a rejeitá-la veementemente, o que influenciou sobremaneira o modo como ela foi tratada na Idade Média e Moderna.

² *Idem.*

³ SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

⁴ DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário- Uma abordagem sociojurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: Ltr, 2000, p. 14

⁵ CAMPOS, Adriano Leitinho. **Famílias homoafetivas e adoção no âmbito do estado democrático de direito.** (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, 2008.

O preconceito contra esse tipo de relação intensificou-se com a sacralização da união heterossexual, a partir do início da Era Cristã. Na Idade Média, os homossexuais foram brutalmente perseguidos e torturados especialmente pela Igreja Católica, através da Santa Inquisição. A preponderante visão teológica e a máxima bíblica *crescei-vos e multiplicai-vos* deu ensejo a fortes repressões ao desejo homoerótico no mundo ocidental. Isto fez com que a sodomia⁶ fosse considerada o mais sujo e torpe dos crimes-pecados, pois se acreditava que seus praticantes haviam sido possuídos pelo demônio.⁷ Sobre o tema, Maria Berenice Dias elucida:

Na Idade Média, houve a sacralização da união heterossexual. O matrimônio – sem nada perder do seu viés patrimonial – foi transformado em sacramento. Somente as uniões sexuais devidamente sacramentadas seriam válidas, firmes, indissolúveis. O ato sexual foi reduzido à fonte de pecado. Deveria ser evitado sempre, exceto no matrimônio abençoado pela Igreja, única hipótese em que poderia ser praticado – assim mesmo em condições de máximo recato – e estritamente para cumprir o ditame ‘crescei-vos e multiplicai-vos’. A virgindade é cultuada como um estado mais abençoado do que o próprio casamento, e o sexo ligado ao prazer é associado à noção de pecado, mesmo dentro do matrimônio.⁸

Apesar de todo esse rigor de tratamento, a homossexualidade nunca desapareceu, sendo detectada durante toda a história da humanidade. O contexto liberal dos séculos XIX e XX trouxe um relativo progresso a matéria, porém “[...] ainda existiam Estados que tipificavam a homossexualidade como crime, como acontecia na Alemanha de Hitler e na Inglaterra, tendo assim muito ainda a se caminhar até alcançar conquistas significativas.”⁹

⁶ Denominação dada à cópula carnal na Idade Média. A palavra tem origem na descrição bíblica da destruição de Sodoma e Gomorra. A Bíblia, no livro do Gênesis, narra que Deus enviou dois anjos para analisarem tais cidades, que seriam origem de diversos pecados, dentre os quais o homossexualismo.

⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 59.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: O preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.28.

⁹ CAMPOS, Adriano Leitinho. Ob. Cit.

A intolerância contra os homossexuais ainda é muito forte nos dias atuais. É oportuno lembrar que nos países muçulmanos, onde não há a separação entre o Direito e a religião e as leis são baseadas no Corão, a homossexualidade é considerada ato atentatório à vontade divina e sua prática é considerada crime, punida com a morte, dada a sua gravidade.¹⁰

Não obstante toda discriminação e preconceito, os movimentos homossexuais se intensificaram e “[...] acabaram por levar ao famoso motim de Stonewall, em 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, marco da luta homossexual, que se alastrou pelo mundo, ficando conhecido como o Dia do Orgulho Gay.”¹¹

Não é difícil perceber as origens dos preconceitos que circundam tudo o que se refere, direta ou indiretamente, à homossexualidade. O senso-comum impera e está arraigado em uma tradição estabelecida por uma sociedade conservadora, intolerante com as diferenças e o “novo”.

2. Aspectos sociais e psicológicos que justificam a adoção por casais homossexuais

Não obstante a imprescindibilidade dos estudos relacionados aos aspectos sociais e psicológicos da adoção por família biparental homossexual, cumpre noticiar que no Brasil o conhecimento científico nesta seara não é abundante. Isto não quer dizer, contudo, que não há como determinar se essa modalidade de adoção contribui positivamente ou não no desenvolvimento do menor, pois para tanto é possível valer-se de pesquisas realizadas em outros países.

Os principais entraves suscitados à adoção por pares homoafetivos são o receio de que os filhos tornem-se homossexuais, de que haja prejuízos oriundos da ausência de referencial paterno e materno e de que o menor venha a sofrer preconceito em sua convivência social. Entretanto, observa-se que os argumentos contrários mais utilizados carecem de fundamentação científica e de comprovação fática.¹²

No que concerne aos aspectos psicológicos, a psicóloga Lídia Natália Dobrianskyj Weber expõe algumas pesquisas internacionais

¹⁰ SAPKO, Vera Lucia da Silva. Ob. Cit., p. 53.

¹¹ CAMPOS, Adriano Leitinho. Ob. Cit.

¹² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob. Cit., p. 105.

sobre a adoção homoafetiva. Nenhuma delas traz evidências negativas, ao contrário, apresentam dados positivos.

McIntyre (1994) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais.¹³

Após um estudo com inúmeros casos de adoção por homens e mulheres homossexuais, os pesquisadores Ricketts e Achtenberg concluíram que “a saúde mental e a felicidade individual está na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida.”¹⁴ Sendo assim, o que importa verdadeiramente é como a família vive e não a sua composição.

A psicóloga destaca ainda um artigo de Patterson, que analisa a possível influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social de crianças criadas por pais homossexuais e conclui:

A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criados por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional.¹⁵

Neste sentido, a Academia Americana de Pediatria, que congrega mais de 55 mil pediatras, emitiu parecer, após duas décadas de estudos e várias revisões, posicionando-se favoravelmente a adoção de menores por homossexuais. Concluiu que os filhos de pais homossexuais são tão bem equilibrados social e psicologicamente quanto os filhos de pais heterossexuais.¹⁶

Analizando o tema, Enézio de Deus Silva Júnior assegura:

¹³ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

¹⁴ RICKETTS e ACHTENBERG apud WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

¹⁵ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

¹⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob. Cit., p. 125.

Desse modo, bem ajustados os papéis de gênero e, de forma saudável, vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual –, pois os referenciais “pai e mãe” são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico. Todas as pessoas, *a priori*, são capazes de desempenhar, com eficiência, ao papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro.¹⁷

Além dos aspectos psicológicos analisados é preciso estar atento aos novos fatos sociais.

Não se pode negar que a vivência de crianças e adolescentes em lares homoafetivos é uma realidade. “Conforme o último grande levantamento da população americana feito pelo governo, há, atualmente, pelo menos, dois milhões de casais homossexuais masculinos e femininos educando filhos, adotados ou não.”¹⁸

No Brasil, a adoção de menores por um indivíduo homossexual, isoladamente, é menos tormentosa já que a família monoparental é reconhecida expressamente pela Constituição Federal de 1988¹⁹ bem como o ECA permite a adoção por indivíduos maiores de idade, independentemente de sua orientação sexual ou estado civil. Proliferam-se famílias biparentais homoafetivas dissimuladas, legalmente, de monoparentais pois é desta forma que os homossexuais conseguem, mais facilmente, adotar um filho.

Na prática, o menor vive com o par homoafetivo, mas estará desamparado juridicamente com relação ao não-adotante. A separação do casal ou a morte daquele que não tem vínculo legal gera graves prejuízos ao menor que fica impedido de desfrutar de qualquer direitos tais como alimentos e benefícios de cunho previdenciário ou sucessório.

Passando a viver em uma família homoafetiva, mas possuindo um vínculo jurídico com relação a somente um dos pais, resta o filho totalmente desamparado com relação a quem também considera

¹⁷ *Idem*, p. 115.

¹⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob. Cit., p. 124.

¹⁹ CF/88, Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...]

§4º- Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[...]

seu pai ou sua mãe. De outro lado, a ausência de uma relação chancelada juridicamente gera a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com a criança. Vindo o casal a separar-se, não fará o filho jus a alimentos e nem terá assegurado direito de visitas. Falecendo o genitor que não é o adotante, sequer direitos sucessórios terá o filho.²⁰

Outra questão que merece ser destacada diz respeito à mudança de comportamento ocasionada pelos avanços da medicina sobre a infertilidade em casais sem filhos. Gabriela Carelli, da Revista Veja, destaca que nos últimos três anos, no Estado de São Paulo, o número de interessados em adotar diminuiu 20%. Enfatiza que a filiação biológica “livra o casal do espinhoso processo burocrático da adoção e do receio de que o filho adotivo não se adapte à família”.²¹

Tal fato revela que a adoção vem perdendo espaço e que casais com dificuldades para procriar utilizam, cada vez mais, todos os recursos oferecidos pela medicina antes de optar pela adoção. O psicólogo Fernando Freire, especialista em adoção, alerta:

Até pouco tempo atrás, era comum os órfãos serem rejeitados por motivos raciais ou de idade. Hoje, até os bebês recém-nascidos, brancos e do sexo feminino, que eram adotados imediatamente, estão ficando nos orfanatos.²²

As maiores vítimas de tudo isso são as crianças e adolescentes que lotam os abrigos e orfanatos brasileiros sujeitando-se a uma criação coletiva e despersonalizada. Ao negar um tratamento igualitário aos homossexuais, muitas crianças saem prejudicadas pois estão potencialmente perdendo o direito a uma família substituta. Fechar os olhos para a realidade

[...] é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, o que revela nítido caráter punitivo. Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos.²³

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Um é pouco. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>. Acesso em: 04 mar. 2009.

²¹ CARELLI, Gabriela. Tudo por um filho. Disponível em: http://veja.abril.com.br/090501/p_108.html >. Acesso em: 27 abril 2009.

²² *Idem*.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.126.

3. Princípios constitucionais que garantem a adoção homoafetiva

Na vigência do jusnaturalismo e do positivismo jurídico os princípios não ostentavam o status de “coração das Constituições” que hoje apresentam. A grande importância atribuída aos mesmos deveu-se principalmente a consolidação do seu caráter normativo.²⁴

Neste sentido, Luís Roberto Barroso assevera que “Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade.”²⁵

O fato de a nossa Constituição se fundar em um sistema aberto de normas, composto não só por regras, mas também por princípios, é ponto de partida para análise da adoção por pares homoafetivos:

[...] o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.²⁶

Desse modo, e tendo em vista que uma das principais atribuições dos princípios é a de conferir unidade ao sistema jurídico e condicionar a atividade do intérprete, torna-se imprescindível o estudo da adoção homoafetiva sob o prisma dos princípios constitucionais da Igualdade, Melhor Interesse da Criança, Afetividade e Dignidade da Pessoa Humana.

3.1. Princípio da Igualdade

A idéia jurídica de igualdade, formalizada inicialmente no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, significou um decisivo avanço histórico. Em uma época na qual predominava a ótica contratualista liberal e que os direitos humanos reduziam-se aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, o princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia,

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p. 281.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.

²⁶ *Idem*, p.352.

surge, juntamente com outros direitos humanos, para tentar frear os abusos do poder absolutista e impor limites à atuação do Estado.²⁷

Merece registro a assertiva de Ricardo Lobo Torres para quem “O princípio da igualdade, consistindo na proibição de arbitrariedade, desproporção ou excesso, significará vedação da desigualdade consubstanciada na injustiça, na insegurança e na opressão da liberdade.”²⁸ Ressalte-se que a Constituição brasileira acolheu expressamente referido princípio em vários de seus dispositivos.²⁹

Sob a ótica contemporânea, a implementação do direito à igualdade implica na promoção da igualdade e na concretização do combate à discriminação. Discriminação seria

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.³⁰

Neste sentido, o artigo 3º, inciso IV da CF/88 veda qualquer tipo de discriminação com base na origem, cor da pele ou gênero. Certamente, a orientação sexual está implícita nesta última categoria.

No entanto, o combate à discriminação, por si só, não é suficiente para concretizar a igualdade. Faz-se necessário promover estratégias indispensáveis a inserção e inclusão das minorias, vulneráveis nos espaços sociais, pois “[...] a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão”.³¹

Importa destacar que a doutrina costuma fazer uma distinção entre igualdade material e formal. Esta importa um tratamento uniforme perante a lei e garante a todo cidadão só ser desigualado

²⁷ PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 191-193.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação - Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 267.

²⁹ CF/88, Art. 3º, inciso IV, e Art. 5º, *caput*, por exemplo.

³⁰ PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Ob. Cit., p. 197.

³¹ PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Ob. Cit., p. 199.

por determinação do ordenamento constitucional. Aquela, também conhecida como igualdade substancial ou substantiva, envolve questões mais complexas por estar ligada à idéia de justiça social e distributiva. Preconiza uma igualdade real e efetiva de todos na vida e não apenas na lei ou perante a lei.³²

Deixando de lado todas as dificuldades teóricas e práticas inerentes à concretização da igualdade formal, Luís Roberto Barroso defende que a questão dos homossexuais resolve-se no plano da igualdade puramente formal.

Os órgãos e agentes públicos não podem desequiparar os cidadãos quando não haja uma razão legítima e um motivo relevante.

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* – comando dirigido ao legislador – quanto para a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição. (grifos do autor)³³

Não se pode afirmar que todo tratamento desigual é inválido. Desde que atenda aos ditames do princípio da igualdade ou isonomia, quais sejam uma justificativa razoável e um fim justo, a desequiparação é perfeitamente possível. A própria Constituição estabelece distinções com base em fatores como sexo, renda, nacionalidade.³⁴ Desse modo, seria razoável a negação de direitos com base unicamente na orientação sexual dos indivíduos?

Aqueles que defendem a impossibilidade das uniões homoafetivas constituem entidades familiares fundamentam suas teses em três

³² SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 35-37.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, p. 167- 197, jan./mar. 2007, p. 179.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 180.

questões, especialmente.³⁵ De início alegam não ser possível a procriação. Esta, entretanto, não é a única função da família que hoje elege a afetividade como pressuposto básico. Sustentam que tais uniões escapariam dos padrões de normalidade moral. Em uma sociedade pluralista, contudo, faz-se mister reconhecer identidades que fujam ao arquétipo majoritário. Por fim, enaltecem a incompatibilidade com os valores cristãos. Ora, considerando a laicização do Estado, referida discussão não deve prevalecer no ambiente público.³⁶

Sendo assim, não há como reconhecer a legitimidade da discriminação com base na orientação sexual. Acrescente-se que os filhos também têm o direito à igualdade de tratamento independentemente da orientação sexual de seus pais.³⁷

Desta maneira, outra ilação não se pode chegar senão a de que a lei deve promover o tratamento equitativo de todos os cidadãos e jamais ser fonte de privilégios ou de perseguições fundadas na orientação sexual dos indivíduos.

O princípio da igualdade, portanto, é suficiente para afastar qualquer forma de discriminação quanto aos homossexuais.

No entanto, deve ser destacado que a questão da adoção é mais complexa pois não leva em conta apenas os interesses do adotantes (casal homoafetivo) mas também ingressa no campo de interesse das crianças e adolescentes.

Como visto, não há óbices de cunho social e psicológico restando a análise do princípio constitucional específico do Melhor Interesse da Criança que será objeto do próximo tópico.

3.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança

A maior parte dos trabalhos que cuidam da adoção homoafetiva tratam a temática sob a ótica dos adotantes. Porém, para que o estudo seja feito de modo satisfatório, imprescindível se faz analisar a questão

³⁵ Não constituindo entidade familiar, estariam, conseqüentemente, impedidos de adotar conjuntamente

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 179-182.

³⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 75.

também sob o viés do menor. É neste ponto que merece ser destacado o princípio do Melhor Interesse da Criança.

Consoante Tânia da Silva Pereira, a idéia de melhor interesse da criança teve origem no instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra e que tinha como objetivo a proteção do Rei e da Coroa às pessoas que não podiam se defender sozinhas.³⁸

A necessidade de proteção especial à criança foi enaltecida, internacionalmente, com a Convenção de Genebra de 1924.

Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança já determinava que referido princípio fosse consideração fundamental da lei, porém, somente em 1989 foi aprovada, pelas Nações Unidas, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que deu maior abrangência ao princípio do Melhor Interesse. Este deve estar presente não só na legislação como também em todos os atos concernentes aos menores. Referida Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, incorporando tal princípio ao ordenamento jurídico brasileiro.³⁹

[...] A criança deixou, portanto, de ocupar o papel de parte integrante do complexo familiar, passando a ser mais um membro individualizado da família humana que, pela ausência de maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive da proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.⁴⁰

Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta destacam que a Constituição de 1988 introduziu uma profunda modificação na situação jurídica das crianças e adolescentes já que incorporou vários dispositivos que seguem as diretrizes internacionais de direitos humanos e os padrões democráticos de organização do Estado e da sociedade. Aduzem que a configuração dos direitos das crianças e adolescentes como direitos humanos enaltece a inalienabilidade desses direitos e

³⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-3.

³⁹ MESSIAS, Patrícia Melo. O princípio do melhor interesse do menor. **Revista do Mestrado em Direito**, ano 2, n. 2, Maceió: Nossa Livraria, p.297- 319, jan./jun., 2006.

⁴⁰ MESSIAS, Patrícia Melo. Ob. Cit., p. 306-307.

"[...] compromete o Estado, tanto no âmbito interno quanto no internacional, a respeitá-los, defendê-los e promovê-los."⁴¹

O caráter normativo do princípio do melhor interesse do menor pode ser constatado no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal⁴² e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴³ Estas previsões vinculam tanto o Poder Legislativo na elaboração de normas protetivas as crianças quanto o Judiciário que deve ter uma interpretação responsável e comprometida com o menor.

Patrícia Melo Messias alerta que a concepção de melhor interesse do menor trata-se de cláusula geral devido à variedade de seu conteúdo e que, portanto, cabe ao magistrado interpretá-lo diante do caso concreto.

O fato de a aplicação basear-se estritamente na subjetividade de cada juiz reflete um problema enfrentado na prática: o jurista traz suas experiências e valores éticos e muitas vezes a homossexualidade é tida como um qualificador negativo.

Todavia, o que deve importar são fatores como as características pessoais dos candidatos à adoção, sua capacitação, habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial.⁴⁴ Não obstante o elevado grau de abstração do princípio em análise, o compromisso do magistrado com o menor deve estar sempre presente.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e adolescentes no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 277-297, p. 285.

⁴² CF/88. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

⁴³ ECA/90. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

⁴⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Ob. Cit., p. 79.

[...] é mister que os aplicadores do direito adotem uma linha coerente de interpretação a fim de que o melhor interesse do menor seja considerado em todos os âmbitos de proteção. Devem os intérpretes, por outro lado, procurar sempre uma orientação objetiva que possa por em prática dois importantes paradigmas: a) assumir a criança e o adolescente como sujeitos de direito e b) promover a implementação do princípio do melhor interesse.⁴⁵

Luiz Edson Fachin elenca alguns fatores que merecem ser observados na questão do melhor interesse, quando se aprovam adoções e guardas. São eles:

- o amor e os laços afetivos entre o titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamamos alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião.⁴⁶

Como visto, a sexualidade do adotante não foi considerada pois não impede que o indivíduo exerça, satisfatoriamente, o papel de pai ou mãe nem inibe o seu potencial de prover a criança com recursos de ordem material e pessoal.

Muitos daqueles que são contra a adoção por casais homossexuais utilizam, igualmente, o princípio do Melhor Interesse da Criança como um de seus argumentos devido justamente a essa discricionariedade na sua interpretação.

Sustentam que a homossexualidade dos adotantes, por si só, representa afronta ao princípio em questão. Porém, a orientação sexual dos indivíduos, como já demonstrado, não pode servir como critério desqualificador para a adoção.

Não se pode perder de vista que tanto homossexuais quanto heterossexuais podem ter condutas que agredam a formação moral e psicológica do menor. Em tais casos, devem ser investigados indistintamente e comprovando-se a incapacidade, impedir a adoção:

⁴⁵ MESSIAS, Patrícia Melo. Ob. Cit., p. 313.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

O que não se justifica é que, pelo fato exclusivo de ser homossexual, seja impedido de adotar pois a Constituição assegura o direito à igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual.⁴⁷ Acrescente-se que não há óbices de cunho psicológico ou social suficientes a fundamentar tal posicionamento. Com a justificativa de proteger os menores, acabam tratando-os de forma desigual e privando-os de alguns direitos.

Não se pode olvidar que as necessidades das crianças devem ser reconhecidas em detrimento do interesses dos pais (art. 43 do ECA e 1.625 do CC/02).

De acordo com o artigo 28, §1º da Lei nº 8.069/90 (ECA), o desejo do menor deve ser consultado pelo magistrado e pela equipe interdisciplinar que o assessora sempre que possível. A oitiva das crianças e adolescentes contribui para que as autoridades encarregadas possam decidir em prol dos seus interesses. Não obstante, a decisão do magistrado não está vinculada exclusivamente à opinião do menor, pois outros aspectos devem ser levados em consideração na busca de seu bem-estar.

Ademais, sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Logo, nada impede que um homossexual que mantenha um vínculo afetivo estável com outro adote uma criança isoladamente. Trata-se de um fato social bastante frequente na realidade internacional⁴⁸ e, neste caso, o menor estará desamparado com relação ao não adotante em claro desrespeito ao princípio do melhor interesse do menor.

Neste rumo, assevera Maria Berenice Dias: “Ao se arrostar a realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o instituto de resguardar e preservar a criança e adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.”⁴⁹

⁴⁷ Embora não haja expressa menção à orientação sexual, outro não é o espírito da lei.

⁴⁸ De acordo com o último grande levantamento da população americana feito pelo governo, há, atualmente, pelo menos dois milhões de casais homossexuais masculinos e femininos educando filhos, adotados ou não. (SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob.Cit., p.124).

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 26 mai. 2009.

A adoção em conjunto pelo par homossexual aumenta a segurança jurídica do menor que verá ampliado seus benefícios como alimentos e patrimônio duplo. As vantagens reais da filiação homoafetiva plena são facilmente constatadas se confrontadas com a realidade de exclusão a que estará exposto o filho adotado por apenas um dos conviventes quando do fim da relação ou falecimento de um deles.

Toda criança tem o direito a participar de um núcleo familiar. A recusa à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais deve estar fundamentada em motivos reais e não em meras suposições.

Sendo assim, consoante o Princípio do Melhor Interesse do Menor, indeferir-se-á a colocação em família substituta caso reste comprovado alguma incompatibilidade ou ambiente familiar inadequado, independentemente da orientação sexual de seus pretendentes.

3.3. Princípio da Afetividade

Como fenômeno sócio-cultural regulamentado pelo Direito, a família deve acompanhar as transformações por que passa a sociedade. Nesse processo de evolução, a afetividade surge como o elemento central desse novo paradigma.⁵⁰

Hodiernamente o núcleo familiar não é mais considerado exclusivamente um meio para procriação, transmissão do nome ou do patrimônio mas sim espaço no qual os indivíduos suprem suas necessidades afetivas e desempenham suas primeiras experiências relacionais e de aprendizagem.

O conceito recente de família também ensejou a reformulação da definição de filiação que se desprendeu dos laços biológicos. A partir das disposições do ECA pode-se vislumbrar a valorização do elemento afetivo da filiação como um fator garantidor do melhor interesse da criança em detrimento do critério meramente biológico. Conforme assevera Pietro Perlingieri:

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p.167- 197.

merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão de vidas.⁵¹

No Brasil, uma das marcas da evolução do direito de família é a conformação da socioafetividade como um fato jurídico e não apenas um fato social. Paulo Lôbo destaca que a afetividade não se confunde com o fato psicológico do afeto, pois pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações. Como um dever jurídico deve ser observado por pais e filhos, independentemente de haver entre eles afeto real.⁵²

Com o advento da Constituição de 1988 não há que se falar em supremacia da filiação biológica já que a Carta não protege unicamente a família matrimonial e não mais estabelece distinção entre filhos biológicos e adotivos.

Ao investigar o melhor interesse da criança, foi escolhido o elo de afetividade como parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A verdade biológica, presumida, legal ou genética deixou de interessar. O fundamental é identificar quem a criança

- considera pai e quem a ama como pai.⁵³

O princípio da afetividade encontra-se implícito na CF/88 e nela podem ser observados vários de seus fundamentos essenciais:

[...] a) todos os filhos são iguais, independentemente da sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).⁵⁴

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano X, n. 5, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 5- 21, ago./set. 2008.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. Cit., p. 8.

O reconhecimento jurídico da afetividade pode ser vislumbrado na proteção dada às famílias de fato pelo Direito que, por sua vez, vem reconhecendo progressivamente novas modalidades de entidade familiar. Neste diapasão, o casamento não é mais considerado o único legitimador da família e ao lado dele o art. 226 da CF/88⁵⁵ elenca expressamente a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por um dos pais e os seus descendentes.⁵⁶

Paulo Lôbo alerta que referido dispositivo é norma de inclusão e, portanto, sua enumeração é exemplificativa e não taxativa. Isso significa que não se pode negar a natureza de entidade familiar para toda e qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.⁵⁷ Sendo assim, a proteção estatal deve ser estendida às entidades constituídas por avós e netos, tios e sobrinhos, indivíduos do mesmo sexo ou qualquer outra que satisfaça os pressupostos acima mencionados.

Para Berenice Dias, no entanto, as uniões homoafetivas não constituem entidades familiares autônomas, mas devem ser equiparadas, analogicamente, à união estável.⁵⁸

Seja uma entidade familiar autônoma, seja equiparada por analogia a união estável, o fato é que a união homoafetiva possui o status constitucional de família e em decorrência disto seus integrantes

⁵⁵ CF/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...]

§3º- Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º- Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[...]

⁵⁶ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. Homoafetividade: tolerância ou respeito? A sociedade pluralista de nossos tempos e a busca por um direito inclusivo. **Revista do Ministério Público- Alagoas**, n.19, Maceió: Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas, p.13-44, jul./dez. 2007

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit, 2006.

têm o direito de exercer a paternidade/maternidade através da adoção de crianças e adolescentes.

Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação que tem por base a afetividade, quando os pais são do mesmo sexo é uma forma perversa de discriminação que só vem prejudicar quem apenas quer ter alguém para chamar de mãe, alguém para chamar de pai. Se são dois pais ou duas mães, não importa, mais amor irá receber.⁵⁹

3.4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conceituar dignidade humana não é tarefa fácil. Tal dificuldade está atrelada ao fato de que se trata de conceito polissêmico, vago e impreciso e, portanto, muitas vezes é mais simples afirmar o que a dignidade não é do que expressar o que ela é.

A problemática deste preceito decorre não só “[...]” dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana, mas também da dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade.”⁶⁰

A despeito da multiplicidade de sentido, duas idéias são reconhecidas pela ciência convencional:

(i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado um fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual reconhecimento.⁶¹

Deste modo, a partir do reconhecimento de tal princípio, impõe-se a proibição de que o indivíduo seja tido como “[...]” mero objeto em relação ao Estado ou a terceiros, expondo-o a tratamento que comprometa sua qualidade de sujeito de direitos fundamentais.”⁶²

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a conceituação deste princípio se mantém em um processo permanente de desenvolvimento e

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Adoção por homossexuais. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁶⁰ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana, Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade- Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153- 184.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p.167- 197.

⁶² FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. Ob. Cit., p.13-44.

construção não podendo ser definido de maneira fixa sob pena de não atender aos ditames do pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas. E complementa: “[...] como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]”.⁶³

Considerado um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e conforme leciona Daniel Sarmento é o centro axiológico do sistema jurídico sendo responsável pela unidade de todo o arcabouço normativo.⁶⁴ Simboliza, na verdade, um autêntico “superprincípio”, a norma maior do ordenamento jurídico brasileiro, dotando-lhe especial sentido, unidade e racionalidade.⁶⁵

A Constituição de 1988 empreendeu significativas mudanças no Direito de Família pois lhe atribuiu caráter publicista na medida em que há forte presença dos princípios de ordem pública em detrimento de interesses meramente privados.

Neste rumo, o ordenamento jurídico brasileiro vislumbra o relevante papel da família na promoção da dignidade humana. Entretanto, esta tutela privilegiada condiciona-se a observância de um pressuposto finalístico: “[...] merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”⁶⁶

A orientação sexual de cada indivíduo não pode servir como justificativa para se recusar proteção jurídica ao casal homoafetivo. Muito menos para se entender que tais uniões não seriam aptas a promover a dignidade de seus componentes. Ana Carla Matos defende:

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 85-86.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 393.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 373.

Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida e parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.⁶⁷

O direito ao reconhecimento é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana já que, por ser um ser social que vive em constante relação com outros seres, cada indivíduo necessita do reconhecimento do seu valor para exercer sua personalidade de forma plena.

Ao negar o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo e conseqüentemente da adoção por tais indivíduos de modo conjunto

[...] o Estado atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. De fato, o que caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo. Assim, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial de sua personalidade.⁶⁸

Desta maneira, o princípio em questão é duplamente contrariado: Tanto sob a dos casais homossexuais, quanto sob a dos menores, a quem é negado o ingresso em uma família que lhe proporcione toda a estrutura necessária ao seu pleno desenvolvimento.

Não há sentido, portanto, em proibir a adoção de crianças e adolescentes pelo fato exclusivo dos adotantes serem homossexuais, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios abordados.

Negar a possibilidade de adoção entre pares homossexuais é sublinhar o preconceito velado para com os diferentes.

⁶⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União de pessoas do mesmo sexo - Aspectos jurídicos e sociais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 148.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2008, p. 646.

4. Omissão legislativa

Não obstante a evolução na conceituação da homossexualidade, no Brasil, tanto em sede constitucional⁶⁹, quanto em sede infraconstitucional, o legislador foi omissos no que tange as uniões homoafetivas. Trata-se, nos dizeres de Maria Berenice Dias, de uma omissão injustificável haja vista que, hodiernamente, os paradigmas da família mudaram:

Se a realidade social impôs o enlaçamento das relações afetivas pelo Direito de Família, se a moderna doutrina e a mais vanguardista jurisprudência definem a família pela só presença de um vínculo de afeto, mister reconhecer a existência de duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as relações homoafetivas.⁷⁰

Não há como negar que a normatização da matéria seria bastante oportuna pois esse tipo de adoção além de estar em conformidade com a Constituição Federal, coaduna-se com o art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷¹ bem como beneficia o menor, nos termos do art. 43⁷² do mesmo diploma.⁷³ Neste sentido, destaque-se os ensinamentos de Luiz Edson Fachin⁷⁴:

O pronunciamento legislativo tem importância à medida que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador. Com virtudes e defeitos, toda a manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família.

⁶⁹ CF/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...]

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: uma omissão injustificável*. In: DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*, p. 65.

⁷¹ ECA/90. Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

⁷² ECA/90. Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

⁷³ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A Adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*, p. 157-158.

⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 124.

No entanto, a ausência de legislação não pode ser tida como empecilho para a adoção por pares homossexuais. A despeito da grande importância de um pronunciamento legislativo, ante a ausência de legislação, o julgador tem o dever de suprir as lacunas.

Na análise dos casos concretos, os magistrados devem se amparar no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe que as lacunas devem ser colmatadas pela analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Segundo Luís Roberto Barroso, o processo de preenchimento de vazios normativos, denominado de integração, não significa interpretar o sentido de uma norma existente e aplicável a determinada hipótese, mas “[...] pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.”⁷⁵

Valendo-se da analogia⁷⁶ legal, Barroso sustenta que os elementos essenciais da união estável, quais sejam, convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família, bem como os requisitos nucleares do conceito de entidade familiar (afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática) estão presentes tanto nas uniões heterossexuais quanto nas homossexuais e, portanto, o regime jurídico de uma deve ser estendido à outra.⁷⁷

Foi com esse desiderato que a Procuradora Geral da República Denise Duprat, ajuizou, dia 2 de julho de 2009, no Supremo Tribunal Federal, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental – a ADPF 178 – para que o STF declare que as uniões homossexuais constituem entidades familiares equiparadas às uniões entre homens e mulheres.⁷⁸

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 192.

⁷⁶ Utilização subsidiária de outro dispositivo, para interpretar-se outro ou ser usado em relação jurídica semelhante a ela, quando não tem dispositivo próprio que a regule. O processo analógico pode se realizar sob duas modalidades: analogia legal, quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e analogia jurídica, quando não existe regra específica e a solução é buscada no sistema como um todo. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, p. 106).

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 193.

⁷⁸ ROLLEMBERG, José. Um debate inevitável. Disponível em: http://www.jornaldodiase.com.br/viz_conteudo_opiniao.asp?codigo=642009 >. Acesso em: 21 jul. 2009.

Duprat defende, em suma, que a Constituição Federal não vedou, expressamente, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas apenas silenciou a respeito desta matéria. Desta feita, a fim de evitar o vácuo na disciplina jurídica de tais relações, a analogia de tratamento dos pares homossexuais com as uniões entre pessoas de sexos diversos torna-se necessária.⁷⁹

Faz-se mister ressaltar que o legislador constitucional, ao normatizar as uniões estáveis, asseverou que estas são formadas por homem e mulher. Sendo assim, argumenta-se que as uniões homoafetivas jamais poderiam ser equiparadas a tais entidades visto que seus componentes são do mesmo sexo.

Discorrendo sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes afasta referido entrave e explica:

O argumento de que à entidade familiar denominada união estável o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo, deva ser então ignorado ou não possa ser protegido. Aqui tem valor jurídico superior, evidentemente, o princípio da não discriminação, previsto não somente no art. 3º, I, através do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende 'livre, justa e solidária'.⁸⁰

E complementa Taísa Ribeiro:

Tais parcerias representam, sim, uniões estáveis; só não são, é claro, as uniões estáveis entre homem e mulher de que trata a Constituição naquele dispositivo. Mas todo o regramento sobre as uniões estáveis heterossexuais pode ser estendido às parcerias homossexuais, dada a identidade das situações, ou seja, estão presentes, tanto em uma quanto em outra, os requisitos de uma vida em comum, como respeito, afeto, solidariedade, assistência mútua e tantos outros. E se num resíduo de excesso formalístico, estando convencido do pedido, o juiz não se sentir à vontade para proclamar que ali existe uma 'união estável', que declare, então, que a situação configura uma

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional**. RTDC, vol. 1, jan/mar. 2000.

entidade familiar, uma relação inequívoca, uma união homossexual, em que os efeitos, praticamente, serão os mesmos, atendendo-se, sobretudo o fundamento constitucional que rejeita o preconceito em razão do sexo ou orientação sexual, como preferimos (CF, art. 3º, IV).⁸¹

É oportuno esclarecer que não se está defendendo, necessariamente, a configuração das uniões homoafetivas como uniões estáveis. O que importa, verdadeiramente, é que a união entre pessoas do mesmo sexo seja enquadrada como entidade familiar e, conseqüentemente, que seus componentes estejam legitimados a adotar.

Com relação à aplicação dos princípios gerais de direito o autor supra mencionado informa que sequer existiria lacuna normativa, uma vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana dentre outros estabeleceriam a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Afirmar, ainda, que mesmo se admitindo que, de fato, exista omissão relativa a tal matéria, os mesmos princípios devem ser aplicados para saná-la.⁸²

Diogo de Calasans, por seu turno, sustenta a impossibilidade de se fazer uma interpretação gramatical do rol das entidades familiares, disposto no art. 226 da CF/88. Para ele, tal dispositivo deve estar em conformidade com a realidade social e deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais.⁸³ Tais princípios proíbem que o silêncio constitucional aparente seja interpretado como um vazio proibitivo.

Destaque-se que, recentemente o legislador perdeu uma grande chance de admitir expressamente a biparentalidade homôafetiva. Como dito anteriormente, a Nova Lei da Adoção, sancionada em 03 de agosto deste ano, não faz menção a essa modalidade de adoção e segundo Marcos Duarte:

A omissão do legislador é imperdoável e vai de encontro aos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana em flagrante discriminação e preconceito proibidos pela

⁸¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. Ob.Cit., p. 68.

⁸² *Idem*, p. 193.

⁸³ ANDRADE, Diogo de Calasans. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, p. 101.

Magna Carta. Deixa ao alvitre do aplicador da lei, conforme seu nível de civilidade e preconceitos, quando poderia aproveitar a chance e garantir direitos de grande parcela da população, que têm direito à felicidade, independente de opção sexual, e diminuir o contingente de 80.000 crianças institucionalizadas à espera de afeto e família.⁸⁴

A inércia do legislativo em regular a matéria não pode obstar que o direito dos homossexuais de adotar crianças e adolescentes seja reconhecido - é isso que já vem fazendo a jurisprudência.

5. Avançada jurisprudência brasileira

Após o advento da Constituição de 1988, observam-se, na doutrina pátria, muitos escritos acerca da transformação da estrutura jurídica da família brasileira, o mesmo não se podendo dizer com relação ao tema da adoção por homossexuais. No entanto, o interesse acerca de tal matéria tem crescido pois cada vez mais o número de homossexuais que ingressam no judiciário com pedido de adoção aumenta.

O Poder Judiciário brasileiro, de modo tímido, já conseguiu romper o silêncio que imperava até pouco tempo atrás. A princípio observaram-se várias decisões versando sobre a adoção por um indivíduo homossexual, isoladamente. Repise-se que quanto à adoção por apenas um indivíduo homossexual não há maiores controvérsias pois inexistente no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo que faça qualquer menção a orientação sexual como requisito para ser adotante.

A jurisprudência brasileira, inicialmente, equiparou as uniões homossexuais a um instituto tipicamente obrigacional, qual seja, a sociedade de fato. Em fevereiro de 2006, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300 MC/DF, afirmou que as uniões homoafetivas devem ser tidas com entidades familiares e não mera sociedade de fato indicando que o Direito aplicável a matéria é o de Família e não o das Obrigações. Referida manifestação foi pioneira no STF e de extrema relevância visto que muitos tribunais, especialmente o do Rio Grande do Sul, vêm entendendo que o afeto faz parte da

⁸⁴ DUARTE, Marcos. Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça. Disponível em: < www.ibdfam.org.br >. Acesso em: 04 ago. 2009.

essência das uniões homossexuais e portanto tais entidades devem ser tratadas sob a ótica do Direito de Família.

Partindo do pressuposto de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo constituem entidades familiares, proliferam decisões em quase todos os estados brasileiros reconhecendo que a relação de tais casais configura uniões estáveis. Corroborando com o que ora se afirma esta o julgado do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, senão vejamos:

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.⁸⁵

Vale destacar a pioneira decisão do Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu a inelegibilidade prevista no art. 14, §7º da Constituição Federal⁸⁶ para um dos membros da união homossexual. Ao admitir a impossibilidade de concorrer ao cargo eletivo afirmando haver interesses comuns entre os parceiros homossexuais, o TSE equiparou

⁸⁵ BRASIL, TJRS -- El n.º 70011120573, 4º Grupo Cível, Rel. Des. Jorge Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: www.tj.rs.jus.br; acesso: 10.8.2009.

⁸⁶ CF/88. Art. 14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

tais relacionamentos ao casamento e a união estável, enquadrando-os como uma entidade familiar, marcada por forte laço afetivo.⁸⁷

Outra decisão de extrema relevância foi a da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo que conferiu ao companheiro homossexual o direito de receber, como dependente preferencial, indenização de seguro em caso de morte do outro por acidente de trânsito.⁸⁸

No âmbito da seguridade social, em decisão unânime da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi determinado que o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) despendesse aos casais homoafetivos que vivem em união estável tratamento idêntico ao que é dado aos pares heterossexuais. Depois desta decisão, a Diretoria Colegiada do INSS editou a Instrução Normativa nº 25/2000 que institui procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários aos casais homossexuais.⁸⁹

Com relação à adoção homoafetiva especificamente, a primeira abertura significativa ocorreu na cidade de Catanduva/SP em 2004 quando foi permitido que dois homens entrassem para a fila de espera de pais adotivos. Tanto o juiz quanto o membro do Ministério Público fundamentaram suas decisões na já mencionada Resolução 1/99⁹⁰ do Conselho Federal de Psicologia.⁹¹ Em 30 de outubro de 2006, após a realização de avaliações dirigidas por psicólogos e assistentes sociais, o referido casal conquistou o direito de adotar, oficialmente, uma menina de cinco anos de idade e a ter os seus nomes inseridos na certidão de nascimento da criança.⁹²

⁸⁷ BEDER, Mônica Medeiros; PEREIRA; Valkíria Malta F. C. Aspectos jurídicos da adoção por uniões homoafetivas. **Revista do Ministério Público- ALAGOAS**, n. 15, Maceió: Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas, p. 131-180, jan./jun. 2005, p. 157.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ FREITAS, Tiago Batista. União homoafetiva e regime de bens. Disponível em: < <http://www.pailegal.net> > Acesso em: 03 ago. 2009.

⁹⁰ Tal resolução foi abordada no tópico 1.2 do capítulo I deste trabalho.

⁹¹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 144.

⁹² BRAVIM, Aline. Casal de homossexuais ganha direito de adotar criança em Catanduva. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/11/22/materia.2006-11-22.0494430119/view>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

Outra expressiva abertura judicial ocorreu na cidade de Bagé, no Rio Grande do Sul, onde o Juiz da Infância e da Juventude Dr. Marcos Danilo Edon Franco estendeu à companheira da mãe adotiva a constituição do vínculo legal de filiação de duas crianças, por meio da adoção. O casal já convivia há oito anos e os menores; na prática, já estavam sendo educados pelas duas mulheres. Não obstante a posição contrária do Ministério Público da comarca, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negou provimento, por unanimidade, à Apelação Cível interposta pelo MP.⁹³ Referida decisão, ocorrida em 05 de abril de 2006, tornou-se um marco jurisprudencial na luta pelo direito a adoção por pares homoafetivos fazendo-se oportuno transcrevê-la:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime.⁹⁴

Em maio do mesmo ano, o magistrado titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Rio de Janeiro permitiu que um casal de mulheres que mantinha relação estável há três anos adotasse uma criança de dois anos e seis meses.⁹⁵ Em junho de 2009 foi a vez do

⁹³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob. Cit., p.146.

⁹⁴ BRASIL, TJRS – Ap. Civ. n.º 70013801592/RS, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: www.tjrs.jus.br; acesso: 22.7.2009.

⁹⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Ob. Cit., p. 155.

magistrado da Infância e Juventude da cidade de Goiânia conceder a adoção de uma menina de 2 anos e 10 meses a um casal de mulheres. A criança já morava com as beneficiadas desde abril de 2008.⁹⁶

A decisão mais recente é de julho deste ano e ocorreu no município de Juruá no Mato Grosso onde o juiz da Vara da Infância e da Juventude da respectiva Comarca concedeu a um casal de homens que conviviam há cinco anos a adoção de dois irmãos. A adoção dos menores foi aprovada pelo Ministério Público Estadual e concedida pela Justiça após a análise de psicólogos forenses e entrevistas com o casal e pessoas ligadas a eles.⁹⁷

Como se percebe, a jurisprudência mostra-se sensível a realidade dos fatos e não obstante a ausência de regramento expresso os posicionamentos sobre a temática abordada já avançaram significativamente.

6. Considerações finais

O exercício da paternidade/maternidade diz respeito à realização pessoal e a própria formação da identidade de cada ser humano e deve ser analisado sempre em consonância com os princípios constitucionais abordados anteriormente.

Assim como os casais heterossexuais, os pares homoafetivos têm o direito de tornarem-se pais e mães e realizar o sonho de ter filhos como quaisquer outros cidadãos e um dos caminhos viáveis para a efetivação deste direito é a adoção.

No entanto, é preciso destacar que o direito à paternidade/maternidade de qualquer o indivíduo, homossexual ou não, jamais poderá se sobrepor ao melhor interesse da criança e do adolescente. Não se trata, pois, de um direito absoluto mas relativo já que os homossexuais poderão exercer o direito de ser pais ou mães desde que preencham os requisitos essenciais para que reste configurado o melhor interesse da criança e do adolescente.

⁹⁶ OLIVEIRA, Wanda. Primeira adoção por casal gay em Goiás divide opiniões. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/materias>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

⁹⁷ ROMA, Keity. Adoção a 2 pais em Juruá. Disponível em: <<http://www.diariodecuiaba.com.br>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

Quando se analisa a adoção homoafetiva sob a ótica da filiação, verificar-se-á que, na verdade, há uma relação de complementaridade e não de oposição entre o direito à paternidade/maternidade dos homossexuais e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Há crianças e adolescentes convivendo com homossexuais e o Direito não pode fechar os olhos para este fato. Não se deve excluir as possibilidades destes menores terem acesso à família substituta pois os mesmos têm, acima de qualquer coisa, direito à igualdade de tratamento independente da orientação sexual dos seus pais.



PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL: SUA IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Fábio Rocha Carnaúba

Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao caso em tela. 3. Os tratados que dispõem sobre direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro. 4. A inconstitucionalidade da prisão do devedor-fiduciante em decorrência do descumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia. 5. Conclusão.

1. Introdução

A vedação à prisão civil por dívida está disposta no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, já tendo sido prevista em anteriores textos constitucionais (artigo 113, nº 30 da Constituição de 1934, artigo 141, § 32 da Constituição de 1946 e artigo 153, § 17 da Constituição de 1967).

A despeito de vedada constitucionalmente, excepcionalmente, a prisão por dívida, segundo o artigo 5º, inciso LXVII, é autorizada nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e no de depositário infiel. É deste último que trataremos no presente trabalho.

A prisão civil do depositário infiel é um tema controvertido no ordenamento jurídico pátrio, pois envolve uma variedade de assuntos em seu estudo, tais como: a liberdade de ir e vir do indivíduo (assunto abrangido pela dignidade da pessoa humana), a distinção entre o depositário e o devedor-fiduciante, bem como a incorporação dos tratados sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito à liberdade de ir e vir do ser humano, existe um verdadeiro conflito de interesses entre este direito constitucionalmente tutelado e o interesse econômico de quem pretende ver a prisão do depositário infiel como forma de constrangê-lo ao adimplemento de dívidas.

Já a forma de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio servirá para verificarmos o *status* em que estes diplomas normativos são recepcionados e a solução a ser tomada quando nos depararmos com conflitos entre eles e as leis.

Por sua vez, a distinção entre a figura do depositário e a do devedor-fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia se faz necessária para verificarmos que o disposto no artigo 5º, LXVII da CF não se aplica a este último instituto.

Esses são os aspectos inerentes ao tema que entendemos ser relevantes para sua análise. Passemos ao estudo da matéria.

2. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao caso em tela

Em casos de decretação da prisão civil do depositário infiel, a aplicação do princípio da proporcionalidade é feita com a finalidade precípua de resguardar o ser humano (a dignidade da pessoa humana), pois o encarceramento deste pelo simples fato de existência de uma dívida o reduz à condição de mero objeto ou instrumento do direito.

Em ocorrendo o encarceramento em virtude de depósito infiel, restará ofendido o princípio da proporcionalidade, pois existirá verdadeiro equívoco tanto do legislador ao prevê-la (ofensa ao devido processo legal proporcional) quanto do aplicador do direito ao utilizar norma inconstitucional para fundamentar o seu posicionamento, pois ambos estarão priorizando os interesses econômicos em detrimento da dignidade da pessoa humana.

O equívoco acontece porque a dignidade da pessoa humana é, no nosso pensar, o centro do ordenamento jurídico e sempre que houver meios que não a ofenda deve o legislador e o aplicador do direito deles se utilizar, sob pena de se estar contrariando o maior fundamento da nossa ordem jurídica e, portanto, prestando um desserviço à população.

Neste ponto, relevante é o escólio de Gustavo Tepedino acerca da dignidade da pessoa humana:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos

princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento¹.

Fácil entendermos, portanto, que a dignidade da pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico e não deve ser facilmente ofendida.

Mercê do exposto, inconcebível se torna o fato de se restringir o direito de liberdade de alguém quando existirem outros meios menos agressivos ao ser humano e que possam constranger alguém à entrega da coisa devida (multa, por exemplo).

3. Os tratados que dispõem sobre direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal dispõe que para a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno necessário se faz a celebração de tratados pelo Poder Executivo (artigo 84, inciso VIII) e a posterior anuência do Poder Legislativo a respeito (artigo 49, inciso I).

Vejamos o diz Valério de Oliveira Mazzuoli acerca do tema:

Da leitura dos artigos transcritos é possível perceber que a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão dos tratados internacionais.²

Quando o tratado disser respeito a direitos humanos, poderá ser observado o disposto no artigo 5º, § 3º da *Carta Magna*, vindo o tratado a possuir *status* de emenda constitucional se observado o mesmo trâmite utilizado para elaboração desta última.

O problema, no entanto, está no deslinde da controvérsia acerca do *status* a ser dado às normas dos tratados que disponham acerca de direitos humanos quando não recebido nos termos do artigo 5º, § 3º, conforme assevera o Presidente da Suprema Corte deste país, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *ad litteram*:

¹ TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil*. 2007, p. XXV.

² MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 2007, p. 270.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.³

Tomando por base os ensinamentos do citado Ministro, entendemos que a razão está com aqueles que defendem que os tratados que disponham sobre direitos humanos têm *status* supralegais, conforme razões abaixo.

Dita modalidade de tratado não é supraconstitucional porque referida qualificação impossibilitaria a realização do controle de constitucionalidade dos tratados que dispusessem sobre direitos humanos, uma vez que em países como o Brasil é corrente o entendimento de que todas as normas devem obediência ao texto constitucional, em decorrência do que a supraconstitucionalidade dos tratados acabaria com toda a lógica e estrutura do sistema, acarretando uma verdadeira desordem jurídica.

Além disso, o Executivo e o Legislativo devem observar os ditames constitucionais formais e materiais para a incorporação dos tratados ao conjunto normativo do país, sendo completamente irracional que uma norma se submeta a outra que a ela seja inferior, fator que mais uma vez impossibilita a supraconstitucionalidade dos tratados.

Igualmente não tem *status* constitucional, pois a própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para a fiscalização dos demais Poderes na elaboração dos tratados, quer nos aspectos formais, quer nos materiais, já desqualifica esta tese.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2008, p. 691.

Também merece destaque o fato de que os tratados que disponham sobre direitos humanos podem vir a ter *status* constitucional, desde que observado o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, em decorrência do que, *a contrario sensu*, a própria Constituição Federal é clara ao afirmar que os tratados são originariamente infraconstitucionais.

Os tratados que disponham sobre direitos humanos, como já afirmado linhas acima, são supralegais porque eles são mais importantes que aqueles que tratam de outros temas. Eles são mais importantes que os outros tipos de tratados porque dispõe acerca da mais importante figura jurídica, qual seja: o ser humano.

Em um país onde a dignidade da pessoa humana está elevada a fundamento constitucional (artigo 1º, inciso III da CF) e a prevalência dos direitos humanos é fundamental nas relações internacionais (artigo 4º, inciso II da CF) os tratados que disponham sobre direitos humanos jamais podem ter o mesmo patamar daqueles que versem sobre outro tema, porque se assim fizermos estaremos fazendo pouco caso dos citados preceitos constitucionais.

Apesar da superioridade dos tratados que disponham sobre direitos humanos em relação aos demais temas, eles não podem ter *status* constitucional pelo simples fato de que devem obedecer aos comandos constitucionais formais e materiais para serem incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

Em arremate, mais uma vez destacamos o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor

especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁴

Em sendo supralegal, lógico está que as disposições legais devem obedecer aos seus ditames, sob pena de não terem eficácia.

O Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos são tratados que dispõem acerca de direitos humanos e preceituam sobre a prisão por dívida em seus artigos 7º (nº 7) e 11, respectivamente, o seguinte:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

O Código Civil dispõe em seu artigo 652 o que segue:

Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

Resta claro que o dispositivo do Código Civil acima transcrito afronta os textos dos tratados acima citados e que, por isso, não deve ser aplicado, pois estes últimos se sobrepõem àquele.

Em não sendo aplicável o artigo 652 do Código Civil, não há amparo legal para a decretação de prisão civil do depositário infiel, restando inaplicável a parte final do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, cujo Relator foi o Ministro Cezar Peluso.

4. A inconstitucionalidade da prisão do devedor-fiduciante em decorrência do descumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia:

Entendemos por contrato de depósito aquele em que um indivíduo (depositário) tem a obrigação de custodiar e, posteriormente, entregar a

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Idem, p. 703-704.

coisa a quem de direito (depositante). Além da modalidade contratual ou voluntária, de acordo com a sua natureza o depósito pode ser classificado em legal (decorrente de obrigação imposta pela lei, como é lógico) ou judicial (obviamente, o determinado pelo Poder Judiciário).

Saliente-se que em todas as três modalidades de depósito acima referidas estão presentes a entrega de algo ao depositário, para que este fique apenas com a custódia do bem e a sua posterior devolução a quem de direito.

Assim, não há depósito quando é o próprio proprietário quem tem a guarda a coisa; muito menos, quando a coisa é entregue a uma pessoa que, além de custodiar o bem, dele usufrui.

Já o contrato de alienação fiduciária em garantia (previsto no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 – editado em pleno regime ditatorial); conforme leciona Roberto Senise Lisboa:

(...) é um contrato por meio do qual o credor-fiduciário efetua a liberação de um empréstimo em favor do devedor-fiduciante, a fim de que este possa obter uma coisa junto ao alienante-fiduciante e dela se utilizar e ter a posse direta até o pagamento da última prestação, quando se tornará o seu proprietário definitivo.⁵

São, evidentemente, diferentes as figuras jurídicas do depositário e do devedor-fiduciante, sendo desnecessário tecermos maiores comentários a este respeito.

Em sendo diferentes os institutos, os regimes jurídicos a eles aplicáveis não podem ser os mesmos, principalmente em se tratando de disposições constitucionais limitadoras de direitos fundamentais, as quais devem ser interpretadas restritivamente (artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), em consonância com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Além disso, como é sabido, não pode o legislador infraconstitucional se sobrepor ao constituinte e, em assim sendo, não pode aquele criar normas que infrinjam o que foi determinado por este, diminuindo sobremaneira a proteção do indivíduo, como no caso de prisão em decorrência do descumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 2005, p. 345.

Em casos de equiparação que vise ampliar o conceito de depositário em verdadeira afronta a direito fundamental do indivíduo, não será necessário sequer a utilização do Pacto de São José da Costa Rica para refutar a prisão do devedor-fiduciante, bastando a simples alegação de que não pode o legislador ordinário se sobrepor ao constituinte.

Claro está, portanto, que a criação de mais uma hipótese de prisão civil por dívida (devedor nos contratos de alienação fiduciária em garantia), além das constitucionalmente previstas (devedor de alimentos e depositário infiel), é vedada pelo ordenamento jurídico vigente, pois inconstitucional.

5. Conclusão

Diante do que foi acima explicitado, chegamos às seguintes conclusões:

- a) o princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne do nosso ordenamento jurídico e, como tal, não pode ceder em detrimento de interesses meramente econômicos;
- b) os tratados que dispõem sobre direitos humanos, diante da atual ordem jurídica, possuem *status* supralegal (salvo se observado o disposto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal) e, portanto, se sobrepõem às leis e aos tratados que versem sobre matéria diversa;
- c) o devedor-fiduciante nos contratos de alienação fiduciária em garantia não pode ser equiparado ao depositário infiel, pois são figuras inteiramente distintas e as normas constitucionais que restringem direitos devem ser interpretadas de forma restritiva; e
- d) diante da supralegalidade dos tratados que tratam dos direitos humanos, da adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, bem como da colocação da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento pátrio, lógico está que é vedada a prisão do depositário infiel no Brasil.

À SOMBRA DO CRIME AMBIENTAL: UM PERFIL JURÍDICO-SOCIOLÓGICO DOS ILÍCITOS AMBIENTAIS NO BRASIL

Juliana de Oliveira Jota Dantas

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Profa.de Direito Constitucional na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE) e em Cursos de Pós-Graduação. Servidora do Poder Judiciário de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Crime Ambiental no Direito brasileiro. 2.1. Uma breve análise acerca dos princípios essenciais do Direito Ambiental como requisito imprescindível à compreensão do crime ambiental. 2.2. A natureza do crime ambiental à luz da Lei 9.605/98. 3. O crime ambiental aos olhos da sociedade brasileira. 3.1. Em busca de uma compreensão sociológica do crime ambiental. 3.2. Uma visão brasileira do Crime Ambiental: mudança de paradigmas. 4. Conclusão.

1. Introdução

O comportamento criminoso é objeto de indagações científicas de grande complexidade, irradiadas em diversos ramos de pesquisa. A sociologia criminal rumo à identificar um porquê ao comportamento criminoso a fim de propiciar a compreensão do crime enquanto um fenômeno social indesejado, ultimando sua prevenção.

Utilizando-se a investigação sócio-criminal do crime ambiental busca-se apreender a natureza de seus reflexos sociais, analisando o teor axiológico de sua tipificação e o eco de seus efeitos na sociedade. Claramente, não é proposta a ser exaurida em superficial compilação de idéias.

Nada obstante, perquirir-se-á traçar um perfil de como a ilicitude, em matéria ambiental, transparece vulnerabilidades de um sistema social em crise e de como os sujeitos operantes da mesma sociedade interagem com (ou reagem ao) o conjunto de regras que lhe são impostas.

2. O Crime Ambiental no Direito brasileiro

2.1. Uma breve análise acerca dos princípios essenciais do Direito Ambiental como requisito imprescindível à compreensão do crime ambiental

Herança do marco oficial de nascimento do Direito Ambiental (Convenção de Estocolmo de 1972) os princípios norteadores deste ramo jurídico consolidaram-se como preceitos de natureza *neoconstitucional*¹, irradiando-se em diversos sistemas jurídicos a fim de consagrar a tutela do meio ambiente como premissa do Estado e da Coletividade.

O meio ambiente foi abraçado como bem jurídico de ulterior relevância, justificando-se, muitas vezes, a abertura do diálogo internacional a fim de potencializar políticas para sua proteção. De fato, ressaltou-se aqui o sentido em que tal fenômeno ocorrera: a criação de normas comunitárias, por meio de Tratados e Convenções, para, em seguida, reconhecer-se a tutela ambiental como dever do Estado e direito do indivíduo.

Nesse passo, serviram de rumo axiológico o ideal da dignidade da pessoa humana, refletido pelo direito à sadia qualidade de vida, garantida a todos, desconsiderada qualquer excludente ou possibilidade de omissão estatal. Visivelmente, buscava-se a proteção imediata do bem estar humano, o que seria operado via conservação de seu *habitat*, ora para fins de sua sobrevivência e conforto, ora para fins de manutenção dos meios de produção essenciais para seu desenvolvimento.

Dai decorreria uma cadeia de outros princípios que deslocariam o foco da tutela ambiental: proteger diretamente os recursos naturais para, de forma mediata, alcançar-se o interesse humano envolvido. Nasceria então o princípio do *acesso equitativo aos recursos naturais*², por sua vez raiz para outras derivantes: princípio do usuário-pagador, princípio do poluidor-pagador, o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

¹ DOMINGUEZ, Andrés Gil. *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 117.

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-59.

O intento de garantir-se a equidade no acesso ao meio ambiente sustentava-se em duplo pilar; por um lado, assegurava-se o ambiente como bem comum, de usufruto coletivo, com fim à existência saudável e capaz de oferecer à comunidade – presente e futura - bem estar físico e material. Por outro ângulo, revelava-se como norma a compensar o usufruto particular dos recursos naturais por alguns, à parte o prejuízo de tantos outros.

Explica-se. Com o desenvolvimento da cultura líbero-capitalista, é do arbítrio de cada indivíduo perseguir seu sucesso, comumente identificado na captação do lucro e na emergência sócio-econômica. A atividade econômica, por sua vez, requer a transformação da matéria-prima (leia-se: da natureza bruta) em bem de consumo. Destarte, o acesso aos recursos naturais que servem de base à produção econômica muitas vezes determina, ou ao menos potencializa, a capacidade de desenvolver-se; conseqüentemente, a todos interessa a utilização do ambiente a seu proveito.

Sob tal raciocínio, a humanidade vivenciou descobertas de novos mundos, exploração de povos, guerras e genocídios; acredita-se ainda que para a mesma finalidade, levou à extinção variadas espécies, além de colocar em xeque a perenidade de sua raça.

Assim, diante da crescente escassez de sua vital matéria-prima, reprimir-se-á a utilização egocêntrica da natureza; aquele que utilizar dos recursos naturais auferindo lucro na sua produção, será responsável pelos danos ambientais que causar, ainda que ausentes o dolo e/ou a culpa, posto que não arcará, a coletividade, com o todos os ônus (utilização de bem comum por determinado particular, a proveito exclusivo seu + reparação do dano ambiental), enquanto o indivíduo singular desfruta de todos os bônus provenientes da exploração das riquezas naturais.³

Adiante, a proteção do meio ambiente – bem jurídico individualizado – ganharia ainda mais força, impondo limites à sua exploração. Convencionava-se que, face à ameaça de graves danos, a utilização do ambiente deveria ser precedida de cautelosa análise dos

³ Eis, em apertada síntese, a essência dos princípios do Usuário-Pagador e do Poluidor-Pagador.

riscos, optando-se por medidas alternativas menos lesivas ou, quiçá, pela proibição à sua efetiva execução. Era o imperativo da Precaução⁴.

A ela alia-se o princípio da prevenção, exigindo do Estado e da coletividade políticas e ações de defesa concreta dos ecossistemas, denotadas através de instrumentos que vão da educação ambiental à repressão das condutas lesivas ao patrimônio e interesse ambiental.⁵

Isso posto, constituiu-se como um dos mais modernos mecanismos de proteção ambiental a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, evento seguido pelo ordenamento jurídico pátrio que tipificou os ilícitos ambientais na Lei federal 9605/98.

2.2. A natureza do crime ambiental à luz da Lei 9.605/98

A Lei da Natureza trouxe em seu seio o rol típico das condutas lesivas ao meio ambiente, considerando-o em seus elementos – fauna, flora, ar, água, solo, espaço urbano e patrimônio cultural – dispondo acerca da posição sancionadora do Estado face ao infrator, inclusive perante o agente do Estado e o particular que atue em detrimento da administração em suas ações fiscalizadoras.⁶

A tutela penal do meio ambiente encontra seus fundamentos a partir das diretrizes do Direito Penal existentes em nosso sistema, haja vista que a restrição de direitos, a imposição de multas, a privação da liberdade⁷, são interferências do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos, justificadas, apenas, diante da proteção a bem jurídico socialmente relevante. Ainda assim, deverão obedecer à proporcionalidade entre a ofensa ao bem protegido e a sanção a ser imposta. Trata-se do princípio da mínima intervenção penal.⁸

⁴ NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. **Direito Ambiental Internacional**. Rio de Janeiro: Thex Ed. Biblioteca Estácio de Sá, 1995, p. 55.

⁵ LOBO, Marta Carolina Fabel. A tutela Inibitória contra a Administração Pública na Defesa do Meio Ambiente in **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 13-14.

⁶ RAMOS, Érika Pires. Direito Ambiental Sancionador: Conexões entre as Responsabilidades Penal e Administrativa in **Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 103.

⁷ Art. 7º, 8º, 29º da Lei 9605/98.

⁸ LECEY, Eládio. A Proteção do Meio Ambiente e os Juizados Especiais in **Cidadania e Justiça** – 2º Semestre/2000, p. 53.

A inovação legal não foi recebida de forma pacífica. Inaugurou a responsabilidade penal (bem como civil e administrativa) da Pessoa Jurídica pelas condutas lesivas ao meio ambiente e ainda determinou hipótese em que a mesma poderia ser desconsiderada a fim de garantir-se o ressarcimento dos prejuízos causados em matéria ambiental.⁹ Ademais, defendia-se inicialmente a caça sem autorização como crime inafiançável, enquanto condutas diversas, tal qual o homicídio, admitiam o benefício. A Lei da Natureza, portanto, tentou dirimir a polêmica em seu artigo 29.

Nada obstante, a natureza do crime ambiental é impar.

Investiga-se a posição da própria natureza como sujeito de direito, o que já se denota sutilmente na Lei 9.605/98, a exemplo da criminalização dos maus tratos, torturas e abusos a animais, punidos com a detenção (art. 32). Todavia, embora tangente a proteção direta de espécimes, não se questiona o caráter homocêntrico do crime ambiental, cujo principal perfil é o comunitário, coletivo.

Ora, se por uma via protege-se o interesse de cada indivíduo em crescer, desenvolver-se e viver em condições dignas e saudáveis, por via análoga tutela-se o interesse de coletividades, o que transcende ao momento presente e visa alcançar igualmente o benefícios às gerações futuras. Outrossim, as infrações de tal cunho atentam contra interesses difusos e coletivos, havendo quem diga que atentam contra a humanidade¹⁰, razão pela qual a tutela penal não pode ser restrita à autoridade estatal, cabendo sim a ingerência internacional¹¹.

Infelizmente, o fator que consagra o direito ambiental – bem como a conduta lesiva ao ambiente – um interesse máximo do Estado e da comunidade internacional, também oferece um ponto de intensa vulnerabilidade, desnuda o *calcanhar de Aquiles*. É que a dimensão difusa do crime ambiental, dificulta sua compreensão social como conduta ilícita, até por que em várias situações apresenta-se diretamente

⁹ Art. 3º e 4º da Lei 9.605/98

¹⁰ LEPAGE, Corinne. Il Faut Ériger le crime écologique en crime contre l'humanité in **Label France** – Juillet 2002, p. 36-37

¹¹ MARRA, Gabriele. La Tutela Penale Dell'Ambiente – Prospettive Sovranazionali, in **Profili di Diritto Ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p.191.

contrário a outros interesses jurídicos, tidos como imediatos, a exemplo da propriedade e do consumo.

No direito penal tradicional, o crime costuma estar ligado diretamente à pessoa e a ofensa é identificada de modo particular e preciso (é o dano à vida, ao patrimônio, à honra, etc.), sua dimensão é microsocial¹², compondo-se pelas experiências individualizadas. É, em regra, de fácil delimitação, podendo ser apreendido socialmente como injusto, ilícito, culpável.

Em mão oposta, o crime ambiental move-se em âmbito macrossocial¹³, raramente atingindo interesses imediatos de particulares. Por consequência, a ausência de instrução de majoritária parte da população, a cultura exploratória e os benefícios econômicos do uso indiscriminado dos recursos naturais refletem obstáculo feroz à sua legitimidade social.

O porquê do crime ambiental, enfatize-se, também remonta às mesmas origens. Essência presente na maioria dos tipos penais da Lei 9605/98, a vantagem econômica a ser auferida pela utilização predatória do meio ambiente parece ser mais intensa motivação para a conduta ilícita. Pelo mesmo motivo, o sentimento da comunidade que suporta (e/ou suportará) os impactos negativos da ação/omissão lesiva aparenta restar inerte até que a esfera de interesses diretos de indivíduos ou grupos determinados encontre-se prejudicada.

Nada tão exemplar quanto as queimadas ilegais toleradas rotineiramente, até que a devastação da flora leve consigo a fertilidade de terras e a perenidade de mananciais, ameaçando a produção agropecuária e a estabilidade da economia local.

3. O crime ambiental aos olhos da sociedade brasileira

3.1. Em busca de uma compreensão sociológica do crime ambiental

Diferentemente de vasta gama criminal, o crime ambiental prescinde da violência como motivação ou elemento caracterizador.

¹² RAMIREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico *in* **Fascículos de Ciências Penais**, 4, p. 3, *apud* LECEY, Eládio. Ob. Cit., p. 54.

¹³ Idem.

Excluindo-se a hipótese das tradições culturais que impõe a tortura ou maus tratos a animais – algumas fortemente consolidadas nas regiões brasileiras (Farra do Boi, Brigas de Galo, etc.) – não se configura a conduta lesiva ambiental como expressão de uma *subcultura* violenta¹⁴, codificada com o uso da força como instrumento de poder.

A incidência na criminalidade de fulcro ambiental pouco se fundamenta, igualmente, na equação pobreza-criminalidade, justificando-se o crime pela incapacidade do indivíduo em atingir as mínimas necessidades de sobrevivência, produto das desigualdades sociais.¹⁵ Isso porque a Lei 9605/98 dita expressamente que o abate de animais e a extração da flora não serão crimes quando voltados à subsistência imediata do agente e de seus familiares (Art. 37; 50-A).

É de elementar importância atentar que as condutas lesivas ao ambiente, implementadas a fim de saciar as necessidades básicas de sobrevivência pouca ofensa produzem ao equilíbrio dos sistema ecológico e à manutenção das espécies. Portanto, pequeno risco ofereceriam à tutela ambiental e aos interesses jurídicos a ela pertinentes. De fato, como já mencionado, o estado de necessidade exclui a ilicitude do crime ambiental.

As condutas tipificadas na Lei 9.605/98, distintamente, configuram ações/omissões correlacionadas à produção de bens com valor comercial, ora para fins de extração de matéria-prima de forma irregular, ora como produto da atividade em si (poluição, desmatamento para utilização do solo, etc.); representam o crime como uma atividade racional, organizada e operada de forma clandestina a fim de maximizar o lucro.¹⁶ Do exposto, observa-se que a *opção* pela atividade criminoso

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.307.

¹⁵ RATTON, Jr. José Luiz de Amorim. **Violência e crime no Brasil contemporâneo: homicídios e políticas de segurança pública nas décadas de 80 e 90**. Brasília: Cidade Gráfica e Editora, 1996, p. 77.

¹⁶ CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da Criminalidade: Arcabouços Teóricos e Resultados Empíricos *in* **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, Volume 47, tomo 2, p. 236.

existe e é compensada pela vantagem financeira obtida da atividade ilícita, criando-se um atalho dentre as vias tradicionais de ascensão econômica.

Ao encontro das vantagens oferecidas pelo comportamento criminoso (ambiental), segue a fragilidade que os valores éticos e morais enfrentam. Em seara ambiental, a problemática se replica ao ser de difícil apreensão popular o ideal de que os recursos naturais são bens comuns e que sua utilização irregular prejudica a todos e deve ser reprimida, por todos e por cada um.

A busca do sucesso individual, tão acirrada na sociedade contemporânea tem sido configurada como escusa à criminalidade ambiental; reconhece-se como indesejada, porém, é claramente negligenciada pelos grupos político-sociais, quase que conduzindo a uma reorganização-paralela dos objetivos a serem perquiridos no mundo dos fatos¹⁷.

Há a ausência de coesão social para a repressão e punição das condutas lesivas ao meio ambiente, fruto de uma anomia social, nos moldes originalmente idealizados por Durkheim.¹⁸ A tanto, acrescentam-se as metas socialmente impostas pelo modelo capitalista, enquanto escassos os métodos legítimos a elas destinadas, originando uma zona de conflito a desencadear a procura por meios alternativos, leia-se ilegítimos, para mobilidade sócio-material.¹⁹

Sem dúvida, dentre as razões do crime ambiental desponta a produção de riqueza que por ele vem ser oferecida, fugindo-se das amarras que a estrutura social pode impor. Configura uma quebra do conformismo em perseguir-se os objetivos socialmente estabelecidos através das normas institucionalizadas, dos meios legítimos, tantas vezes inacessíveis ou de árduo alcance.²⁰

¹⁷ MAGALHAES, Carlos Augusto Teixeira. **Crime, Sociologia e políticas públicas**. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2004, p. 63.

¹⁸ VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime**: Uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: Editora Age, 2006, p. 86.

¹⁹ MERTON, Robert, *apud* VIAPIANA, Luiz Tadeu. Ob.cit., 89.

²⁰ MERTON, Robert *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. Cit., p. 325.

Assim, são esporádicas as infrações ambientais cujo cerne indica o desconhecimento da ilicitude da conduta, tão pouco aquelas implementadas com ausência de dolo à incolumidade ambiental. Casos há em que o anseio por melhores condições de vida, aliado à ausência de políticas públicas e de iniciativa social para a educação ambiental perpetuam danos de natureza ambiental, contudo, repita-se, o ordenamento brasileiro oferece tratamento diferenciado às respectivas infrações, posto que delas foram retirado o intento necessário ao crime (ou ainda a intervenção culposa) relevante ao Estado-sancionador.

É possível dizer que o crime ambiental enquadra-se como conduta desviante da moral comum, eivada de escolha ponderada, racional, na qual são avaliados os benefícios e os custos do crime, bem como comparados seus resultados com a respectiva alocação do seu tempo no mercado de trabalho legalizado, representando um fiel retrato à Teoria Econômica da Escolha Racional, inaugurada por Becker.²¹

Ocorre que, em sua peculiaridade, traz ainda outro elemento anômico: sua precária repercussão axiológica no mundo dos fatos, o que se poderia creditar à ruptura para com o ético, para com a moral, lugar comum nas relações interpessoais e até mesmo nos poderes institucionalizados.

Por último, aponta-se ainda para o abismo remanescente entre os avanços oferecidos pela tutela penal ambiental e a sua compreensão pelos sujeitos, a fim de imputar-lhe muito além do *status* de conduta punível, vedada e intolerável, o reconhecimento de genuína periculosidade ao interesse público e às esferas individuais, carecendo repreensão eficaz e o posicionamento firme também da sociedade civil.

3.2. Uma visão brasileira do Crime Ambiental: mudança de paradigmas

Após quase uma década de incidência da Lei da Natureza (Lei 9.605/98, regulamentada pelo Decreto 3179/99) o crime ambiental saiu da obscuridade para pauta de discussões jurídicas e sociológicas. Ressalte-se que tamanha abertura foi trazida já pela Constituição de 1988 que consagrou o direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado, assim como o dever do Estado e da coletividade em garantir-lhe a conservação. Tratava-se de preceito norteador,

²¹ Apud CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Ob. Cit., p. 247.

sobrepondo-se a vários outros valores e bens jurídica e tradicionalmente consolidados.

A posição sancionadora do Estado foi apresentando-se, timidamente, por meio de precedentes judiciais, voltados em sua maioria esmagadora contra Pessoas Jurídicas poluidoras dos elementos formadores do meio ambiente.²² Só em seguida, após a atuação da mídia como meio divulgador, a repercussão do crime ambiental passou a atingir difusamente a coletividade, fazendo germinar na sociedade civil a consciência ambiental e a necessidade de reprimir as condutas lesivas.

Sua análise hodierna bifurca-se em dupla identidade; tem-se no crime ambiental de grande escala intensa carga de repreensão social, pois acarreta ameaças e/ou danos efetivos a interesse público, cuja reparação denota-se de grande complexidade quando não é de todo inviável e encontra-se associado à escolha de via ilícita de enriquecimento, mormente protagonizada por pessoas cientes da antijuricidade de sua conduta, razão pela qual a tutela penal foi instituída e socialmente aceita como instrumento de repressão ao crime e de prevenção aos danos ambientais. Tal perfil é sensível ao senso comum e aplicado hipotética e empiricamente na defesa de florestas e reservas naturais face ao desmatamento incessante.

Microscopicamente observado, todavia, crime ambiental revela-se de pequeno potencial ofensivo – sobretudo quando cometido por réus primários, em sua maioria leigos – sendo desconsiderados pela sociedade como conduta desviante. Por conseguinte, também o Direito o faz, aplicando, quando possível, sanções alternativas.²³

4. Conclusão

A conduta ilícita contra o ambiente abraça a defesa de interesses transcendentais do homem enquanto indivíduo e/ou coletividade, alcançando a proteção de bens diversos – a quem já se pleiteia a

²² FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 207.

²³ Em tais situações aplica-se com sucesso a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/95). Vide LECEY, Eládio. *A Proteção do Meio Ambiente e os Juizados Especiais in Cidadania e Justiça – 2º Semestre/2000*, pp. 52-62.

condição de sujeitos de direito autônomos — indubitavelmente relevantes ao bem viver.

Sob tal percepção, a repreensão à ação/omissão lesiva sobressai-se em caráter de urgência, requerendo do Estado posicionamento firme e da sociedade participação fiscalizadora ativa. Rompe-se com o modelo exploratório tradicional, determina-se o inadiável *desenvolvimento sustentável*, parcela-se os ônus e os ganhos das riquezas naturais, impõe-se a tutela penal como meio de prevenção do bem ambiental.

Ocorre que a implementação das políticas ambientais no plano normativo não resta suficiente à efetivação do “dever-ser” no mundo dos fatos. A tipificação dos ilícitos ambientais representa um atalho para repressão do comportamento indesejado socialmente, sem, contudo, ocupar-se diretamente dos elementos congruentes ao crime, inerentes à sua ocorrência, e que na seara ambiental demonstram-se com grande peculiaridade.

Sendo assim, sob o espectro do crime ambiental pairam diversos fatores, ora de ordem jurídica-valorativa, ora de ordem material, a fluir para que a conduta ilícita receba maior ou menor carga de legitimidade social. Paralelamente, a natureza sociológica do crime ambiental representa-o como subproduto de um sistema social deficiente, o mesmo que ditará as regras a serem seguidas, os objetivos a serem trabalhados, o acesso restrito ao mérito e os caminhos a todos vetados; o mesmo sistema que ditou por séculos a cultura da exploração desenfreada dos recursos naturais. Confronta-se, portanto, com incessante demanda por legitimidade.

Nada obstante, é válido defender-se o papel educativo da tutela penal ambiental pátria, preenchendo lacuna nociva à condição humana fundamental: a precária distribuição da informação, configurando fator impeditivo à conscientização pública do valor ambiental em toda sua complexidade.



CRIME DE ESTUPRO E A VÍTIMA: A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NA APLICAÇÃO DA PENA

Lívy Ramos Sales Mendes de Barros

A autora é advogada, pós graduada em Direito e Processo Penal pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (Cesmac). Trabalhou realizando pesquisa no Centro de Apoio as Vítimas de Alagoas e hoje advoga na área criminal. O presente artigo é fruto do seu trabalho de conclusão de curso, defendido em janeiro de 2007, para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da co-autora deste artigo, sua ex-professora.

Alline Pedra Jorge-Birol

A co-autora é advogada, Mestre em Direito pela UFPE e em Criminologia pela Université de Lausanne (UNIL-Suíça), Doutoranda em Criminologia também na UNIL e é professora substituta de Processo Penal no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estupro, Violência de Gênero e a Lei Penal. 3. A Palavra, o Comportamento da Vítima e a Prova do Crime. 4. Análise do Comportamento da Vítima Pura ou Promíscua: a Influência dos Estereótipos na Decisão Judicial. 5. Relatos da Pesquisa de Campo. 6. Resultado das Análises das Sentenças: Como Decidem Nossos Juízes? 7. Conclusão: Desmistificando Conceitos.

1. Introdução

Neste trabalho pretendemos demonstrar que a justiça criminal reproduz a violência de gênero. Durante pesquisa empírica – documental – analisando 15 sentenças prolatadas por juízes de 1ª instância da comarca de Maceió (AL) em crimes de estupro, observamos que a análise do comportamento da vítima feita pelos juízes de direito no momento de aplicação da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal, instaura no processo criminal um processo de classificação das vítimas, onde algumas são merecedoras de respeito e outras não pois vítimas provocadoras que de alguma forma deram razão à violência, e por isso mereceram sofrer a agressão. Observamos que as características pessoais dos envolvidos no drama criminal são mais importantes até mesmo do que as próprias circunstâncias nas quais o delito foi cometido. Reproduz-se desta forma a discriminação, principalmente da mulher, que deveria ter agido de acordo com o seu papel social esperado, nem sempre desejado, quer seja ter ficado

restrita ao âmbito privado, ao invés de ter se aventurado no meio público, e se propaga a errônea concepção de um mundo justo – teoria de Lerner¹ – onde recebemos aquilo que merecemos. O crime de estupro, por ser de difícil comprovação, deveria ter como principal meio de prova a palavra da vítima, mas quais os critérios usados para tornar esse material probatório digno de confiabilidade? Embora a pesquisa tenha sido realizada antes da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que modificou o capítulo “Dos Crimes Contra os Costumes” do Código Penal, nomeando-os de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, o advento da nova lei não alterou o objeto dos nossos estudos, inclusive por se tratar de uma lei recente, e que ainda não traz casos concretos, os quais possam ser discutidos. Sobre as mudanças, traremos breves comentários.

Segundo o art. 59 do Código Penal (CP), o juiz, além de outros requisitos, no momento em que realiza a dosimetria da pena, deverá analisar o “comportamento da vítima” e sua interação com o crime ou o criminoso, após o que decidirá sobre a quota de punibilidade do agressor. Os resultados desta pesquisa bibliográfica e empírica demonstram que em muitos casos esta análise do “comportamento da vítima” não se traduz num estudo real e objetivo dos fatos ocorridos, mas em questionamentos e considerações de conteúdo discriminatório, principalmente relativas a conduta – “a moral ou aos bons costumes” – da vítima. O conceito de moral e de bons costumes de cada magistrado faz com que as vítimas sejam vistas como mulheres menos ou mais honestas, que merecerão credibilidade ou não em seus discursos dependendo do seu comportamento. A vítima é questionada sobre sua vida privada, se pregressa, sobre seus hábitos, seus relacionamentos, seu histórico profissional e pessoal, transformando o processo criminal num martírio tão doloroso quanto o próprio sofrimento do crime, que é o que chamamos de vitimização secundária.

Sobretudo, observamos que alguns juízes desenvolvem este processo de análise de forma tão discriminatória que isto desemboca num processo de desvalorização da vítima, principalmente quando a mulher é vítima de um crime sexual como o estupro. Inclusive, essas mesmas valorações subjetivas servirão de diretrizes para a composição

¹ Lerner, Melvin J. *The belief in a just world: a fundamental delusion*. New York: Plenum Press, 1980.

da pena na sentença criminal, aliviando o peso do crime para o agressor e aumentando a responsabilidade da própria vítima.

Particularmente no caso do crime de estupro veremos que esta hipótese restou comprovada. O crime de estupro, por ser de difícil comprovação, tem como vértice basilar a palavra da vítima. Seu discurso tem valor imprescindível nesses casos, devido a dificuldade de provas materiais e testemunhas, vez que o crime de estupro nem sempre deixa vestígios e ocorre normalmente às escondidas ou entre quatro paredes.

Todavia, a palavra da vítima, apesar de muitas vezes ser o único instrumento que se tem para a comprovação do estupro, somente é merecedora de confiança quando a mulher tem um comportamento social aceitável ou quando o agressor tem um comportamento social inaceitável ou é portador de alguma patologia. Do contrário, as características pessoais de ambos, principalmente da vítima, terão mais importância na dosimetria da pena do que as próprias circunstâncias nas quais o delito foi cometido.

2. Estupro, Violência de Gênero e a Lei Penal

O estupro encontra-se disposto no art. 213 do Código Penal Brasileiro (CP), que com a reforma da lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 passou a ser denominado de crime contra a dignidade da pessoa humana cujo bem juridicamente protegido continua sendo a liberdade sexual. Estupro então significa “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” e a pena base continuou a mesma: de seis a 10 anos. As formas qualificadas, ou seja, estupro do qual resulte lesão corporal ou morte, foram inseridas no mesmo art. 213, e as penas no caso da configuração destas causas de aumento são de oito a 12 anos e de 12 a 30 anos, respectivamente. Ainda, o parágrafo primeiro do art. 213 inseriu mais uma qualificadora que é o fato da vítima ser menor de 18 e maior de 14; e o art. 217-A estabelece a nova figura típica do “estupro de vulnerável”², ou da menor de 14 anos, cuja

² Gênova, Jairo José. Novo crime de estupro. Breves anotações. **Revista Jus Vigilantibus**, Domingo, 23 de agosto de 2009. Cf. Jorge, Alline Pedra “Quand elle mérite l'agression”. L'attribution de responsabilité au comportement de la femme victime de violence et la conception du monde juste. LIEGE (Bureau Interuniversitaire d'Études Genres). *Work in progress “Etudes Genre”*, Lausanne-CH, 2006.

pena prevista é de oito a 15 anos, tendo a mesma lei revogado a chamada “presunção de violência” que estava prevista no art. 224 do CP.

Ressalte-se que o sujeito passivo do crime de estupro deixou de ser exclusivamente a “mulher”, o que já demonstra um certo avanço da nossa legislação e da preocupação não somente com o homem mas também o respeito aos transgêneros que poderão a partir desta lei ser também considerados vítimas desta conduta. Ressalte-se também que o crime de atentado violento ao pudor, previsto anteriormente no art. 214 foi abolido, e hoje o estupro configura não somente a conjunção carnal, o que seria ato exclusivamente praticado contra a mulher, mas também outros atos sexuais e libidinosos. Todavia, estes dois pontos não são particularmente motivo de debate deste trabalho de pesquisa pois discutimos exclusivamente a mulher vítima do crime de estupro, que faz parte do contexto da violência de gênero, até mesmo porque a pesquisa foi realizada antes destas alterações.

O crime de estupro continua sendo hediondo. De fato, a sociedade tende ao repúdio de crimes de natureza sexual, traduzido pela inserção de algumas destas condutas, quais sejam o estupro simples, as formas qualificadas e o estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos, deixando clara a reprovação social destes crimes contra a liberdade sexual, e desta forma dificultando a execução da pena privativa de liberdade e restringindo alguns benefícios de réus condenados por estas condutas (ver nova redação do artigo 1º, V, da Lei n. 8.072/90).

Apesar do clamor social que envolve o tema, a justiça criminal não parece refletir a mesma indignação, sobretudo no trato com as vítimas. Por exemplo, sabemos que o conceito de mulher “honesta” foi suprimido do CP de 1940 com a reforma de 1984. Todavia, essa prerrogativa legal continua implícita nas decisões dos juízes, de forma que aquela vítima que tem um comportamento entendido como inadequado, exagerado, promíscuo, é vista de modo diferenciado, é desrespeitada ou considerada como provocadora da sua própria vitimização. Quando não recebe parcela de culpa pelo próprio crime que a vitimizou.

Na tentativa de desmerecer a pessoa da vítima os argumentos usados são os seguintes: foi ela que usou roupas supostamente provocantes, conversou com um desconhecido, aceitou que lhe

pagassem a conta. Inclusive há autores que entendem que este tipo de comportamento, especialmente nos crimes sexuais, configura a provocação do ato delituoso a partir da vítima.³

Neste sentido, pode-se perceber que o controle da sexualidade da mulher no discurso jurídico é inconscientemente normatizado, regrando um parâmetro de conduta aceitável que a transformará, ou não, numa vítima genuína.

No entanto, diferentemente do que pensam nossos operadores jurídicos, as estatísticas demonstram que o crime de estupro é heterogêneo. Acontece com as diversas formas do gênero feminino e é também praticado pelas diversas formas do gênero masculino, sem distinção de idade, cor, raça ou condição econômica. Não há um perfil de estuprador ou um perfil de vítima como o senso comum tenta nos convencer. Vítima e agressor são inclusive aqueles cidadãos que rotulamos como "do bem": o amigo do trabalho, o colega do bar, o patrão, e o próprio companheiro, marido ou namorado, sendo estes distribuídos por todas as camadas sociais. Muito menos há uma motivação especial para constranger uma mulher a esse crime.

Não procede, portanto, a idéia de que o estuprador seja necessariamente um homem "anormal", dotado de taras e perversões incontroláveis, sujeito a cometer, em nome de sua perturbação patológica, toda a sorte de violências sexuais. Há uma certa tendência a se acreditar que quem comete crimes como este são pessoas que sofrem distúrbios mentais, depravação ou estão à margem da sociedade. A difusão desse tipo de mito faz com que a sociedade, num mundo ideal, sinta-se protegida e em segurança, visto que no meio social os homens são honestos, comportados, trabalhadores com residência fixa, que não podem ser autores de crimes desta natureza, diferentemente do sujeito identificado como sociopata ou portador de alguma doença mental.

E é exatamente quando estas características não são encontradas no delinquente, que se procura na pessoa da vítima algo que justifique o cometimento do ilícito, em regra o seu comportamento. É inclusive a tese de Lerner (Ob. Cit., 1980) segundo a qual o mundo é justo e

³ Oliveira, Edmundo. **Vitimologia e direito Penal: o crime precipitado pela vítima**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

recebemos o que merecemos. Se recebemos é porque fizemos algo para merecer, e ainda que este algo não esteja evidente, como uma forma de se proteger e de manter a sua segurança num mundo justo, o ser humano tenta justificar os eventos, neste caso os eventos criminosos, a partir de um processo de atribuição de culpa à própria vítima. Se ela aparentemente não mereceu, pois detentora de todas as características de uma mulher honesta, certamente fez algo por merecer.

Os crimes sexuais são em regra perversos e não podem acontecer sem uma explicação. Busca-se uma justificativa para que assim, possamos restaurar nossa paz e crença num mundo justo, onde coisas boas acontecem com pessoas boas, e vice-versa (Cf. Lerner, 1980).

Quando não há nem a justificativa nem a suposta provocação da vítima, busca-se imputar à mesma, características negativas, no intuito de desmerecê-la, e torná-la de alguma forma merecedora da violência.

Segundo Coulouris ⁴, os agentes jurídicos indiretamente perpetuam a discriminação de gênero com a finalidade de reportar (manter) os papéis sociais do homem e da mulher, justificando as ações dos indivíduos num sistema de idéias patriarcal, sendo a práticas de discriminação de gênero reflexo desse pensamento unilateral.

Por isso, ainda que houvesse uma mudança radical na legislação penal a maior luta seria na transformação na consciência dos operadores jurídicos (membros da sociedade), que mesmo aplicando a lei adequadamente, ainda lançariam mão de mecanismos (in) conscientes e (in) diretos no intuito de desmerecer a vítima, principalmente a mulher.

Deste modo, o Direito Penal é ineficaz para a proteção da mulher vítima de crime de estupro, que mesmo depois de todo choque da violência física e mental sofrido, ainda passa absurdamente a ser questionada quando resolve dar continuidade, denunciando o crime ao sistema de justiça.

Ela acredita que estará amparada pela lei, pelo direito e pela justiça; após uma luta interior com seus sentimentos de vergonha, medo, ela cria coragem e vai na delegacia. E então começa sua saga. Humilhação, constrangimento, sofrimento em várias etapas do processo

⁴ Coulouris, Daniella G. **Violência, Gênero e Impunidade: A verdade nos casos de estupro**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista, 2004.

criminal, e mais ainda no papel, no momento da aplicação da pena. Diante disso, a vítima se sente impotente e descrente da aplicação do princípio da neutralidade pela justiça criminal, não acreditando que a pena terá o resultado esperado por ela, ou seja, que “a justiça será feita.”

3. A Palavra, o Comportamento da Vítima e a Prova do Crime

Os delitos sexuais frequentemente são crimes de difícil comprovação. Primeiramente por serem cometidos em sua maioria em locais esmos, escondidos, o que dificulta a existência de uma testemunha que os comprove visualmente. Portanto, as testemunhas só poderão contribuir, dando sua opinião e ressaltando, ou não, o que acharem relevante, subjetiva e objetivamente, e sobre o comportamento ou as características das partes.

O exame de corpo de delito de conjunção carnal não atesta⁵, principalmente se a vítima for adulta, não virgem ou então tiver sido coagida fisicamente e/ou psicologicamente a não resistir à agressão, por exemplo por meio de arma de fogo ou ameaça de mal injusto.

Desta feita, pela dificuldade de se encontrar provas materiais, a palavra da vítima é valorizada de forma particular e considerada elemento basilar do processo, suficiente em alguns casos para condenar o réu.

Apesar da jurisprudência entender que a palavra da vítima é satisfatória para atestar o crime, há uma tendência a somente admiti-la como prova quando a vítima apresenta características que demonstrem sua confiabilidade. “O estupro é o único crime em que a vítima tem que provar que não é culpada.”⁶

Nos casos em que a palavra da vítima é colocada em questão, a prova material ou o exame de conjunção carnal é a única forma de se comprovar que existiu uma relação sexual, mas que também não comprova a autoria - a não ser que um exame de DNA seja realizado - e

⁵ Sobre esse tema, Coulouris (Ob. Cit.,2004) diz que além do exame de corpo de delito ser de difícil ajuda, pois dificilmente pode atestar a existência da violência sexual, em determinados casos esse exame pode funcionar como uma espécie de contra-prova justamente por nada provar.

⁶ Pimentel, Silvia; Schritzmeyer, Ana Lúcia & Pandjarian, Valéria. **Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabrism, 1998.

nem a existência de relação forçada, caso não tenha havido violência ou a vítima tenha sido coagida psicologicamente ou por meio de arma de fogo e por isso não tiver oferecido resistência.

Quando não há a comprovação material do estupro, o juiz, no receio de ser injusto quanto ao réu, submete a vítima a uma análise “rigorosa”, onde não somente basta o relato do fato, mas também se faz necessária toda uma análise sobre sua vida pregressa.

Começa então um processo de avaliação do histórico de vida da vítima e do agressor, idade, antecedentes, condição financeira, perspectivas de futuro, passagem em unidades psiquiátricas, entre outras questões, que poderão dar ou não credibilidade aos seus respectivos depoimentos. É esta análise, objetiva em alguns casos, mas na sua maioria subjetiva, que irá demonstrar a relevância ou valor da palavra da vítima. Neste contexto, a subjetividade no imaginário de cada magistrado poderá atribuir ou não um certo grau de confiabilidade quando a vítima, através de seu discurso, incrimina o agressor.

Todavia, se os dados recolhidos durante esta análise não estiverem de acordo com aquilo que a sociedade compreende como comportamento adequado, dificilmente a mulher vítima poderá se valer da sua versão dos fatos para garantir que seu algoz seja punido, sobretudo se isto se coadunar com o fato desse suspeito ter um estereótipo supostamente incompatível com aquilo que se espera de um criminoso (Cf. Coulouris, Ob. Cit., 2004).

Nesse diapasão, quais os critérios que darão relevância à palavra da vítima? Qual a forma de análise feita pelo magistrado, que dará credibilidade ao discurso da vítima, quando da ausência de comprovação material do crime?

Para o sistema de justiça, para que o discurso da vítima seja considerado plenamente consistente e próprio para incriminar o agressor, este deve ser linear, conciso e claro. A depoente também deve apresentar características comportamentais e de personalidade que dêem sustentação ao seu discurso, pois parece mais provável que pessoas desequilibradas moral e/ou psicologicamente possam cometer injustiças ao denunciar alguém erroneamente.

Todavia, observamos que isto é uma prática subjetiva, e adicione-se discriminatória. Por exemplo, não se concebe na nossa sociedade

machista que um homem trabalhador e chefe de família seja condenado por estupro com base apenas no depoimento de uma mulher de comportamento duvidoso e vida liberal.

Dito isto, fica claro que o grau de confiabilidade no discurso da vítima de estupro será investigado em relação a um contexto, que inclui sua vida pregressa, familiares, seus relacionamentos afetivos, e por fim e com menos importância, o crime e as circunstâncias em que ocorreu. “O saber jurídico, nos casos de crimes sexuais só acreditará na palavra da vítima se esta for caracterizada como “honesta”. E este conceito está intimamente relacionado a questão da moralidade feminina.” (Cf. Colouris, Ob. Cit., 2004, p.15).

Além do quesito credibilidade/confiança que a mulher deve atender, para que seja comprovado efetivamente que ela foi vítima de estupro, a vítima ainda é submetida a rigorosos “testes de resistência”, tais como longas audiências, confrontações com o agressor, longas esperar nos corredores de delegacia e fórum, etc. Todos estes testes ou situações de resistência, são criados inconscientemente no intuito de verificar se a vítima poderá levar seu caso adiante, e caso positivo, isto talvez signifique que ela fala a verdade, porque resistiu. De fato, o martírio ao qual vítima é submetida produz desmotivação a dar continuidade ao processo, devido o constrangimento ao qual ela se vê obrigada a se submeter, e vivenciar, reiteradamente.

Mesmo os comportamentos ou reações que deveriam ser considerados como reações consequentes à violência ou consequência natural do trauma – tais como o olhar vago, a fala tremulante ou a logorréia, a amnésia, o bloqueio, a incongruência – são vistos como sinais de imprecisão e interpretados como sinais de falta de credibilidade. Por terem que repetidas vezes externar sua intimidade durante o processo; somado a pressão que envolve um depoimento, vítimas nem sempre logram o êxito de prestá-lo da maneira mais clara, lógica e com riqueza de detalhes, sobretudo devido a própria natureza do crime de estupro que por si só é uma invasão na privacidade física e de espírito de um indivíduo.

Todavia, segundo os juízes, o relato tem que ser preciso, sem alterações, sem esquecimentos. É como se vítimas, no momento de prestar o depoimento, tivessem que ser máquinas e desconsiderar as emoções que rodeiam a violência sofrida.

E ainda, os tribunais desconsideram que cada pessoa, na iminência de violência, tem diferentes reações, e desta forma descrevem a reação que deveria ser típica de uma genuína vítima de estupro: a negativa da vítima tem que ser acompanhada por luta corporal, resistência física demonstrada, e deverá ficar claro que a vítima recorreu até suas últimas forças e então foi vencida. Não basta à mulher dizer não, porque o não pode significar um charmoso sim, o que nos remonta ao período das cavernas, quando a mulher era arrastada por seu companheiro pelos cabelos.

Então, para que haja, portanto, uma “comprovação ideal” para a condenação do agressor, é necessário que a vítima reúna requisitos que atestem o crime. Não basta o seu relato, este deve ser coberto de precisão e objetividade, logicidade e racionalidade, para que o fato seja interpretado como crime.

A melhor de todas as provas é algo que ateste a materialidade da conjunção carnal forçada, tais como marcas de agressão física. Ou então testemunhas que comprovem ocularmente o crime. Caso contrário, com a negativa do autor do fato, a investigação será projetada inevitavelmente para a avaliação do comportamento pessoal dos envolvidos, sobretudo se existir entre eles uma relação anterior. A mulher então deverá demonstrar ter um comportamento “honesto”, correto, moralmente aceito, enquanto o agressor deve atender ao estereótipo de o delinquente, desempregado, não inserido no meio social ou delinquente maniaço, tarado.

É comum ver juízes se referindo ao comportamento de ambos, ofendido e ofensor, como requisito para analisar quem está falando a verdade. Em um crime sem provas materiais, o magistrado, na ânsia de atestar a veracidade dos fatos, tende a sair do cenário do crime e se projetar na vida e no comportamento dos envolvidos.

4. Análise do Comportamento da Vítima Pura ou Promiscua: a Influência dos Estereótipos na Decisão Judicial

O discurso judicial com relação ao crime de estupro é muitas vezes dúbio. Ainda que reconheçamos que no âmbito jurídico ocorreram certas mudanças, fruto das transformações sociais e das conquistas femininas observa-se uma *práxis* criminal que exclui e oprime a mulher.

O uso de estereótipos de gênero e valorações meramente discriminatórias constrói um quadro de descrédito na justiça e ainda banaliza a questão da violência contra a mulher vítima de crime de estupro.

A mulher, apesar de ter passado por toda a violência brutal que é o crime de estupro, na busca da reparação da agressão sofrida, ao invés de ser amparada, enfrenta uma série de questionamentos no intuito de avaliar seu comportamento e sua conduta social.

Como se não bastasse, o resultado dessa análise fará parte de um processo de valoração que poderá influenciar a decisão final. Ou seja, dependendo do comportamento da mulher no cenário do crime e até mesmo, de sua vida passada ou pregressa, o acusado será responsabilizado ou não.

Isso acontece porque a maioria dos nossos juízes analisa o comportamento dos envolvidos e buscam neles um modelo padrão de conduta, classificando-os, estereotipando-os e intitulando-os de forma que atendam ao modelo que a sociedade impõe como correto ou incorreto. Com isso, as sentenças serão menos ou mais arbitrárias.

Esta forma de categorização dos indivíduos que está presente no interior dos discursos jurídicos, e conseqüentemente nas sentenças, é reflexo da crença segundo a qual há eventos que acontecem nas nossas vidas e que são “mais justos” ou “menos justos”, o que nos leva a concluir que existem vítimas que merecem, ou não, o crime.

O caput do art. 213 do CP é bem claro: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” A norma penal não faz referência a padrões de comportamento ou a personalidade que este alguém deve ter, nem muito menos a valores tais como honestidade, moralidade, e outros argumentos meramente subjetivos, que possam justificar a conduta do agressor e responsabilizar a vítima.

O artigo não deixa dúvidas quanto ao fato de que a relação sexual não pode ser forçada nem decorrente de violência. “Ao tipificar o crime de estupro, consoante a Doutrina, estabelece que o bem jurídico a ser protegido neste caso é a liberdade sexual, independente de ser a vítima mulher honesta ou não” (Pimentel, Ob. Cit., 1998, p. 182). Por isso,

mesmo na iminência do ato sexual consentido, havendo, por parte da mulher, negativa ou desistência, não há porque se falar em ato sexual cometido, ainda que a mulher tenha demonstrado acquiescência até um certo momento, e tendo desistido em seguida. O fato da mulher ter chegado ao “quase” ato sexual não implica no seu tácito consentimento.

O CP e a própria doutrina explicitam que, no crime de estupro, é o livre-arbítrio sexual da mulher que é protegido, independentemente de sua moralidade. A doutrina é uníssona quanto à fala da vítima constituir o elemento basilar de todas as provas nos crimes contra os costumes. Todavia, na análise das provas, pouco ou nenhum valor têm suas palavras quando não se caracteriza sua “honestidade”. (Pimentel, Ob. Cit., 1998).

Nosso CP, apesar de não dar à mulher o tratamento ideal, no que diz respeito ao crime de estupro, não faz nenhuma referência às vítimas que podem ou não receber o amparo legal, independentemente de profissão, idade, conceitos sexuais ou classe social.

Todavia, a condenação, o quantum da pena imposta ao agressor, e muitas vezes até a sua absolvição nesse tipo de crime, são consequências da avaliação subjetiva do comportamento dos envolvidos no delito, criando verdades e conceitos que determinarão a sentença. Colloris (Ob. Cit., 2004) acredita que em geral, há uma tendência em se classificar a mulher segundo seu histórico sexual, enquanto para o homem, a referência geralmente se respalda na predisposição para o trabalho.

Acreditamos que nem vítima, nem agressor deveriam ser classificados. Esse tipo de comportamento jurídico além de equivocado, Todavia, acreditar que o agressor é patologicamente perturbado, e não um homem trabalhador, economicamente estabilizado e sem antecedentes criminais e que a vítima fez por onde merecer ou que não se encaixa nos padrões sociais esperados fortalece a nossa crença em um mundo justo e consequentemente a segurança da qual precisamos para continuar nossa existência. Desta forma, a ação delitiva pertence ao agressor doente e faz parte do seu mundo, não do mundo dos normais, e o crime terá sempre uma justificativa que excluirá as pessoas decentes do seu alvo.

Nesta linha de pensamento, pessoas das camadas sociais privilegiadas não poderiam ser autores de crimes como este, e vítimas e

agressores * seriam selecionados segundo comportamentos e personalidades. Se assim fosse, os valores cujas decisões judiciais iriam proteger seriam moralidade, virgindade, honestidade, casamento, trabalho, residência fixa, e não justiça, liberdade individual, social e sexual da mulher.

5. Relatos da Pesquisa de Campo

A pesquisa documental que comprova empiricamente nossas hipóteses acima levantadas e ilustra a realidade discriminatória, foi realizada na 16ª Vara de Execuções Penais da comarca de Maceió. A pesquisa foi realizada no período de setembro a novembro de 2006 e um total de 15 processos criminais, sendo analisadas 15 sentenças criminais. A pesquisa foi realizada sob o método qualitativo e os processos foram selecionados por sorteio, evitando a influência da subjetividade da pesquisadora nesta escolha. Todavia, o número de casos é pequeno e não representativo, e embora os resultados confirmem a literatura sobre o assunto, nossas hipóteses não poderão ser comprovadas estatisticamente. Esta pesquisa então tem o papel fundamental de contribuir para a sociedade, trazendo indicativos que demonstram uma realidade discriminatória, e quem sabe tentar motivar a criação de políticas públicas que permitirão reverter este quadro.

Para a organização das informações coletadas através da leitura das sentenças, usamos um formulário padrão onde certos dados foram coletados, tais como a sociobiografia da vítima e do agressor (faixa etária, raça/cor, escolaridade), tipo de relacionamento entre vítima e agressor, antecedentes criminais, além de informações mais específicas como a frequência com que as vítimas procuram o Instituto Médico Legal para fazer o exame de conjunção carnal e o resultado destes exames, dados do crime e pena aplicada.

Entretanto, o foco desta pesquisa foram as considerações feitas pelos juízes no momento da composição e aplicação da pena nos casos de condenação pelo crime de estupro.

6. Resultado das Análises das Sentenças: Como Decidem Nossos Juízes?

Apesar de acreditarmos que as decisões deveriam partir de critérios de neutralidade e objetividade, segundo os estudos realizados

há uma tendência a se julgar a partir de requisitos que não pertencem ao crime praticado.

A prática jurídica nos casos de crimes sexuais envolvendo mulheres adultas mostra através das decisões judiciais quais comportamentos darão ou não credibilidade aos depoimentos de vítimas e agressores na elucidação do crime.

Dentre os casos analisados, as condenações configuram maioria, como demonstra o Gráfico 1, todavia, em geral as penas aplicadas foram baixas, em regra aplicadas na pena base, somente sendo aumentadas em caso de concurso de crimes, como por exemplo, com homicídio, como se pode observar do Gráfico 2.

Gráfico 1. Resultado da Sentença

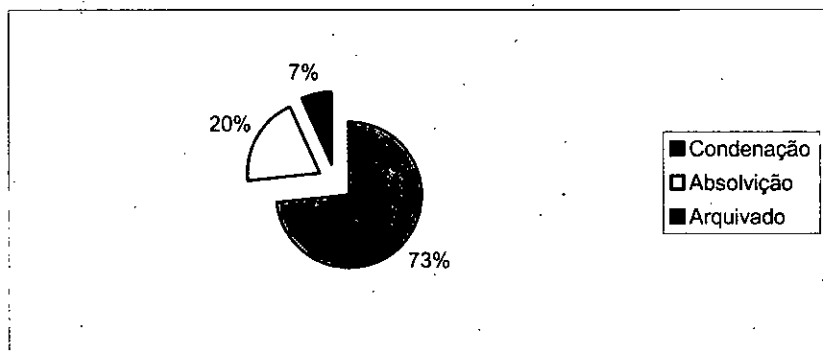
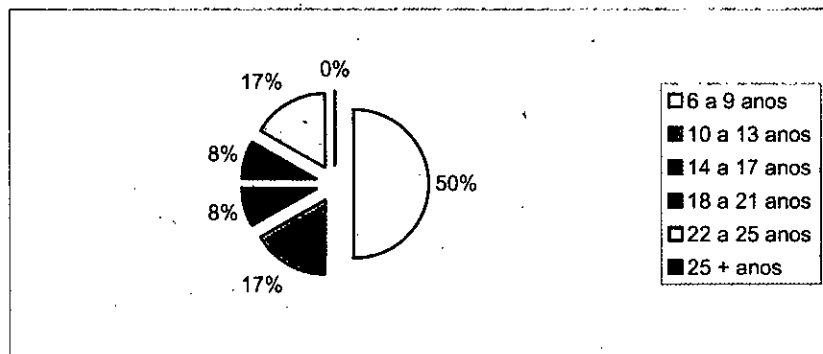


Gráfico 2. Pena Aplicada



Observamos também que o exame de conjunção carnal não é prova cabal, visto que a comprovação da violência não tem uma relação direta causal com o exame, o que se constata com os resultados dos Gráficos 3 e 4.

Gráfico 3. Houve Exame de Conjunção Carnal?

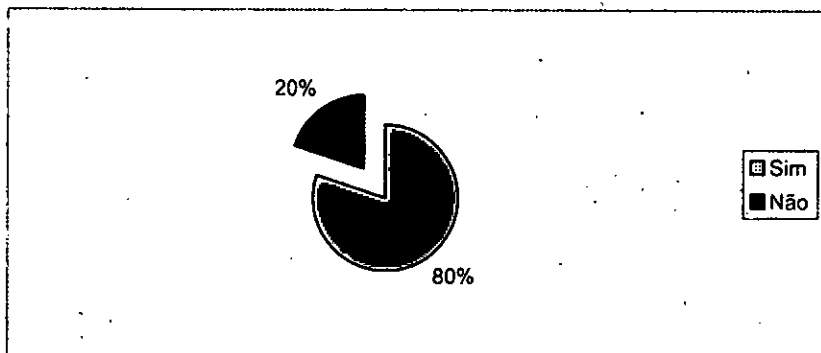
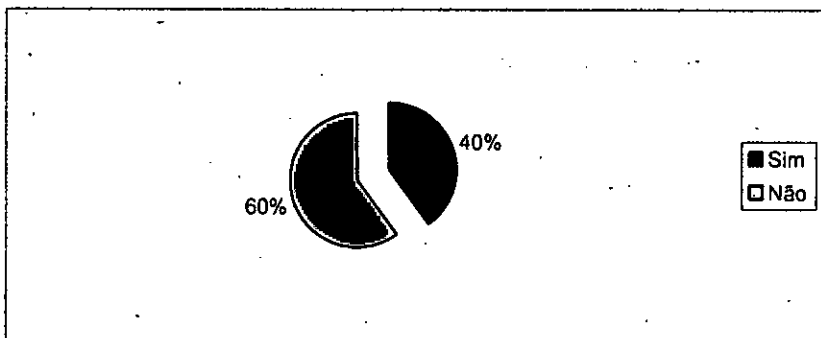


Gráfico 4. O Exame Atesta a Violência?



A violência pode então ser comprovada por outros fatores todavia, é extremamente difícil confirmar se houve relação forçada, sem a presença de lesões aparentes. Também não há como se atestar a relação sexual se a mulher for adulta e não virgem.

O médico legista pode até detectar a presença de esperma e atestar se houve uma relação sexual recente ou não, mas não há como saber se a relação foi ou não consentida e muito menos se identificar o agressor, pois não se pode provar se o material colhido da conjunção

carnal corresponde ao suspeito. A comprovação somente se daria através do exame de DNA, mas não dispomos desta facilidade no departamento de investigação do estado.

Quanto aos dados sócio-biográficos da vítima e do agressor, poucos aspectos foram levados em consideração. Por exemplo, nos casos em que o agressor tinha antecedentes criminais, sua conduta era então tida como “reprovável”, ou então o juiz se referia a sua “alta periculosidade perante a sociedade”. Em um dos casos de estupro entre pai biológico e filha, embora o depoimento do agressor e vítima tenham sido claros e suficientes para atestar que houve o crime, o juiz qualificou o agressor como “réu de boa conduta social, mas de personalidade deturpada”. Todavia, durante o processo não restou comprovada perturbação ou distúrbio mental do agressor, nem tendo sido o exame de insanidade mental solicitado. Seria uma conjectura meramente subjetiva do juiz dada a observação do comportamento do envolvido no decorrer do processo, ou uma tendência natural a identificar o estuprador como um maniaco desequilibrado?

Constatamos ainda que os advogados de defesa tentam de todas as maneiras desmerecer a vítima e desqualificá-la como tendente a fantasiar ou mesmo como pessoa portadora de distúrbios psicológicos.

Estes advogados pedem exames para traçar o perfil psicológico das vítimas, no intuito de demonstrar que estas têm problemas mentais. Os juízes por sua vez acataram somente em 20% dos casos.

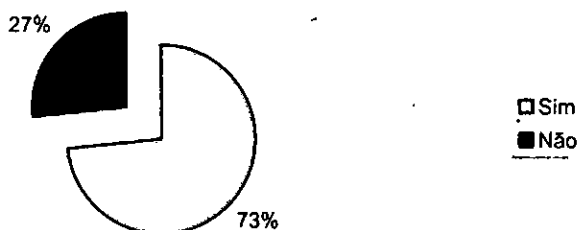
Em outros momentos, a defesa no desenfreado exercício de seus poderes para inocentar o réu, fez referência ao comportamento da vítima de maneira extremamente desrespeitosa. “A defesa alegou que a vítima não era virgem e estava bêbada, junto com o réu de modo a contribuir com o desfecho fatal.”⁷

É importante frisar que na maioria dos casos, os envolvidos já se conheciam anteriormente, cerca de 73% dos casos, como se pode observar do Gráfico 5, desmistificando assim, a clássica imagem do estuprador que violenta aquela mulher que passa com roupas provocantes numa rua escura. Mesmo com essa constatação, alguns

⁷ As citações que seguem neste item foram copiadas *ipsi literis* das próprias sentenças analisadas.

juizes ainda se referem à vida anterior da vítima, classificando-a como “liberal” ou de “bons costumes”.

Gráfico 5. Havia Relação Anterior Entre Vítima e Agressor?



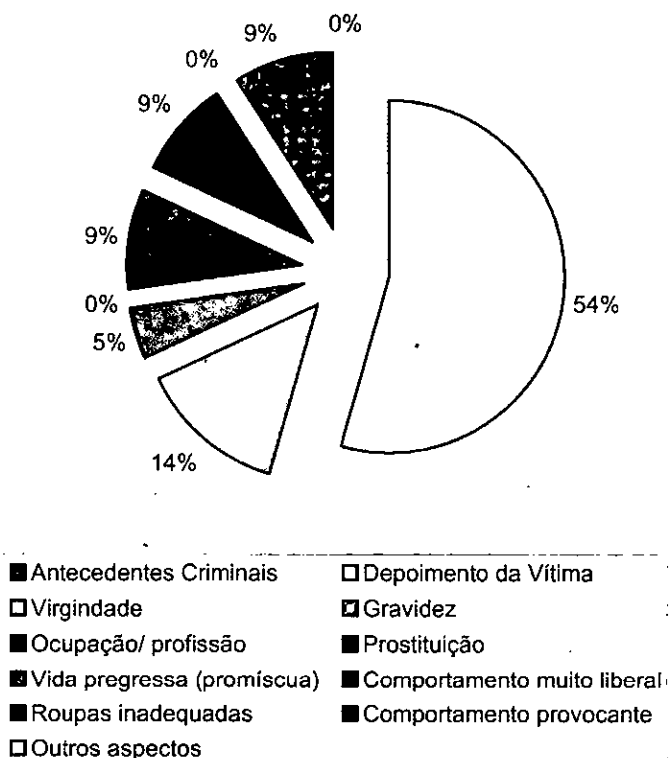
Observamos ainda casos onde envolvidos pertencem a mesma família. Isso nos parece ainda mais delicado, pelo fato da convivência doméstica. A violência e os traumas são muito mais duradouros e ainda há maiores dificuldades em se denunciar o agressor, uma vez que há várias relações implícitas e de difícil conciliação, sem contar com as ameaças e a pressão que a vítima sofre quando resolve levar o processo adiante. Se o crime de estupro fosse realmente motivado com frequência por uma suposta provocação da vítima, como se explicar ou mensurar provocação em caso de estupro envolvendo membros da mesma família?

Apesar da palavra da vítima ser de valor imprescindível nos processos, pois o estupro é um crime de difícil verificação, o depoimento da vítima muitas vezes não é sequer mencionada pelo juiz. Contrariamente, considerações sobre o discurso da vítima em cerca de 54% das sentenças analisadas (Gráfico 6) podem muitas vezes ser usadas em desfavor da própria depoente ofendida.

Nos processos que a palavra da vítima foi levada em consideração para a condenação do agressor, houve requisitos que juntamente com seu discurso constituíram ponto em seu favor. “O juiz entende que o depoimento da vítima foi imprescindível, houve riqueza

de detalhes sem contradição... A vítima foi coerente em todo o processo, polícia, juízo e parecer psicológico, diferentemente da defesa...”.

Gráfico 6. Considerações Feitas Pelo Juiz na Aplicação da Pena – Quanto à Vítima



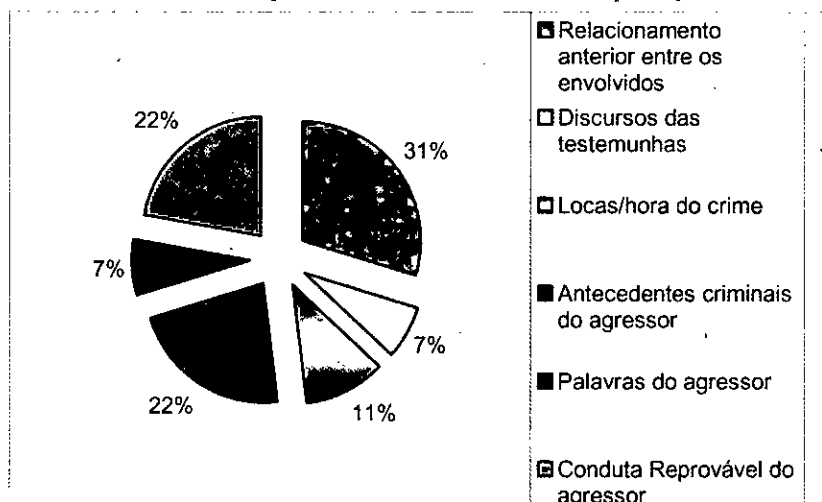
Com isso pode-se concluir que há espaço para que a vítima use do seu discurso como meio para buscar a punição de seu ofensor, todavia não resta dúvida que sua fala deve ser repleta de certeza e linearidade, desconsiderando as emoções traumáticas que advém da violência, para

assim poder constituir a confiabilidade desejada pelos juízes para atestar o acontecimento do crime e sua autoria.

A virgindade também é um fato importante para a composição das sentenças proferidas pelos juízes alagoanos. “Não resta dúvidas, vez que a vítima era virgem na ocorrência do delito”. Nesse caso, a pena foi maior e constatamos também uma certa indignação por parte do juiz que proferiu a sentença. A virgindade da vítima foi o elemento de comprovação do crime e influenciou profundamente a decisão judicial e a quantidade da pena.

Os Gráficos 6 (acima) e 7 demonstram claramente quais os requisitos usados pelos juízes para aplicação da pena no crime de estupro.

Gráfico 7. Considerações Feitas Pelo Juiz na Aplicação da Pena



O comportamento da vítima e do agressor é mencionado na maioria das vezes de forma direta ou indireta, contribuindo para um juízo de valor para aplicação da pena. Em 100% das decisões analisadas, houve menção expressa ao comportamento da vítima nas sentenças. “O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito.” Em outro trecho: “o comportamento da vítima não facilitou e nem incentivou a ação do agente”. Em uma das sentenças, o juiz fez clara referência a conduta da vítima e a dicotomia entre as mulheres honestas e de bons costumes e as outras de atitudes liberais.

Em outra sentença analisada, o juiz entendeu que o crime foi cometido com requintes de barbaridades e desrespeito a pessoa da vítima; o agressor abusou de sua confiança para torturá-la e violentá-la com toda a sorte de mecanismos brutais. Ainda assim, o juiz se refere à vítima desta forma: “Quanto ao comportamento da vítima: trata-se de mulher maior de idade, simples, solteira, mas não é uma mulher de programa”. Diante disso, imaginamos como seria o tratamento desta vítima caso fosse uma mulher de programa. Será que o juiz aplicaria uma pena diferente, apesar da crueldade do crime? Ou excluiria o agressor da penalidade, vez que o comportamento profissional da vítima contribuiu para a prática do crime?

Outro ponto interessante foi a referência às mulheres “honestas”. Estas, ao longo da sentença eram muito mais respeitadas e o crime era tido como muito mais brutal. Isso nos faz crer que os juízes não se aтем somente aos fatos jurídicos, mas fazem uma análise sobre as mulheres, classificando-as como merecedoras ou não da agressão sofrida. “Autorizo a condenação com o discurso da vítima, quando se cuida de pessoa honesta e de bons costumes...”. Neste caso, o discurso da vítima foi totalmente confiável devido a idoneidade e boa conduta da mulher agredida.

As sentenças analisadas demonstraram que de fato há uma valoração diferenciada e que apesar do tratamento sensível e humanitário em alguns casos para com a vítima, ou apesar da aplicação de penas adequadas e proporcionais ao crime em outros casos, fica claro no processo de valoração feito pelos juízes, a análise do comportamento da mulher vítima de crime sexual e seu caráter discriminatório. E esta análise está refletida nas decisões, as vezes de forma direta, outras vezes de forma indireta.

O que vimos foi um tratamento diferenciado para as que foram classificadas como virgens ou honestas, em detrimento das que foram qualificadas como solteiras, e outras como mulheres de programa. Os elementos colhidos ao longo deste estudo demonstram que as vítimas mulheres que buscam o sistema de justiça criminal passam muitas vezes por uma dupla vitimização, fruto do tratamento omissivo, desrespeitoso e banalizado que ela recebe por parte de alguns operadores do direito.

Ainda que haja um entendimento no sentido da condenação, as mulheres são discriminadas, estereotipadas e classificadas segundo seu

comportamento e o modo como vivem, assim como produtos nas prateleiras de um supermercado.

7. Conclusão: Desmistificando Conceitos

A riqueza desta pesquisa, ainda que em número não representativo, está basicamente não no que ela comprova, mas no que ela desconstrói. Por exemplo, é comum pensar que o estupro é um crime praticado por desconhecidos, no meio da rua, e que a vítima é a mulher liberal que é atacada as altas horas. Observamos, todavia que o estupro é um crime heterogêneo e que acontece com todo o tipo de vítimas sendo inclusive seus agressores pessoas “normais” que fazem parte de todas as camadas sociais.

Observamos ainda que os juízes, apesar do dever da neutralidade e imparcialidade, como todos seres humanos, possuem seus valores e convicções e acabam utilizando-os no exercício da sua profissão, reproduzindo a violência de gênero e promovendo a vitimização secundária.

Restou evidente também que a prova material do crime de estupro ainda é vista como meio de prova essencial, e que o discurso da vítima somente poderá servir como meio de prova que fundamente uma condenação caso esta seja reconhecida como vítima ideal, ou a mulher honesta e idônea.

Finalmente, entendemos que o sistema judicial tem a função de amparar quem foi vitimizado. Não podemos deixar que este mecanismo de defesa seja comparado a uma *via crucis*, onde somente os mais insistentes, resistentes ou aqueles que contam com um apoio social e psicológico externo, consigam ir até o fim do processo. Entendemos ainda que analisar o comportamento da vítima não traz ao processo dados concretos que possam elucidar o crime ou atenuar a violência. Do contrário, esta análise produz mais violência.

A liberdade foi garantida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento internacional ratificado pelo Brasil. O mesmo direito a liberdade, está positivado na Constituição Federal de 1988. Todavia parece que a liberdade que as mulheres exercem é um tanto quanto vigiada, senão repreendida oportunamente em caso de crime, atribuindo-lhe, por exemplo, a culpa pela sua própria vitimização. O preconceito de gênero continua arraigado no

comportamento, no consciente e inconsciente de homens e mulheres que aceitam discursos como “ela provocou”, “ela bem que mereceu”, “quem manda sair sozinha”, e que suprimem diariamente direitos fundamentais que foram conquistados e garantidos a tão duras penas. E ainda, estes pensamentos influenciam decisões judiciais.

Mas porque nossos juízes se reportam à ponderações subjetivas, e no nosso entendimento, irrelevantes? Pois é mais fácil buscar no indivíduo a culpa dos males da sociedade, portanto, atribuindo responsabilidade seja ao desequilíbrio patológico do acusado, seja ao comportamento da vítima. Assim, justifica-se o evento, atribuindo a culpa ao outro, e mantendo a segurança necessária e a certeza de que o mundo é justo.

É a partir desta necessidade da crença em um mundo justo que estereótipos sociais e comportamentais são criados e que a finalidade da justiça criminal, qual seja o retorno da harmonia social fica comprometida.

As pessoas que cometem delitos devem, portanto, ser responsabilizados por seus atos, sofrendo a sanção adequada pelo crime que cometeram e não devido ao seu comportamento, ainda que a vítima seja mulher de rua, sem perspectivas, e que o agressor seja um homem de carreira promissora.

O que se espera da justiça é que atenda as necessidades sociais buscando a paz e o equilíbrio pra se viver harmonicamente. Analisando o comportamento da vítima e justificando nela o acontecimento do crime, juízes deixam de operar suas funções com base nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e igualdade, além de reproduzirem violência e contribuírem para o descrédito numa justiça isonômica que deveria garantir a liberdade de todo cidadão - homem, mulher, ou andrógono.

A ATRIBUIÇÃO DE NOMES DE “PESSOAS VIVAS” A LOGRADOUROS E OBRAS PÚBLICAS

Marcus Rômulo Maia de Mello

Promotor de Justiça em Alagoas. Titular da 3ª Promotoria Coletiva da Fazenda Pública Municipal da Capital. Pós-graduado em Direito Público pela UFAL. Professor do CCJUR. Ex-professor de Direito Administrativo da UFAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O porquê do “batismo de logradouros e obras públicas. 3. A finalidade das regras proibitivas. 4. A norma proibitiva em face do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. O exame da regra proibitiva em face da sucessão de leis no tempo. 6. A solução do “nó górdio”. 7. O aspecto abstrato da vedação à promoção pessoal o princípio da impessoalidade. 8. Conclusões.

1. Introdução

A Lei Federal nº 6.454 de 24.10.1977 já preconizava, in verbis:

Art. 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

Art. 2º É igualmente vedada a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadoras de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública Direta ou Indireta.

Art. 3º As proibições constantes desta Lei são aplicáveis às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais.

Art. 4º A infração ao disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis a perda do cargo ou função pública que exercerem, e, no caso do art. 3º, a suspensão da subvenção ou auxílio.

Acontece que os militares, sem saber como combater esse mau vzeo dos políticos, mandaram às favas o conselho de Jellinek e proibiram toda e qualquer homenagem a pessoas, só aos mortos, ao estilo da caserna, abatendo pardais com canhões.

A sobredita lei foi dirigida precisamente à União, como deixa claro o artigo. 1º. Ainda que assim não fosse, a norma foi produzida em período de exceção democrática, quando a força centrípeta da União Federal encontrou seu apogeu, eclipsando os demais entes da federação. Hodiernamente rendemos homenagem aos preceitos federativos entalhados no art. 1º, caput, e especialmente no art. 18 da Magna Carta, os quais conferem autonomia política e administrativa aos membros da federação e, portanto, esta lei só poderia ser aplicada à União.

Doutro modo, **aceitar que uma lei federal pudesse coibir Estados e Municípios de atribuir nomes de pessoas vivas a seus prédios, obras, ruas, logradouros públicos ou a quaisquer bens públicos seria admitir uma indevida intromissão de um ente da federação sobre os demais.**

Alguns fazem alusão ao art. 3º da sobredita lei, que estende seus efeitos às entidades que recebam subvenção federal, como referência à extensão da proibição a Estados e Municípios. Nada mais equivocado. Tal preceito jamais se aplicaria a outros entes federados, sob pena de violação ao princípio federativo. Deve-se interpretá-lo nos exatos limites impostos pelo art. 1º (União e suas entidades da administração indireta) e às entidades privadas que recebam subvenção social, jamais às entidades estaduais e municipais.

Ainda que incorrêssemos em ledó engano e considerássemos o citado dispositivo como sendo aplicável às entidades municipais e estaduais, em homenagem ao princípio federativo e à sua autonomia o que haveria de ocorrer no caso em que um ente estadual ou municipal desobedecesse à citada proibição? Intervenção federal? Não! No máximo, o município ou Estado deixaria de receber subvenções federais – transferências voluntárias, que fique claro, e não as constitucionais como o FPE e FPM – e só.

De qualquer forma, interessa-nos, em particular, o art. 1º da assaz citada lei nº 6.454, que veda atribuir nome de pessoa viva a bem público. Esse dispositivo legal gerou crias em vários Estados e Municípios.

Em Maceió a Lei Ordinária nº 3.185, de 13 de janeiro de 1984, proibiu a atribuição de nome de pessoa viva a bens públicos. Posteriormente, essa lei municipal foi revogada pela Lei Ordinária Municipal nº 4.750, de 07 de outubro de 1998, que não dispôs a

respeito, ficando, dessarte, permitida a atribuição de nome de pessoas vivas a bens públicos. Posteriormente, a Lei nº 5.354, de 16 de janeiro de 2004, denominada Código de Edificações e Urbanismo, em seu art. 167, Parágrafo Único, alínea "a", vedou a atribuição de nomes de pessoas vivas a bens públicos. A precitada lei foi revogada pela Lei Municipal nº 5.593, de 08 de fevereiro de 2007, que instituiu o novo Código de Edificações e Urbanismo do Município de Maceió, cujo art. 85, I, dispôs, in verbis:

Art. 85. Na denominação dos logradouros públicos, inclusive pontes, vias e obras de arte integrantes do sistema viário urbano, é proibido:

a) adotar nomes pertinentes a pessoas vivas; (...)

Acerca do supracitado dispositivo legal, é o mais recente e, realmente, veda peremptoriamente a atribuição de nome de pessoas vivas a logradouros públicos, vias públicas e, pasmem, até obras de arte. Esse tipo de norma proibitiva tem se repetido nos Códigos de Edificação e Urbanismo de vários Municípios, bem como em normas estaduais ditas moralizantes. Acontece que os entes estatais têm sido useiros e vezeiros em desobedecer a uma limitação que eles mesmos se impuseram e amiúde têm atribuído a prédios e obras públicas nomes de pessoas mais do que vivas.

2. O porquê do "batismo" de logradouros e obras públicas.

O "batismo" de ruas, logradouros, avenidas e obras públicas serve como ponto de referência ou localização para os transeuntes. Todavia, essa não é a única razão, pois os algarismos numéricos e romanos são igualmente úteis para esse fim, embora demasiadamente desenhabidos¹. Mas os nomes da fauna e da flora² ou de eventos³ e personagens históricos⁴ servem bem a esse propósito, com o detalhe de conferir certo charme ao local.

¹ À exceção da 5th Avenue, em Nova Iorque.

² Animais característicos da nossa fauna já serviram, inclusive, para adornar as nossas cédulas monetárias.

³ Não há uma grande cidade que não possua uma Praça da Independência, por exemplo.

⁴ É o caso da Avenida Charles De Gaulle, Avenida Tiradentes.

Houve uma época em que era comum batizar logradouros públicos com nomes indígenas. A linguagem Tupi-Guarani batizou os Estados do Pará, que significa “rio”, Paraíba, que quer dizer “rio imprestável pra navegação” e a bela e histórica cidade de Araxá, em Minas Gerais, que traduzindo quer dizer “donde primeiro se avista o sol”. Mas mesmo as palavras de origem indígena têm suas limitações de diversidade, fonética e sonoridade e, por que não dizer, de significado. Assim, a palavra Anhangüera, que dá nome a uma rodovia e a um parque em São Paulo, é de origem Tupi-Guarani e significa “diabo velho”. Anhangabaú quer dizer “vale do diabo”. O que os moradores da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, diriam caso soubessem que tijuca significa “atoleiro, líquido podre”?⁵ Temos, ainda, Ipanema – rio ruim, água sem peixes – e a bela praia de Jatiúca, nome de origem Tupi que, traduzindo, quer dizer “carrapato”⁶.

Essa profusão de nomes indígenas, eventos e personagens históricos em logradouros públicos é mais que um simples marco geográfico ou ponto de referência, serve, também, ao propósito de homenagear. O enaltecimento de nossas raízes culturais (indígena, folclórica, colonialista), o viés ufanista com que atamos eventos históricos a logradouros públicos ou honramos personagens históricos batizando locais com seu nome revela, inequivocamente, a intenção de se prestar uma homenagem. Esse mesmo impulso leva-nos a homenagear personagens que, se não são propriamente históricos, também são ilustres.

3. A finalidade das regras proibitivas.

Preocupa-se a sociedade que as oportunidades que os cargos públicos oferecem sejam utilizadas casuisticamente, algo que desagrade a gregos e troianos. A alguns honestamente desagrade que o façam à custa do erário, a outros, adotando a versão cambiante de Ortega y Gasset que diz “eu sou eu e minhas circunstâncias”, embora não sejam de todo contra, vendo como remotas as chances de receber igual honraria, regozijam-se em proibi-las em favor de quem quer que seja.

⁵ BRANO, Maurício Castelo. O massacre dos índios Kaingang no oeste paulista, 2004. Disponível em:

<<http://www.marcaoabc.jor.br/marcaoabc/Portugues>> Acesso em: 29.10.2008.

⁶ <http://www.maceiotour.com.br/praias_jatiuca.asp> Acesso em: 29.10.2008.

Contando com tamanha unanimidade foram erigidos princípios e regras foram criadas visando à solução do problema. Cite-se o princípio da isonomia, entalhado no art. 37, caput, da Constituição Federal e a vedação da promoção pessoal nos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos (art. 37, §1º, CF).

As leis que proíbem que se atribuam a prédios e logradouros públicos nomes de "pessoas vivas" têm esse viés de garantir a impessoalidade nas relações administrativas, evitando que a liturgia do cargo seja palco delouvaminhos para quem não o merece⁷. O receio não é vão. A liturgia dos altos cargos públicos sempre foi palco de acepipes, salamaleques, versos e prosas, sempre rendeu ensejos a tributos e vassalagens, além de oportunidades para promoção pessoal.

Outra razão para se proibir esse tipo de homenagem aos vivos é que sua biografia ainda está sendo construída. Um deslize futuro que a macule pode transformar a homenagem em fonte de dissabor e constrangimento. A homenagem póstuma teria a vantagem de que a biografia do finado está concluída, evitando esse tipo de mal estar.

4. A norma proibitiva em face do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Normas desse jaez, que proíbem atribuir nome de pessoa viva a bem público, padecem de inquestionável inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou a questão. Na **ADI 307-1/CE**, em que se questionava, dentre outros, o artigo 20, inciso V, da Constituição do Estado do Ceará, o qual vedava a atribuição de nome de "pessoas vivas" a prédios e logradouros públicos municipais, argumentou-se que o citado preceito **violaria a autonomia municipal**.

⁷ Não é de hoje que isso ocorre, é emblemático que Clístenes, o fundador da democracia em Atenas, tenha tenha morrido sem honrarias e os atenienses adornaram o centro da *Ágora* com uma enorme escultura em bronze de Harmódios e Aristogêiton, retratados como fundadores da liberdade. Na verdade, o ato heróico desses amantes foi matar pelas costas o tirano Hiparco que havia tentado separar o casal para seu próprio proveito. Cf. **HOLLAND, Tom. Fogo Persa: o primeiro império mundial e a batalha do ocidente**. Rio de Janeiro: Record, 2008, *passim*.

Por ocasião do julgamento, o Pretório Excelso decidiu que as Constituições Estaduais podem conter as citadas normas sem que isso viole a autonomia dos seus Municípios. Concordamos. Não vislumbramos interferência na autonomia municipal quando uma Constituição Estadual impõe aos municípios situados em seu território que estes observem preceitos que rendam homenagens ao princípio da impessoalidade diferentemente do que ocorria se semelhante proibição constasse em legislação federal sobre a matéria, como querem fazer crer os que enxergam dessa forma a Lei Federal nº 6.454/77.

Lamentavelmente, e talvez em razão da quantidade de dispositivos questionados, o caso em epígrafe não recebeu a merecida atenção. O ponto nodal não era nem nunca foi a violação à autonomia dos entes municipais, mas a violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de semelhante proibição. Esse tema, infelizmente, passou ao largo e não foi discutido sequer *obiter dicta*, como argumento de persuasão. Perdeu-se uma grande oportunidade de aprofundá-lo, momento porque a Suprema Corte, no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, não está limitada pelos argumentos tecidos na inicial.

A origem do princípio da razoabilidade remonta à Magna Carta inglesa de 1215, mas encontrou ambiente profícuo nos julgamentos da Suprema Corte estadunidense com o devido processo legal substantivo, menos preocupado com a forma e mais com conteúdo do ato. A respeito dele aduziu Nelson Nery Júnior⁸:

A origem do *substantive due process* teve lugar, justamente, com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Daí decorre a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for razoável, isto é, não seja a *Law of the land* é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Compensa a leitura de trecho da obra de José Sérgio da Silva Cristóvam sobre a origem da máxima da razoabilidade, *in verbis*:

⁸ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 1997, p. 28.

A doutrina estadunidense do *substantive due process* começou a ser delineada no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. Pode-se dizer que, em um primeiro momento, a máxima da razoabilidade teve um cunho eminentemente liberal, um meio de diminuir a interferência do Poder Público nos negócios privados. Posteriormente, no Governo do Presidente Franklin Roosevelt, em meados de 1930, sua aplicação sofreu sensível declínio, em face do aumento do intervencionismo estatal na economia e abdicação pela Suprema Corte, cedendo a pressões do Governo, no exame do mérito das normas de cunho econômico. Finalmente, em um terceiro momento, ascendeu como garantia constitucional aos direitos individuais, instrumento de controle dos atos arbitrários e injustos praticados pelo Legislativo e pela Administração Pública.⁹

Analisando o papel preponderante do princípio da razoabilidade, hodiernamente, na defesa dos direitos individuais contra a arbitrariedade estatal, não deixa de ser curioso que sua origem esteja ligada à tutela do *liberalismo econômico*¹⁰.

Nascido sob a influência do *jus naturalismo* dos ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos, o princípio da razoabilidade tem um viés focado no sentido de equidade e justiça. Essa característica lhe confere um caráter vago e fluído, o que dificulta sobremaneira a sua aferição, sujeita a intempéries culturais, morais, pessoais e temporais.

⁹ **Colisões entre princípios constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e argumentação jurídica.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 200

¹⁰ Embora a aplicação desse princípio tenha um espectro mais amplo em sua terceira fase, esse papel de defesa da liberdade econômica ainda existe. Basta recordar o julgamento da **ADI nº 855-2/93**, pelo STF, que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.248/93, do Estado do Paraná. Esta lei obrigava a pesagem do Gás Liquefeito de Petróleo – GLP no momento da venda. Seu propósito era evitar que o consumidor fosse lesado, adquirindo botijões com quantidade do produto menor do que a oferecida. A medida, no entanto, obrigava os comerciantes a acoplarem balanças aos caminhões de venda, causando um ônus excessivo aos comerciantes, já que a má conservação das ruas, os declives e aclives naturais e o próprio sacolejar do veículo terminavam por descalibrar a balança, inviabilizando a pesagem adequada. O mais coerente seria que os botijões fossem pesados na saída do depósito e na presença de um fiscal.

Trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, mais fácil de intuir do que de justificar, propriamente. Uma regra que deriva do bom senso¹¹.

Inúmeros autores defendem que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são sinônimos. Para alguns, o segundo não é senão uma faceta do primeiro¹², enquanto para outros o primeiro é que é uma faceta do segundo¹³. A identidade entre ambos é defendida pelo Supremo Tribunal Federal e a própria noção ordinária das elocuições “proporcionalidade” e “razoabilidade” favorecem a sinonímia.

Todavia, as raízes desses institutos são distintas e o modo como se desenvolveram também. O princípio da proporcionalidade surgiu do direito constitucional alemão, consagrado pela atuação de sua Corte Constitucional. Com um pendor natural para analisar e sistematizar tudo, aquele brilhante povo não só concebeu o princípio, mas todo um processo de análise para se chegar a uma conclusão se determinada lei ou ato ofenderia ou não à proporcionalidade. Esse arcabouço teórico fez com que o princípio da proporcionalidade fosse mais exato em relação ao errático princípio da razoabilidade.

Sua aferição é baseada em três máximas independentes que devem ser atendidas para que um ato ou uma lei não sejam considerados ofensivos a ele. Na **máxima da adequação** deve-se indagar se *o meio escolhido é apropriado para alcançar a finalidade almejada*; a **máxima da necessidade** ou exigibilidade consiste em questionar se *a medida é indispensável ou se poderia ser substituída por outra igualmente idônea, mas menos gravosa*; finalmente, a **máxima da ponderação** avalia se *o meio utilizado é proporcional ao fim perseguido ou se impõe um gravame maior que o benefício que visa trazer*¹⁴.

¹¹ Só pra lembrar, acerca do *bom senso* já dizia Descartes em Discurso do Método: *O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo. Cada um imagina estar tão bem provido dele que até mesmo os mais difíceis de contentar em todas as outras coisas não costumam desejar mais do que o que têm.*

¹² Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 68.

¹³ Cf. José Sérgio da Silva Cristóvam. Ob. Cit., p. 196.

¹⁴ Cf. Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Em comum, é que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são **normas de segundo grau**, postulados normativos atuando como elemento para a solução das antinomias jurídicas e aferição da legitimidade de atos legislativos e administrativos¹⁵. Não há conflito entre os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e outros princípios constitucionais porque ambos são normas de segundo grau que informam a aplicação de regras e princípios propriamente ditos, seja servindo como veículo para solução de conflito aparente de princípios jurídicos, seja atuando como paradigma para aferição do abuso do direito de legislar ou administrar.

Considerando que a razoabilidade e a proporcionalidade são verdadeiros cânones das regras, a impedir o abuso legislativo, há que se perquirir: a regra que proíbe homenagem a pessoas (vivas!) vai ao encontro dessas máximas ou, contrariamente, de encontro a elas?

Em se tratando do princípio da razoabilidade, a frase que melhor se lhe aplica é a de Afonso Rodrigues Queiró, para quem o “fato de não se saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é”. A regra que proíbe essas homenagens não é razoável. A começar, a expressão “pessoas vivas” é redundante, já que basta estar vivo para ser pessoa e a personalidade civil termina com a morte da pessoa natural. Logo, proíbem-se homenagens a pessoas, sejamos precisos.

Segundo, o reconhecimento público é fator imprescindível à vida em sociedade. A vantagem da homenagem em vida é que o próprio homenageado irá desfrutá-la. Trata-se da verdadeira homenagem. A homenagem póstuma é oferecida à família do finado. É uma homenagem tardia, só recomendável quando o reconhecimento público vier a desoras. Mesmo o argumento dos perigos das homenagens em vida porque a biografia do homenageado ainda está sendo escrita é falacioso, pois muitas reputações têm sido desconstruídas por revisões históricas¹⁶.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. *Apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Ob. Cit., p. 193.

¹⁶ Só para citar, o livro de Jonh Cornwell, O Papa de Hitler, acusa o Papa Pio XII de ter colaborado com o regime nazista. A revista Veja, edição de 19 de novembro de 2008, traz uma reportagem de Leandro Narloch, O enigma de Zumbi, que aponta estudos históricos de que Zumbi dos Palmares possuía escravos.

A questão que se impõe é: *queremos uma sociedade que só rende homenagens aos mortos?* É razoável proibir homenagem a alguém cujo único pecado é respirar? Ordinariamente falando, é como se proibíssemos os bisturis por conta dos erros médicos ou, para usarmos um aforismo bastante popular, culpássemos a janela pelo retrato da paisagem. As restrições que o ordenamento impõe em prol de um bem comum têm legitimidade na exata proporção que essa proibição traga em relação ao benefício pretendido. Esse conceito é bem traduzido na célebre frase de Jelinek: “não se abatem pardais com canhões”. Se a intenção foi tomada em homenagem ao princípio da impessoalidade, o remédio foi demasiado amargo, pois a vedação traz insito o erro de não separar o “joio do trigo”, colocando todas as pessoas na mesma situação.

Dessarte há casos em que a homenagem é mais que justa e o reconhecimento é a forma encontrada para agradecer publicamente ao homenageado pelos serviços prestados à sociedade. Atribuir a um logradouro público o nome do festejado arquiteto Oscar Niemayer, Pelé ou o de Zilda Arns, fundadora da pastoral da criança, todos vivos, é mais uma homenagem ao logradouro do que propriamente ao homenageado. E que benefício poderia tirar o cantor e compositor João Gilberto com uma rua que fosse batizada em sua homenagem? Só para enfatizar, nem mesmo o 14º Dalai Lama¹⁷, prêmio Nobel da paz, hoje com 73 anos, poderia ter seu nome emprestado a uma praça ou escola pública porque ainda vive. Como se vê, há casos em que é o nome do homenageado que abrilhanta a homenagem e não o contrário. Em noutros o homenageado já prestou relevantes serviços à sociedade e, por não ser conhecido, a homenagem se presta a essa função. A proibição de homenagear pessoas vivas atinge a todos sem distinção.

Por outro lado, a proibição não atinge outros instrumentos igualmente eficazes como forma de burla à proibição de promoção pessoal. Partindo-se do mesmo princípio, teríamos de proibir também as comendas – todas oferecidas a pessoas “vivas”. As obras de arte que adornam as praças públicas não podem receber o nome de pessoas “vivas”, no entanto, o artista plástico ou escultor que a fez está vivo e o seu nome se beneficia daquela exposição pública! Até as medalhas de honra ao mérito teriam de ser banidas.

¹⁷ Apesar de que seu nome quase impronunciável, Tenzin Gyatso.

A norma, proibitiva tampouco sobrevive à análise da proporcionalidade. Partamos da primeira premissa, a da adequação: *o meio escolhido é apropriado para alcançar a finalidade almejada?* Evidente que sim, proibindo-se batizar prédios públicos com nomes de pessoas evita-se a utilização desse mecanismo para promoção pessoal, claro.

Evoluindo, sigamos com a máxima da necessidade: *a medida é indispensável ou poderia ser substituída por outra igualmente idônea, mas menos gravosa?* A resposta é não! A medida não é indispensável e poderia ser facilmente substituída por outra menos gravosa. Poder-se-ia proibir homenagens a agentes públicos, exceto quando aposentados, e a pessoas filiadas a associações, sindicatos ou partidos políticos. Poder-se-ia, inclusive, estabelecer um período de quarentena e estariam resolvidos, praticamente, todos os casos de mau uso dessas homenagens.

Finalmente, quanto à máxima da ponderação: *o meio utilizado é proporcional ao fim perseguido ou impõe um gravame maior que o benefício que visa trazer?* A proibição cria um gravame demasiadamente maior que o benefício que busca alcançar. É preferível correr-se o risco de homenagens injustas e oportunistas, combatendo o caso concreto, do que proibir que o Estado renda as justas homenagens a quem as merece enquanto estão vivas.

5. O exame da regra jurídica proibitiva em face da sucessão de leis no tempo

Ainda que considerássemos que a norma que proíbe se atribuir nomes de pessoas "vivas" a obras e logradouros públicos fosse constitucional, há um problema em relação a essas normas em face da sucessão de lei no tempo. Como havíamos dito¹⁸, a denominação de prédios públicos com nome de pessoas tem a intenção de prestar homenagens. Mas como conferir legitimidade à escolha. O referendo e o plebiscito suprem essa necessidade. Não obstante, seguindo a nossa democracia representativa ou indireta, o caminho natural para conferir legitimidade à escolha sempre foi através de lei. Com efeito, o parlamento goza de legitimidade conferida pelos cidadãos através de mandato. Por isso, essas homenagens são feitas através de lei ordinária.

¹⁸ Ver a respeito o capítulo 2.0 *supra*.

Ora, é princípio basilar do direito que uma lei é revogada por outra. Trata-se da sucessão de lei no tempo. Foi o que dispôs o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, in verbis:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (...)

Se uma lei ordinária que proíbe a atribuição de nome de pessoas vivas a logradouros públicos é sucedida por outra lei ordinária atribuindo um nome de pessoa viva a um logradouro público, lobriga-se que esta última derogou aquela e o fez tacitamente, por antinomia absoluta.

Dá-se a derrogação quando a lei permanece em vigor, mas alguns dispositivos são atingidos, perdendo o caráter de obrigatoriedade. É a chamada revogação parcial. Derrogação tácita ou indireta, assim entendida sempre que houver disposições incompatíveis entre si.

6. Solução do “nó górdio”

Isso não quer dizer que essas leis sejam imunes a quaisquer questionamentos judiciais. Ao contrário, estão sujeitas aos princípios, dentre eles o da impessoalidade, que autoriza o questionamento da constitucionalidade dessas leis sempre que o batismo de obras e logradouros com nome de pessoas desvirtue-se do seu intuito de prestar-lhes verdadeira homenagem e seja uma forma disfarçada de promoções, casuísmos, proselitismos e quejandos. Todavia, somente será possível aferir isso diante do caso concreto.

O instrumento adequado para se atacar leis em tese é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo efeito é erga omnes. É cediço que não cabe Ação Civil Pública como sucedâneo de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Há iterativas decisões do STF nesse sentido. O caso adiante é emblemático:

Agravo Reg. Em Agravo de Instrumento n 189.601-2 Goiás.

Relator: Min. Moreira Alves.

Agravante: Ministério Público Estadual.

Agravado: Município de Nerópolis e outro.

Ementa:

Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de

inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Magna Carta.

Agravo a que se nega provimento.

Poder-se-ia argumentar que não é possível ADIN contra ato normativo municipal em face da Constituição Federal, embora o princípio da impessoalidade encontre preceito idêntico nas Constituições Estaduais – no art. 42 da Constituição do Estado de Alagoas, por exemplo – e caiba Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Estadual, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público Estadual.

Não obstante, há iterativas decisões do Supremo Tribunal Federal admitindo ação civil pública quando a matéria constitucional for argüida de forma incidental e não como o próprio-mérito do processo. Nesse sentido:

Rcl 2.460-MC / RJ

O eminente Ministro CELSO DE MELLO decidiu, na Rcl 1.733/MC/SP:

"EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina." ("DJ" de 1º.12.2000).

Com a proficiência que lhe é peculiar, escreveu o eminente Ministro CELSO DE MELLO, *in verbis*:

"(...) É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento – que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (ARNOLDO WALD, 'Usos e abusos da Ação Civil Pública - Análise de sua Patologia', in Revista Forense, vol. 329/3-16; ARRUDA ALVIM, 'Ação Civil

Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação', p. 152-162, vários autores, Rcl 2.460-MC / RJ 1995, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, 'A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo', p. 115/116, item n. 7, 12. ed., 2000, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 565/567, item n. 9.1.4, 7. ed., 2000, Atlas; GILMAR FERREIRA MENDES, 'Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade', p. 396/403, item 6.4.2, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, 'Ação Civil Pública', p. 74/77, item n. 8, 2. ed., 1999, Lumen Juris, v.g.) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Ag 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. MOREIRA ALVES). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI ('O Inquérito Civil', p. 134, item n. 7, 2. ed., 2000, Saraiva):

'Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.' (grifei)

É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais - inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl 554-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 2.460-MC / RJ Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) - tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, como corretamente assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 722/139):

'Apresenta-se lesivo à ordem jurídica o ato de Município com menos de três mil habitantes, que, a pretexto de organizar a composição do legislativo, fixa em 11 o número de Vereadores, superando o mínimo de 9 previsto pelo art. 29, IV, a, da CF. Controle difuso ou incidental expressamente permitido (CF, arts. 97, 102, III, a, b, e c e parágrafo único, 42, X, 105, III, a, b e c). Ininvocabilidade de direito eleitoral adquirido.'

Principalmente, essas leis que batizam prédios e logradouros públicos são **leis de efeitos concretos**. Nesse caso, há um consenso de que as leis desprovidas de generalidade e abstração não são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade.

No julgamento da ADI nº 842-DF, o Rel. Min. Celso de Mello, aduziu, in verbis:

ATOS ESTATAIS DE EFEITOS CONCRETOS, AINDA QUE VEICULADOS EM TEXTO DE LEI FORMAL, NÃO SE EXPÕEM, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A AUSÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA NO CONTEÚDO DO PRECEITO LEGAL IMPUGNADO DESQUALIFICA-O ENQUANTO OBJETO JURIDICAMENTE INIDONEO - PARA O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONSTITUI SUCEDANEO DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL, DESTINADA, ESTA SIM, A PRESERVAR, EM FUNÇÃO DE SEU AMPLO ESPECTRO DE ATUAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL, A INTANGIBILIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A INTEGRIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 5. LXXIII).

É factível, portanto, a utilização de ação civil pública como instrumento de combate a leis que atribuírem a prédios e logradouros públicos nomes de pessoas em afronta ao princípio da impessoalidade, verificável diante do caso concreto.

No tocante a eventual **improbidade administrativa**, cremos não ser possível por se tratar de ato legislativo, modalidade de ato político, votado por edis eleitos para esse fim. Da mesma forma, não é possível responsabilizarmos o prefeito por ter sancionado o projeto de lei, primeiro porque, a nosso ver, a sanção, tanto quanto o veto, são atos da administração pública que se enquadram na modalidade de atos políticos, insuscetíveis de apreciação pelo poder judiciário. Segundo porque ofende o bom senso que um prefeito possa ser processado por

improbidade administrativa por ter sancionado um projeto de lei se o autor do projeto e aqueles que o aprovaram não podem.

Os precedentes judiciais não são favoráveis a ação por improbidade em casos que tais. Vejamos o julgamento de recurso especial em que foi relator o Min. José Delgado:

(STJ-194811) ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público" (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa". 2. ed., América Jurídica, p. 7 e 8).

2. "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional". Atlas, 2002, p. 2611).

3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.09.1999).

4. "A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJU de 24.05.2004, p. 162).

5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.

6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilícitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.

7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.

8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992.

9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.

10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.

11. Recurso especial provido.

(Recurso Especial nº 758639/PB (2005/0097394-9), 1ª Turma do STJ, Rel. José Delgado. j. 28.03.2006, unânime, DJ 15.05.2006).

7. O aspecto abstrato da vedação à promoção pessoal o princípio da impessoalidade

Dizer que as normas que proíbem que se batizem obras públicas com nome de pessoas além de revogadas pelas normas que assim procedem são, além de tudo, inconstitucionais, por ofensa aos princípios da razoabilidade e da impessoalidade, não significa que não haja instrumentos idôneos para combater o caso concreto em que esse instrumento seja desviado de sua finalidade.

O princípio da impessoalidade previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal vem a ser uma faceta do princípio da igualdade ou isonomia e pode ser observado sob dois enfoques. Num primeiro relaciona-se com a finalidade pública, que deve nortear toda a atividade administrativa. Assim, está vedada qualquer forma de favoritismo ou discriminação por parte da Administração, em benefício ou em prejuízo de particulares. A autoridade pública não pode utilizar de um instrumento que lhe foi conferido – o de escolher o nome de prédios e logradouros públicos – como forma de barganha, sinecura ou para interesses pessoais. Num outro enfoque, o princípio é uma intercorrência da Teoria do Órgão: os atos administrativos são imputáveis não ao agente que o pratica, mas ao órgão do qual faz parte. Disso decorrem alguns fatores, um deles a vedação de promoção pessoal de autoridades ou servidores que, *in casu*, não poderão atribuir seus nomes a prédios ou obras públicas.

Há alguns critérios razoáveis de aferição, vejamos: 1) A homenagem visa, apenas, promover a imagem do homenageado, trazer-lhe benefícios pessoais, caso em que deverá ser proibida; 2) O homenageado tem seus méritos, mas tirará proveito pessoal da homenagem, caso em que também deverá ser vedada; 3) O

homenageado é um desconhecido e a homenagem decorre mais de uma necessidade particular ou mesmo um capricho pessoal da autoridade que decide homenageá-lo, caso em que também será vedada, em razão do casuísmo; 4) A homenagem é meritória, promoverá o nome do homenageado que, no entanto, dela não tirará outro proveito pessoal além da notoriedade que a homenagem traz; 5) A homenagem é meritória, mas, em razão de seu prestígio, o homenageado é maior que a homenagem mesma.

Se o homenageado, em virtude do cargo que ocupa, deveria ter recusado a homenagem é uma questão de foro íntimo. Se os deveres do cargo exigiam que ele recusasse a homenagem é algo que diz respeito à esfera administrativa, a ser solucionado pelos órgãos competentes. O que nos parece evidente nisso tudo é que os questionamentos são mais frutos da escolha do homenageado que da legalidade da homenagem propriamente dita. Ditos questionamentos assomam quando os homenageados são personagens controversos da sociedade, mas quando há certo consenso em relação ao homenageado sua indicação é aceita tacitamente.

8. Conclusões

O preceito contido no artigo 1º da Lei Federal nº 6.454 de 24.10.1977, que proíbe que se atribua nome de “pessoas vivas” a bens e logradouros públicos só se aplica à União. Isso não impediu, porém, que preceitos idênticos fossem repetidos em leis estaduais e municipais, mormente nos códigos de urbanismos dos Municípios.

Faz parte de nosso costume batizar ruas, prédios e logradouros públicos com nomes indígenas, eventos e personagens históricos. A finalidade é facilitar a localização desses espaços públicos, mas também serve como forma de homenagem.

As normas que proíbem que se atribua nome de “pessoas vivas” a bens públicos, por sua vez, têm por fim prestigiar o princípio da impessoalidade, evitando-se a promoção pessoal e as homenagens espúrias, justificadas por interesses particulares, pois a liturgia dos cargos públicos favorece esses tipos delouvaminhos. Outra razão para se proibir esse tipo de homenagem é o fato de que a biografia do homenageado vivo ainda está sendo construída, de modo que desaires de qualquer tipo podem trazer constrangimento.

A proibição em tela viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A começar porque a própria vedação traz insita uma redundância, já que para ser "pessoa" é necessário que se esteja "vivo", pois a personalidade civil termina com a morte. Logo, a proibição é que se homenageiem pessoas, só se admitindo a homenagem póstuma.

Proibir homenagens a pessoas não é razoável, sobretudo quando existem diversos outros modos de veneração hodiernamente admitidos, a exemplo das comendas e medalhas de honra ao mérito, que, a rigor, partindo-se da mesma premissa, teriam de ser banidas, intensificando a iniquidade. A questão é que tipo de sociedade nós queremos construir proibindo quaisquer homenagens a quem vive – no sentido de "ter vida" – a pretexto de evitar a conduta do muito vivo – este no sentido de matreiro, espertalhão.

Dessarte há casos em que a homenagem é mais que justa e noutros a figura do homenageado é maior que a própria homenagem, figurado naquelas hipóteses em que é o homenageado que empresta brilho a homenagem. Outrossim, o fato de a biografia do homenageado vivo ainda estar sendo escrita não constitui óbice. Modernamente, mesmo a morte não é garantia de fossilização de virtude, de que são exemplos as constantes revisões históricas e biografias póstumas, a desconstruir personalidades antes inatacáveis.

Mesmo sob a égide do princípio da proporcionalidade a sobredita proibição também padece de vício. Sob a ótica da *máxima da adequação*, realmente a medida é eficiente, no sentido de garantir-se a impessoalidade. Afinal, proíbe-se a homenagem a quaisquer pessoas. Segundo a *máxima da necessidade*, porém, a medida é excessiva, podendo-se alcançar resultado semelhante com a adoção de proibições menos gravosas. Finalmente, segundo a *máxima da ponderação*, a medida é demasiado gravosa em relação aos benefícios que visa alcançar, pois é preferível correr-se o risco de homenagens injustas a proibir que o Estado renda as justas homenagens a quem as merece enquanto estão vivas.

Por fim, ditas normas proibitivas fenecem diante de um conflito de leis no tempo, pois são leis ordinárias e, ordinariamente, as homenagens também são atribuídas através de leis ordinárias, de sorte que, havendo incompatibilidade entre ambas, incide o artigo 2º, §1º, da

Lei de Introdução ao Código Civil para derrogar a primeira, no ponto em que consta a vedação.

O ideal é que haja uma norma contendo vedações razoáveis a esse tipo de homenagem. Poder-se-ia proibir, a título de ilustração, homenagem a agentes públicos, exceto quando aposentados, e a pessoas filiadas a associações, sindicatos ou partidos políticos, estabelecendo-se, inclusive, uma quarentena.

Na ausência de tal lei, há que se analisar o caso concreto em cotejo com o princípio da impessoalidade, a fim de se aferir se houve ofensa a este último. O instrumento para combater os excessos é a ação civil pública, cuja arguição de inconstitucionalidade do ato normativo haverá de ser proposta pela via incidental, com pedido de condenação em obrigação de fazer, retirando-se a referida homenagem. A homenagem, como tal, pode ser atacada, mesmo quando aprovada pela câmara, por se tratar de lei de efeitos concretos concreto.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA COMARCA DE MACEIÓ

Silvana de Almeida Abreu

Promotora de Justiça. Especialista em Processo Constitucional e em Ciências Criminais pela UFAL.

Karina Barbosa Franco

Advogada. Professora da Faculdade Raimundo Marinho. Assessora de Procurador de Justiça. Especialista em Ciências Criminais pela UFAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A criação dos Juizados Especiais Criminais: breve histórico. 3. A Lei 9.099 como forma de tratamento informal e consensual. 4. O Instituto da Transação Penal. 4.1 O espaço consensual na transação penal. 4.2 Transação Penal: conceito e requisitos. 4.3 Transação Penal: faculdade do Ministério Público ou direito subjetivo do autor do fato? 4.4 Transação Penal e Ação Penal Privada. 4.5 Natureza Jurídica da decisão de transação penal e as consequências do seu descumprimento. 5. Os Juizados Especiais Criminais na Comarca de Maceió. 5.1 A evolução da competência dos Jecrim na Comarca de Maceió. 5.2 Dados estatísticos da Transação Penal entre os anos de 2001 a 2008 em Maceió. 6. Conclusão.

1. Introdução

Nas teorias políticas que surgiram junto com a formação dos grandes Estados, desde Maquiavel até os grandes teóricos alemães do direito público, a característica fundamental do Estado é o domínio, manifestado por meio da titularidade e do exercício do poder legislativo, ou seja, do poder de tomar decisões coletivas que submetam toda a sociedade, sendo capaz de impô-las com o uso da força¹.

Tal visão baseia-se fundamentalmente na contraposição entre a lei e o contrato, sendo que a lei representa um poder vertical de cima para baixo, enquanto o contrato representa um poder horizontal, entre iguais. Deste modo, afirma-se a primazia da lei sobre o contrato, do direito público sobre o direito privado.

¹ BOBBIO, Norberto. **O Filósofo e a Política: Antologia**. Trad. César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 284.

O Estado constitucional moderno pode ser também visto com esta característica, enquanto conjunto de órgãos de criação, aplicação e cumprimento de leis. Ocorre a despersonalização do poder do Estado, que passa a fundar sua legitimidade em racionalidade legal, caracterizado pelo controle centralizado dos meios de coerção e assim detém o monopólio da violência legítima, adotando formas racionais e previsíveis de instauração de processos e de punição pela prática de atos previamente definidos como crimes ².

Ocorre que a complexidade da sociedade urbana atual, plural, mais diversificada culturalmente e menos fragmentada por lógicas hierárquicas de distinção social, trouxe ao Estado excessivas responsabilidades político-administrativas que resultaram no final do século XX em crise de legitimidade da ordem baseada em discurso jurídico esvaziado, diante de algumas premissas da racionalidade legal desgastada, em face da concentração de expectativas no âmbito do poder executivo e dos recursos limitados de que dispunha para garantir a estabilidade social e a acumulação de capital ³.

Com o limite entre Estado e sociedade civil mais difuso, cresceu a influência de forças sociais, auxiliada pela pressão midiática sobre as políticas governamentais e as decisões judiciais contrárias à estrita observância de normas processuais e legais que não mais representavam suas necessidades, obrigando o Estado, para manter sua legitimidade, a buscar alternativas à mera racionalidade jurídico-legal (AZEVEDO, Op. Cit, p. 98).

O fato é que o enfraquecimento dos mecanismos de controle comunitário (informal) sobre os comportamentos desviantes devido ao

² “Todo crime é, sociologicamente, político, pois o que define uma ação como criminal é um conjunto de dispositivos eminentemente políticos: pacto, constituição, código penal, código processual penal, aparato policial, administração pública, poder judiciário, penitenciárias. Todo o prisioneiro é um prisioneiro político. Mas sua ação, criminalizada, não é necessariamente uma ação política, apenas produz efeitos políticos.” Cf. MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Estudos de sociologia do crime e da violência urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24.

³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Informalização da Justiça e Controle Social: Estudo Sociológico da Implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.48.

fenômeno ocorrido, exacerbou determinados focos de conflito antes encobertos por hierarquias tradicionais de poder, e a crescente sensação de desordem pela opinião pública pressionou o Estado a restaurar a ordem, através do sistema penal, mesmo em conflitos privados⁴.

No âmbito do sistema penal, a função racional do Estado sobre a demanda social de punição cede lugar a uma resposta simultaneamente funcional e garantista⁵.

De um lado, assegura-se o modelo clássico de princípios para o núcleo dos delitos, visando reduzir o aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança existentes nos grandes centros urbanos.

De outro, a propósito das novas demandas dirigidas ao direito penal, aceitando a flexibilização dos critérios de incriminação e dos

⁴ A partir dos estudos do *labelling*, começou a ser identificada a regularidade nas características das pessoas e condutas que chegam ao sistema de justiça penal e nas que permanecem na cifra oculta. Foram identificados mecanismos de seleção que fazem com que o sistema de justiça penal, a cada etapa do processo de criminalização, recrute alguns e exclua outros - efeito funil. Os mecanismos de controle informais e formais obedecem a critérios seletivos que induzem a que haja uma regularidade entre os que são imunizados e os que recebem etiqueta de criminosos (BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: de presunção de inocência à antecipação de pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 75).

⁵ Pode-se resumir em três grupos as teorias que se dedicam a explicar a missão do direito penal. Todas elas fazem referência direta ou indireta ao bem jurídico como alvo de sua proteção. A partir de Hans Welzel, afirma-se que a missão do direito penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade. Para Günther Jakobs, a missão do Direito Penal é a manutenção da identidade social por meio do reconhecimento das expectativas sociais depositadas na norma vigente (normativismo funcional). Por fim, a corrente majoritária (Winfried Hassemer) defende que a missão exclusiva do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos frente à lesão ou perigo de lesão (AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 158-165).

princípios político-criminais, buscou-se proporcionar uma tutela mais eficiente por meio de sanções alternativas⁶.

Deste modo, nos anos 80 e 90, a simbólica Justiça Penal⁷, junto ao excessivo volume de processos que já tramitavam nas varas criminais, passou a aceitar uma nova demanda. Esta, somada ao aumento da criminalidade urbana violenta, que gerava uma forte demanda por políticas criminais mais duras, colocou o Poder Judiciário no centro de um complexo problema de controle social. Sobrecarregado de trabalho, o Poder sofria as consequências de natureza funcional e econômica da situação.

Em meio à crise, que desgastava ainda mais o moroso e dispendioso Poder Judiciário aos olhos da população, as novas estratégias de controle social incorporaram a contribuição dos estudos sociológicos⁸ e antropológicos que tiveram por objeto o sistema

⁶ Cabe aqui distinguir penas alternativas de medidas alternativas. As primeiras são espécies de sanções legais que servem para substituir a pena restritiva de direito de liberdade. As segundas destinam-se a solucionar o problema criminal, sem a imposição de qualquer tipo de pena (CUNHA JUNIOR Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 425).

⁷ O Direito Penal assenta-se no binômio crime-castigo. Sua eficácia, enquanto veículo de controle social institucionalizado atrela-se à inevitabilidade da punição. Abstraído o pressuposto de sua efetividade, deságua-se no chamado *simbolismo*, em que setores do sistema criminal passam a ostentar feição meramente decorativa. Para Paixão a criminalização como elemento da cultura pública é mais relevante como representação simbólica de uma ordem mítica do que como instrumento de discussão de comportamentos. Seu papel é político – ela confere legitimidade à autoridade que a formula – o legislativo e o judiciário – reafirmando cerimoniosamente a crença na soberania popular como fundamento da ordem democrática (PAIXÃO, Antônio Luiz. Crime, controle social e consolidação da democracia: As metáforas da cidadania. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNEL, Guilherme. (Org.) **A democracia no Brasil: Dilemas e perspectivas**. São Paulo: Vértice, RT, 1988, p. 184).

⁸ O interesse dos estudos criminológicos e em especial da sociologia criminal integracionista desloca-se da criminalidade para os processos de criminalização. “O direcionamento da questão criminal para os processos de criminalização é forçado pela análise materialista dialética, que lançou mão do instrumental marxista para compreender até que ponto a velha criminologia positivista e seus distintos objetos de conhecimento transmitiam uma visão ideologizada da criminalidade, e como o direito penal era o principal irradiador de ideologias sobre todo o sistema de controle penal” (cf. AZEVEDO, 2000, p. 91).

jurídico. Nesse ambiente surgiram, junto à tradicional administração da justiça, mecanismos de resolução de conflitos por conduto de instituições mais ágeis, menos onerosas, de modo a maximizar o acesso à Justiça e a dirimir conflitos por meio da conciliação. Essa realidade imposta pelos movimentos sociais, aliada à necessidade de reabilitar a credibilidade do Poder Judiciário, teve como paliativo, em meados da década de 80, a implantação dos Juizados de Pequenas Causas⁹ e posteriormente, em 1995, também sob o influxo das reivindicações da Sociologia, da Criminologia e da Vitimologia¹⁰ e cumprindo determinação constitucional (Constituição Federal de 1988, art. 98, I), o **modelo consensual criminal** brasileiro foi introduzido pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro, sendo um dos mais audaciosos programas político-criminais contemporâneos e está em perfeita harmonia com os postulados sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 29 de novembro de 1985, pela Resolução 40/34¹¹.

Já de início a Lei 9.099, fundada nos princípios da oportunidade regradada, da autonomia da vontade e da desnecessidade da prisão trouxe impacto positivo na justiça penal, tornando 30% dos crimes definidos pelo Código Penal em crimes de menor potencial ofensivo.

⁹ A Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984, em seu artigo 3º, considerava pequenas causas somente aquelas que: a) versavam sobre direito patrimonial; b) tinham valor inferior a 20 salários mínimos à data do ajuizamento e; c) tivessem por objeto alguma das hipóteses taxativamente previstas em seu texto (condenação em dinheiro; condenação à entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços; e a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes). Era necessária a soma dos três requisitos e não tratava de matéria criminal.

¹⁰ O modelo restaurador da Vitimologia não reivindica vingança, corte das garantias do acusado e muito menos um modelo mercantilista de Justiça Penal. Busca uma Justiça mais comunicativa e resolutiva, com a ampliação das consequências jurídico-penais como a reparação de danos e prestações sociais do infrator, seja em favor da vítima, seja em favor da comunidade (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 831).

¹¹ MOLINA, Antonio; GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 497.

Resgatou com a conciliação, a valorização da vítima, dando-lhe o papel ativo e dinâmico do modelo integrador, não só quanto à satisfação do dano, mas quanto à sua justa satisfação, não necessariamente na forma pecuniária, melhorando as atitudes desta última em relação ao infrator e ao sistema legal e permitindo que as partes percebam e formulem soluções próprias para o conflito.

Ao disciplinar quatro medidas despenalizadoras, tornou possível a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, por meio do instituto da transação penal, rompendo o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*. Também possibilitou a aplicação da pena sem discutir a questão da punibilidade/culpabilidade¹².

Esse estudo constata, por conduto de pesquisa doutrinária e de dados empíricos, que o garantismo e a funcionalidade do instituto da transação penal, traduzem-se em números significativos na prestação jurisdicional nos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) da Comarca de Maceió.

2. A criação dos Juizados Especiais Criminais: breve histórico

Uma importante providência adotada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) para viabilizar o acesso à justiça consensual na área criminal foi a previsão da criação de Juizados Especiais, no seu art. 98. Para que fosse cumprida a norma constitucional, uma vez que só a União compete legislar em matéria penal (art. 22, I, CF/88), era necessária lei federal que regulamentasse a norma constitucional.

Seguindo a tendência rumo à deformalização do processo e à deformalização das controvérsias penais¹³, tratando-as sempre que possível pelos meios alternativos que conciliassem as partes e que os procedimentos fossem marcados pela celeridade e oralidade para tornar a justiça penal menos burocratizada, projetos de lei foram apresentados à Câmara dos Deputados, objetivando regulamentar a norma constitucional.

Assim, logo após a promulgação da Constituição, dois anteprojetos visando à regulamentação da norma constitucional foram apresentados e

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 41.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.) **Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)**. São Paulo: RT, 1985, p. 179.

cuidavam da parte penal dos juizados especiais. O primeiro, de autoria do Deputado Michel Temer, tinha como fonte estudos inicialmente realizados pelos juízes paulistas Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antonio Marques da Silva¹⁴. A justificativa baseava-se na necessidade de implantação dos Juizados Criminais para a resolução de conflitos penais, através da desburocratização e simplificação da justiça, por serem tais conflitos resolvidos cada vez mais por mecanismos informais e que as vítimas desejavam mais a compensação pelos danos causados pela ação delituosa do que a própria sanção estatal.¹⁵

O segundo, de autoria do Deputado Manoel Moreira, baseado nas sugestões da Associação Paulista de Magistrados, teve como justificativa a ideia de que o aumento da criminalidade violenta impunha ao aparato burocrático relegar ao segundo plano uma grande quantidade de pequenas infrações penais. Diante da necessidade de se trabalhar com processos que retratavam crimes mais graves e que, como tais infrações não poderiam ficar impunes, o legislador constituinte, sensível a tais preocupações, previu os juizados especiais como forma de tornar mais efetiva e rápida a prestação jurisdicional¹⁶.

Enquanto tramitava o Projeto de Lei do Deputado Michel Temer, o Deputado Nelson Jobim apresentou Projeto de Lei em separado, que tinha como base estudo elaborado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por grupo coordenado pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior¹⁷, ao tempo em que outros projetos eram oferecidos na Câmara dos Deputados.

¹⁴ Esses juízes suscitaram a organização de um grupo de trabalho composto pelos juízes Antonio Carlos Viana Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves, a quem se juntaram os professores da Universidade de São Paulo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (GRINOVER *et al*, 2005, p. 39).

¹⁵ Projeto de Lei n. 1.480/89, publicado no Diário do Congresso Nacional, 26 de junho de 1990, p. 7809.

¹⁶ Projeto de Lei n. 1.708/89, publicado no Diário do Congresso Nacional, 10 de julho de 1990, p. 8431.

¹⁷ Projeto de Lei n. 3.689/89, publicado no Diário do Congresso Nacional, 10 de julho de 1990, p. 8437.

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel selecionou o Projeto Michel Temer, no âmbito penal, e o Projeto Nelson Jobim, na parte cível, procedendo à sua unificação através de um Substitutivo que deixou intactos os dois Projetos. Aprovado e encaminhado ao Senado o Substitutivo, este foi relatado na Comissão de Constituição e Justiça, pelo Senador Paulo Bisol, que elaborou um Substitutivo, em poucos artigos, deixando toda matéria para ser regulada em leis estaduais e omitindo o tratamento da transação e de seus efeitos penais (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 39-40).

O Projeto de Lei 91/89 voltou à discussão na Câmara dos Deputados em agosto de 1995, quando o Relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel manteve o Substitutivo aprovado na Câmara, afastando o do Senadô, que aprovado, definitivamente resultou na promulgação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, conhecida como a Lei dos Juizados Especiais.

Como tudo que é novo, a Lei 9.099 teve grande repercussão em todo território nacional e causou grande polêmica no ambiente criminal, especialmente por parte daqueles que estavam acostumados com o *hard control*, adequado ao Estado repressivo, dando vida ao *soft control*, compatível com o Estado de Direito Democrático, implementando a solução consensuada no caso concreto, por meio de processo.

3. A Lei 9.099 como forma de tratamento informal e consensual

A política criminal para os crimes denominados de menor potencial ofensivo, ante a atual concepção da Justiça Criminal, é que os autores de lesões a bens jurídicos só podem ser submetidos à pena quando esta for absolutamente necessária à ordem na vida em sociedade. A incriminação, por conseguinte, não pode alcançar fatos que estejam exclusivamente na ordem moral, nem em situações que, embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa.

Essa realidade imposta pelos movimentos sociais, aliada à necessidade de reabilitar a credibilidade do Poder Judiciário, teve como paliativo, em meados da década de 80, a implantação dos Juizados de Pequenas Causas. Já em 1995, também sob o influxo das reivindicações da Sociologia, da Criminologia e da Vitimologia, o **modelo consensual criminal** brasileiro foi introduzido pela Lei 9.099, sendo o mais audacioso programa político-criminal contemporâneo de modificação

estrutural do Poder Judiciário, a fim de adequá-lo a um perfil político-filosófico, voltado para a aproximação desse segmento do poder político com as camadas sociais mais sofridas, tendo em vista a satisfação dos jurisdicionados e está em harmonia com os postulados sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder (MOLINA, 2000, p. 497).

A Lei 9.099, em sua aparente simplicidade, significa uma verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, rompendo, segundo Molina, com a mentalidade repressiva da doutrina penal clássica, através da justiça criminal consensual e informal. Mantém no sistema penal os crimes considerados de menor potencial ofensivo¹⁸, utilizando-se de mecanismos informalizantes para o seu acesso e processamento.

A lavratura de termo circunstanciado de ocorrência (TC) retira da autoridade policial, a prerrogativa de selecionar os casos considerados mais relevantes, os quais resultavam ou no arquivamento da grande maioria dos pequenos delitos ou em acordos “de delegacia”, pois a mediação policial informal e arbitrária era frequentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima e do acusado.

Através dos princípios da informalidade, da celeridade, da oralidade, da simplicidade e da economia processual, os Jecrim proporcionam a mediação estatal de maneira a democratizar o acesso à Justiça. Sua implantação integra a lógica de informalização entendida como solução estatal de controle mais eficaz e menos oneroso à criminalidade. Subdivide o sistema penal em **dois subsistemas**: o **clássico**, chamado de espaço de conflito, que trata das infrações penais de maior potencial ofensivo, centrado na pena de prisão, e o **consensual**, que trata das infrações penais de pequeno e de médio potencial ofensivo, seguindo um novo **devido processo legal** - o

¹⁸ A Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006, cristalizou a orientação assentada na doutrina e na jurisprudência de que o aumento do âmbito da infração de menor potencial ofensivo realizado pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, dos Juizados Especiais Federais, aplicava-se à Justiça Estadual. Por isso, alteraram-se os artigos 61 da Lei 9.099 e 2º da Lei n. 10.259, para que houvesse sintonia entre as duas disposições ao definir a infração de menor potencial ofensivo, agora, declaradamente, infração que abrange as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

consensual - que contempla quatro medidas despenalizadoras, previstas na Lei 9.099: a conciliação civil (art. 74), a transação penal (art. 76), a representação para as lesões corporais leves e culposas (art. 88) e a suspensão condicional do processo (art. 89).¹⁹

Assim, diante da prática de contravenção penal ou crime, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, submete à justiça consensual as partes envolvidas no conflito a três fases sucessivas e prejudiciais uma em relação à outra. A primeira fase, a conciliação, tem como importância a redescoberta e a valorização da vítima como sujeito de direito, já que suporta a vitimização primária, que ocorre no momento do delito e, sobretudo, a secundária, quando entra em contato com o sistema. Tem ela agora em suas mãos a seletividade do sistema, antes exercida pela autoridade policial, que escolhia os casos merecedores de investigação, comumente os crimes mais graves²⁰.

Na composição civil, é proposta indenização à vítima com o intuito de apagar os efeitos do fato típico contra si praticado. Esta fase exclui a tradicional política criminal praticada pelo Estado de impedir que no processo criminal possa ser solucionada a questão civil quanto à reparação do dano - clara demonstração de cunho retributivo - que tinha como única forma de permitir satisfação do dano em processo criminal na restituição à vítima da coisa apreendida que lhe fora retirada pelo autor do crime. No caso de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação da vítima, o acordo entre as partes acarreta renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, parágrafo único).

Concluída a primeira fase, tratando-se de ação penal pública incondicionada ou queixa-crime, é proposta a transação penal, manifestação de solidariedade orgânica, na qual o promotor de justiça

¹⁹ ANDRADE, Lédio Rosa. **O que é o direito alternativo**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1998, p. 403.

²⁰ Dentre as características que marcam o ato, duas são reivindicadas pela Vitimologia: que o ato seja comunicativo e resolutivo. Próxima ao autor do fato, a vítima não apenas pode resolver a questão civil quanto à reparação do dano, como pode trocar impressões, externar seus pontos de vista em diálogo positivo (justiça restauradora). Facilita o diálogo à reconciliação entre o autor do fato e a vítima e com isso, facilita sua reinserção social (MOLINA, 2000, p.72).

propõe ao autor do fato sobre sua concordância em lhe ser imposta pena imediata de multa ou restritiva de direitos, em troca da não formalização de denúncia (art. 76, § 2º, inc. I, II, III)²¹ Aceitando o autor do fato a proposta, não reconhece sua culpa, tampouco perde sua primariedade. A anotação no registro criminal apenas impede nova transação no prazo de cinco anos. A punibilidade extingue-se com o cumprimento do acordo, caso contrário, inicia-se efetivamente o processo penal.

Por fim, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor o *sursis processual* – suspensão condicional da pena - desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os seus requisitos autorizadores (art. 89).

Esse ato bilateral, informal e oral é fruto do princípio processual da oportunidade que, cumprido, resultará na declaração da extinção do processo, sem qualquer outra formalidade que não seja de ordem material. Vale ressaltar que o ato de aceitação é personalíssimo, porque tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do acusado em assumir as responsabilidades de seu ato, e voluntário porque o acusado tem que saber a natureza exata da suspensão, seus efeitos e consequências, especialmente quanto ao não exercício de direitos constitucionais, tais como o direito à prova, ao duplo grau de jurisdição, ao contraditório e à ampla defesa.

Críticas ácidas são feitas aos Jecrim, sob o argumento de que contraria o devido processo legal, notadamente no que diz respeito ao brocardo *nulla poena sine iudicio*. Para Gomes, é preocupante a precária

²¹ Para Émile Durkheim, os fatos sociais são consequência da divisão do trabalho social e conforme o tipo de sociedade, assim aparece a forma de integração social por ele chamada de solidariedade, que se divide em mecânica e orgânica. A mecânica, original, caracteriza a sociedade segmentária, onde o direito se faz acompanhar de sanções repressivas, implicando em censura infligida pelo grupo (Direito Penal). A orgânica caracteriza a sociedade onde o direito se faz acompanhar de sanções restitutivas, corrigindo o ato desviado e/ou anulando-lhe os efeitos (CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia do Direito: Fundamentos de Sociologia Geral; Sociologia Aplicada ao Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.191).

qualidade que se nota em muitos processos consensuais, em termos de respeito às garantias mínimas penais e processuais, mesmo sendo incontáveis as vantagens do sistema consensual²². Críticas outras são dirigidas aos defensores e promotores de justiça, sugestivas de que negociam o significado legal do ato e pressionam o acusado a aceitar acordo ou a declarar-se culpado de acusação menor, viabilizando por um lado, a justiça tipo *linha-de-montagem*²³ e por outro, dando uma noção perversa de justiça, com a criminalização das classes populares. Ainda como crítica aos Jecrim, tem-se a proposta de pena sem constatação de culpabilidade, servindo os mesmos ao objetivo de reduzir o número de ações sob a responsabilidade dos Juízes e Promotores de Justiça, traduzindo visão utilitarista, que transforma eventuais mazelas político-sociais em preceitos legais, deixando de lado o tema da paz pública²⁴. Somado a esse entendimento, Reale Júnior aponta ofensas aos princípios da inocência e do dogma da *nulla poena sine iudicio*, uma vez que se permite um juízo antecipado de culpabilidade, sem sequer ter havido a propositura de ação penal²⁵.

Estes pensamentos resultam da equivocada compreensão do sistema interpretativo proposto pela Lei 9.099. Quando o Ministério

²² Dentre suas críticas, destacam-se a inobservância dos critérios interpretativos da insignificância e adequação social, que levam à atipicidade; a realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos; a desconsideração das garantias inerentes à imputação objetiva e subjetiva; o absurdo de se formular a proposta de transação penal sem a mínima descrição do fato típico cometido; a não participação do juiz na discussão da transação penal e a desconsideração do princípio de ofensividade. Cf. GOMES, Luiz Flávio. Juizados criminais: esplendor ou ocaso? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.8, n.89, abril, 2000, p.1.

²³ O dilema representado pela sobrecarga dos processos, por um lado, e pelos requisitos do *due process*, por outro, é resolvido por um conjunto de mecanismos coercitivos que pressionam o acusado a se declarar culpado, evitando os custos operacionais do julgamento, numa caricatura burocrática dos formalismos legais (PAIXÃO, 1988, p. 181-185).

²⁴ FERIGATO NETO, Silvio. *Processo justo, processo ágil e a atual função utilitarista dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso: 01 fev. 2009.

²⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMB, Antônio S. de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27-28.

Público apresenta em juízo a proposta de transação penal, não há aplicação de sanção penal, uma vez que o juiz não impõe pena restritiva de direitos, senão medida alternativa²⁶ infligida como condição para a despenalização da conduta ilícita. Em outras palavras, o promotor de justiça terá que, oralmente, como na denúncia, descrever e atribuir ao autuado conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo e no espaço. Deverá, quanto à tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo, segundo definição legal, ou seja, na proposta encontra-se embutida uma acusação penal.

A Lei 9.099 está cercada de garantias constitucionais. Nenhuma medida despenalizadora pode ser aplicada sem o consentimento do autor do fato, que está sempre acompanhado de assistência jurídica, enquanto exerce a autonomia de sua vontade. O fenômeno processual, entendido desta forma, facilita a compreensão de como o juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo autor do fato. Não há violação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o atual devido processo legal.

4 O instituto da transação penal

4.1. O espaço consensual na transação penal

Antes de abordar a transação penal propriamente dita, convém distinguir o *espaço de consenso*, onde a mesma se situa, do *espaço de conflito*. O primeiro volta-se à ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, no uso voluntariamente restrito de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais

²⁶ A medida alternativa despenaliza a conduta e impõe o encerramento do processo sem aplicação de pena. Seis são as características que a distingue da pena alternativa: 1) não é pena; 2) não pressupõe a declaração de culpa do agente; 3) de regra é consensuada, pois depende da proposta do Ministério Público e aceitação do autor do fato; 4) tem como escopo despenalizar a conduta atípica; 5) o juiz a aplica por meio de sentença homologatória ou declaratória constitutiva do direito à despenalização; e 6) não gera efeito criminal ou civil, exceto para impedir nova transação pelo prazo de cinco anos (SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 431-432).

como o da igualdade de oportunidades, o da presunção de inocência, o da verdade real, o de ampla defesa, contraditório. O espaço de conflito, por sua vez, está marcado pela contrariedade e antagonismo, assim como pelo estrito respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, podendo-se enumerar, v.g., o de presunção de inocência, o processo estrito, o da verdade material, contraditório, ampla defesa, recursos, etc.²⁷

Em outras palavras, o espaço de consenso resolve o conflito penal mediante **conciliação**, transação, negociação ou mediação, ao passo que o espaço de conflito não admite qualquer forma de acordo, exigindo o clássico devido processo penal. Nessa linha de pensamento, o modelo consensual de justiça criminal está inserido no espaço de consenso, que se fundamenta em três princípios, a saber: 1) princípio da oportunidade regradada ou princípio da obrigatoriedade mitigada; 2) princípio da autonomia da vontade²⁸ e 3) princípio da desnecessidade da pena de prisão²⁹.

Enquanto no direito adjetivo penal vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, previsto no art. 24 do Código de Processo Penal (CPP), nos crimes de menor potencial ofensivo e nas contravenções penais, o Ministério Público pode dispor da *persecutio criminis* para propor medida alternativa. Trata-se, como mencionado, de sistema que privilegia a vítima e busca a ressocialização do autor do fato delituoso, através de medidas alternativas, distintas da prisão. (MOLINA, GOMES, 2000, p. 480). Dessa forma, a Lei 9.099 mitiga o princípio da obrigatoriedade da

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, 1997, p. 30.

²⁸ A aceitação do autor do fato de solução conciliatória (transação penal) significa que a expressão da ampla defesa constitucionalmente garantida é respeitada no processo penal do Jecrim. Aceitar ou não a via consensual alternativa obviamente é estratégia da defesa, motivo pelo qual a lei estabelece que ambos, acusado e defensor, manifestem-se a respeito da mesma (MOLINA; GOMES, 2000, p. 487).

²⁹ Segundo esse princípio, ao invés de se executar a pena de curta duração, nefasta e desencadeadora de carreira criminal, melhor é fazer com que o autor do fato cumpra certas condições, fora do cárcere, privilegiando direitos fundamentais como a dignidade, a não-estigmatização e ressocialização. (MOLINA; GOMES, 2000, p. 487-488).

ação penal, permitindo ao Ministério Público a proposta de transação penal, adotando o princípio da discricionariedade regrada, visando permitir a realização de política criminal mais eficaz (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 40).

Dentro do espaço de consenso, a conciliação é gênero que comporta duas espécies: a composição civil e a transação penal, previstas para as infrações de menor potencial ofensivo, definidas no art. 61 da Lei 9.099.

4.2. Transação Penal: conceito e requisitos.

A transação penal pode ser definida como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do juiz, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena alternativa consensualmente ajustada.³⁰

A transação penal não se identifica com os institutos do *guilty plea* (declarar-se culpado) e do *plea bargaining* do sistema americano, que pressupõem negociação envolvendo o reconhecimento de culpa pelo agente³¹. Nela, não há reconhecimento de culpa pelo autor do fato, pois a sanção é aplicada antes mesmo do oferecimento da denúncia, em audiência de conciliação. Deste modo, não perde o autor do fato sua primariedade e a anotação no registro criminal tem por finalidade impedir outra transação no prazo de 05 anos.³²

A proposta deve delimitar os fatos ensejadores da resposta estatal, contendo a classificação jurídica do fato e a pena no entendimento do órgão acusatório, a ser aplicada imediatamente, desde que haja aceitação do imputado.

É crucial salientar que a transação penal não é pena. É medida alternativa, pois permite ao juiz, por meio do processo, sem reconhecer a culpa do agente, solucionar, de forma negociada, o conflito penal, impondo, como condição, o cumprimento de

³⁰ SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75.

³¹ Nesse sentido: GRINOVER *et al.*, 2005, p. 48; FERNANDES, 2007, p. 233; SILVA JÚNIOR, 2008, p. 429. Em sentido contrário: GOMES, 1997, p. 617.

³² Art. 76, § 4º, Lei 9.099/95. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 233.

determinadas exigências que podem ser idênticas, ou não, às penas alternativas (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 406-407).

Essa distinção é necessária porque, no caso das medidas alternativas propriamente ditas, como a transação penal, cumpridas as exigências no prazo assinado, prolata-se sentença declaratória, determinando a extinção da punibilidade, como se crime nenhum tivesse sido praticado. Em outras palavras, o próprio processo é utilizado como instrumento de despenalizar a conduta do agente. Ao invés da lei, quem despenaliza é o processo; ao invés do legislador, o juiz (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 406-407).

Fazendo um corte epistemológico, traz-se à baila as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (*Regras de Tóquio*) editadas no 8º Congresso da ONU, denominadas em 14 de dezembro de 1990, pela Resolução 45/110, cujo objetivo foi estimular a criação, aplicação e execução de penas e medidas alternativas à prisão, devendo-se conceber a locução “medidas não privativas de liberdade”³³ em seu sentido lato, abrangente (GOMES; MOLINA, 2007, p. 825, v. 2).

Com as *Regras de Tóquio*, duas foram as metas a serem atingidas com as penas e medidas alternativas: redução da pena de prisão e ressocialização do infrator para evitar a reincidência. Seguindo essa tendência, a Lei 9.099 prevê a possibilidade de aplicação de várias medidas alternativas à prisão (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo), que favorecem a ressocialização do infrator, seja porque ele pode reconhecer “sua” vítima, seja porque ele participa da “escolha” da resposta estatal, seja enfim porque esta é aplicada de modo muito mais rápido que no sistema tradicional de Justiça Criminal (GOMES, MOLINA, 2007, p. 835, v.2).

Volando à transação penal, esta não viola os princípios do devido processo legal, haja vista a previsão constitucional do instituto

³³ Segundo Pinto, as Regras de Tóquio foram elaboradas considerando-se o aumento global da criminalidade e o fracasso dos diversos sistemas punitivos em preveni-la. Tais sistemas, em geral, fundam-se na malograda experiência da pena de prisão e as penas substitutivas ou alternativas, embora largamente difundidas, ainda não se efetivaram com eficiência. Disponível em: <http://teses.uffrj.br/IFCS_D/NalayneMendoncaPinto.pdf>. Acesso: 15 dez. 2008.

no art. 98, I, CF/88, da presunção de inocência, pois não se discute a culpabilidade do autor do fato e da ampla defesa, uma vez que a medida despenalizadora depende do consenso das partes.

Com a transação, há propriamente a despenalização da conduta por meio da utilização de medidas alternativas para a solução do processo, à evidência de que não há malferição às cláusulas do devido processo legal e da presunção de inocência ou de não culpabilidade (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 436). Com igual argumentação, diz Mirabete ³⁴ que a transação não viola o princípio do devido processo legal porque a própria Constituição Federal prevê o instituto, não obrigando a um processo formal, mas a um “procedimento oral e sumaríssimo” para o Juizado Especial Criminal e, nos termos da lei, estão presentes as garantias constitucionais de assistência de advogado, de ampla defesa, consistente na obrigatoriedade do consenso e na possibilidade de não aceitação da transação. Trata-se da possibilidade de uma tática de defesa concedida ao autor do fato. Não se viola o princípio da presunção de inocência de não culpabilidade porque há uma aceitação por parte do interessado, que não implica confissão de culpa.

A transação penal possui natureza dupla por ser, ao mesmo tempo, instituto de Direito Processual Penal e Direito material; ao passo que está condicionada ao preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, consubstanciados nos incisos I, II e III do §2º do artigo 76 da Lei 9.099, também denominados impedientes, isto é, o autor do fato não pode ter sido condenado pela prática de crime com pena privativa de liberdade por sentença definitiva; não pode o agente ter se beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; e não possuir antecedentes, conduta social, personalidade, bem como motivos e circunstâncias do crime que indiquem a **necessidade e suficiência** da aplicação da medida.

Quanto ao último requisito, a necessidade e suficiência da medida nada mais indicam do que sua adequação ao caso concreto, por ser ela necessária – na medida em que não estimula a impunidade – e suficiente – no sentido de bastante. (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 163). Ademais, os requisitos não devem necessariamente concorrer, bastando a configuração

³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 80-81.

de qualquer um deles para impedir a proposta de transação e sua consequente homologação.

4.3. Transação Penal: faculdade do Ministério Público ou direito subjetivo do autor do fato?

O artigo 76 da Lei 9.099 suscitou polêmica doutrinária e jurisprudencial quanto à proposta de transação constituir-se poder-dever ou faculdade do Ministério Público. A primeira corrente doutrinária sustentou que a Lei 9.099 mitigou o princípio da obrigatoriedade, adotando o princípio da discricionariedade regrada, abrindo a possibilidade de, em determinadas hipóteses, o titular da ação penal dispor de certa discricionariedade não absoluta para propor a transação penal, caso o suposto autor do fato tivesse preenchido os requisitos legalmente estabelecidos.

O representante do Ministério Público, na análise do caso concreto, perquiria a necessidade e suficiência da medida. Todavia, para impedir abusos por parte do Promotor de Justiça, diante de recusa imotivada em oferecer a proposta, entendeu-se aplicar, por analogia, o mecanismo do artigo 28 do CPP, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, como forma de controle judicial, o qual poderia oferecer a proposta, designar outro Promotor para apresentá-la e insistindo em não formulá-la, deveria ser designada audiência para oferecimento de denúncia (art.77 da Lei 9.099).³⁵Várias foram as decisões das Cortes Superiores neste sentido.

BRASIL. STF. RE n. 468.161-7 - GO - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC n. 83.250 - SP- 1ª T. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - decisão 25.11.2004; STJ. REsp n. 539770 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Arnaldo da Fonseca - decisão 16.10.2003; REsp n. 187824- SP - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ 17.05.1999; REsp n. 181158 - SP; REsp n. 136834 - SP; RMS 8719 - MG; REsp n. 157630 - SP; REsp n. 162164 - SP; HC n. 75343 - MG; STF. HC n. 76439 - SP.

³⁵ GRINOVER *et al.*, 2005, p. 155; OLIVEIRA, **Curso de Processo Penal**, 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 569; FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 606; SOBRANE, **Transação Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, 2001, p. 102.

Contrários a primeira corrente, muitos dizem se tratar a proposta de **direito subjetivo** do autor do fato. Ante a recusa do Promotor de Justiça em oferecê-la, poderia o juiz, *ex officio*, propô-la, ou até o próprio autor do fato dirigir-se ao juiz pleiteando a transação penal. Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos legais, o órgão acusatório teria que agir, tratando-se de um poder-dever³⁶.

Para dirimir o conflito, o STF editou a Súmula n. 696 para reiterar que “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

4.4. Transação Penal e Ação Penal Privada

A Lei 9.099 prevê a transação penal para as ações penais públicas, condicionadas e incondicionadas, e já está consolidado o posicionamento no sentido da aplicação da proposta de transação penal para os crimes de ação penal privada.

A corrente doutrinária contrária à transação nos crimes de ação privada argumentava que à vítima era vedada a possibilidade de transacionar sobre a aplicação da transação penal, pois o Estado é o detentor do direito de punir. Ademais, a vítima não teria interesse na aplicação de uma pena ao autor do fato, mas na reparação civil dos danos, podendo utilizar-se da prerrogativa como vingança³⁷. A tendência atual é admitir que a vítima possa, ainda quando figure como assistente do Ministério Público, buscar a justa aplicação da lei penal, independentemente de seu interesse na reparação do dano.

³⁶ Nesse sentido: GOMES, 2000, p. 68-69; SILVA JÚNIOR, 2008, p. 440; SANTOS; CHIMENT, **Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 300-301. Em sentido contrário: SMANIO, **Criminologia e Juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 86-87; MIRABETE, 1997, p. 82, e a Comissão Nacional da Magistratura, reunida em Belo Horizonte, de 27 a 28 de outubro de 1995, que em sua 13ª Conclusão assim dispôs: “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo.”

³⁷ MACHADO, Agapito. **Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66; SMANIO, Op. Cit., p. 89-90.

É o entendimento da Comissão Nacional da Magistratura, que se posicionou em sua 10ª Conclusão da seguinte forma: “O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada”. No mesmo sentido, o Enunciado 90, aprovado no XXI Encontro em Vitória/ES, preconiza que “Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo”.

A jurisprudência admite a concessão dos institutos despenalizadores instituídos pela Lei 9.099 nas ações penais de iniciativa privada, desde que obedecidos os requisitos autorizadores

BRASIL. STJ. RHC n. 8.480- SP – 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 22.11.1999; RHC n. 8.123 - DJU 21.06.1999; STJ. CC n. 30.164 – MG – 3ª Seção - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 04.03.2002; STJ. HC n. 17.601 – SP - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU 19.12.2002; HC 17601 -SP (Ac. 0089285-5/2001) – 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. em 07.08.2001 - DJU 19.12.2002 - p. 433. STJ - CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 36.545 - RS (2002/0119661-3) - DJU 02.06.03, Seção 1, - p. 183 - J. 26.03.03. BRASIL. STJ - HC 13.33 - RJ – 5ª T. - Rel. Min. Felix Fisher - DJU 13.08.2001; HC n. 13.337 - RJ (2000/0049957-9) - DJU 13.08.01 - Seção 1 - p.841 - j. 15.05.01. RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE: J.M. E OUTRO IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PACIENTE : F.V.A. EMENTA PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. AÇÃO PENAL PRIVADA. A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (Precedentes). Habeas corpus concedido.

4.5. Natureza jurídica da decisão de transação penal e as consequências do seu descumprimento

Seguindo o modelo penal garantista no Estado democrático de Direito, não é possível uma sentença penal condenatória sem o devido processo legal, tornando certa a autoria e a materialidade do delito. A sentença penal homologatória de transação penal é fruto do consenso entre o Ministério Público e o autuado antes da propositura da ação penal.

A sentença que aplica uma pena restritiva de direitos ou multa, com espeque no art. 76 da Lei 9.099, não tem caráter condenatório nem absolutório, mas homologatório, declarando uma situação jurídica de

conformidade penal bilateral, legitimando essa convergência de vontades³⁸. Mesmo assim, duas correntes se opõem à natureza jurídica da sentença que aceita a transação penal ser homologatória³⁹, defendendo ser a mesma de natureza condenatória⁴⁰ ou condenatória imprópria⁴¹.

Grinover *et al.* (2005, p. 168) concluem que a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica colhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei.

Entretanto, no tocante às consequências do descumprimento da sentença que homologa a transação penal, não há unanimidade sobre o

³⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de prisão. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, citado por ALMEIDA, Luiza Helena. **Transação penal: pena sem processo?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transação-penal-pena-sem-processo>>. Acesso: 06 fev. 2009.

³⁹ Nesse sentido, também: MOREIRA, **Juizados Especiais Criminais**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 56; SOBRANE, 2001, p. 103; GRINOVER *et al.*, 2005, p. 167-168; STF, RE 268.320-5; RE 268.319-1; HC 79.572.

⁴⁰ FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 2000, p. 613; SMANIO, 1998, p. 87; BRASIL. STJ. REsp n. 172.951 – 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 31.03.1999; STJ. REsp n. 205.739 – 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 23.10.2000 - p. 161.

⁴¹ MIRABETE, 1997, p. 90, que leciona: “A sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes se tem afirmado. Declara a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto, mas cria uma imposição, que faz a diferença entre a sentença constitutiva e a condenatória, que se basta a si mesma, na medida em que transforma uma situação jurídica, ensejará um processo autônomo de execução, quer pelo Juizado, quer pelo Juiz da Execução, na hipótese a pena restritiva de direitos. Tem efeitos processuais e materiais, realizando a coisa julgada material e formal e impedindo a instauração de ação penal. É certo, porém, que a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória *imprópria*.”

tema: há doutrinadores que propõem a execução do acordo descumprido ante a eficácia de coisa julgada formal e material

Ver, por exemplo: GRINOVER *et al.*, 2005, p. 169; SOBRANE, 2001, p. 106; MOREIRA, 2007, p. 58; TACRIM - Ap. 1.300427/0 - 11ª Câmara - Rel. Juiz Wilson Barreira - j. 25.03.2002; Turma Recursal Criminal - RS - Correição Parcial 71000170126 - Rel. Desembargador Nereu José Giacomolli - j. 08.02.2001; BRASIL. STJ. REsp n. 172.951 - SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - j. 31.05.1999; STJ. HC n. 19.871 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 09.03.2004 - DJU 17.05.2004; STJ. HC n. 28057 - SP - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - j. 04.03.2004; STJ. RHC n. 11359 - SP, 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - j. 28.08.2001; STJ. RHC n. 10369 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 29.05.2001; STJ. REsp n. 203583 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - j. 16.11.2000; STJ. HC n. 10.198 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - j. 02.12.1999 - DJU 14.02.2000 - RT 777/570.

Também, há quem sustente a viabilidade da propositura da ação penal⁴².

O STJ julga ser incabível a propositura da ação penal na hipótese de descumprimento da transação e nesse sentido, suas duas Turmas Criminais têm entendido que “a sentença homologatória da transação penal tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, impedindo o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado”.

BRASIL. STJ. HC n. 11111 - SP - 5ª T. - DJU 18.12.2000; REsp n. 205739 - SP - DJU 23.10.2000; RHC n. 10369 - SP - 6ª T. - DJU 17.09.2001; REsp n. 190194 - SP - DJU 25.09.2000)

Há outras decisões no mesmo sentido:

BRASIL. STJ. HC n. 28.057 - SP - 5ª T. - Min. José Arnaldo da Fonseca - j. 04.03.2004 - DJ 05.04.2004 - p. 286 - RJTAMG 95/368; HC n. 30.212 - MG - 5ª T. - Min. Jorge Scartezzini - j. 03.02.2004 - DJ 28.06.2004 - p. 362; REsp n. 612.411 - PR - 5ª T. -

⁴² Nesse sentido: DEMERCIAN; MALULY, **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69; MACHADO, 2001, p. 67; ALMEIDA, 2009, p. 3; SIRVINSKAS, Consequências do descumprimento da transação penal: Solução jurídica ou prática? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 62, jan. 1998. p.13-14.

Min. Felix Fisher - j. 23.06.2004 - DJ 28.06.2004 - p. 328 - RSTJ 183/484; REsp n. 226.570 - SP - 6ª T. - Min. Hamilton Carvalhido - j. 02.09.2003 - DJ 22.11.2004 - p. 393; HC n. 33.487 - SP - 5ª T. - Min. Gilson Dipp - j. 25.05.2004 - DJ 01.07.2004 - p. 237 - RF 376/353.

Assentou-se ainda a possibilidade do início da persecução penal em juízo pelo Ministério Público, quando descumprida a transação penal.

BRASIL. STF. HC n. 88.785 - SP - 2ª T. - Min. Eros Grau - j. 13.06.2006 - DJ 04.08.2006 - p. 78; HC n. 84.976 - SP - 1ª T. - Min. Carlos Britto - j. 02.09.2005 - DJ 23.03.2007 - p. 105; RE n. 268.319 - PR - 1ª T. - Min. Ilmar Galvão - j. 13.06.2000 - DJ 27.10.2000 - p. 87; HC n. 79.572 - GO - 2ª T. - Min. Marco Aurélio - j. 29.02.2000 - DJ 22.02.2002 - p. 34 - RTJ 183/648; HC n. 78.200 - SP - Rel. Min. Octavio Gallotti - j. 09.03.1999. TJMG. HC n. 000.329857-7/00 - Câmaras Criminais Isoladas - Rel. Desembargador José Antonino Baía Borges - j. 03.04.03.

O STJ admite, por sua vez, a instauração de ação penal quando a homologação judicial não se efetivou, por estar condicionada ao efetivo cumprimento do avençado no acordo entre o Ministério Público e o autor do fato

BRASIL. STJ. RHC n. 11.350 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 27.08.2001; RHC n. 11.398 - SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 12.11.2001; TJMG. HC n. 202.744-9/00, 2ª Câmara Criminal - Rel. Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro - j. 19.10.2000.

Entre os anos de 2001 a 2003, o STJ adotou uma posição intermediária, autorizando a instauração da ação penal, desde que não tenha havido homologação judicial do acordo descumprido, isto é, que tal ato tenha sido postergado pelo juiz, aguardando comprovação do cumprimento ajustado pelo autor da infração. A prevalecer este entendimento, o cumprimento da transação constituiria condição da própria homologação.

BRASIL. STJ. HC n. 24.624 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - j. 04.11.2003; STJ. RHC n. 11.392 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Jorge Scartezzini - j. 19.03.2002; STJ, RHC n. 11.398 - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - j. 02.10.2001.

Apesar do dissenso doutrinário e jurisprudencial, a sentença homologatória do acordo possui natureza condenatória e gera eficácia

de coisa julgada formal e material, impedindo o oferecimento da denúncia, em caso de descumprimento; todavia, é cabível o oferecimento de denúncia contra o autor do fato **se não homologada** a transação penal, inexistindo, portanto, título judicial hábil a eventual execução. Corroborando esse entendimento, o Enunciado 79 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) disciplinou o não cabimento do oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal; mas constando na proposta o condicionamento da homologação ao prévio cumprimento do avençado, e este não adimplido, há possibilidade de prosseguimento do feito com a oferta de denúncia pelo Ministério Público.

Um entendimento é certo: não há qualquer possibilidade de conversão da medida restritiva de direitos ou multa aplicados em pena privativa de liberdade por flagrante violação aos direitos constitucionais fundamentais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, conforme sustenta a Segunda Turma do STF, no HC 84775-RO, cujo Relator foi o Ministro Carlos Velloso, DJ 05.08.2005, p. 118.

5. Os juizados especiais criminais na comarca de Maceió.

5.1 A evolução da competência dos Jecrim na Comarca de Maceió.

A Lei n. 5.811, de 27 de fevereiro de 1996, acrescentou o inciso V ao artigo 18 da Lei n. 4.804, de 09 de setembro de 1986 (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Alagoas) autorizando o Poder Judiciário a instalar juizados especiais civis e criminais no Estado de Alagoas⁴³.

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas promoveu, assim, a instalação de Juizados Especiais Civis e Criminais, órgãos da Justiça ordinária, com as competências, limitações e condições procedimentais estabelecidas pela Lei 9.099/95, nas Comarcas de Maceió e de Arapiraca, ambas de 3ª entrância, e nas Comarcas de Palmeira dos Índios, Penedo, São Miguel dos Campos, União dos Palmares e Santana do Ipanema⁴⁴.

⁴³ Art. 18. O Poder Judiciário será exercido pelos seguintes órgãos: (...) V - Juizados Especiais Civis e Criminais.

⁴⁴ Artigo 2º da Lei n. 5.811/96.

A importância da promulgação da Lei n. 5.811/96 na Comarca de Maceió, além daquelas trazidas para o ordenamento jurídico pela Lei 9.099/95, mencionadas nos capítulos I, II e III, foi a autorização da instalação de 09 Jecrim com jurisdição fixada através de **Resolução (Res.)** do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL)⁴⁵, nos bairros de Tabuleiro dos Martins, Farol, Jacintinho, Ponta Grossa, Trapiche da Barra, Cruz das Almas, Centro e Benedito Bentes⁴⁶.

É claro que futura implantação dos Jecrim gerou expectativa de significativa redução do movimento processual nas Varas criminais comuns, que poderiam concentrar a atenção nos delitos de maior gravidade. Antecipando-se ao fato, a Lei Estadual referida determinou que as contravenções penais e os crimes de menor potencial ofensivo em tramitação nas varas criminais da capital fossem redistribuídos para os Juízos da 27ª e da 28ª Varas, enquanto não instalados os juizados especiais, fazendo assim, a transição parcial.

Outro efeito da referida Lei foi a transformação automática do 1º Juizado Especial de Pequenas Causas, localizado no bairro do Centro e com funcionamento no horário noturno, no 1º Juizado Especial Civil e Criminal em funcionamento na Comarca de Maceió⁴⁷.

Em 15 de outubro de 1996, a **Res. n. 02/96**⁴⁸ dispôs sobre o funcionamento dos Jecrim na capital e no interior, estabelecendo as correspondentes áreas de jurisdição e adotando providências correlatas. Observando o disposto no art. 18 da Lei Estadual n. 4.804/86, com a redação que se encontrava em vigor, e ainda o que disciplinava a Lei Estadual n. 5.811/96, o artigo 1º autorizou a instalação de 10 Jecrim em Maceió, preservando o título de 1º Jecrim ao Juizado Especial de

⁴⁵ Art. 8º da Lei n. 5.811/96.

⁴⁶ Art. 3º da Lei n. 5.811/96.

⁴⁷ A Resolução n. 02, de 15 de novembro de 1996, do Tribunal de Justiça de Alagoas, regulamentou, conforme determinação da Lei Estadual n. 5.073, de 24 de maio de 1989, a criação e instalação do 1º Juizado Especial de Pequenas Causas de Maceió, único na Comarca de Maceió. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁴⁸ Resolução 02, de 15 de outubro de 1996, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br/resolucoes/Resolu%E7%E3o%20n%BA%2002-96.pdf>>. Acesso: 1º fev. 2009.

Pequenas Causas, com as áreas de jurisdição estabelecidas no seu Anexo I, excluídas as áreas de jurisdição não pertencentes à Comarca de Maceió.

Pode-se mencionar que a instalação de dez Jecrim nos diversos bairros de Maceió inicialmente foi considerada excessiva para a capital, diante de sua população. As críticas mais ácidas renderam-se diante da efetiva e célere prestação de serviços que aproximou os jurisdicionados do Poder Judiciário, facilitando, em muito, o acesso à Justiça. Os Jecrim de Maceió, em constante aperfeiçoamento, têm sofrido alterações de competência, ora por necessidade de melhor distribuição de feitos, ora por força de Lei Federal. Como exemplo disso, em agosto de 1997, a **Res. n. 06/97**⁴⁹, atendendo à exposição de motivos da Corregedoria-Geral de Justiça, que evidenciava a imprescindibilidade da instalação de Juizados Especiais particularmente voltados à conciliação, ao processo, ao julgamento e à execução nas causas vinculadas aos acidentes de trânsito, autorizou a instalação em Maceió, do Jecrim dos Acidentes de Trânsito.

Em constante aperfeiçoamento e levando em consideração o fato de ter Maceió crescido muito no decênio da instalação dos Jecrim, com 50 bairros e 896.965 habitantes⁵⁰ e infindável demanda consumerista, que levou à sobrecarga dos Juizados Especiais das Relações de Consumo, que já não conseguiam atender às suas demandas no tocante ao princípio da celeridade, o Tribunal de Justiça de Alagoas editou a **Res. n. 16/07**,⁵¹ pondo termo à competência privativa para julgar e processar os feitos sobre matéria consumerista dos 1º e 2º Juizados Especiais das Relações de Consumo.

⁴⁹ O mesmo artigo da Resolução 06, de 05 de agosto de 1997, do Tribunal de Justiça de Alagoas, autorizou a instalação do Juizado Especial Civil das Relações de Consumo. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁵⁰ Dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) quanto à população residente por bairros do município de Maceió no senso de 2007. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso: 02 fev. 2009.

⁵¹ Resolução 16, de 17 de julho de 2007, do Tribunal de Justiça de Alagoas, publicada no Diário Oficial do Estado de Alagoas de 20 de julho de 2007, fls. 12 e 13. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

Atento a esse novo contexto e à crescente densidade demográfica de alguns bairros da capital, que em muito aumentou a demanda consumerista local⁵², e às dificuldades de realizações de citações, intimações e notificações em todo o município, atribuiu a mesma Resolução competência geral aos dois Juizados Especiais referidos, alterando mais uma vez a competência territorial dos Jecrim, compreendendo, sempre que possível, bairros contíguos, limitando-se à jurisdição de cada unidade judiciária aos Códigos de Endereçamento Postal pertencentes aos bairros que a englobassem. Cf. IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso: 02 fev. 2009⁵³.

Não houve redistribuição de TC entre os Jecrim devido à alteração da competência em razão do lugar do fato delituoso. Estes continuaram em tramitação nos juízos de origem até O arquivamento. Apenas em janeiro de 2008 os 1º e 2º Jecrim passaram a recepcionar matéria criminal como os demais Juizados Especiais.

A alteração de competência para os Jecrim se de um lado aumentou em dois o número de Jecrim na comarca, com redistribuição de competência, facilitando ainda mais o acesso à Justiça consensual, a nova atribuição consumerista dos Juizados Especiais, de outro, tem levado os feitos criminais a caírem na fila de espera por audiência, vala comum dos feitos civis, cuja demanda em muito excede a criminal, sendo necessária constante vigília para que célere pacificação de conflito penal, normalmente resolvido na audiência preliminar, não sofra sério prejuízo com a designação tardia da conciliação.

A Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 alterou mais uma vez a competência dos Jecrim. Seu artigo 1º dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, alterando o CPP, o Código Penal (CP) e a Lei de Execução Penal (LEP) e estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Para tanto, a Lei Estadual n.

⁵² Um claro exemplo dessa assertiva é o bairro do Benedito Bentes que com 78.602 habitantes sobrepua em moradores os bairros contíguos de Jaraguá (8.940 hab), Pajuçara (3.730 hab) e Ponta da Terra (3.503 hab).

⁵³ A população total por bairros atingida pelos Jecrim de *per si* no ano de 2007 era a seguinte: 1º Jecrim - 61.270 hab.; 2º Jecrim - 33.297 hab.; 3º Jecrim - 105.347 hab.; 5º Jecrim - 1.311.128 hab.; 6º Jecrim - 121.032 hab.; Jecrim - 39.157 hab.; 8º Jecrim - 237.477 hab.; 9º Jecrim - 70.442 hab.; 10º Jecrim - 100.010 hab; 11º Jecrim - 16.173 hab; 12º Jecrim - 896.965 hab..

6.900, de 19 de dezembro de 2007, transformou o então 4º Jecrim em 4º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Assim, em 27 de maio de 2008, a **Res. n. 18/2008**⁵⁴ alterou a competência territorial dos Jecrim de Maceió, preservando sempre a competência exclusiva do 12º Juizado do Trânsito.

O certo é que os Jecrim de Maceió têm em muito avançado na concretização das normas constitucionais e infraconstitucionais que asseguram a duração razoável do processo. A intimação expressa (por telefone), prevista nos arts. 19 e 67 da Lei n. 9.099, regulamentada pela **Res. n. 15/07**⁵⁵, não só é realidade em Maceió, mas é instrumento hábil à otimização das atividades dos servidores da Justiça no âmbito dos Jecrim, oferecendo uma maior agilidade na tramitação processual, inclusive, com menor custo para o Poder Judiciário.

Com o mesmo escopo, em cumprimento ao art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal⁵⁶ e da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei do Processo Virtual Brasileiro), a **Res. n. 22/07**⁵⁷, instituiu o Processo Eletrônico no Poder Judiciário do Estado de Alagoas (PROJUDI), estabelecendo normas para o correspondente sistema, sendo a virtualização processual realidade nos Jecrim de Maceió. Em 30 de setembro de 2008, a **Res. n. 30/08**⁵⁸, regulamentou o meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, o credenciamento de usuários e outras providências, objetivando regulamentar o funcionamento dos Sistemas de Tramitação do PROJUDI⁵⁹.

⁵⁴ Resolução n. 18, de 27 de maio de 2008, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁵⁵ Resolução n. 15, de 19 de junho de 2007, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁵⁶ Assegura a norma constitucional a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, oferecendo solução hábil à desburocratização e à simplificação do processo.

⁵⁷ Resolução n. 22, de 06 de novembro de 2007, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁵⁸ Resolução n. 30, de 30 de setembro de 2008, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

⁵⁹ O Projudi foi primeiramente implantado na data de 08 de novembro de 2007, na sede do 12º Jecrim do Trânsito.

Como resultados dessa implantação, os TC agora digitais, são mais uma conquista dos Jecrim quanto às suas diretrizes, economizando recursos públicos e dando maior publicidade aos atos processuais com transparência e comodidade para as partes, que de qualquer lugar e em qualquer momento, têm acesso ao processo virtual que resulta em eficiência nas atividades jurisdicionais.

Após esse breve histórico, tem-se como certo que mesmo diante das dificuldades cotidianas, inerentes a qualquer serviço público, os Jecrim em Maceió desempenham de maneira satisfatória o seu objetivo. Não se pode, contudo, deixar de registrar que um dos principais objetivos acabou não sendo alcançado. Se de um lado a pretendida diminuição substancial da carga de trabalho das Varas Criminais comuns não faz frente à crescente criminalidade de maior potencial ofensivo no município, a possibilidade de ver realmente resolvido seu problema por um órgão estatal estimulou a população carente a apresentá-lo, revertendo a tendência natural da omissão e da resolução dos conflitos nas Delegacias de Polícia. Deste modo, a demanda reprimida por vários anos explodiu no Judiciário alagoano pela via dos Jecrim.

Ainda como crítica aos Jecrim, tem-se que a Lei 9.099, ao tempo em que introduziu a conciliação de conflitos e a política de não encarceramento, na prática essa escolha demonstra a falta de ousadia do legislador em descriminalizar condutas de menor potencial ofensivo, pois a lei apenas substituiu a pena de reclusão por medidas e penas alternativas.

Há ainda, o aumento do descrédito da sociedade com punições brandas para crimes graves, a exemplo da lesão corporal leve e da ameaça, bem como a falta de fiscalização eficiente das medidas alternativas propostas.

5.2. Dados estatísticos da Transação Penal entre os anos de 2001 a 2008 em Maceió

Os dados estatísticos sobre as transações penais realizadas na Comarca de Maceió, do ano de 2001 a 2008 foram informados pela Central de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CEAPA) e é necessário registrar que as penas alternativas nem sempre foram encaminhadas à Ceapa, instalada apenas no ano de 2001, para

acompanhar a execução das medidas alternativas na Comarca de Maceió.⁶⁰

Esse fato ocorria quando as prestações de serviço visavam a beneficiar a própria comunidade lesada pelo fato delituoso ou quando as condições sociais do beneficiário da medida alternativa não lhe permitiam fazer deslocamentos pela cidade, sendo o tempo da obrigação bastante reduzido. Desse modo, as partes pactuavam o cumprimento da transação penal nos próprios locais do crime, sendo fiscalizada sua execução pelo próprio Jecrim, que era informada posteriormente à Central de Informações dos Benefícios dos Juizados Especiais Criminais (CIBJEC)⁶¹ para registro, na forma do § 4º do art. 76 da Lei 9.099/95.

Feitas essas considerações preliminares, nos anos de 2001 a 2008, a Ceapa⁶² acompanhou **482 transações penais** ocorridas nos Jecrim da Comarca de Maceió. Dentro dos mais de 100 delitos considerados pela Lei 9.099⁶³ como de menor potencial ofensivo; **predominaram a ocorrência de dois tipos penais de ação pública**

⁶⁰ Segundo a Diretoria de Política Penitenciária, Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, a Ceapa em Alagoas abrange dentro dos 102 Municípios, apenas Maceió, Arapiraca, Feira-Grande, Girau de Ponciano, Igaci, Junqueiro, Maribondo, Lagoa da Canoa, possuindo um núcleo em Arapiraca que atende os demais municípios citados, com exceção de Maceió, onde está localizada a Coordenação. Disponível em:

<<http://74.125.47.132/search?q=cache:zM5RfqOFCUJ:www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B7A6E9EA8-8463-4D80-9428C61EDA73407%257D%26ServiceInstUID%3D%257B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%257D+ceapa+alagoas&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso: 18mar2009.

⁶¹ Sobre a Cibjec consultar Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Alagoas n. 03, de 05 de junho de 2006.

⁶² Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa. Anos 2001 a 2008. Disponível em:

<http://200.241.164.78/ecp/consultaEstatisticasAndamento.do?tpConsulta=C&mostreV>. Acesso: 19 mar. 2009.

⁶³ Infrações de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95 (48%) juntamente com as infrações de menor potencial ofensivo da Lei n.10.259/01(22%) totalizam 70% dos crimes do Código Penal.

condicionada à representação: as lesões corporais (art. 129, CP) e a ameaça (art. 147, CP).

Nas **ações públicas incondicionadas**, durante a vigência da Lei n. 9.437/97, de 20 de fevereiro de 1997, revogada pela Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003⁶⁴, o **porte ilegal de arma de fogo** era o crime mais recorrente nas transações penais, com **27,39%**, seguido pelo **desacato** (art. 331, CP), com **9,96%**⁶⁵.

Nas **ações privadas**, os crimes de calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140, CP) constituíram apenas **3,94% das transações penais**⁶⁶.

Apenas **08 contravenções penais**⁶⁷ foram objeto de transação penal: explorar ou realizar jogo do bicho (art. 58) com cinco transações penais; perturbação da tranquilidade (art. 65) com duas transações penais e exercício ilegal da profissão (art. 47) com uma transação penal. As contravenções penais, somadas aos demais crimes, cujas ocorrências não tenham sido superior a 10, representaram **18,88%**⁶⁸ das transações penais especificadas como outros crimes e outras contravenções penais.

Vale ressaltar que junto às contravenções penais apenas três crimes ambientais e quatro referentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) foram objeto de transação penal, não sendo registrada nenhuma referente ao Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003).

Das 482 transações penais propostas⁶⁹, apenas **13,1%** continuam em tramitação no ano de 2009, enquanto **67,4%** foram cumpridas até dezembro de 2008.

⁶⁴ A Lei 10.826/03 excluiu, em razão da pena, a competência dos Jecrim para processar posse/porte irregular de arma de fogo.

⁶⁵ Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa nos anos de 2001 a 2008.

⁶⁶ Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa nos anos de 2001 a 2008.

⁶⁷ Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais.

⁶⁸ Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa nos anos de 2001 a 2008.

⁶⁹ Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa. Anos 2001 a 2008. Disponível em:

<http://200.241.164.78/ecp/consultaEstatisticasAndamento.do?tpConsulta=C&mostreV...> Acesso: 19 mar. 2009.

Um dado chama atenção quanto ao descumprimento de transação penal nos crimes de ação pública incondicionada: apesar do crime de porte ilegal de arma de fogo contar com o maior número de transações penais (132), o crime de desacato (48) proporcionalmente fica a sua frente em mais 2,46%⁷⁰.

A análise das transações penais propostas pelo Ministério Público demonstra o predomínio da prestação de serviços à comunidade, pois há apenas registros de 11 prestações pecuniárias, especificamente cestas básicas.

Não há registro de restrição ou de interdição temporária de direitos, contudo se observa a presença de medidas terapêuticas nas transações penais referentes aos fatos que foram consequência do uso de bebida alcoólica ou substância entorpecente.

Por outro lado, a média de tempo mais elevada para o cumprimento de transações penais é observada nos crimes de porte ilegal de arma de fogo, seguida pelas ameaças, que chegam ao período de doze meses de prestação de serviços à comunidade. Nos demais, as prestações de serviço variam entre três e seis meses.

Não há dados estatísticos disponíveis a respeito das pessoas que integram os conflitos criminais nos Jecrim de Maceió. Escolaridade, renda econômica e idade não foram catalogadas de maneira a confirmar estatisticamente a seletividade da Justiça Penal no Jecrim, embora existentes.

Das 482 pessoas beneficiadas pela medida alternativa, a pesquisa indica que o sexo predominante é masculino, com o total de 85,3%⁷¹ e que a maioria das 71 mulheres beneficiadas pela transação penal nos anos pesquisados cumpriu a transação penal.

Ainda quanto às mulheres, os crimes mais praticados foram de ação penal condicionada à representação (37 lesões corporais leves e 12 ameaças), seguidos daqueles de ação penal privada (09 crimes contra a

⁷⁰ Desacato: 22,91%; Porte ilegal de arma de fogo: 20,45%; Ameaça: 15,09%; Lesão corporal: 11,57%.

⁷¹ Fonte: Relatórios de Transações Penais da Ceapa. Anos 2001 a 2008. Disponível em: <http://200.241.164.78/ecp/consultaEstatisticasAndamento.do?tpConsulta=C&mostreV...> Acesso: 19 mar. 2009.

honra) e de ações públicas (04 crimes de porte de arma e 04 desacatos).⁷²

Não há dados disponíveis para a aferição do impacto preliminar da instalação dos Jecrim na Comarca de Maceió, mesmo no período de transição, em que os processos de crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais em tramitação nas varas criminais foram redistribuídos para as 27ª e 28ª Varas⁷³. No entanto, há dados estatísticos disponíveis quanto ao número de TC que tramitaram nos Jecrim de Maceió no ano de 2008. Em razão disso, ainda não é possível dimensionar a quantidade de composições de danos civis homologados que acarretaram a renúncia ao direito de queixa ou representação nas ações privadas ou condicionadas à representação, mesmo conhecendo o número de 7 queixas e 8 representações.

Mesmo assim, segundo o Sistema de Informações da Polícia Civil (SISPOL), em 2008 foram registradas ocorrências de **2.743** ameaças, de **2.312** lesões corporais e de **79** posses de substância entorpecente para uso próprio, nas Delegacias de Polícia de Maceió⁷⁴.

A questão é que segundo os dados fornecidos pelo TJ/AL, são **593** os termos circunstanciados em tramitação nos Jecrim no mesmo ano.⁷⁵ Esse número indica que os boletins de ocorrência lavrados nas Delegacias de Polícia não são encaminhados aos Jecrim, o que revela a fragilidade do sistema frente à seletividade na escolha dos casos considerados mais relevantes pela autoridade policial, os quais resultam, ou no arquivamento da grande maioria dos pequenos delitos, ou em acordos de delegacia. Persiste a mediação policial informal e arbitrária frequentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima e do acusado.

⁷² Relatórios de Transações Penais da Ceapa. Anos 2001 a 2008. Disponível em: <http://200.241.164.78/ecp/consultaEstatisticasAndamento.do?tpConsulta=C&mostreV>. Acesso: 19 mar. 2009.

⁷³ Art. 8º da Lei n. 5.811/96.

⁷⁴ Fonte: a Diretoria de Estatística e Informática da Secretaria de Defesa Social de Alagoas (DEINFO/GEAC/PC) Disponível em: <<http://www.defesasocial.al.gov.br>>. Acesso: 20 mar. 2009.

⁷⁵ Fonte: Consulta de Processos em Andamento Ano: 2008, expedida pela Secretaria do 11º Jecrim em 24/03/2009. Disponível em: <<http://www.tj.al.gov.br>> Acesso: 10 mar. 2009.

Mesmo assim, diante das transações efetuadas, tem-se um quadro positivo quanto aos cumprimentos da transação penal, na porcentagem de 77,56% do total já cumprido. Quanto aos crimes, é clara a predominância daqueles de ação pública condicionada à representação após a exclusão dos crimes de porte de arma de fogo dos Jecrim.

Finalmente, quanto ao gênero, confirma-se a predominância do sexo masculino na prática dos fatos objetos de transação penal, enquanto as mulheres são mais beneficiadas nos crimes de ação pública condicionada à representação.

Cumpra a medida alternativa na Comarca de Maceió, diante dos dados estatísticos levantados, seu objetivo.

6. Conclusão

O processo de acessibilidade e de informalização da prestação de justiça ocorreu no Brasil sob influência da Criminologia, da Sociologia e da Vitimologia, rompendo a mentalidade repressiva da doutrina penal clássica com a justiça criminal consensual e informal, enquanto o Estado de Direito factualmente estava atado às amarras tradicionais de poder que consideram apenas em parte, a representação dos interesses sociais.

A Lei 9.099, resultado da ideologia da conciliação, da informalização e da necessidade de reduzir a sobrecarga de trabalho das Varas Criminais, teve como principal objetivo formalizar conflitos sociais antes resolvidos por controles informais, inserindo-os no âmbito do Poder Judiciário, legalizando suas soluções.

Mesmo assim, críticas severas são lançadas à Lei 9.099 quanto à transação penal. Alguns a consideram um escambo perverso e desigual entre a acusação e o autor do fato, que por vezes intimidado, mesmo inocente, submete-se à conciliação. Outros criticam a postura criminalizante do legislador que se utiliza da visibilidade do Direito Penal como resposta à ineficiência do Estado em resolver conflitos menores e permanecer alheio às *cifras negras da criminalidade*⁷⁶.

⁷⁶ A cifra negra da criminalidade é formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou imunes (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica/ Fauzi Hassan Choukr/Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 196).

Apesar das críticas, a transação penal não resulta da aniquilação do sistema constitucional de garantias, pois obedece ao devido processo legal. Ademais, traz a população à demanda, em busca da solução de seu conflito, revertendo a anterior omissão do controle formal.

É óbvio que diante da expectativa de direito, a demanda judicial nos Jecrim também cresceu, entretanto, na Comarca de Maceió, ela ainda não é expressiva, porque submetida ao filtro das Delegacias de Polícia. Essa conclusão surge das 5.134 ocorrências de crimes de menor potencial ofensivo registrados nas Delegacias de Polícia, comparadas aos 622 termos circunstanciados em tramitação nos Jecrim referentes ao ano de 2008.

Os Jecrim de Maceió, apesar da constante busca pelo aperfeiçoamento, enquanto subsistema penal, orientados pelo **devido processo legal consensual**, representam a forma mais democrática de distribuição de justiça. São acessíveis a qualquer cidadão e solucionam conflitos cotidianos, abrangidos das contravenções penais aos delitos de menor potencial ofensivo previstos nos Códigos Penal, do Consumidor, de Trânsito e leis especiais, como os Estatutos do Meio Ambiente, do Idoso e Lei de Drogas.

Evitam, com seu procedimento especial, que outros crimes, devido a não intervenção judicial, venham a ocorrer, ao efetivar a busca pela **pacificação social**, estabilizando as relações sociais, principal característica da justiça consensual.

Além disso, rompendo o paradigma da Justiça Clássica, a Lei 9.099 personaliza e humaniza o conflito penal nos 11 Jecrim espalhados entre os 50 bairros de Maceió, atendendo a uma população de quase 900 mil habitantes. Aproximando as partes, os Jecrim de Maceió puseram termo a conflitos penais mediante conciliação, versatilidade legal que permitiu ao Ministério Público compor transações penais que, até 22 de dezembro de 2003, eram compostas, na maioria, por porte ilegal de arma de fogo, posteriormente substituídos pelas lesões corporais.

A transação penal aplicada nos Jecrim da Comarca de Maceió consolidou-se como ritual expressivo de justiça consensual e restaurativa, sem perder de vista os axiomas do garantismo penal (FERRAJOLI, 2006, p. 91-92) e as garantias constitucionais decorrentes do princípio da dignidade humana.

No período pesquisado, ao tempo em que valorizou as vítimas, dando-lhes a oportunidade de manifestarem suas vontades, identificou os autores dos fatos delituosos como sujeitos capazes de reconhecer as consequências de suas condutas e de participarem na busca de soluções solidárias dos problemas por eles causados, sem o formalismo tradicional e estigmatizante da Justiça Penal.