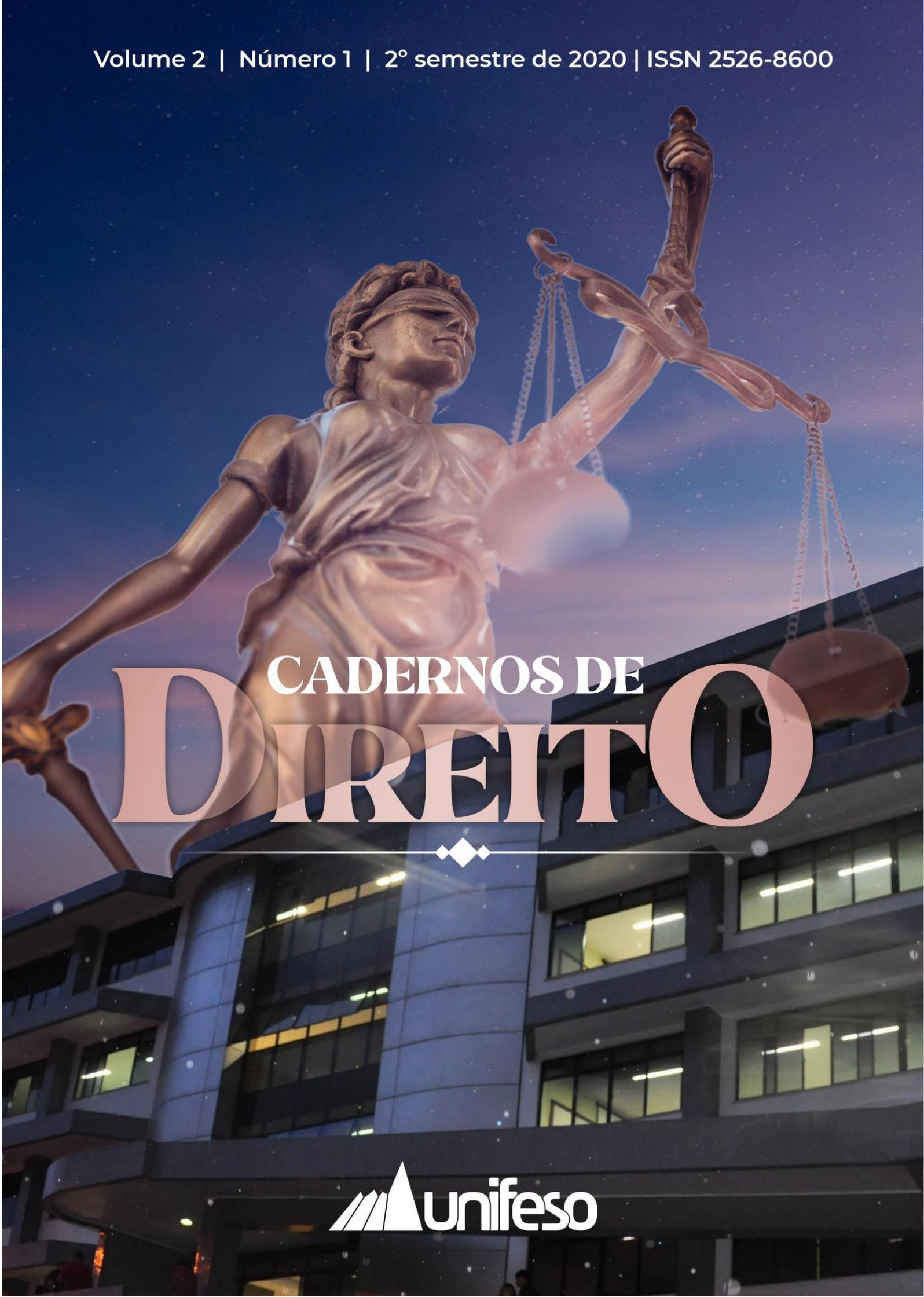


Volume 2 | Número 1 | 2º semestre de 2020 | ISSN 2526-8600



CADERNOS DE
DIREITO

Foco e Escopo

Revista destinada, prioritariamente, a publicação e divulgação de Trabalhos de Conclusão (TC's) apresentados no curso de Direito do Unifeso, bem como, a outras publicações fruto de pesquisas e produzidas ao longo do curso. Esta revista também pode receber trabalhos externos para publicação. Assim, têm-se como escopo principal incentivar a produção acadêmica e divulgar conteúdos relevantes fruto de pesquisas realizada no decorrer da graduação em Direito do Unifeso. Destinada a estudantes de Direito, advogados e público interessado em conteúdo jurídico.

Processo de Avaliação pelos Pares

Avaliação por pares e critérios de arbitragem: os originais serão submetidos à RMVU que se reserva ao direito de avaliar, sugerir modificações para aprimorar a estrutura, clareza do texto e recusar artigos. Todas as informações prestadas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade.

Periodicidade

A Revista de Direito do Unifeso é uma publicação acadêmica eletrônica com periodicidade semestral.

Política de Acesso Livre

Esta revista oferece acesso livre ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

Endereço postal

Av. Alberto Torres 111,
Alto, Teresópolis/RJ
Brasil.

Contato Principal e Editor

Lucas Baffi Ferreira Pinto, Unifeso, Brasil
Editor-chefe
E-mail: direito@unifeso.edu.br

Formatação

Editora Unifeso (Laís da Silva de Oliveira)

Capa

Marketing Unifeso (Thiago Pereira Dantas - Thierry)

Contato para Suporte Técnico

E-mail: sistemas@unifeso.edu.br

SUMÁRIO

Sumário.....	2
EDITORIAL.....	3
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM FASE PRÉ-PROCESSUAL: ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PELO DELEGADO DE POLÍCIA	4
<i>Isabelle Modesto Vidal e Cláudia Aguiar Britto.....</i>	<i>4</i>
LAWFARE NA OPERAÇÃO LAVA JATO: A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO PARA ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTA NA LEI 12.850/13	16
<i>Isabella Rocha Vieira Lapa</i>	<i>16</i>
JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO INFANTO-JUVENIL: REPARAÇÃO E RESPONSABILIDADE	29
<i>Letycia Xavier Reis Herculano e Cláudia Aguiar Britto.</i>	<i>29</i>
APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA À MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA EFETIVIDADE À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA.....	42
<i>Gisele Alves de Lima Silva e Luana de Melo Pacheco Demenjour</i>	<i>42</i>
A LEI 13.491/17 E A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA.....	58
<i>Enzo Luigi Barreto Gallo¹ e Cláudia Aguiar Britto ².....</i>	<i>58</i>

EDITORIAL

Após recentes reformulações, os Cadernos de Direito do UNIFESO ampliaram seu escopo para a produção docente e discente. O periódico busca o aprimoramento da produção científica e a valorização da pesquisa no âmbito da graduação do curso de direito.

Apesar das dificuldades impostas pela pandemia causada pelo COVID-19, o periódico fortalece as linhas de pesquisa institucionais ao publicar artigos desenvolvidos no Trabalho de Curso (TC) com distintas abordagens teóricas e metodológicas.

Nosso primeiro número de 2020 foca nos estudos em direito processual e penal, responsabilidade empresarial e Justiça restaurativa, trazendo artigos submetidos por discentes e docentes, especialmente a partir da pesquisa realizada no Trabalho de Curso (TC).

Equipe Editorial

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM FASE PRÉ-PROCESSUAL: ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Isabelle Modesto Vidal e Cláudia Aguiar Britto¹

RESUMO

O presente artigo tem como escopo uma análise sobre a possibilidade de o delegado de polícia, em sede de inquérito policial, promover a apreciação casuística e conseqüente aplicação do Princípio da Insignificância ante à observação do preenchimento dos requisitos formais e materiais. A relevância da temática se justifica na medida em que se denota um excesso de casos penais bagatelares sobrecarregando o sistema penal brasileiro. Assim, neste trabalho, o ponto principal da abordagem está centrado no princípio da insignificância e sua correlação com a tipicidade penal. A dinâmica do Inquérito policial e as atribuições intrínsecas do Delegado de Polícia na investigação não foram esquecidas no presente artigo. Para a consecução dos objetivos foram utilizados recursos metodológicos de cunho jurídico doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Princípio da Insignificância. Delegado de Polícia.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the possibility that the police chief, in the context of a police investigation, to promote a case-by-case assessment and the consequent application of the Principle of Insignificance when observing the fulfillment of formal and material requirements. The relevance of the theme is justified insofar as there is an excess of criminal cases overloading the Brazilian penal system. Thus, in this work, the main point of the approach is centered on the principle of insignificance and its correlation with criminal suitability to the type of crime. The dynamics of the police inquiry and the intrinsic attributions of the Police Delegate in the investigation have not been overlooked in this article. To achieve the objectives, it was used methodological resources of legal doctrinal and jurisprudential nature.

Keywords: Police investigation. Principle of Insignificance. Police Chief.

¹ VIDAL, Isabelle Modesto. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos - UNIFESO. BRITTO, Cláudia Aguiar. Professora de Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO. Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos. (Universidade de Coimbra)

INTRODUÇÃO

Como responsável pelo inquérito policial, o delegado de polícia possui inúmeras incumbências não só aquelas descritas pela Constituição Brasileira, pelo Código de Processo Penal, mas pelos dispositivos normativos relacionados à administração pública. A autoridade policial detém um papel de suma importância, pois é considerada como uma figura essencial e indispensável para o inquérito policial.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro é sabido que uma das primordiais finalidades do Direito Penal, em se tratando de *ultima ratio*, é a de proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade. Em algumas hipóteses concretas, muito embora a conduta esteja descrita abstratamente na lei penal, é necessário analisar se a ação ou a omissão lesionou consideravelmente determinado bem jurídico ou o expôs a lesão, a fim de ensejar uma resposta penal. Isso porque, em não havendo periculosidade social da ação, diminuta ofensividade, inexpressiva lesão jurídica ao bem tutelado, e reduzido grau de reprovabilidade, o princípio da insignificância se impõe. Nesse compasso é de se observar que a presença de todos os referidos requisitos conduz à descaracterização da tipicidade penal da conduta.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância ostenta controvérsia quanto a sua origem histórica, mas, para a maioria dos doutrinadores, este teve origem no Direito Romano, à luz do brocardo de *minimis non curat praetor*². O desenvolvimento do princípio da insignificância sempre esteve ligado a outro grande princípio norteador da aplicação do Direito Penal, o princípio da legalidade, que é um dos grandes garantidores da liberdade individual no estado democrático de direito e limitador da intervenção do poder do estado na liberdade do indivíduo. Desta forma, é imperioso realizar um sintético apanhado histórico.

Tendo sua origem fundada no Direito Romano e, inicialmente, de caráter civilista, o princípio da insignificância teve em sua base de validade o brocardo de *minimis non curat praetor*, introduzido em 1964 no sistema penal a partir de Claus Roxin. Neste sentido, o injusto penal tem como objetivo a proteção dos bens jurídicos mais importantes e sua incidência não deve inobservar os direitos humanos e a democracia, de modo que o estado não tenha liberalidade para proibir tudo o que queira, tampouco confunda moral com direito. (CAPEZ, 2009, online).

Roxin entende que o injusto penal é constituído da culpabilidade, da antijuridicidade e da tipicidade. Especificamente no campo da tipicidade, acredita o jurista ser imprescindível a aplicação do princípio da insignificância diante de condutas bagatelares (D'URSO, 2019, online). A partir dos ensinamentos de Roxin, surge o direcionamento ao uso do princípio da insignificância como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, devendo este auxiliar na análise do grau de reprovabilidade da conduta. Uma vez constatada o baixo grau de reprovabilidade social, deverá, então, deixar de incidir o direito penal, excluindo-se deste ramo do direito os danos de ínfima relevância, a partir da análise concreta da tipicidade.

Quando se trabalha com a perspectiva do princípio da insignificância, a análise dos bens jurídicos se faz necessário. Isso porque, o bem jurídico manifesta-se como um dos fundamentos do Direito penal democrático. Caracteriza-se como a expressão dos interesses individuais e coletivos, em caráter patrimonial ou imaterial; em linhas gerais, é tudo aquilo que possui tamanha importância que merece a proteção efetiva do Estado, que pode ocorrer nos mais diversos ramos do Direito.

Os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados como valores essenciais de determinada sociedade e, como tais, carecedores de proteção jurídico-penal. (1996, p.17):

O Direito Penal resguarda todos os bens jurídicos considerados mais sagrados à sociedade, como o direito à vida, à integridade física, à honra e à dignidade sexual, sendo este o ramo mais severo dentro do sistema jurídico brasileiro. É justamente nessa seara que se começa a pensar na possibilidade de uma criminalidade bagatela, que se caracteriza como a ofensa a um bem jurídico considerado irrelevante ao Direito Penal, sem que haja a exclusão da possibilidade de utilização de outro ramo do Direito menos penoso.

É imperioso analisar a tipicidade, um dos fundamentos do fato punível à luz da teoria jurídica do crime, concomitantemente à análise do bem jurídico quando se pensa na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. A tipicidade deve ser apreciada junto à reprovabilidade da conduta – tomando como base o que se caracteriza como bem jurídico –, posto que não há delito sem ofensa à um bem tutelado juridicamente e sem a presença de uma conduta típica.

online). Ou seja, o magistrado não deve-se ocupar com as questões insignificantes.

² Em latim, a terminologia significa que “pessoas de certa categoria não podem preocupar-se com pequenos detalhes”. (DICIONÁRIO DE LATIM, 2019,

Em certa medida, é plausível deduzir, de plano, que o princípio da insignificância pauta-se na análise da criminalidade insignificante, ou seja, abarca os delitos cuja ofensa ao bem jurídico é irrisória e a conduta não causa reprovabilidade social. Em conjunto, procede-se com a análise dos elementos da tipicidade, fundamento jurídico deste princípio, tendo em vista ser um elemento fundamental para reconhecer a incidência da insignificância da conduta no sistema processual pátrio.

Portanto, em se tratando de condutas caracterizadas por ofensas irrisórias aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal e ausentes os elementos necessários à tipicidade da conduta, se deve valer do princípio da insignificância, aplicando-o de modo a afastar a incidência do tão gravoso Direito Penal, agindo como gerador da atipicidade da conduta.

TIPICIDADE MATERIAL, FORMAL E CONGLOBANTE

No Brasil, a discussão doutrinária a respeito do conceito analítico de crime é antiga. A Teoria Bipartida e a Teoria Tripartida são as mais defendidas por juristas pátrios. Para a Teoria Bipartida, o crime é um fato antijurídico e típico; a culpabilidade, para esta, aparece somente como um pressuposto de aplicação da pena. Já no entendimento da Teoria Tripartida, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. (CHAVES, 2014, *online*).

A tipicidade é composta por conduta, nexos de causalidade, resultado e tipicidade. Segundo Bittencourt (2012, p. 338), a tipicidade consiste na "conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal", sendo dividida em tipicidade formal e conglobante.

A tipicidade formal é a adequação de um fato à uma conduta previamente instituída pelo legislador como proibida, ou seja, como um tipo penal, é o ajuste entre o fato e a norma. As condutas não adequadas a um tipo legal previamente instituído como crime não serão, portanto, consideradas como tal.

A tipicidade material, por outro lado, está ligada a relevância da lesão ou do perigo de lesão que a conduta pode causar. Determina que o comportamento do agente atente, em certa magnitude, contra o bem jurídico tutelado, devendo apresentar considerável prejuízo ao bem protegido. A tipicidade conglobante, por sua vez, entende ser necessária a conjugação da tipicidade material com a antinormatividade. A antinormatividade está ligada aos atos não amparados por uma causa de justificação prevista em lei, nos artigos 23, III, 24 e 25, todos do Código Penal.

No que se refere a tipicidade conglobante, de acordo com Zaffaroni (1997, p.461), "é um corretivo

da tipicidade legal, já que exclui condutas que são aparentemente proibidas da esfera do fato típico". O exemplo clássico utilizado para elucidar a presente explicação, é a do oficial de justiça que sequestra o bem do devedor, amparado pela causa de justificação do art. 23, III do CP.

Zaffaroni expõe a crítica a respeito da possibilidade de o ordenamento jurídico brasileiro permitir determinadas condutas e ao mesmo tempo proibi-las. O juízo de tipicidade conglobante se preocupará em sanar essa incongruência, deixando de analisar tão somente a tipicidade formal.

Outrossim, traz-se à lume a ênfase à lesão ao bem jurídico tutelado, à luz da tipicidade conglobante. Considera-se como imprescindível à caracterização da tipicidade conglobante a realização de uma conduta antinormativa e que de fato seja ofensiva ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, se baseando na tipicidade material.

PREVISÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Ante a ausência de previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional, verifica-se o encargo da jurisprudência como fonte de extração de pressupostos e requisitos para ensejar a aplicação do princípio da insignificância. Tal princípio valida-se a partir das construções doutrinárias supramencionadas e nas construções jurisprudenciais dos tribunais.

Apesar da ausência de regulamentação no código penal, insta salientar a existência do art. 209, §6º do Código Penal Militar, cuja previsão dispõe ao intérprete da Lei um norteador para afastar a tipicidade material da conduta e, conseqüentemente, afastar a incidência de uma sanção gravosa diante de uma conduta de baixa lesividade. Consoante ao artigo mencionado, expõe-se julgado nesse sentido:

CRIME MILITAR – LESÃO CORPORAL. I – REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO – DESNECESSIDADE – INCIDÊNCIA DO ART. 90-A DA LEI Nº 9.099/95. ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.839/99, consubstancia regra de sobredireito na medida em que veda a incidência das disposições da Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Militar. Posto em termos peremptórios e absolutos, não é dado ao intérprete restringir-lhe o alcance mediante o "discrimen" entre delito militar próprio e impróprio, que nem a "mens legis" e tampouco a "mens legislatoris" autorizam, até porque "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". II – EQUIMOSE SUPERFICIAL – LESÃO LEVÍSSIMA – INFRAÇÃO DISCIPLINAR – ART. 209, §6º, CPM – ABSOLVIÇÃO DECRETADA. Desde que a lesão sofrida pela vítima tenha se limitado a uma única equimose superficial, resultante de um incidente

ocorrido em partida de futebol disputada exclusivamente por milicianos, e sendo certo que o acusado buscou imediatamente reparar as consequências do evento, forçoso reconhecer a intranscendência jurídico-penal do fato para o fim de se repelir, “ex vi” do art. 209, §6º, do Código Penal Militar, imputação de crime de lesão corporal, não obstante possa ser apurada falta disciplinar residual. RECURSO PROVIDO.

(TJ-PR, Apelação Crime nº 1075125. Relator: Des. Carlos A. Hoffman. 2001, *online*)

A partir deste julgado, percebe-se que ao se deparar frontalmente com uma conduta resultante de lesão corporal leve, o magistrado reconhece a incidência do art. 209, §6º, do Código Penal Militar e afasta a tipicidade no caso em tela, resultando na absolvição do acusado, ainda que não seja esse fato causa impeditiva de apuração de falta disciplinar residual. A aplicação deste dispositivo em muito se assemelha com o reconhecimento do preceito evidente neste artigo, visto que em ambos a tipicidade é afastada da conduta.

À luz da análise das jurisprudências dos Tribunais e do próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, tornar-se-á possível traçar delimitadores dos requisitos concretos deste mecanismo de política-criminal, que devem ser aplicados cumulativamente, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPLICIDADE PENAL, EM SEU ASPECTO MATERIAL. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOUTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AO "PERICULUM IN MORA". MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. (STF, Med. Caut. em HC 844120/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 2004, *online*)
APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – PLEITO

DE CONDENAÇÃO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTATÓRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDA. 1 – A jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância somente é possível quando restarem configurados quatro requisitos, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, a reprovabilidade diminuta do comportamento, e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2 – Na situação versada nos autos, visível que os requisitos que autorizam a aplicação do princípio da insignificância restaram devidamente preenchidos, eis que o conjunto probatório revela que o valor da res furtiva (capacete) é irrisório, no caso avaliado em oitenta reais (R\$ 80,00) – vide fl. 27 –, e, ainda, que não houve qualquer repercussão no patrimônio da vítima, visto que o capacete foi devidamente restituído e reincorporado ao patrimônio do vitimado, como se constata do auto de entrega de fls. 15, notadamente por se tratar a questão de furto na modalidade simplória. 3 – Sentença absolutória preservada. 4 – Recurso não provido. (TJ-ES, Apelação cível nº 0000566-50.2011.8.08.0038. Relator: Des. Pedro Valls Feu Rosa. 2015, *online*)

Em contraponto acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior não admite a aplicação do princípio da insignificância se o valor da res furtiva equivale a mais de 10% por cento (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato, isso porque a lesão jurídica provocada não é inexpressiva. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1242213/MG. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. 2018, *online*)
PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da

insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere da hipótese em apreço, máxime por se tratar de ré reincidente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp1764927/RS. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 2019, *online*)

Nota-se que há reconhecimento da impossibilidade de aplicação do princípio da bagatela, no caso de a conduta lesiva resultar em um dano com valor superior a 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por exemplo, visto que não foi possível constatar o requisito da inexpressividade da lesão jurídica provocada. Já na segunda, a delimitação esta centrada no fato da reiteração da conduta delituosa, fundamentada na periculosidade social da ação. Na última, a inaplicabilidade em função da infungibilidade do bem, atraindo o requisito da reprovabilidade do comportamento.

Na prática, os tribunais superiores costumam aplicar o princípio da insignificância com parâmetros diferentes para cada tipo penal. Com relação aos crimes tributários, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergem quanto ao valor a ser considerado insignificante. Para o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, o valor a ser considerado bagatela é o de R\$10.000,00 (dez mil reais), conforme o art. 20 da Lei 10.522/02, ao passo que para o Supremo Tribunal Federal, este deve ser de R\$ 20, 000,00 (vinte mil reais), seguindo entendimento da Portaria do Ministério da Fazenda (art. 1º, II, da Portaria MF 75/2012).

Quanto à aplicação do princípio da insignificância no que concerne aos crimes da Lei 11.343/2006, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inadmissibilidade da aplicação do princípio da insignificância, em razão da natureza do delito, que é de perigo abstrato. Entretanto, ao julgar o HC 127.573, em novembro de 2019, inova o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a atipicidade material na conduta em relação a uma mulher detida portando, na ocasião, 1g de maconha. O entendimento que prevaleceu foi o do Ministro Gilmar Mendes que enfatizou a necessidade de se diferenciar o traficante de grande porte daquele que trafica apenas para manter seu vício. Defendeu, em seu voto, a aplicação do princípio da insignificância em razão da irrisória ofensividade da conduta da agente:

No caso em comento, não existem óbices para que se aplique o princípio da

insignificância, já que a ofensividade da conduta da paciente é tão irrisória, que fica descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal. Ante o exposto, nos termos do art. 192 do RISTF, concedo a ordem para considerar a atipicidade material da conduta. (STF, HC 127573/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2019, *online*)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da insignificância em recente julgamento³, realizado em setembro de 2019, em processo no qual o réu fora condenado por estar na posse de quatro cartuchos de munição calibre 38, sem possuir arma de fogo. O colegiado do Superior Tribunal de Justiça aplicou entendimento firmado no Habeas Corpus 143.449 do Supremo Tribunal Federal, que admitiu a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, quando não houver a posse conjunta de armamento. (CONJUR, 2019, *online*).

ASPECTOS DO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Em tempos em que a legislação processual penal preocupava-se com a culpabilidade e a periculosidade do agente, a Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema de amplas garantias individuais. Trouxe em seu bojo os princípios da não culpabilidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, conferindo ao processo garantias ao indivíduo em face do Estado.

Diante da nova perspectiva da constitucionalização do processo, considera-se que este, para ser considerado justo, deve ser precedido, segundo Pacelli (2017, p. 9) “(...) sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial”.

Além das disposições constitucionais, que são de observância obrigatória e devem servir de norte para aplicação das normas processuais penais,

³ O número do processo que originou a decisão mencionada não é mencionado em razão do sigilo de justiça.

diz-se que, quanto à organização da justiça criminal, existem três sistemas penais no ordenamento jurídico. A doutrina pátria costuma separá-los em inquisitivo, acusatório e misto. No sistema inquisitivo, o juiz é atribuído das funções de acusar, julgar e até mesmo de defender o acusado, sem obrigação de observância das garantias constitucionais, sendo a figura do acusado mero objeto do processo. Nesse sistema, há a presunção de culpabilidade do acusado; e o juiz, o gestor da produção de provas, as providencia apenas para confirmar o seu pensamento pré-estabelecido e certificar-se da culpa do acusado. A principal prova para este sistema é a confissão do réu, que será obtida mediante tortura ou outro meio cruel empregado para extrair deste o que for conveniente e favorável para garantir a sua posterior condenação. (MOREIRA, 2016, p. 4-5).

No sistema acusatório, diversamente do que ocorre no sistema inquisitivo, há a separação das funções de acusar, defender e julgar. O juiz será imparcial, não produzirá provas e nem defenderá o réu. Nesse sistema, as provas serão geridas pelas partes, há a separação do dever de julgar, que fica a cargo do juiz, e de acusar, incumbindo ao Ministério Público. Neste sistema, a presunção será de não culpabilidade, ficando a cargo do órgão de acusação a responsabilidade de provar a culpa do acusado, sendo o juiz investido do pressuposto do livre convencimento motivado ao analisar as provas trazidas pelo órgão de acusação, sempre em consonância com o princípio *in dubio pro reo*. (MOREIRA, 2016, p. 5-6).

Nota-se que no curso processual probatório não há de se falar em verdade real, sendo esta uma mera constatação factual, mas sim, em uma verdade formal (processual), priorizando o devido processo legal e os fundamentais princípios norteadores do direito processual penal.

Isto porque, nos dois Sistemas Acusatório e Inquisitivo, busca-se a verdade material (real). Em nome da verdade real faz-se uma falsa distinção entre o processo penal e o processo civil e uma inadequada semelhança entre os Sistemas Acusatório e Inquisitivo. O que se busca no processo Acusatório é a verdade que cada um pode dar, respeitada as regras formais. Será que no direito processual. Acusatório não se observa a verdade formal, objetivando um convencimento próximo à certeza? (MOREIRA, 2016, p. 8)

Consoante Lopes (2019, *online*), não há sistemas processuais puros no ordenamento jurídico atual, considerando o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro como misto. O sistema penal classifica-se desta forma pois o sistema processual penal brasileiro possui características inquisitórias na fase de inquérito policial (pré-processual) e acusatórias na fase processual.

Para chegar a conclusão acima exposta, faz-se necessário analisar a atuação do julgador no curso do processo, posto que não demonstra-se suficiente a separação inicial das funções – investigatória (Polícia), acusatória (Ministério Público) e julgadora (Juiz) –, sendo necessário um afastamento do magistrado das funções investigatórias e instrutórias, à luz da justificativa de macular sua imparcialidade.

Neste diapasão, cita-se o inquérito policial como fonte de inenarrável relevância no quesito garantia do devido processo legal. Diz-se que o inquérito é um procedimento administrativo e, ante a tal natureza, não se faz imprescindível o contraditório e a ampla defesa. Os argumentos permeiam em torno de que o inquérito é mera peça de informação que poderá ensejar, ou não, em um processo criminal.

ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial está presente na fase preliminar da persecução penal e tem natureza jurídica de procedimento policial administrativo. Segundo Lenza (2013, p. 62):

É um procedimento investigatório instaurado em razão da prática da uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la contra o criminoso.

O inquérito policial deve ser capaz de contemplar os fatos e circunstâncias acerca do crime, além de sua autoria, de modo que futuramente seja viável a propositura da ação penal cabível por aquele que for titular. Criado com o advento do decreto Imperial 4.824/1871, atualmente está positivado no Livro I, Título II do Código de Processo Penal.

A fase preliminar da persecução penal consiste em um conjunto de diligências investigativas. A investigação criminal, contudo, não possui conceito legal. O legislador se reserva a instituir no art. 6º do Código de Processo Penal um rol de providências que devem ser adotadas pelos órgãos policiais, para buscar a reconstituição do fato criminoso.

A recente Lei 12.850/13, no seu art. 3º, admite nesta fase novos meios de obtenção de prova, como a colaboração premiada, por exemplo. Em suma, o objetivo fundamental da investigação é produzir o lastro probatório para a deflagração da respectiva ação penal, buscando os indícios de autoria e materialidade e em quais circunstâncias fáticas o suposto delito ocorreu.

Faz-se necessário trazer à lume as características do inquérito policial, para seja compreendido em sua totalidade. Como primeira característica crucial, cita-se seu caráter sigiloso, previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal. A aplicabilidade excede o advogado do investigado, salvo se absoluto sigilo, assegurada tal garantia pela

Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Outrossim, o inquérito deverá ser escrito, em consonância com o artigo 9º do Código de Processo Penal, posto que suas peças deverão ser processadas e reduzidas a forma escrita, sendo rubricadas pela autoridade policial, a fim de que tenha posteriormente valor como prova.

Finalizada a primeira fase da persecução penal – a fase pré-processual – e sujeitando-se ao resultado positivo do inquérito, inicia-se a fase processual. Por conseguinte, enseja-se a denúncia, proposta pelo Ministério Público através do Promotor de Justiça e que posteriormente será julgado pelo Poder Judiciário através do Juiz de Direito.

Em se tratando de ação penal pública, o Ministério Público poderá, após finalizado o inquérito, requerer ao magistrado competente o seu arquivamento, ou retorná-lo à autoridade policial, caso entenda serem necessárias novas diligências indispensáveis ao oferecimento da denúncia pelo *parquet*.

ATRIBUIÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Os candidatos ao ingresso na carreira de Delegado de Polícia, necessariamente bacharéis em Direito, se submetem a um rigoroso concurso público, sendo avaliados seus conhecimentos nas mais diversas áreas do Direito. Se aprovados, passam pelo Curso de Formação na Academia de Polícia Civil, que oferece aos futuros delegados os conhecimentos específicos e aperfeiçoamento necessários ao exercício de suas atividades.

Por exigência legal, o Delegado de Polícia tem formação jurídica, sendo o profissional da segurança pública que primeiro toma conhecimento da ocorrência do fato delituoso, desencadeando a *persecutio criminis*. Assim, exerce ele o papel de anteparo da sociedade, providenciando, imediatamente após o fato, a prisão do acusado ou a instauração do procedimento apuratório respectivo. (DUARTE in SINDEPOL, 2011, *online*)

A autoridade policial, ao exercer a presidência do inquérito policial, possui funções e atribuições específicas e delimitadas. De acordo com o artigo 4º do Código de Processo Penal, destaca-se a obrigatoriedade da autoridade policial que, ante a um fato delituoso, instaure o competente inquérito

policial. Importante observar que se excetua as ocorrências delituosas em âmbito Militar, pois, ante às singularidades da Justiça Militar, nos crimes militares o procedimento investigativo será instaurado pelo Oficial Militar, obedecendo o disposto no art. 144, §4º da Constituição Federal de 1988.

O delegado de polícia é responsável pela condução e chefia da delegacia. Gere e preside as ocorrências policiais registradas e coordena a delegacia correspondente à sua área de competência. Possui como atribuição fundamental a presidência do inquérito, devendo investigar os fatos delituosos, atuando de forma a reprimir a criminalidade; além de atender a demanda da população que busca informações e atendimento na delegacia. A autoridade policial conduzirá a investigação a fim de obter os indícios de autoria e materialidade do delito quando estiver diante da ocorrência de um crime.

O inquérito policial, como já exposto acima, tem natureza de procedimento administrativo realizado com objetivo de averiguar um crime e sua autoria. Apesar de não haver hierarquia entre juízes, promotores e delegados, caso o membro do *parquet* requisitem a instauração do inquérito, o delegado de polícia será obrigado a fazê-lo, nos termos do art. 13, inciso II do Código de Processo Penal.

Além de ser um procedimento oficial e sigiloso, não poderá o delegado de polícia dele dispor, uma vez que a persecução penal é dotada de ordem pública. Deverá a autoridade policial, ainda, em atenção ao caráter temporário do inquérito, finalizá-lo no prazo processual de dez dias, se o indiciado estiver preso, ou trinta dias se estiver solto, consoante o art. 10 do Código de Processo Penal.

A Lei Federal 12.830/2013 dispõe acerca da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, reforçando o cunho de seu poderio requisitório. O delegado demonstra-se como uma figura independente, cujo convencimento acerca do fato criminoso não deve sofrer quaisquer interferências externas.

É necessário respeitar sempre a autonomia valorativa de cada um dos órgãos estatais que atuam no sistema de justiça criminal (Polícia Judiciária, Ministério Público e magistratura). Mesmo porque inexistente hierarquia entre esses órgãos. Todos são carreiras jurídicas com assento constitucional. E, acima de tudo, deveriam todos empreender medidas para a redução do arbítrio punitivo. (MACHADO, 2015, p. 161)

O delegado de polícia é responsável pelo ato administrativo de indiciamento, que é “vinculado, declaratório, fundamental e privativo do delegado de polícia enquanto autoridade policial” (ANSELMO, et. AL. 2016, p. 80). É, portanto, um ato personalíssimo da autoridade policial, formado pela íntima convicção deste sobre os elementos constitutivos do fato, constituindo uma atuação

baseada no livre convencimento motivado a partir do conjunto probatório colhido na fase pré-processual. Embora seja vinculado a promover o devido procedimento investigativo, o delegado não poderá ser compelido a indiciar ou instaurar o inquérito se, em um primeiro juízo de tipicidade, verificar-se a atipicidade do fato, sob pena de promover uma investigação policial temerária.

Na perspectiva doutrinária contemporânea (FERRAJOLI, 2014), consistindo a conduta atípica em razão da insignificância aferível *primo ictu oculi*, o delegado, vestido dos paradigmas constitucionais garantistas, pressupostos difundidos nos moldes do Garantismo de Ferrajoli, não só poderá como deverá proceder com a aplicação do princípio da insignificância. Salienta-se que com o advento da Carta Magna de 1988, o papel do delegado fora ampliado, posto que emergiu um movimento buscando tutelar os direitos fundamentais na investigação criminal, sendo este o primeiro garantidor da legalidade e da justiça.

Sua missão institucional de primeiro garantidor da legalidade da persecução penal, a qual foi redimensionada, em boa hora, pelos princípios da Constituição cidadã de 1988, que não se contenta com o singelo exercício de uma atividade investigativa a qualquer custo. (GOMES, 2006, p. 732)

Apesar de ser a mais importante, as funções do delegado de polícia ultrapassam a presidência do inquérito policial. Compete, sobretudo à autoridade policial, efetuar a prisão do sujeito que se encontra em flagrância. A prisão em flagrante busca evitar a fuga do agente criminoso e garantir a colheita de elementos probatórios para o inquérito. A autoridade, ao efetuar a prisão em flagrante, deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, em até vinte e quatro horas após a prisão. O juiz, ao recebê-lo, se verificar que ilegal a prisão, deverá relaxá-la. Constatada a legalidade da prisão e a necessidade e a necessidade de mantê-la, deverá convertê-la em preventiva.

Ademais, terá, ainda, o delegado de polícia, a atribuição de representar acerca da prisão preventiva do indiciado, observado seu caráter excepcional, em razão do Princípio da Presunção de Inocência, presente no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. A prisão preventiva, na fase pré-processual, só poderia ser decretada mediante requisição do querelante, assistência, *parquet* ou delegado de polícia. Já na fase processual, o juiz poderá decretá-la de ofício.

Diante do supramencionado, questiona-se a legitimidade da competência do delegado de polícia, perante uma conduta cujo objeto seja cristalinamente bagatela, de deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, não instaurar o inquérito policial ou até mesmo deixar de indiciar o acusado, com base no princípio da insignificância, pois tal ato atingiria

frontalmente a sua vinculação em promover o devido procedimento administrativo.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Embora a doutrina majoritária, atualmente, entenda ser inaplicável o princípio da insignificância pelo delegado de polícia, esta questão merece especial atenção por ter se tornado uma realidade bastante discutida no meio acadêmico. O delegado de polícia desempenha diversas atribuições no curso da persecução penal, restando comprovada a extrema relevância social das atividades por ele desempenhadas, ressaltando ser a autoridade policial responsável por garantir, ao tomar conhecimentos dos fatos criminosos e os sujeitos envolvidos, uma investigação criminal justa, garantista e imparcial, devendo observar sempre os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que, reconhecidamente, seja o delegado de polícia figura essencial ao deslinde persecutório penal, dada suas valorosas atribuições no curso da investigação pré-processual, parte da doutrina, mais precisamente membros do Ministério Público e da Magistratura, relutam ao reconhecer a possibilidade da autoridade policial aplicar o princípio da insignificância durante a instauração do inquérito policial ou antes mesmo de decretar a prisão em flagrante do agente a ser indiciado.

De acordo com Gomes (2009, p.17), o delegado de polícia “não pode proferir decisão definitiva sobre a insignificância da conduta ou do resultado”, sendo sua atribuição apenas a de proceder com o registro do fato criminoso. Gomes pontua que o delegado não pode por si só arquivar o inquérito ou o termo circunstanciado, cabendo-lhe apenas registrar o fato criminoso e remeter o processo investigatório ao Ministério Público para que o órgão de acusação proceda com o arquivamento, se constatada a atipicidade material, e posteriormente o juiz competente também assim o determine. Argumenta, ainda (Gomes, 2009, p. 18), que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”, sendo vedada tal prática ao delegado de polícia. Ainda nessa linha, afirma Rangel (2011, online):

Não cabe a autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao homicídio. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições é meramente investigatória.

A linha que entende ser impraticável a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, inadmitindo que este deixe de

lavrado o auto de prisão em flagrante ou arquivado o processo investigatório, sustenta a ausência de previsão legal neste sentido, o descumprimento do art. 17 do Código de Processo Penal, e ainda, que a admissão desta prática caracterizaria verdadeira violação de competências, pois estaria o delegado de polícia reivindicando funções inerentes ao Ministério Público e ao Juiz, extrapolando, portanto, as suas prerrogativas.

Outro argumento contra a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial sustenta que o inquérito policial possui a função exclusiva de auxiliar o Ministério Público, que é o real titular da Ação Penal, a formar a sua *opinio delicti* para só então o órgão de acusação decidir por promover a ação penal ou não. Esta corrente corrobora com o entendimento de que o delegado não possui a prerrogativa de fazer juízo de valor durante o inquérito policial, valendo-se da norma do artigo 28 do Código Processual Penal que confere ao Ministério Público a incumbência de requerer o arquivamento do inquérito policial.

Ainda contra aplicação do Princípio da Insignificância pelo delegado de polícia, destaca-se o argumento de que sua atuação deve ser movida pelo Princípio da Obrigatoriedade do Inquérito Policial e deve restringir-se à análise da tipicidade exclusivamente no seu aspecto formal, não devendo o delegado de polícia analisar subjetivamente a materialidade da tipicidade da conduta do agente indiciado. Esta corrente, corroborada pelo professor e promotor de justiça do Estado de Minas Gerais, Rogério Greco, sustenta que o delegado de polícia, ainda que diante de fato materialmente insignificante, deve proceder com a instauração do Inquérito Policial para posteriormente o órgão de acusação avaliar os elementos apurados no curso da investigação e consequentemente manifestar sua *opinio delicti*.

Por outro lado, parte da doutrina abaixo citada, ainda que minoritária, é favorável a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. De acordo com o delegado de polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul, Roger Spode Brutti, a autoridade policial é responsável pelo recebimento das *notitias criminis*, por elaborar o inquérito policial com as informações necessárias e proceder à respectiva remessa ao Judiciário. Brutti salienta que devido à grande carga a que é atribuída à autoridade policial, a prescrição da pena em abstrato acaba por atingir diversas ocorrências registradas. Nesse sentido, Brutti evidencia:

De tempos em tempos, e esta tem sido a prática, ao atingir-se número considerável de feitos prescritos em um Distrito Policial, convencionou-se determinado acordo entre Delegado de Polícia e Promotor de Justiça locais e remetem-se citados cadernos apuratórios, em lotes, à apreciação do *parquet*, a fim de que este requeira seu arquivamento ao Juízo

competente. Incontáveis procedimentos, instaurados ou não, já prescritos, encontram esse destino em nossa Administração Pública. A razão desse procedimento costumeiro não é nada além da incontestável impossibilidade de os Órgãos Policiais levarem a efeito termo à totalidade da demanda que os assola diariamente. Pragmaticamente, então, e forçosamente, em determinadas situações, as Autoridades Policiais sentem-se premidas e fatalmente precisam selecionar, dentre os procedimentos às suas cargas, aqueles que mais urgem atenção e celeridade ante as suas gravidades. É uma decisão razoável, perante uma problemática real. (BRUTTI, 2006, *online*).

A partir da problemática quanto ao grande número de processos sentenciados já cobertos pela prescrição, em decorrência do grande número de ocorrências apuradas pelas delegacias de polícia sem o aparato devido e funcionários suficientes para auxiliar, Brutti sustenta que poderia ser concedida ao delegado de polícia, através dos instrumentos legais adequados e cabíveis, a legitimidade para selecionar, dentre as ocorrências apuradas, mediante um juízo de bom senso e razoabilidade, o que de fato deveria ser levado à apreciação do Poder Judiciário, ressaltando que não visa a concessão de poderes especiais aos delegados de polícia contrariando a norma do artigo 17 do Código de Processo Penal, mas sim, a possibilidade da Autoridade Policial dispensar a instauração do inquérito policial quando encontrar-se diante de delitos atípicos em seu aspecto material.

Argumenta-se que tal atribuição conferida ao delegado de polícia atenderia ao princípio da economia processual, resultando no aumento da celeridade no processamento das ações penais materialmente relevantes para o ordenamento jurídico, bem como se evitaria o gasto e a movimentação de todo aparato público no atendimento à causas penais bagatelares, o que, por consequência, aumentaria a produtividade do judiciário e também da polícia.

Insta salientar a existência da Portaria nº 18 da Delegacia Geral de Polícia (DGP) do Estado de São Paulo, de 25 de novembro de 1998 (*online*), na qual orienta-se à autoridade policial, quando estiver diante de casos nos quais não se constate a presença de justa causa para a instauração do inquérito penal, que arquite o boletim de ocorrência que noticiem fatos atípicos.

A recomendação da DGP de São Paulo não contraria a regra expressa no art. 17 do Código de Processo Penal, pois apenas admite o arquivamento do boletim de ocorrência, não do inquérito policial. Tal possibilidade evita o investimento do tempo e do labor desnecessários dos policiais que, gerando gastos públicos, diligenciarão atos investigatórios

de fatos materialmente atípicos. Nesse mesmo sentido, manifesta-se Salles Júnior:

Voltando à comunicação do crime diretamente ao Delegado de Polícia, temos que às vezes, apesar da lavratura do Boletim de Ocorrência ou do recebimento da comunicação escrita, o inquérito não é instaurado, por entender a autoridade policial que o fato não é criminoso, que a autoria é incerta ou por qualquer outro motivo (CPP, art. 5º., §2º.). (SALLES JÚNIOR, 1989, *online*).

Da leitura do art. 5º, §2º do Código de Processo Penal, fica claro que poderá o delegado de polícia, em certos casos, deixar de instaurar inquérito policial, por previsão legal que o confere tal prerrogativa. Deverá, por óbvio, de maneira adequada, quando estiver diante de fatos registrados que se mostrem claramente atípicos ou careçam de justa causa para o desatar de uma persecução criminal, fundamentar devidamente sua decisão quanto ao arquivamento destas ocorrências.

Ainda a favor da aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, argumenta-se que este possui formação jurídica tal como promotores e juízes, tendo como requisito ao seu ingresso na carreira de delegado, ao menos 2 anos de atividade jurídica efetiva. Além disso, destaca-se que caberá à autoridade policial assegurar, em primeiro plano, o cumprimento da Constituição Federal, garantindo aos indivíduos com quem se relacionará quando do cumprimento de suas obrigações, a observância dos direitos e garantias fundamentais que lhe são inerentes.

O delegado de polícia é importante figura responsável por resguardar a Constituição e proteger o indivíduo contra ingerências arbitrárias do Estado à sua liberdade, devendo atuar considerando o Processo Penal e o Direito Penal como instrumentos de garantia do cidadão. Conforme pontua Valente (2009, p.160): “a tutela dos direitos, liberdades e garantias individuais é uma das finalidades da polícia não só contra as agressões dos particulares, mas também contra os abusos do *jus puniendi* do Estado”.

Ademais, argumenta-se a favor da aplicação do princípio da insignificância que basta a instauração do inquérito policial para que haja atentado ao que se chama de *status dignitatis* do investigado. O procedimento investigativo, por si só, representa constrangimento que se mostrará desnecessário se estivermos diante da ausência de justa causa, sem reunir um conjunto de elementos que construa a autoria e materialidade da infração penal posta em investigação. Conforme Lima (2013, p. 138):

A instauração de inquérito policial contra pessoa determinada traz consigo inegável constrangimento. Esse constrangimento, todavia, pode ser tido como legal, caso o fato sob investigação seja formal e

materialmente típico, cuida-se de crime cuja punibilidade não seja extinta, havendo indícios de envolvimento dessa pessoa na prática delituosa. Em tais casos, deve a investigação prosseguir. Todavia, verificando-se que a instauração do inquérito policial é manifestamente abusiva, o constrangimento causado pelas investigações deve ser tido como ilegal, afigurando-se possível o trancamento do inquérito policial.

Levando-se em consideração a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, sabendo-se que este deve ser aplicado em *ultima ratio*, argumenta-se que não seria razoável a utilização deste ramo do Direito, movimentando toda a máquina estatal, promovendo diligências e atos investigatórios para perseguir uma infração penal sem relevância típica quanto ao seu aspecto material, devendo deixar aos menos rígidos ramo do direito a solução para os ilícitos de menor gravidade severidade. Ante a fatos insignificantes e condutas materialmente atípicas, a doutrina moderna vem defendendo a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, defendendo a impossibilidade deste deixar de instaurar o inquérito policial e representar pela prisão em flagrante.

De acordo com o processo Masson (2013, p. 36), “o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial”. Nesse sentido, corroboram Rosa e Khaled (2014, *online*):

Não só os delegados podem como devem analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os delegados que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal.

Argumenta-se, portanto, que inexistente previsão legal que limite a autoridade policial à análise exclusiva da tipicidade formal, e que o inquérito policial instaurado mediante a ausência de *fumus comissi delicti* estaria fadado à inutilidade quanto a movimentação desnecessária da máquina estatal ao perseguir condutas materialmente atípicas. Sendo a insignificância perceptível desde o momento em que a autoridade policial toma conhecimento dos fatos, deverá o agente estatal abster-se de lavrar o auto de prisão em flagrante ou instaurar inquérito policial, agindo mediante livre convicção motivada sobre o direito de ir e vir dos cidadãos, garantindo a observância de suas prerrogativas constitucionais e aplicando, de plano, o princípio da insignificância, mediante decisão fundamentada.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo a análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, perpassando pelo estudo do instituto da tipicidade, do bem jurídico e das prerrogativas da figura do delegado, à luz do sistema de administração de justiça. Observou-se que a jurisprudência pátria vem aplicando o princípio da insignificância em diferentes situações e em tipos penais diversos. Entretanto, para o acolhimento do princípio da insignificância nas diversas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal há de se analisar os pressupostos em relação à inexistência de periculosidade social da ação, baixíssima ofensividade no caso concreto, inexpressiva lesão jurídica ao bem tutelado e reduzido grau de reprovabilidade da conduta. Para a Suprema Corte Brasileira, os pressupostos deverão ser sopesados com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado.

Em que pese parte da doutrina entender que o delegado de polícia, uma vez relatado o inquérito policial, deve restringir-se ao fato criminoso e sua autoria, não devendo fazer qualquer juízo de valor; outros, porém, seguem posição contrária. E os que entendem ser possível à autoridade policial a aplicação do princípio da insignificância em sede policial, baseiam-se, dentre outros argumentos, no fato de que há um grande quantitativo de processos criminais em curso, e que já estão abrangidos pela prescrição.

Além disso, para aqueles que se mostram contrários à aplicação do princípio da insignificância em sede policial, o delegado de polícia deve realizar os atos investigatórios de modo a auxiliar o Ministério Público a formular sua *opinio delicti*, para que o órgão acusatório tenha condições de oferecer denúncia contra o possível autor do crime. É dizer: com esteio no princípio da obrigatoriedade, a autoridade policial deve proceder à análise da tipicidade apenas no seu aspecto formal, para que não exceda em suas atribuições.

Há de se reconhecer que o delegado polícia é uma importantíssima figura na persecução penal, haja vista que este é o primeiro sujeito estatal a analisar o caso penal e, por isso mesmo, deve pautar sua atuação no respeito máximo às garantias fundamentais dos indiciados.

De toda forma, a discussão está longe de terminar, porque muito embora as funções dos atores do sistema jurídico estejam bem definidas pela Constituição, as perspectivas concretas da análise do fato crime e sua autoria em sede policial ainda carecem de alinhamentos e estruturação; de modo que estas breves reflexões trazidas à baila no presente artigo reforçam a necessidade de se repensar o modelo de investigação no Brasil e a forma de condução dos inquéritos policiais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 15 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileira: parte geral**. Vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 127573/SP. Paciente: Maurene Lopes; Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo; coator: Relator do HC 318936 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 de abril de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15330251811&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em HC 844120/SP. Paciente: Bill Cleiton Cristovão ou outros; Impetrante: Luiz Manoes Gomes Júnior; coator: Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalh_e.asp?idConteudo=63002>. Acesso em: 13 abril 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1242213/MG. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6319189/86/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1242213-mg-2018-0023695-5?ref=serp>>. Acesso em: 13 abril 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1764927/RS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2166112>>. Acesso em: 13 abril 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação crime nº 1075125/PR. Relator: Desembargador Carlos A. Hoffmann. Paraná, 11 de novembro de 2001. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4378194/apelacao-crime-acr-1075125>>. Acesso em: 13 maio 2019.

BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia**. Jus: 2016. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/9145/o-principio-da-insignificancia-frente-ao-poder-discrecional-do-delegado-de-policia/2>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

CHAVES, Talyta de Lima. Bipartida ou tripartida? Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal. **Jus**: 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-brevemente-consideracoes-sobre-a-teoria-adotada-pelo-codigo-penal>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

D'URSO, Flávio Filizzola. Crimes que o direito penal não pune (princípio da insignificância). **MIGALHAS**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI296893.71043-Crimes+que+o+Direito+Penal+nao+pune+princípio+da+insignificancia>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

DUARTE, Carlos Neves. **Prerrogativas e atribuições do delegado de polícia**. Sindicato os Delegados de Polícia do Estado de Goiás: 2011. Disponível em: <<https://sindepol.com.br/site/artigos/prerrogativas-e-atribuicoes-do-delegado-de-policia.html>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade. São Paulo: RT, 2009. p.17, 18 e 19.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 138.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Flagrantes de bagatela: considerações sobre a aplicação do**

princípio da insignificância pelo delegado de polícia. SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (Org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 161.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição**. MPSP: 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documntacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConslnter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atla, 2017, p. 9.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, LENZA, Pedro, coordenador. **Direito processual penal esquematizado**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

STJ aplica insignificância em caso de munição apreendida sem arma de fogo. **CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-23/stj-aplica-insignificancia-municao-apreendida-arma>>. Acesso em 29 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 12.

LAWFARE NA OPERAÇÃO LAVA JATO: A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO PARA ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTA NA LEI 12.850/13

Isabella Rocha Vieira Lapa⁴

SUMÁRIO:INTRODUÇÃO; 1 O INSTITUTO LAWFARE E A ILEGALIDADE NOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIIS; 2 COLABORAÇÃO PREMIADA DA LEI 12.850/13 E SUA APLICABILIDADE NA OPERAÇÃO LAVA-JATO; 3 ANÁLISE CRÍTICA DO USO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PROCESSOS DA LAVA-JATO; 3.1 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAR CRIMES DE CORRUPÇÃO; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO

O presente trabalho pretende avaliar, por meio do método dialético e de pesquisa de cunho bibliográfico e documental, se a prisão preventiva está sendo utilizada na Operação Lava Jato como meio para alcançar a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13 (que define a organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal), e se a hipótese corresponderia à prática de *Lawfare*. Os primeiros itens deste artigo se dedicam a contextualizar o *Lawfare* e o instituto da colaboração/delação premiada aplicado na operação mencionada. No terceiro tópico, o estudo é subdividido em analisar criticamente a prisão preventiva, possivelmente utilizada como antecipação de pena para que ocorra a transação da colaboração premiada entre as partes do processo e analisar a alteração da competência da Justiça Federal para a Justiça Eleitoral acerca do processamento de crimes eleitorais e a eles conexos – que é o caso da lavagem de dinheiro e o da corrupção.

Palavras-chave: Lawfare. Colaboração Premiada. Operação Lava Jato.

ABSTRACT

The present work aims to evaluate, through dialectical method, as well as documental and bibliographic research, if the preventive detention is been used in the *Operação Lava Jato* as a way to achieve the rewarded collaboration regulated by the Law nº 12.850/13 (which defines criminal organization and legislate about the criminal investigation), and if the hypothesis correspond to the practice of *Lawfare*. The first two items of this article are dedicated to contextualize the *Lawfare* and the rewarded collaboration institute used in the *Operação Lava Jato*. In the third topic, the study is subdivided in critically analyze the preventive detention, possibly used as a way to anticipate the final sentence, so that a deal about a rewarded collaboration can be dealt between the parts of the case and analyze the change from the Federal Justice's jurisdiction to the Electoral Justice's, about the processing of electoral crimes and connected to them – which is the case of money laundering and corruption.

Keywords: Lawfare. Rewarded Collaboration. Operação Lava Jato.

⁴ LAPA, Isabella Rocha Vieira, graduada pelo curso de direito do UNIFESO – Centro Universitário Serra dos Órgãos e especialista em Privacidade e Proteção de Dados.

INTRODUÇÃO

A Operação da Polícia Federal que ficou conhecida como Operação Lava Jato foi instituída para investigar empreiteiras que estavam concorrendo a licitações para prestar serviço a Petrobras, de forma semelhante a *cartel*. Esta operação se iniciou com a investigação de crimes de lavagem de dinheiro por parte do ex-deputado José Janene que levou o Ministério Público Federal inicialmente ao ex-doleiro Carlos Habib Chater e posteriormente ao ex-doleiro Alberto Youssef, acusados de fazerem a negociação de propina em espécie entre os diretores da Petrobras com as empreiteiras.

No início das investigações do MPF, foram apreendidos arquivos⁵ que ligavam, de forma metafórica, a aparente concorrência das licitações para conseguir contratos bilionários da Petrobras, a jogos de bingo e um regulamento de um clube. As principais partes envolvidas no esquema de corrupção eram empreiteiras, funcionários da Petrobras, operadores financeiros e agentes políticos.

Conforme esquematizado pelo MPF, os envolvidos realizavam o seguinte procedimento: a movimentação das empreiteiras ocorria aparentemente como um rodízio. Ao invés de concorrerem entre si para conseguirem os contratos da Petrobras de acordo com o processo licitatório descrito pela Lei 8.666/93 e pela Constituição Federal, eles calculavam e ajustavam os preços oferecidos à Petrobras para ganhar o contrato em benefício privado.

Para que a participação no processo licitatório fosse exclusiva para as empreiteiras ligadas ao considerado maior esquema de corrupção do Brasil, os agentes públicos restringiam os convidados e incluía a empreiteira da rodada. Nessa terceira etapa do processo, aparece a figura dos doleiros. O doleiro é responsável por negociar dólar norte-americano no mercado paralelo. Neste cenário, os doleiros eram responsáveis por intermediar o pagamento de propina, ou seja, lavar o dinheiro para que chegasse ao destinatário final como se lícito fosse.

O crime de lavagem de dinheiro tem a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração

penal” (artigo 1º da Lei 9.613/98). A partir do tipo penal supramencionado, verifica-se que o crime de lavagem de dinheiro supõe a existência de um crime precedente, fazendo com que esse dinheiro ilícito adquirido retorne ao âmbito socioeconômico como se lícito fosse. O crime precedente analisado neste artigo é o crime de Organização Criminosa, tipificado na Lei 12.850/13. O autor do fato ao praticar este tipo penal, dificulta a investigação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Dessa forma, para auxiliar e facilitar as investigações, os acusados começaram a transacionar com o Ministério Público Federal, a colaboração premiada, nome este dado a partir da Lei 12.850/13 em seu artigo 4º.

Existem duas formas de colaboração premiada: em uma, o acusado dá informações relevantes ao caso, esperando que o magistrado, futuramente, considere as informações prestadas no momento da dosimetria da pena e a segunda é uma transação que o acusado faz com o MPF, celebrando um contrato com esta instituição. Neste acordo, estipula-se os benefícios que o acusado irá receber, caso cumpra com as condições também estabelecidas em contrato.

Um dos requisitos que será discutido neste artigo é que para firmar o acordo de colaboração premiada é necessária a voluntariedade do réu – foi apresentado o Projeto de Lei 4.372/2016⁶ que entre outros fatores, propõe a inclusão de um terceiro parágrafo para o artigo 3º da Lei 12.850/13 (lei esta que deu real teor jurídico sobre como que o procedimento da colaboração premiada deve ser realizado) referente a essa matéria (voluntariedade do réu). Este parágrafo, conforme previsão do projeto de lei, passará a vigorar com a seguinte redação: “No caso do inciso I, somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor”.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, no Congresso de Sociedades de Advogados, ocorrido em São Paulo: “Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração, na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele”⁷. Visto isso, é necessário analisar as prisões preventivas que estão sendo propostas pelo Ministério Público Federal e acatadas pelos

⁵ Arquivos que simulavam distribuição dos prêmios de um bingo e uma petição da Catta Preta Advogados, em nome de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto tratando sobre “Regras do Clube”, elaboradas pelo Sr. Ricardo Pessoa, dito como coordenador do Cartel.

⁶ Projeto de Lei Devolvido ao Relator, Dep. Delegado Marcelo Freitas.

⁷ Informação verbal proferida pelo Ministro Marco Aurélio no 7º SINSA, ocorrido na capital paulista.

membros da Magistratura Federal e Procuradoria Geral da União contra os acusados – cautelar esta que precisa ser vista como *ultima ratio*.

Esta modalidade de prisão cautelar, está prevista no Capítulo III (artigos 311 a 316) do Código de Processo Penal, onde define que a prisão preventiva basicamente possui dois requisitos fundamentais: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Sem esses requisitos básicos, não há que se falar em prisão preventiva, pois existem outros meios eficientes para o recolhimento de provas, que são as diversas medidas cautelares especificadas no rol do artigo 319 deste mesmo código.

Diante destes fatos, cabe a esse artigo analisar se as prisões preventivas realizadas na Operação Lava-Jato podem ser caracterizadas como espécies de *Lawfare*, ou seja, se esse recurso processual penal está sendo utilizado como arma para fins de guerra e perseguição política. Para tanto, podemos refletir sobre a decisão do Tribunal Regional Federal – 4ª Região, onde a Corte Especial desse órgão decidiu que os processos “trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas”⁸. Será que nessas decisões inéditas, há a inclusão de fundamentações contrárias a Carta Magna? Pois se a resposta for afirmativa, pode-se estar diante de um retrocesso processual, onde se abre mão dos direitos e garantias fundamentais instituídas em 1988.

1 O INSTITUTO LAWFARE E A ILEGALIDADE NOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIS

Lawfare é uma palavra inglesa que representa o uso indevido dos recursos jurídicos para fins de perseguição política (informação verbal)⁹, seja

externa ou de segurança nacional. A palavra, na sua tradução literal, significa lei (*law*) e guerra (*warfare*), ou seja, utiliza-se a legislação como arma de guerra com a finalidade de atingir adversários políticos, impedindo que estes efetivem os seus objetivos, ocorrendo então uma guerra jurídica.

Segundo definição dada por John Comaroff (professor de Harvard, especialista em *Lawfare*) no seu livro *Law and disorder in the post colony*, *Lawfare* é o uso da lei e a violência inerente à lei para fins políticos, frequentemente por meio do emprego de instrumentos da lei para fazer coisas que alguém tem que fazer politicamente, mas, por algum motivo, escolhe não fazer (informação verbal)¹⁰.

John, em seu livro, analisa as três dimensões que devem ser vislumbradas e caracterizadas no caso concreto para que exista uma guerra, inclusive a jurídica. A primeira dimensão tratada é a geografia da guerra, ou seja, onde que a mesma irá acontecer. No âmbito jurídico esta ocorre na sua jurisdição, onde irá se dizer o direito aplicando as normas do ordenamento jurídico em relação a uma pretensão. Como exemplo foi citado pelo autor o caso dos índios da Nicarágua que teve ação ajuizada na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹ e o caso das vítimas do Apartheid que discutiram a cumplicidade e assistência de empresas envolvidas na Corte Federal de Manhattan (*U.S. District Court – Southern District of New York*)¹².

A segunda dimensão abordada é o armamento da guerra, que no caso da guerra jurídica são as leis e na sua omissão, conforme artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pode ser usada a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. No caso do *Lawfare* é muito comum a utilização do uso da corrupção,

⁸ Decisão acerca da liberação do áudio entre os ex-presidentes Lula e Dilma. Decisão em face de Sérgio Moro, magistrado na época, teve 13 votos a 01 favorável ao juiz.

⁹ Informação fornecida pelo advogado de defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em entrevista explicativa ao Canal Justificando.

¹⁰ Informação fornecida por John Comaroff em entrevista feita na Universidade de Harvard para o advogado Cristiano Zanin Martins.

¹¹ Trata-se do caso *Yatama vs. Nicarágua*, sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de jun. 2005. Segundo a introdução da causa da sentença, os candidatos políticos do partido conhecido como “Yatama” foram excluídos de participarem nas eleições municipais de 05 de nov. 2000 nas regiões autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul,

como consequência da decisão do Conselho Supremo Eleitoral. Apresentado recurso, a Corte Suprema de Justiça da Nicarágua manteve a decisão, julgando improcedente o recurso de amparo. Assim, esgotados os recursos no Estado da Nicarágua, os representantes do partido solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de medidas de reparação indicadas na demanda.

¹² Ação ajuizada pelos advogados das famílias das vítimas do Apartheid em face de empresas como IBM, General Motors, General Electric e etc acusando as mesmas de assistência e financiamento em relação a dinheiro, carros blindados e outros suprimentos enviados à África do Sul no regime sul-africano que perdurou de 1948 a 1994.

pois este tipo penal é muito amplo, sendo de fácil enquadramento nos casos sem que tenha materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, ou seja sem provas, são meras acusações, feitas em geral publicamente, para enfraquecimento político. Como exemplo, podemos citar a acusação feita por Donald Trump à Hillary Clinton nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016¹³.

A última e terceira dimensão analisada para caracterização do *Lawfare* é “a criação de fatores externos, de um clima de culpa antes do julgamento”, normalmente realizado pela mídia, que não se contenta em somente dar a notícia ao seu público, mas coloca em seus meios de comunicação, sua opinião sobre determinado assunto. Como exemplo, a divulgação feita em nota pelos jornais nacionais, informando que os recibos de alugueis do apartamento 121 (localizado em São Bernardo do Campo, com contrato de aluguel em nome de Marisa Letícia Lula da Silva), eram falsos em razão de duas datas incorretas em 02 de 26 recibos apresentados, contemplando ao público que todos estes foram assinados e preenchidos em uma mesma data – no ano de 2015¹⁴.

O juiz Sérgio Fernando Moro solicitou em despacho no dia 13/10/2017 que a defesa do ex-presidente apresentasse os recibos de aluguel, que deveriam ser entregues na Secretaria do Juízo para submetê-los à perícia, comprovando que o apartamento não pertencia a família de Lula. Os procuradores, entretanto, afirmavam desde a apresentação que a documentação entregue era “ideologicamente falsa” e que a mesma foi confeccionada “para dar falso amparo à locação simulada do apartamento”, pois de acordo com o depoimento de Glaucos Costamarques, este só começou a receber os pagamentos no final do ano de 2015, época da prisão de José Carlos da Costa

Marques Bumlai, e que assinou todos os recibos de uma única vez.

O que comprova a criação de fatores externos característica da terceira dimensão narrada por John Comaroff na situação supramencionada, é que antes da análise pericial e documental dos recibos de aluguel, a mídia anunciou ao público que o ex-presidente estava sendo arguido por crime de falsidade ideológica dos documentos apresentados. O desfecho desta situação pelo magistrado da 13ª Vara Federal de Curitiba na época foi o julgamento improcedente do incidente de falsidade, haja vista que “os recibos de aluguel não são materialmente falsos, e, quanto à afirmada falsidade ideológica, a questão seria resolvida na sentença da ação penal”.

O *Lawfare* também foi analisado em 2015 pelo professor titular da Universidade Estadual do Arizona, Orde Félix Kittrie (em seu livro *Lawfare: Law as a Weapon of War*), onde o mesmo aplicou o instituto *Lawfare* na utilização de leis como arma de guerra no direito internacional, verificando por exemplo a utilização desta em 2000 pelos advogados David W. Rivkin e Lee A. Casey ao afirmarem que os EUA estavam utilizando o direito internacional como forma de proteção ao poder norte americano. Dessa forma, apura-se que o termo não é novo, porém não muito se contemplava sua aplicação em casos brasileiros.

No Brasil, este instituto americano foi abordado na defesa do ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, utilizada por Cristiano Zanin Martins em outubro de 2016, com base na formulação de Charles Dunlap (2001). O mesmo realizou sustentação oral para a 8ª Turma do TRF-4 em apelação e explanou sobre o tema acerca de determinadas ações do Judiciário, como a liberação do áudio para a mídia referente a interceptação telefônica¹⁵ do ex-presidente com Dilma Rousseff e a apresentação em Power Point do coordenador da

¹³ Donald Trump, em comício realizado no dia 23 de ago. 2016 em Austin, Texas, declarou que sua oponente Hillary Clinton participou de um “esquema de corrupção digno de terceiro mundo” através da Fundação criada por seu marido, Bill Clinton. O caso girava em torno da utilização de e-mails pessoais para tratar de assuntos oficiais enquanto Hillary era secretária de Estado durante primeiro mandato de Barack Obama e o Departamento de Estado anunciou a reabertura do caso em julho do ano da eleição (2016). Logo antes do dia 08 de nov. de 2016, o diretor do FBI, James Comey, anunciou a descoberta de um novo grupo de e-mails privados que poderiam incriminar a candidata, porém na noite do dia 06 de nov. de

2016, dois dias antes da eleição, o diretor declarou novamente Hillary inocente.

¹⁴ O ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva foi denunciado pelo Ministério Público Federal pelo crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A denúncia se sustentava nos seguintes fatos: “Lula, de modo consciente e voluntário, recebeu vantagem indevida e dissimulou e ocultou a origem, a movimentação, a disposição e a propriedade de R\$ 2.424.990,83 provenientes dos crimes de cartel, fraude a licitação e corrupção praticados pelos executivos da Construtora OAS [...]”.

¹⁵ Conforme determina a Lei 9.296 de 24 de jul. de 1996, a interceptação telefônica para prova em investigação criminal, observará o disposto na lei e

força tarefa do Ministério Público Federal, Deltan Dallagnol.

Em relação à esta última situação, Cristiano Zanin Martins representou Lula em ação ajuizada em face do procurador da República pedindo o deferimento de danos morais ao ex-presidente, haja vista que aquele colocou em sua apresentação indicações de que o ex-presidente era o comandante de organização criminosa voltada para um esquema de corrupção, contudo a entrevista coletiva estava apresentando a denúncia do MP que indicava somente os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a ação formulada em face de Dallagnol conforme sentença dada no processo de nº 1031504-08.2016.8.26.0564.

Otto Kirchheimer, constitucionalista alemão, na década de 60 publicou seu livro *Political Justice: The use of legal Procedure for Political Ends* (Justiça Política – O uso de processos jurídicos para fins políticos), onde descreve cinco táticas (na época, escrito devido as características dos estados totalitários) que hoje também ajuda a caracterizam o possível uso do *Lawfare* no Brasil em concordância com as três dimensões mencionadas por John Comaroff¹⁶.

A primeira tática é a abertura de diversos procedimentos investigatórios e judiciais sem comprovada a materialidade do fato e os suficientes indícios de autoria, amedrontando e aterrorizando os denunciados, podendo realizar um paralelo dessa tática com o comportamento do instituto da colaboração premiada na Operação Lava-Jato. No artigo 200 do Código de Processo Penal, o legislador garante que o valor da confissão como meio de prova será fundado no exame das provas em conjunto, ou seja, a partir da delação de um envolvido, outrem não

deparará de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Porém, nesse caso, no meio da interceptação realizada legalmente ao ex-presidente, o mesmo teve um diálogo com a Dilma Rousseff, que na época era detentora de prerrogativa de foro por função. Devido a prerrogativa de Dilma, a gravação deveria ter sido encaminhada para o Supremo Tribunal Federal que é o único competente conforme o artigo 102, inciso I, alínea b da CF/88. Ademais, o ex-juiz Sérgio Moro despachou (às 11:12 do dia 16/03/2016) conforme pedido de quebra de sigilo de dados e/u telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR acerca da interrupção, visto que não vislumbrava mais razão para a continuidade da interceptação, dando ciência imediata à autoridade policial, inclusive por telefone (emitida certidão de intimação ao delegado Dr. Luciano às 11:44 do dia 16/03/2016)

pode ser caracterizado suspeito no processo. Contudo, a Lei 12.850/13 possui como requisito que o cooperador identifique os demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, sem a real necessidade de apresentação de provas para o MPF, podendo o procurador solicitar ao poder judiciário a prisão preventiva do alvo da delação.

A segunda tática diz respeito a manipulação de informações com sucessivos vazamentos, ocorrendo nesse caso a conversão de suspeito à réu, distorcendo o princípio da inocência, garantido pelo artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, em princípio da culpabilidade, chamando como exemplo o, já mencionado neste capítulo, vazamento da conversa interceptada entre Lula e Dilma. A terceira tática se refere a tentativa de intimidação dos advogados de defesa, fazendo com que estes fiquem fragilizados, podendo caracterizar o cerceamento de defesa, se houver coação no curso do processo ou abuso de poder.

Já a quarta e a quinta tática são complementares, aquela corresponde a sistemática violação de direitos humanos ao longo da guerra jurídica e a última corresponde a ocupação do tempo e dos recursos financeiros do oponente político. Em relação a estas, pode ser analisado o momento da decretação da prisão preventiva, assegurado no artigo 311 do CPP. Neste dispositivo legal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que acionada na fundamentação do *parquet*, do juiz ou da autoridade policial os pontos estabelecidos no artigo subsequente.

Entretanto, para a decretação da prisão preventiva faz-se necessário o esgotamento ou o não cumprimento das medidas cautelares especificadas

devido a sua urgência. Ora, a conversa de Dilma e Lula que foi interceptada ocorreu às 13:32 do dia 16/03/2016 e o delegado Luciano contou ao magistrado sobre o conteúdo da conversa mesmo após despacho decidindo a sua interrupção e por volta das 16:19 deste mesmo dia, o ex-juiz decidiu que não haveria mais necessidade da manutenção do sigilo sobre a presente interceptação telefônica, levantando a medida a fim de propiciar a ampla defesa e publicidade.

¹⁶ Essas táticas foram explicadas com base no caso do Lula durante as investigações da Operação Lava-Jato em vídeo produzido pela advogada Valeska Teixeira Zanin Martins e pelo advogado Cristiano Zanin Martins. Vídeo disponibilizado em 25 de out. de 2017 com tema: “Judiciário: Tema do Lawfare – saiba do que se trata”.

nos incisos I ao IX do artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo a prisão considerada *ultima ratio*. Dessa forma, é necessário observar se a violação de direitos humanos e a ocupação dos recursos financeiros dos presos estão sendo utilizados como facilitadores para o andamento das investigações criminais por meio da prisão preventiva.

Dessa forma, antes de averiguar a ilegalidade dos recursos processuais penais, é interessante ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 retira do nosso ordenamento jurídico o sistema inquisitivo, adotando então o sistema acusatório, pois na Carta Magna é nítido localizar a separação das funções de acusar, defender e julgar e a introdução dos princípios basilares do direito processual penal: contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, imparcialidade do juiz, paridade de armas, procedimento oral (em regra), publicidade, duplo grau de jurisdição e etc.

Entretanto, no nosso Código de Processo Penal, podemos vislumbrar alguns dispositivos legais que retornam ao sistema processual inquisitivo, quando por exemplo o artigo 385 do código supramencionado dá competência ao magistrado de “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. E por isso, não há consenso na doutrina processual penal sobre o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Uma parte (minoritária) dos intérpretes defendem o sistema processual misto no Brasil, sustentando que a fase pré-processual é de natureza inquisitória e a fase processual é de natureza acusatória, como por exemplo, o desembargador e professor da PUC/SP, Guilherme de Souza Nucci.

A partir da hipótese de possível aplicação do *Lawfare* na “Operação Lava-Jato”, e entendendo quais os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do sistema processual penal adotado no Brasil, verifica-se que há a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre os posicionamentos do judiciário frente aos recursos processuais penais que estão sendo aplicados nesta operação, como no presente artigo será analisado a finalidade da medida cautelar prevista nos artigos 311 a 316 do CPP – a prisão preventiva – haja vista que, se a mesma estiver sendo aplicada como meio para a colaboração premiada, estaremos vislumbrando as principais características do sistema processual inquisitivo, onde “tal postura transforma, a prisão preventiva em um novo método de tortura – tortura moderna – por meio do qual ou se aceitam as condições impostas pelo órgão de acusação ou se aguarda preso” (MELO; BROETO, 2017).

2 COLABORAÇÃO PREMIADA DA LEI 12.850/13 E SUA APLICABILIDADE NA OPERAÇÃO LAVA-JATO

A colaboração premiada é um meio de investigação para obtenção de prova, onde o réu do processo se dispõe a cooperar, contribuir efetiva e voluntariamente com a persecução criminal. Essa forma de auxílio na investigação é prevista de forma independente em legislação especial e é uma medida não cumulativa, sem combinação de leis penais. A título de exemplo, pode-se citar o acusado do crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) cumulado com o crime de organização criminosa (Lei 12.850/13), que deverá ter a sua colaboração com base nas duas legislações especiais – art. 1º, §5º e art. 4º, respectivamente – diferenciando-se os crimes para a aplicação dos benefícios, que são diferentes em sua extensão.

O procedimento que deverá ser realizado para a homologação da colaboração premiada está previsto nos artigos 6º e 7º da lei 12.850/13.

A partir do que foi acordado entre as partes e homologado pelo poder judiciário, o juiz poderá conceder três benefícios ao colaborador (desde que haja requerimento das partes), garantidos no *caput* do artigo 4º da lei 12.850/13, que são o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou a substituição desta pela pena restritiva de direitos.

Como pressuposto da homologação do acordo, o colaborador precisa cooperar para a investigação de forma eficaz, ou seja, ele precisa desmascarar a organização criminosa fornecendo informações que encaminhem o Ministério Público Federal e a Polícia Federal aos demais participantes, já sabendo quais as condutas que eram praticadas por cada um, qual era o posicionamento hierárquico dos autores, coautores e partícipes, se possui vítima e onde a mesma se encontra, quais foram os objetos e os bens tutelados até então atingidos, qual a finalidade da organização, enfim, todo o posicionamento, raciocínio e finalidade da organização criminosa.

Além da eficácia do colaborador, para a concessão dos benefícios, o artigo 4º inclui outro pressuposto: a voluntariedade do réu em contribuir com a investigação. A lei 12.850/13 revogou a lei 9.034/95 – antiga lei que definia a delação premiada para os casos de organização criminosa – que no seu artigo 6º garantia a redução de pena de um a dois terços quando o colaborador, de forma espontânea, trazia o esclarecimento das infrações penais e sua autoria. Dessa forma, cabe analisar por qual motivo o segundo pressuposto contido no artigo 4º foi alterado de espontaneidade para voluntariedade em 2013.

Ato espontâneo é intrínseco ao indivíduo, que tem origem em um sentimento ou em uma tendência natural do ser humano, é um ato sincero. Já o ato

voluntário é aquele que o indivíduo produz por vontade própria, podendo ter a influência de terceiro interessado e fatores externos, que estimulam e provocam a deflagração da vontade do agente, sem a existência de coação.

Dessa forma, não é razoável dizer que o ato da colaboração premiada deve ser realizado de forma espontânea, pois para não haver a homologação do acordo e desclassificar este, bastaria que o Ministério Público ou o delegado comunicasse ao réu que em troca da colaboração, o mesmo receberia os benefícios estabelecidos em lei. Contrário do que acontece com a contribuição voluntária, que não demanda a espontaneidade, não havendo cumulação e dependência entre ambos.

O instituto da colaboração premiada, como visto acima, já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro antes da deflagração da Operação da Polícia Federal conhecida popularmente como “Operação Lava-Jato”, tendo sua primeira regulamentação pela lei 8.072 de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos).

O primeiro delator da considerada maior operação em combate à corrupção foi Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, processado por diversos crimes, tais como corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, formação de organização criminosa e obstrução da investigação de organização criminosa. Em troca das informações prestadas por Paulo Roberto, o Ministério Público Federal lavrou termo de acordo de colaboração premiada que beneficia o réu a cumprir prisão domiciliar por 01 ano, e tendo sentença condenatória transitada em julgado, o regime de pena seria o semiaberto nos primeiros 02 anos e posteriormente o cumprimento da pena seria em regime aberto.

Na 14ª fase da Lava Jato, batizada de “Operação Erga Omnes”, foi preso preventivamente o ex-presidente da Organização Odebrecht, Marcelo Odebrecht, acusado pelos crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Após dois anos e meio cumprindo a preventiva, o réu condenado posteriormente a cumprir 31 anos e 06 meses, aceitou colaborar com a Justiça em troca de benefícios.

Com a eficácia e validade das informações prestadas por Marcelo, este deixou a prisão para poder cumprir a pena em regime fechado diferenciado, ou seja, o mesmo deverá ficar em casa, sendo monitorado por tornozeleira eletrônica por 02 anos e 06 meses, depois cumprirá a pena em regime semiaberto diferenciado e posteriormente cumprirá o restante da pena fixada em regime aberto diferenciado.

Outro caso a ser analisado é o de Antônio Palocci, ex-ministro da Fazenda no governo Lula e ex-ministro chefe da Casa Civil no governo Dilma Roussef, preso temporariamente na 35ª fase da Lava Jato, batizada de “Operação Omertà”. O Ministério

Público Federal em sua acusação, alega que Palocci possui uma conta corrente para propina, junto ao grupo Odebrecht, e que esses valores pagavam os serviços prestados por João Cequeira de Santana Filho e Mônica Regina Cunha Moura, mediante sistema de lavagem de dinheiro.

Vencida a prisão temporária de Palocci, a requerimento do MPF, o ex-juiz Sérgio Moro a converteu em prisão preventiva, para que o acusado não prejudicasse o andamento das investigações e em 26/06/2017, foi condenado além do pagamento de multas, a condenação em 12 anos, 2 meses e 20 dias de prisão em regime fechado, tentando lavar termo de acordo de delação premiada desde 05/2017.

Antônio Palocci avançou nas negociações e conseguiu a homologação do acordo de colaboração premiada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 – em 22/06/2018.

No dia 01/10/2018, segunda-feira anterior ao primeiro turno das eleições, que ocorreu no dia 07/10/2018, o juiz Sérgio Moro tornou público um dos anexos do acordo de colaboração premiada feito por Palocci. Conforme o artigo 7º, §3º da Lei 12.850/13, “o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”, e nesse caso, como Antonio Palocci já tinha sido condenado, não teria problema a publicidade da delação premiada realizada pelo ex-ministro da Fazenda. Todavia, essa publicidade, de acordo com o artigo supramencionado poderia ter sido autorizada desde 06/2018, que foi quando Palocci conseguiu obter o acordo com o MPF, e os trechos anexos da colaboração somente foram liberados na segunda-feira antes do primeiro turno das eleições, em 01/10/2018.

Em meados do ano de 2020, a Polícia Federal constatou que os fatos narrados por Antônio Palocci não tiveram comprovações e foram desmentidos por todos os envolvidos no caso do fundo Bintang, administrado pelo BTG. Dessa forma, a instituição, após 02 anos da coleta de depoimentos do delator, concluiu que não há motivos para a continuidade da persecução penal. Até a data de publicação desse artigo, o Ministério Público Federal não concluiu se todos os casos decorrentes da delação de Palocci serão arquivados.

O comportamento do MPF, da Polícia Federal e da magistratura envolvida no maior combate à corrupção, especialmente ao vislumbrar o contexto dos três casos supramencionados, vem sendo peculiar e transformado a cada fase deflagrada. A Corte Especial do TRF-4 expôs, em uma de suas decisões, que os recursos processuais estão sendo utilizados de forma inédita, pois a situação os leva a julgar dessa maneira, e isso faz com que os intérpretes, juristas e demais estudiosos do direito se questionem acerca da constitucionalidade dessas decisões.

Mesmo que a Constituição Federal discorra sobre a presunção de inocência, pode o poder judiciário autorizar manutenção da prisão preventiva por anos quando existe um rol extensivo de medidas cautelares que satisfaçam o andamento do processo tão bem quanto a prisão? A partir desse questionamento é perceptível que a Operação Lava Jato movimentou todo o ordenamento jurídico brasileiro e com isso, uma série de fatores externos começaram a pressionar as autoridades que hoje provocam o Estado e dão andamento no processo.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO USO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PROCESSOS DA LAVA-JATO

O objetivo da prisão preventiva é “impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo” (PACELLI, 2017, p. 549) e esta “pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível” (LOPES JR., 2016, p. 831). A prisão preventiva é a mais severa das medidas cautelares previstas pelo ordenamento jurídico, e a mesma só pode ser decretada em casos específicos e em último caso. Ambos os autores reforçam em seus manuais que a prisão preventiva serve tão-somente para preservar o adequado funcionamento do processo e assegurar a aplicação da lei penal.

Um dos motivos para que esta prisão seja a última hipótese de decretação de cautelar é em relação ao seu prazo. A Lei 12.850/13 estabeleceu no seu artigo 22, o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período “por decisão fundamentada, devidamente motivada”. Porém, também se analisa nessa operação da Justiça Federal que alguns réus presos preventivamente ficam mais de 02 anos, não cumprindo então os entendimentos atualmente firmados.

O artigo 312 do CPP, elenca quais as possibilidades de decretação da prisão preventiva, sendo elas: “para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. A segunda parte do tipo processual é o *fumus comissi delicti* e Aury Lopes Jr. (2016, p. 832) discorre que não é somente o que consta na letra da lei. Para se analisar a materialidade do fato e o indício de autoria, é necessário verificar o juízo de possibilidade e de probabilidade, “posto que em sede de cautelar não se pode falar em juízo de certeza” (LOPES JR., 2016, p. 833).

Para a solicitação da prisão preventiva, o Ministério Público, o querelante, o assistente ou a representação por parte da autoridade policial, devem fundamentar e comprovar o seu pedido de

forma robusta e para a aceitação desta medida, o magistrado deverá verificar as razões favoráveis/positivas e as razões desfavoráveis/negativas. Se durante esta avaliação do juiz, prevalecerem as razões positivas em detrimento das razões negativas, ou vice-versa, verifica-se o juízo de possibilidade. Agora, se ficar evidente que dessa balança prevalecem as razões favoráveis em detrimento das desfavoráveis, ou vice-versa, de forma plenamente fundamentada, há o juízo de probabilidade.

E a partir desse entendimento, Aury Lopes Jr. (2016, p. 834) interpreta a obra de Carnelutti explicando da seguinte forma: “requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpabilidade”. Pois, se não houver provas de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não há que se falar em prisão preventiva. “Bastaria, no entanto, que o juiz se convencesse da inexistência do dolo, para não a decretar.” (apud LOPES JR., 2016, p. 834).

Acerca da primeira parte do artigo 312 do CPP, trata-se do *periculum libertatis*, que é “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo” (LOPES JR., 2016, p. 836), que são “evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo” (PACELLI, 2017, p. 554). Sem o preenchimento desses requisitos, também não há que se falar em prisão preventiva. Os dois primeiros requisitos (garantia da ordem pública e da ordem econômica), são alvos de grandes críticas doutrinárias por não terem sua fundamentação conforme a finalidade de uma medida cautelar, já os dois últimos (conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal) são aceitos sem divergências por terem a típica finalidade de uma medida cautelar: “garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento” (LOPES JR., 2016, p. 847).

Abaixo consta uma parte do *Habeas Corpus* 135.250/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no voto do falecido ministro Teori Zavascki para também trazer o posicionamento da suprema Corte em relação a aplicação da prisão preventiva:

A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena (HC 122072, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 26/9/2014; HC 105556 Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 29/8/2013). Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b)

garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP).

Diante do exposto acima, acerca da prisão preventiva, de acordo com os manuais e jurisprudência, cabe a este artigo analisar também a fundamentação utilizada para a prisão preventiva e sua contínua manutenção em alguns casos da Operação Lava Jato.

Para Antônio Palocci, ex-ministro da Casa Civil e ex-membro do Conselho de Administração da Petrobras, a promotoria se baseou na garantia da ordem pública e para fazer cessar a prática delituosa. O crime imposto pelo MPF para Palocci foi o de lavagem de dinheiro, corrupção passiva e organização criminosa, pois de acordo com a denúncia, Palocci “aceitou, para si e para outrem, direta e indiretamente, promessas de vantagens indevidas, em razão da função, para que o grupo Odebrecht obtivesse a contratação de sondas com a Petrobras”.

Confrontando inicialmente essa decisão que decretou a prisão preventiva de Antônio Palocci, com base no estudo feito das doutrinas de Eugênio Pacelli e Aury Lopes Jr., vislumbra-se que a prisão foi decretada de forma precoce, antes de esgotadas todas as demais medidas cautelares. Segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 836), o termo garantia de ordem pública “se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”, fazendo com que seja comparado muitas vezes com o significado de “clamor público”. O problema em fornecer essa semelhança ao clamor público é que há a comparação com a opinião pública que é, fornecida pela mídia, principalmente ao se referir à Operação Lava-Jato, que se tornou próxima e parte do cotidiano da população acompanhar os seus desmembramentos. E para essa fundamentação, infelizmente utiliza-se da exploração midiática para chamar atenção a um determinado fato, como por exemplo, a exposição de interceptações telefônicas e vazamento de informações, já mencionado anteriormente neste artigo.

Já a fundamentação feita com o objetivo de cessar a prática delituosa, que neste caso pode ser analisada pelo ponto de vista da garantia da ordem econômica (por lavagem de dinheiro e desvio dos cofres públicos), “a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos

possíveis responsáveis pela infração” (PACELLI, 2017, p. 555), medida garantida no artigo 7º da Lei 8.429/92. Porém, não foi dessa forma que o Poder Judiciário se baseou para julgamento da denúncia e liminar.

Antônio Palocci foi preso temporariamente em 26/09/2016 e teve sua prisão temporária convertida em preventiva no dia 30/09/2016. No tópico 184 da sentença do processo, Sérgio F. Moro, na época Juiz Federal responsável pela Operação, escreveu o trecho abaixo acerca da conversão da prisão, onde percebe-se que o magistrado realizou uma ponderação entre a aplicação da medida cautelar e o combate a corrupção:

Embora a prisão cautelar seja um remédio amargo, é melhor do que a contaminação da democracia pela corrupção sistêmica. Em um determinado nível, a corrupção coloca em risco a própria qualidade de democracia, com afetação das eleições livres e do regular funcionamento das instituições. Trata-se de um retrato de uma democracia vendida. É nesse contexto que deve ser compreendido o emprego, na forma da lei e ainda pontual, das prisões preventivas na assim denominada Operação Lava Jato.

Mais recente, em 21/03/2019, Michel Temer foi preso durante a operação “Descontaminação”, por decisão do juiz Marcelo Bretas, da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. O ex-presidente foi denunciado pelos crimes de peculato, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro. Conforme denúncia do MPF, Temer era “dono” da Eletronuclear, responsável pela indicação à presidência da estatal em nome de Othon Pinheiro. Esta fase da Operação, deflagrou o crime de peculato relativo ao valor de R\$ 10.859.075,15, que foi desviado da Eletronuclear por intermédio da AF Consult do Brasil, para realização do contrato de engenharia eletromecânica da usina nuclear de Angra 03.

A outra denúncia que foi redigida pelo MPF sobre o ex-presidente é a imputação dos crimes de corrupção passiva e ativa e lavagem de dinheiro, tendo o total de R\$ 1.091.475,50. No teor do documento o Ministério Público narra que houve a solicitação, promessa e efetivo pagamento de vantagem indevida a Michel Temer, por determinação do representante da Engevix, juntamente com o representante da Alumi Publicidades, tendo como operador financeiro Coronel Lima. A finalidade do recebimento de vantagem ilícita, conforme consta na denúncia, era para a falta de fiscalização e direcionamento da contratação para o Projeto Eletromecânico I, da Eletronuclear.

Foi impetrado *Habeas Corpus* pela defesa de Temer que ficou para apreciação do Desembargador Federal Antonio Ivan Athié, que deferiu

liminarmente o HC, com solicitação para expedição de alvará de soltura para imediata liberação dos pacientes abrangidos. Dessa forma, Michel Temer foi solto em 25/03/2019. Abaixo consta trecho da decisão do desembargador responsável:

Embora ninguém discorde da necessidade de apuração de todos os fatos, e de responsabilização dos autores, mediante devido processo legal, assegurado o contraditório e ampla defesa, e considerada a presunção de inocência, aplicando-se as penas previstas em lei, não há em nosso ordenamento jurídico antecipação de pena, tampouco possibilidade de prisão preventiva de pessoas que não representam perigo a outras pessoas e à ordem pública, tampouco à investigação criminal, muito menos à instrução processual, e à aplicação da lei, e muito menos visando recuperar valores ditos desviados. (Documento nº 2419800-17-0-382-21-686687, fls. 396 e 397).

3.1 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAR CRIMES DE CORRUPÇÃO

Em 05 de abril de 2019, foi decidido e publicado no site do Supremo Tribunal Federal, acórdão sobre a competência da Justiça Eleitoral de processar e julgar crimes eleitorais e comuns a que lhe forem conexos. Essa decisão foi provocada pelo Inquérito nº 4435, que foi instaurado para investigar Eduardo da Costa Paes e Pedro Paulo Carvalho Teixeira sobre a suposta prática de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas nos anos de 2010, 2012 e 2014.

De acordo com Marco Aurélio, relator do inquérito no Supremo Tribunal Federal, a empreiteira Odebrecht teria patrocinado as eleições de Pedro Paulo e Eduardo Paes e em troca teria prioridade nos contratos de construção. No ano de 2010, Pedro Paulo teria recebido a quantia de R\$ 3 milhões do grupo para auxiliar sua campanha de deputado federal e em 2014 recebido R\$ 300 mil para sua reeleição.

Já contra Eduardo Paes, a investigação está sendo realizada sob a suspeita de recebimento de R\$ 15 milhões no ano de 2012 em doação para sua reeleição como Prefeito do Rio de Janeiro em troca de contratos referentes às Olimpíadas de 2016.

Conforme interpretação dos professores de direito constitucional Marcelo Novelino e Pedro Lenza:

A organização e a competência da Justiça Eleitoral serão dispostas em lei complementar (CF, art. 121), cabendo-lhe o julgamento de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, §10), de prestação de contas dos partidos políticos (CF, art. 17, III), de inexistência ou expedição e

anulação de diploma, bem como de decretação de perda de mandato eletivo (CF, art. 121, §4º, III e IV). Além da competência jurisdicional, a Justiça Eleitoral é dotada de ampla atribuição administrativa relacionada ao processo eleitoral.

(NOVELINO, Marcelo, 2019, P. 814).

Pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal no inquérito mencionado, acerca dessa matéria, a Corte reconheceu ser incompetente a Justiça Federal e como consequência tornaram-se nulos todos os atos praticados até então.

Isso decorre, visto que de acordo com a explicação acima do professor Marcelo Novelino, quando existem dois ou mais crimes conexos, se apenas um deles for de competência da Justiça Eleitoral, ambos serão julgados e processados pela justiça especial, conforme o atual artigo 35, inciso II do Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

O ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro, realizou reuniões com parlamentares, durante seu mandato, para discutir dentre outras questões, a redação do artigo 35, inciso II do Código Eleitoral, para que esses dois crimes não sejam julgados e processados pela Justiça Eleitoral, mas o que se deseja é que exista uma cisão do processo e que consequentemente a justiça especial julgaria somente o crime eleitoral e competiria a justiça comum o julgamento do restante dos crimes. A redação do artigo supramencionado ficaria da seguinte forma: “Compete aos juízes: II. Processar e julgar os crimes eleitorais, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos tribunais regionais”, retirando a competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.

Nesse tópico, cabe destacar a denúncia com o envolvimento do ex-ministro da Fazenda Guido Mantega. Marcelo Odebercht em sua delação premiada, informou ao Ministério Público Federal que entregou a favor de Guido Mantega o valor de R\$ 50 milhões de reais, dinheiro que foi repassado ao Partido dos Trabalhadores (PT) contabilizados na “Planilha Italiano”. Segundo denúncia do MPF, Mantega aceitou promessa de vantagens indevidas, devido a sua função no Ministério da Fazenda e no Conselho de Administração da Petrobras, para interferir e atuar na emissão das Medidas Provisórias 470 e 472 e suas instruções conforme os interesses da empreiteira Odebrecht e repasse de R\$ 15 milhões aos publicitários João Santana e Mônica Moura, para a campanha de Dilma Roussef no ano de 2014.

Essa denúncia foi recebida por Sergio F. Moro enquanto juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável pela Operação Lava Jato. Entretanto, conforme a Agravo Regimental na Petição 6.986 do Distrito Federal, com agravante Guido Mantega, já tinha sido decidido pelo STF que

os termos de colaboração premiada e documentação correlata, seriam enviados para o Tribunal Regional Eleitoral, em conformidade com o artigo 35, II, do Código Eleitoral c/c o artigo 78, IV do Código de Processo Penal.

Visto isso, a defesa do ex-ministro da Fazenda solicitou intervenção do STF na reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra o magistrado, por ter confrontado decisão da Suprema Corte e dessa forma, solicitou-se a anulação da decisão, bem como a remessa dos autos para a Justiça Eleitoral dar continuidade ao julgamento. Por fim, abaixo consta o trecho da decisão do ministro Ricardo Lewandowski acerca da competência da Justiça Eleitoral.

Esta Colenda Segunda Turma, no recentíssimo (sessão de 6/2/18) julgamento de embargos declaratórios recebidos como agravos regimentais na PET nº 6.820, Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, por expressiva maioria de votos (4x1), firmou o entendimento de que, nos casos de doações eleitorais por meio de caixa 2 – vale dizer, de fatos que poderiam constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350, Código Eleitoral) -, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como objetivo desse artigo, foi analisado de acordo com pesquisa de cunho documental e bibliográfico, as prisões preventivas realizadas na Operação Lava Jato para, por fim, concluir se a medida cautelar está sendo utilizada como meio para que a Polícia Federal e o Ministério Público Federal consigam obter termos de colaboração premiada, meio de prova estabelecido na Lei 12.850/13, que define o crime de organização criminosa.

A importância desse tema está no alicerce da Operação, e na conclusão dos casos estudados. Por ser um caso divulgado praticamente todos os dias nos meios de comunicação, é um tema que está no cotidiano não só dos brasileiros, mas de toda a população, por envolver outros países na colaboração de nossas investigações. Dessa forma, independente se o receptor da mensagem é ou não acadêmico do direito, essa informação pode chegar para ele diferente do que é estabelecido na Constituição Federal.

Ademais, por ser um tema com abordagem ampla em concursos públicos de terceiro grau, com o atual governo e sobre o atual plano do Ministro da Justiça de combate a corrupção, esse tema ganha ainda mais visibilidade no ano de 2019.

Com base nos termos de delação premiada, especialmente os de Antônio Palocci, Marcelo Odebrecht e Paulo Roberto Costa, e o estudo das doutrinas de Aury Lopes Junior, Guilherme de

Souza Nucci e Eugênio Pacelli, assim como as denúncias do MPF e as sentenças prolatadas, especialmente nos casos supramencionados, percebemos há uma meta a ser atingida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal de chegar até ao alto escalão da sociedade, aqueles que fazem parte do Poder Legislativo e Executivo.

A delação de Antônio Palocci, por exemplo, o alvo foi o ex-presidente Lula e a ex-presidente Dilma Rousseff, a delação de Marcelo Odebrecht atingiu o ex-presidente Michel Temer e Paulo Roberto Costa, sendo o primeiro delator da Operação, abriu as portas para tantas outras que estavam por vir. Esse objetivo de imputar o crime a outrem impede a concretização do princípio da presunção de inocência e nessa Operação específica, abre margem para questionamentos de cunho político.

O *Lawfare* é uma arma de cunho político, é a utilização das nossas próprias leis para a queda dos representantes da sociedade. É a utilização de interceptações telefônicas para alterar o resultado das eleições. É autorizar a prisão preventiva com base em meros depoimentos de pessoas que já estão presas durante meses ou até mesmo, anos. É torturar alguém, com a justificativa de aplicação de medida cautelar para ordem pública e/ou econômica, sendo que esta não era necessária e em alguns casos, nem corretamente justificada.

Visto isso, os tópicos abordados nesse tema foram estabelecidos conforme proposto, assim como as pesquisas estabelecidas como meta foram conclusivas e o problema apresentado no projeto foi solucionado.

Diante do exposto nesse artigo, conclui-se que a Operação Lava Jato possui a colaboração premiada como principal meio de obtenção de prova, fazendo com que os acusados envolvidos, mesmo sem a voluntariedade, busquem transacionar os termos com o MPF ou com a PF, para que sua sentença possa ser mais favorável.

Ademais, conclui-se que em relação ao aparecimento de representantes da sociedade, políticos, o MPF e a PF não medem esforços para primeiro denunciá-los com pedido de liminar para a prisão temporária e posteriormente sua conversão em prisão preventiva, para somente depois verificar se o que foi dito em depoimento, na colaboração, era verdade.

Entretanto, atualmente, temos um crescimento crítico do Poder Judiciário, principalmente das Supremas Cortes, para enxergarem essas ameaças à Constituição Federal, fazendo cessar muitos atos inovadores da procuradoria e da promotoria que podem causar insegurança jurídica, não somente para a Operação Lava Jato, mas para todos os atos da vida civil, jurídica e política.

REFERÊNCIAS

BADARO, Gustavo. **Quem está preso pode delatar?** 2015. [Acesso em: 12 out. de 2018](#). [Acesso em: 15 out. de 2018](#).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de out. 1988. Brasília, DF, Senado Federal. [Acesso em: 15 out. de 2018](#).

_____. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF. [Acesso em: 26 abr. de 2018](#).

_____. BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de jul. de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de jul. de 1990. [Acesso em: 15 out. 2018](#).

_____. BRASIL. Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 de maio de 1995. [Acesso em: 12 out. 2018](#).

_____. BRASIL. Lei nº 9.296 de 24 de jul. de 1996. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de jul. de 1996. [Acesso em: 22 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Lei nº 9.613 de mar. de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 de mar. de 1998. [Acesso em: 26 abr. 2018](#).

_____. BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 agosto de 2013. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 ago. 2013. [Acesso em: 26 abr. 2018](#).

_____. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RHC: 47984 SP 2014/0114700-8. Brasília. 04 de novembro de 2014. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 120379 RO. Brasília. 26 de agosto de 2014. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição 6.986/DF. Brasília. 10 de abril de 2018. [Acesso em: 22 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4435. Brasília. 14 de março de 2017. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Incidente de falsidade criminal nº 5043015-38.2017.4.04.7000/PR. Curitiba. 07 de fevereiro de 2018. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000. Porto Alegre. 23 de agosto de 2017. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Procuradoria da República do Paraná. IPL Antônio Palocci distribuído por dependência aos autos nº 5054008-14.2015.4.04.7000. Curitiba. 28 de outubro de 2016. [Acesso em: 22 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Procuradoria da República do Paraná. IPL Antônio Palocci distribuído por dependência aos autos nº 5054008-14.2015.4.04.7000. Curitiba. 10 de agosto de 2018. [Acesso em: 22 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5054008-14.2015.4.04.7000. Curitiba. 30 de setembro de 2016. [Acesso em: 22 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Procuradoria da República do Rio de Janeiro. Medida cautelar distribuído por dependência aos autos nº 0500591-66.2019.4.02.5101. Rio de Janeiro. 29 de março de 2019. [Acesso em: 30 abr. 2019](#).

_____. BRASIL. Procuradoria da República do Rio de Janeiro. Medida cautelar de prisão distribuído por dependência aos autos nº 0500591-66.2019.4.02.5101. Rio de Janeiro. 29 de março de 2019. [Acesso em: 30 abr. 2019](#).

_____. BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Superintendência Regional do Paraná. IPL nº 791/2014. Auto de apreensão nº 1117/2014. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Petição distribuída pelo escritório Catta Preta Advogados. Curitiba. 02 de dezembro de 2014. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

_____. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. PL 4372/2016. Brasília. 16 de fevereiro de 2016. [Acesso em: 21 set. 2018](#).

CANARIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. 2014. [Acesso em: 12 out. 2018](#).

JUSTIFICANDO, Canal. Lawfare – Justificando entrevista Cristiano Zanin Martins (17 de novembro de 2016). Fonte: Canal Justificando. [Acesso em: 12 out. 2018](#).

LEMOS, Bruno Espiñeira. Delação premiada e prisão preventiva: (não estamos em Berlim). 2016. [Acesso em: 26 abr. 2018](#).

- LOBO, Iury. Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal. 2016. Acesso em: 23 fev. 2018.
- LODI, Ricardo. O caso Lula: Lawfare, direitos fundamentais e a consolidação do golpe. 2017. Acesso em: 21 set. 2018.
- LOGRADO, Maria Alice Franco. **A importância da delação premiada na operação lavajato.** 2018. Acesso em: 12 out. 2018.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?**. 2017. Acesso em: 26 abr. 2018.
- LULA, A verdade de. John Comaroff explica Lawfare (14 de novembro de 2016). Fonte: Canal “A verdade de Lula”. Acesso em: 26 abr. 2018.
- MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. **Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura.** 2017. Acesso em: 15 maio 2018.
- MENDES, Soraia da Rosa. O que esperar do/a juiz/a em um acordo de delação premiada? 2016. Acesso em: 12 out. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 3ª ed. – São Paulo: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Igor de. **Delação premiada e Operação Lava Jato.** 2016. Disponível em: Acesso em: 23 fev. 2018.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- PASSARELLI, Thais dos Reis Andrade. **Delação premiada frente a Operação Lava Jato.** 2016. Acesso em: 23 fev. 2018.
- RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 4.372/2016. Acesso em: 28 abr. 2018. Texto original.
- RODAS, Sergio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. 2016. Acesso em: 28 abr. 2018.
- RODAS, Sergio. Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e leis penais. 2015. Acesso em: 21 set. 2018.
- ROMERO, Enrique Santiago. Lawfare: a guerra jurídica contra a democracia na América Latina. 2018. Acesso em: 19 set. 2018.
- STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **“O passarinho pra cantar precisa estar preso”. Viva a inquisição!**. 2014. Acesso em: 21 set. 2018
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Publicação Virtual, volume 03 – nº 1 jan/abr. 2017. ISSN 2525-510X. Acesso em: 15 maio. 2018.
- ZAFFARONI, Raul. **El escándalo jurídico.** 2016. Acesso em: 25 abr. 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO INFANTO-JUVENIL: REPARAÇÃO E RESPONSABILIDADE

Letycia Xavier Reis Herculano e Cláudia Aguiar Britto.¹⁷

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar aspectos da Justiça Restaurativa no âmbito juvenil, tomando como ponto de partida algumas notas históricas sobre seu surgimento, conceito, objetivos, assim como um breve apontamento sobre os projetos de implementação no Brasil. Intentamos ainda demonstrar que a prática restaurativa, de certa forma relativamente recente no país, objetiva não somente a resolução de conflitos e diminuição da violência, mas também mostrar as implicações e os danos emocionais causados a todos os envolvidos em decorrência de um delito. Sem descuidar dos aspectos gerais da Justiça Restaurativa, será apresentado o funcionamento das práticas e também dos círculos restaurativos observado em algumas escolas de ensino médio. Em cotejo a estas linhas, o breve estudo se propõe a examinar especificamente certos aspectos da criminalidade juvenil buscando explorar quais os problemas sociais e as possíveis causas que levariam os jovens às práticas infracionais. Afinal, a Justiça Restaurativa surge realmente como um sinal de esperança na construção de um sistema jurídico menos punitivo, mais preventivo e efetivamente reparador? É o que pretendemos descortinar.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa. Infanto-juvenil. Dignidade da pessoa humana. Conflitos. Educação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the aspects of the Restorative Justice at the youth level, taking as a starting point some historical notes on its emergence, concept, objectives, as well as a brief note on the implementation projects in Brazil. We also intend to demonstrate that the restorative practice, a yet relatively recent practice in the country, aims not only to resolve conflicts and reduce violence, but also to show the implications and the emotional damage caused to everyone involved as a result of an offense. Without neglecting the general aspects of Restorative Justice, the functioning of the practices and also of the restorative circles observed in some high schools will be presented. In contrast to these lines, this brief study proposes to specifically examine certain aspects of juvenile crime, seeking to explore what social problems and possible causes would lead young people to offenses. After all, does Restorative Justice really appear as a sign of hope in building a less punitive, more preventive and effectively reparative legal system? It is what we intend to unveil.

Keywords: Restorative Justice. Children and youth. Dignity of human person. Conflicts. Education.

INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa vem sendo aplicada no Brasil há mais de 15 anos, como uma alternativa humanizada à punição baseada na repressão e restrição de liberdade do infrator ao ato ilícito. Na seara infanto-juvenil, muitos adolescentes que praticam atos infracionais sofrem com precárias condições de ensino e de vida, algumas vezes por não possuírem freios inibitórios que os impeçam de agir com completa consciência e, por isso, necessitam de novas medidas para buscar outras percepções de vida; e é dever da sociedade atentar para a situação desses jovens e colaborar para prevenir sua participação em atos ilícitos.

A criminalidade é um problema social que vem aumentando. Em se tratando de crianças e adolescentes, essa realidade está cada vez mais

evidente em nosso país. É nesse diapasão que o presente artigo encontra sua motivação. Com base

no que é visto na Justiça Juvenil, observando-se o tipo de responsabilidade penal atribuído ao adolescente infrator, constata-se que a probabilidade da reiteração de infrações é elevada, ocasionando uma vida adulta eivada de valores deturpados.

As práticas restaurativas ensinam que, trabalhando-se no individual, a longo prazo trabalha-se também no coletivo e, conseqüentemente, pode-se conseguir significativa redução da violência e de reincidências, porque essas práticas possibilitam a reeducação e o retorno do ofensor ao meio social. Ademais, através das metodologias utilizadas nas práticas restaurativas, observamos que se os modelos aplicados no Brasil forem também aplicados nas escolas, os resultados futuros serão promissores.

Este trabalho vincula-se à linha de pesquisa do controle social, violência e garantias individuais

¹⁷HERCULANO, Letycia Xavier Reis. Graduanda do Curso de Direito do UNIFESO - Centro Universitário Serra dos Órgãos. BRITTO, Cláudia Aguiar. Professora de Direito Penal e Processo no Curso em graduação de Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Pós-doutora em Democracia e Direitos humanos (Universidade de Coimbra).

na área de direitos humanos e políticas públicas. Para tanto, utilizaremos bibliografia e bases doutrinárias que giram em torno do tema, bem como pesquisa legislativa como referencial teórico metodológico. Como referencial fático utilizaremos informações extraídas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE) e do levantamento de dados infracionais registrados no Juizado da Infância e Adolescência no município de Teresópolis.

1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEUS MARCOS CONCEITUAIS

Relativamente recente, a Justiça Restaurativa não se esgota nos conceitos já conhecidos; há profundidade e abundância de sentidos por detrás dela. Expressamente, seus ideais se chocam com o sistema atual e sua (in) efetividade, onde tem-se a ideia de que o Estado deve garantir à sociedade que ofensores recebam a punição mais severa, de reclusão, após um delito. Posto isso, no entremeio do pensamento punitivo que faz com que a sociedade tenha a “sensação” de controle social e combate à criminalidade, a consequência que se tem obtido é que a causa que gerou o ato, quando não tratada, ao invés de punir e pôr fim a um problema, a posteriori, intensifica e gera maior incidência de crimes.

Para entender de forma eficiente o conceito da Justiça Restaurativa, é necessário que se faça uma breve comparação ao modelo de Justiça Criminal e às visões antagonistas entre elas. Nessa toada, segundo *Howard Zehr* (2015, p. 82), para a Justiça Criminal, o foco central é dar ao ofensor aquilo que ele merece, e o crime nada mais é do que uma violação de uma norma e do Estado que impõe a norma. Já para a Justiça Restaurativa, o foco central são as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor em reparar o dano cometido, sendo o crime uma violação a pessoas e relacionamentos envolvidos. No mesmo sentido, através da Justiça Criminal, o Estado deve determinar a culpa para impor uma punição. Contudo, a Justiça Restaurativa, ao contrário, compreende que por haver uma pluralidade de envolvidos, todos devem, em um esforço comum, reparar os danos.

Para *Zehr* (2008, pp.170-171) o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam a reparação, reconciliação e segurança. Na visão de *Tony Marshall* (apud *Froestad; Shearing, 1999, p.79*), a Justiça Restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro.

Para tanto, as práticas restaurativas fazem um percurso de acolhimento, isto porque entende-se que através de um processo dialogal para resolução de conflitos são abertas novas perspectivas para a construção de uma responsabilidade do autor do delito. É por meio do exercício do encontro que a palavra se torna instrumento eficaz para dar novos sentidos e restaurar os laços.

Além disso, para a Justiça Restaurativa, a escuta e o diálogo são verdadeiros encontros de liberdade para todos os participantes, onde é preciso paciência, humildade, empatia e o compromisso de elaborar respostas de uma maneira nova. Trabalhando em si de forma profunda e sincera, trabalha-se no comunitário. Não obstante, na visão de *Souza* (2007, p. 13) a Justiça Restaurativa é:

um modelo alternativo e complementar de resolução de conflitos que procura fundar-se em uma lógica distinta da punitiva e retributiva. [...] Os valores que regem a Justiça Restaurativa são: empoderamento, participação, autonomia, respeito, busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados, mas também na satisfação das necessidades emergidas a partir da situação de conflito.

Em virtude dessas considerações, é possível compreender que a Justiça Restaurativa propõe a não violência a partir do encontro genuíno com o outro, onde todos são convidados a participar de um círculo restaurativo onde possuam voz e ouvidos. Ou seja, a Justiça Restaurativa entende que o objetivo é resultar em nova atitude e uma responsabilidade diante de todas partes envolvidas pela infração.

Por esse intermédio, acaba por afastar a figura pesada e secular do Estado e seus representantes e transferir o diálogo (entre vítima e infrator) para os grupos mais próximos à comunidade a que pertencem, como ONGs, associações comunitárias, de classe, centros universitários, escolas e outros, trabalhando assim com a ideia de um sistema menos opressivo (*BRITTO, 2014, online*).

1.1 ORIGENS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Para melhor compreender a Justiça Restaurativa e suas práticas, faz-se necessário realizar uma breve cronologia dos caminhos percorridos. Sabe-se que as origens da Justiça Restaurativa fazem alusão aos modelos de justiça tribal, por meio da qual os envolvidos em conflitos utilizavam círculos de diálogos pacificadores e reuniam-se em rodas para debater questões importantes da comunidade em busca da construção de um consenso, resultado de antigas tradições originárias de culturas africanas e povos indígenas da América do Norte.

Conforme muito bem traduz *Marcelo Gonçalves* (2009, p. 146) a Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários.

Em meados da década de 70, foi criado, nos Estados Unidos, o Instituto para Mediação e Resolução de Conflitos (IMCR), que realizou as primeiras experiências com mediações entre infrator e vítima na contemporaneidade. Suas práticas foram disseminadas para outros países como o Canadá, Noruega, Austrália, Reino Unido e Nova Zelândia.

Em 1988, na Nova Zelândia, as práticas de mediação entre vítima e agressor foram realizadas por oficiais da condicional. Logo após, em 1989, com a promulgação da “Lei sobre crianças, jovens e suas famílias”, o movimento se intensificou, porque a lei incorporou as práticas restaurativas formalmente, de maneira institucional, reformulando assim toda a justiça penal juvenil.

Em 1990 foi publicada a primeira edição da obra “Trocando as Lentes: um novo foco sobre crime e justiça”, de um dos pioneiros da Justiça Restaurativa, *Howard Zehr*. O livro, que propôs novos horizontes para a justiça tradicional penal, foi outro grande marco para toda a sociedade.

Em seguida, na década de 90, estimulados pelo impacto e experiência da recém-nascida Justiça Restaurativa, os mais diversos países implantaram projetos que foram reconhecidas e financiados por terem desenvolvido suas práticas no Poder Judiciário, nas igrejas, nas delegacias e nas escolas.

Posteriormente, em 2002, com o crescimento dos círculos restaurativos ao redor do mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Conselho Econômico e Social, instituiu algumas resoluções regulamentando a Justiça Restaurativa, sob a proposta de inseri-la nas práticas judiciais.

No Brasil, essas práticas foram iniciadas em 2002 e, desde 2005, o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD) instituíram, junto às Varas do Juizado da Infância e Juventude, de forma sistemática, projetos abrangendo a participação do infrator, da família e de representantes da comunidade para dialogar sobre a infração, dando início ao chamado “Projeto Justiça para o século 21”, firmando entre as partes envolvidas um compromisso responsável de recuperação do jovem infrator.

Sabe-se que esse modelo de Justiça Restaurativa, embora ainda recente, já foi aprovado em diversos países e, em razão disso, conta com inúmeros projetos em vias de implementação. No Brasil ele ainda está em fase experimental, mas há modelos instaurados em vários estados que já apresentam resultados positivos no âmbito infanto-juvenil.

1.2 OBJETIVOS

Conforme verificado no decorrer da evolução da Justiça Restaurativa, a sua prática busca uma forma alternativa aos modelos e respostas dados pelos estados através da Justiça Criminal atual, que visa a punir de forma que iniba o autor a agir em conflito com a lei novamente. Entretanto, fazendo uma simples menção histórica, constata-se que o modelo de justiça que se baseia em moldes punitivos, e até mesmo vingativos, não revela grande eficácia para os sistemas criminais; muito pelo contrário.

No Brasil, por exemplo, a criminalidade tem apresentado um número crescente de casos. Isso porque, ao punir o infrator, temporariamente controla-se seus passos dentro de um sistema prisional, mas tendo em vista que a estrutura é translucidamente despreparada para qualquer reeducação, na maioria das vezes, sua permanência, ao longo do tempo, fomenta ainda mais a reincidência de crimes quando posto em liberdade.

O ECA prevê princípios como a menor intervenção e o caráter pedagógico da medida, que objetivam a educação e os valores, mas, na prática, as punições refletem o sistema penal adulto, inclusive nas medidas socioeducativas aplicadas pelo juízo considerando, claro, todos os aspectos e, precipuamente, a gravidade do ato infracional. Conforme o artigo 112, as medidas previstas são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Mas ainda que as essas medidas contenham previsões educacionais e de reinserção, observa-se que, na prática, são modelos do sistema penal para adultos. A semelhança é tanta que no estado do Rio de Janeiro o cenário das unidades de internação reflete a antiga tragédia dos presídios: a superlotação. Atualmente, as nove unidades de internação existentes no Estado não têm condições de receber mais jovens; o DEGASE possui 2.033 adolescentes internados para um universo de apenas 1.075 vagas.

Outrossim, é cristalino que há necessidade de medidas alternativas para crescer a justiça com resultados positivos, uma vez que a expansão carcerária é progressiva. O Brasil está em terceiro lugar dentre os países que mais encarceram no mundo atualmente, sendo oportuno ressaltar, que dentre a faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, a maioria é composta por jovens. Em suma, 54% dos presos têm até 29 anos de idade (dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2017).

Com efeito, a Justiça Restaurativa é uma medida alternativa para a resolução dos conflitos, de modo que, diante do atual cenário juvenil, a prática busque construir relacionamentos saudáveis, onde os jovens se preparem para viver uma liberdade com valores e autonomia, e as medidas socioeducativas não sejam mais um espaço para reprodução e potencialização da violência e encarceramento

desenfreado e, em decorrer disso, de modo efetivo, os princípios da dignidade da pessoa humana e os demais previstos no ECA sejam assegurados em sua integralidade.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA JUVENIL NO BRASIL

As pesquisas apontam que os primeiros projetos de Justiça Restaurativa iniciados no Brasil foram desenvolvidos por volta de 2004, através da implementação de projetos nos mais variados municípios. Em 2005, o Ministério da Justiça, em conjunto com o PNUD, deu partida a projetos-piloto sobre o tema, especificamente em Porto Alegre - RS, em Caxias do Sul – RS e em São Caetano do Sul – SP, voltados para área da infância e juventude.

O projeto piloto de Porto Alegre, “Justiça do Século XXI”, foi um marco para a implementação da prática no país. Junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre - RS, teve início com o objetivo de introduzir as práticas restaurativas na pacificação de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, sendo ancorado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS).

A partir dos “projetos pontapés”, os mesmos foram se disseminando por todo o país e estão cada vez mais solidificados em todos os estados.

Em 2016, foi instituído pelo CNJ, através da Resolução nº 225 de 2016, como meta nacional do Poder Judiciário, que os Tribunais de Justiça implementassem a aplicação da Justiça Restaurativa ao menos em uma unidade judiciária. Desta feita, no mesmo ano, o Ministro Ricardo Lewandowski, na Portaria nº 91 de 2016, instituiu o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, promovendo atribuições como a implementação da política, a organização do programa de incentivo, a realização de reuniões, encontros e eventos, entre outras.

No Rio de Janeiro, a partir de tais instituições e com a resolução GPGJ nº 2.106, houve a criação do Centro de Mediação, Métodos Autocompositivos e do Sistema Restaurativo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CEMEAR), objetivando a propagação da cultura de paz e desenvolvimento de métodos para o melhor tratamento do conflito e soluções consensuais, com grande inclinação à área juvenil.

Em junho de 2019, o CNJ divulgou um relatório sobre o mapeamento dos programas de Justiça Restaurativa no Brasil, através de pesquisas feitas por questionários demandados a 32 Tribunais de Justiça do país. Desses, somente um não enviou resposta.

Além disso, foi constatado que dos tribunais que possuem iniciativas em Justiça Restaurativa, 88,6% consideram que essas práticas contribuem para o fortalecimento do trabalho em rede de promoção e garantia de direitos e somente 9,1% entendem que não há algum tipo de contribuição (CNJ, 2019, p. 14). Cabe ainda salientar que, considerando os tribunais que possuem algum tipo de regulamentação aplicada à Justiça Restaurativa, foi contabilizado um total de 36 iniciativas regulamentadas, sendo 14 por resolução, 11 por instrumentos legais diversos, 7 por portaria, e em 4 a regulamentação se dá por meio do planejamento estratégico (CNJ, 2019, p.11).

Dentre as 39 iniciativas em que há fortalecimento da rede de proteção, 75% delas ocorrem na temática da criança e do adolescente, 48% na área de violência contra a mulher, e 27% em outras redes de proteção, tais como sistema penitenciário, justiça criminal, ambiente escolar, dentre outros. Na mesma perspectiva, foi observado que as instituições mais beneficiadas pelas práticas são: escolas (61,4%), rede socioassistencial (47,7%), universidades e faculdades (45,5%), programas socioeducativos (45,5%) e coordenadorias da mulher e serviços de apoio às vítimas de violência doméstica (45,5%)¹⁸. Dessa forma, vê-se um evidente destaque na aplicação em questões envolvendo atos infracionais e conflitos escolares (CNJ, 2019, p. 14).

2.1 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E SUAS PRINCIPAIS METODOLOGIAS

Existem várias formas de aplicação da Justiça Restaurativa, devendo ser escolhidas de acordo com cada caso, isto por que:

Aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como suas repercussões futuras (AZEVEDO, 2005, p. 136).

Além disso, os vários modelos descritos estão frequentemente mesclados, o que dificulta a distinção clara entre eles (HOWARD, 2017, p. 61). No entanto, apesar das similitudes, diferem quanto ao número e tipo de participantes e, em algumas situações, quanto ao estilo de facilitação, mas todos propõem um encontro para diálogo entre todos os interessados e, quando possível, incluindo pessoas da comunidade e pessoas do ramo jurídico.

Em uma visão geral, tem-se um breve apontamento sobre as três situações mais destacadas

¹⁸ A mesma prática pode beneficiar mais de uma instituição; por esse motivo a soma dos percentuais supera 100%.

e muito utilizadas para as práticas juvenis, quais sejam, mediação vítima ofensor, conferências de família e os círculos restaurativos. Para realização dos encontros, a participação das partes sempre será voluntária. No mesmo sentido, para execução, há a condição de a parte ofensora reconhecer toda ou parte da sua responsabilidade. Cumprida a manifestação dos envolvidos, os encontros são conduzidos por facilitadores¹⁹ que devem orientar e supervisionar todo o processo, equilibrando o foco dado às partes envolvidas (HOWARD, 2017 p. 62), buscando sempre o diálogo e a melhor compreensão individual e coletiva da situação ocorrida.

Todos os modelos abrem oportunidade para que os presentes explorem os acontecidos, sentimentos e possíveis resoluções. São estimulados a contar as suas histórias, fazer perguntas, expressar seus sentimentos e trabalhar a fim de chegar a uma decisão mutuamente aceitável (HOWARD, 2017 p. 63). O encontro é a porta para que possam dialogar e expressar seus sentimentos daquilo que passou, do que causou e refletir sobre as intenções futuras. O diálogo é o ponto chave para chegarem às melhores conclusões.

No encontro entre vítima e ofensor, são promovidas reuniões entre os diretamente prejudicados e os responsáveis pelo dano, em um ambiente estruturado e seguro, na presença do facilitador. Nos casos de maior complexidade, trabalha-se individualmente com cada parte e após, com o consentimento para que o processo continue, realiza-se o encontro entre os envolvidos, sempre conduzidos por um facilitador treinado para orientação. Geralmente nesse encontro, a família ou membros da comunidade não participam, mas a família pode participar como apoio secundário e os membros da comunidade como facilitadores ou supervisores do acordo selado. O objetivo é que as partes entendam como a conduta as afetou para que, juntas, procurem soluções que atendam suas respectivas necessidades.

Nas conferências de grupos familiares, busca-se construir uma rede de apoio ao ofensor, para que ele assuma a responsabilidade e mude seu comportamento. Busca-se também estratégias que correspondam às necessidades sociais. Por isso esse modelo inclui familiares e outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas, podendo também convidar membros da comunidade para participação.

Para a realização, é imprescindível que na fase introdutória haja uma entrevista com cada parte, para que o facilitador compreenda as questões e

procure conduzir o procedimento da maneira mais adequada ao caso. Todavia, no dia do encontro, nos casos de condição ou pedido, a participação da vítima não precisa ser presencial, podendo ela ser representada por depoimento de vídeo ou carta. Normalmente, é realizada uma reunião entre o ofensor e sua família para dialogar e construir uma proposta a ser apresentada à vítima. Com o resultado, os facilitadores constroem, em conjunto com as partes, um plano para reparar e responsabilizar, tendo em vista o consenso de todos e também da real capacidade de cumprimento do ofensor (LEITE, 2017, p. 68).

Dos círculos restaurativos participam, além das partes diretamente envolvidas, o facilitador, o cofacilitador,²⁰ os familiares, as pessoas de confiança das partes, membros da comunidade, profissionais de políticas públicas e todos os que possam contribuir para a resolução. Nesse modelo, todos possuem a mesma oportunidade para entender, esclarecer e expressar seus sentimentos diante do fato ocorrido, para que juntos encontrem uma forma de anular ou minimizar os danos. Criando uma atmosfera participativa entre todos, os participantes notam que têm voz, que são ouvidos e que podem ter suas opiniões.

Vale ressaltar que os círculos possuem aplicação ampla, sendo oportunos a uma variedade de projetos e situações, não apenas no âmbito juvenil. Para esse modelo, as partes devem se sentar em círculos, com a peculiaridade de ter no encontro um objeto chamado “bastão de fala”, do qual o facilitador elabora questões a serem expressas a cada um dos participantes presentes e, posteriormente, sendo passado de forma circular a todos. Só quem estiver com ele na mão poderá falar naquele momento. Assim, todos possuem direito de fala e escuta, ressaltando-se que possuem também o direito de silenciar. Com a volta do bastão à mão do facilitador, inaugura-se outra rodada, com uma nova questão, todas com o fim de contribuir para a resolução dos conflitos.

Após a realização do círculo, havendo algum acordo entre tudo o que foi dito, os facilitadores conduzem a conversa a uma construção coletiva para elaborarem um plano de ação para a reparação do dano. Com a diversidade de práticas restaurativas, todas remetem a um objetivo em comum: reparar e responsabilizar.

Não obstante, todos os modelos reforçam a ideia de que a Justiça Restaurativa nasce como uma forma de humanizar o cenário punitivo atual. Entretanto, não se resume somente a um

¹⁹ Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo, conforme o item I.5 da Resolução 2002/12 da ONU.

²⁰ Apoio ao facilitador - pode fazer anotações durante o encontro.

procedimento especial para resolver os litígios. Além de suas práticas, há uma visão de tratar-se de uma filosofia de vida e um modo de o ser humano se relacionar com o outro. Por isso, traz forte em seu conceito a mudança dos paradigmas do convívio entre as pessoas. É através do diálogo comunitário face a face, reflexivo e respeitoso, que tocamos a vida uns dos outros e encontramos um caminho que sirva para nós mesmos e para os outros (PRANIS, 2010, p. 29).

2.2 PRÁTICAS RESTAURATIVAS NAS ESCOLAS

As escolas têm se tornando locais importantes para aplicação das práticas restaurativas, e as abordagens utilizadas no contexto pedagógico devem necessariamente se amoldar aos contornos do ambiente escolar (HOWARD, 2017, p. 59).

Não é surpreendente que, no ambiente de ensino, muitas instituições vivenciem situações conturbadas por conflitos. Isto se dá porque a simples convivência humana acarreta as mais diversas necessidades e interesses, haja vista que num ambiente escolar convivem pessoas em desenvolvimento de várias origens, sexos, idades, condições econômicas e culturais. Assim, diante da convivência enfrentada pelas mais diversas personalidades, há maior propensão para o desdobramento de conflitos escolares.

O círculo restaurativo dentro das escolas é uma ferramenta que pode contribuir com resultados positivos. Ao reunir um grupo estruturado de professores, alunos e comunidade em práticas restaurativas, reflete-se sobre a importância de as pessoas enxergarem umas às outras, possibilitando que vejam que todos são iguais. Para mais, auxilia na aprendizagem dos alunos, pois cada um se compromete a ajudar o outro e a pensar em conjunto, aprendendo também a hora de escutar e falar, o que na prática não é simples, pois culturalmente as pessoas são acostumadas a falar e não se propõem a ouvir, ou, até mesmo, não sabem ou não conseguem se expressar.

Não obstante, os desafios para a educação não são encontrados apenas dentro das escolas, isto porque a família é o primeiro elemento educador do ser humano. É a partir dela que o ser nasce e se desenvolve. A educação pretende desenvolver na criança a percepção dos valores e facilitar sua adesão a práticas correspondentes a tais valores (JUNIOR, 2011, p. 160). Por isso, quando há déficit no relacionamento familiar, as consequências estão diretamente ligadas ao modo com que a criança e/ou adolescente se porta diante da sociedade. Claro que, quando há a mesma falta dentro do sistema de educação, o mesmo também pode ocorrer, pois as práticas devem andar juntas.

De tal modo, utilizar a Justiça Restaurativa como iniciativa dentro das escolas, a longo prazo, poderá ser uma forma de contribuir na prevenção de condutas antijurídicas cometidas pelos jovens, perante as normas do ECA. Não se pode olvidar que, dentro das escolas, o índice de práticas de *bullying*, violência, discriminação, rivalidade entre grupos, disputas de poder, intolerância com as diferenças, resistência às regras, desentendimentos e brigas, conflitos de interesses, assédio, entre outros, são conflitos mais visíveis que, em sua maior parte, se não forem tratados, se desenvolvem em conflitos maiores.

Depois da família, a escola é a instituição socializadora mais poderosa que existe. Dessa forma, é fundamental que dentro delas se inicie o ciclo da desconstrução de uma cultura violenta e se coloque em prática uma forma de ensinar e aprender pautada no diálogo e na escuta.

Vale ainda mencionar que há relatos de experiências desenvolvidas no estado de São Paulo, um dos estados que mais registram núcleos da Justiça Restaurativa nas escolas, que têm ganhado destaque pelos impactos obtidos no cotidiano do ambiente escolar. Em São José dos Campos – São Paulo, por exemplo, todas as escolas municipais já têm núcleo de práticas restaurativas, onde os alunos participantes, através dos círculos restaurativos, são convidados a escutar e dialogar, buscando chegar a um consenso e, como resultado, desenvolvem também a saúde mental, trabalhando juntos para a prevenção de violências verbais e físicas.

Um exemplo das realizações das práticas foi o caso ocorrido em uma escola de Heliópolis – São Paulo, onde dois jovens explodiram bombas durante o recreio com o intuito de reivindicar diálogo com a diretoria do colégio e alguns colegas acabaram se ferindo. Na oportunidade, foi realizado o círculo restaurativo, que contou com a participação dos envolvidos, de membros da escola, do conselho tutelar, de familiares e alguns colegas. Feito isso, optaram em conjunto por encaminhar os alunos a um treinamento no Corpo de Bombeiros. Depois disso, não foram relatados outros casos de violência na escola, que eram frequentes. Além disso, os alunos envolvidos começaram a atuar no jornal da escola alcançando um modo saudável de diálogo. Fugindo de toda teoria, esse fato demonstra, na prática, a mudança tangível que os círculos restaurativos possibilitam.

Tais medidas se mostram alternativas genuínas, que não ‘desresponsabilizam’ os autores, mas preocupam-se em estabelecer relacionamentos e convívio saudáveis, baseados na melhor inclusão, igualdade, justiça e integralidade de todos os envolvidos.

À medida que a escola se manifesta propagando cultura de paz entre alunos e professores, ensinando e aprendendo a respeitar a vida, a rejeitar a violência e a ouvir para

compreender, além de prevenir ações antissociais, vai ao encontro dos tribunais que praticam os princípios da Justiça Restaurativa quando precisam julgar crianças e adolescentes autores de atos infracionais e aplicar medidas socioeducativas.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO INFANTO-JUVENIL

No ordenamento jurídico brasileiro, quando tratamos de menores em conflito com a lei, nos referimos aos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, que com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. A lei 8.069 de 1990 (ECA) reconheceu os jovens infratores como sujeitos de direito, diferentemente do “Código de Menores” que eram vistos como jovens “em situação irregular”.

Nos termos do artigo 2º do ECA é possível observar que o legislador tratou de diferenciar a criança do adolescente, e assim, considerou a criança pessoa de 0 até 12 anos de idade incompletos e o adolescente, pessoa de 12 a 18 anos de idade incompletos.

No que se refere ao ato infracional, os artigos 103 define juridicamente a conduta praticada por adolescentes, ao considerar ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Vale ressaltar que, quanto às crianças que praticam ato infracional, a elas não se impõe medidas socioeducativas, e tão somente medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA.

Apesar de possuir diversas naturezas, as condições de vulnerabilidade social vividas por algumas famílias, a falta de recursos materiais, a fragilidade dos vínculos familiares, a baixa escolaridade e desigualdade de renda, bem como a violência social podem ser fatores que influenciam o condicionamento e o ingresso do jovem à criminalidade.

Nesse viés, tendo em vista que a família é o primeiro norte do indivíduo, e ainda, no artigo 227 da Constituição Federal, dispõe que ela é responsável pelo seu desenvolvimento e pela proteção integral do menor, desde sua concepção até a maioridade legal, não se pode olvidar que, conforme pleiteia o §1º do mesmo artigo, o Estado tem o dever de promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, tendo por evidência, a responsabilidade de buscar implementar meios para o melhor desenvolvimento da criança.

A família é capaz de intervir, decisivamente, na formação psicossocial de crianças e adolescentes, evitando ou pelo menos minimizando eventuais prejuízos que possam vir a aparecer em seu desenvolvimento (MPRJ, 2018, p. 04) sendo certo que, de acordo com aquilo que vivenciam, podem naturalizar o que está ao seu redor.

Quando há ruptura na estrutura familiar, podem ocorrer distorções na vida da criança e/ou adolescente, haja vista ser o ambiente primário de contenção e transmissão de valores, ideais, tradições e moral, em observância ao desenvolvimento cognitivo, físico, social e afetivo do ser humano. Por conseguinte, é evidente que a família possui papel fundamental na formação e na prevenção da criança e do adolescente a criminalidade.

Mas outros fatores podem influenciar o ingresso do jovem na criminalidade, como a sociedade desestruturada, o ambiente onde a criança e o adolescente se desenvolvem e crescem, as companhias e outros. Neste sentido, têm-se o ideal de Gomide (2004, p. 9):

Embora a escola, os clubes, os companheiros e a televisão exerçam grande influência na formação da criança, os valores morais e os padrões de conduta são adquiridos essencialmente através do convívio familiar. Quando a família deixa de transmitir esses valores adequadamente, os demais vínculos formativos ocupam seu papel.

Da mesma maneira, a sociedade e o Estado têm responsabilidade mútua com a família, tendo o dever de assegurar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e pelo ECA, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação dos menores, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 205 da Constituição Federal garante que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da Família, tendo como objetivo o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania, e sob o mesmo ponto de vista, Marshall (1967, p. 73), ensina que a educação é pré-requisito para a liberdade civil, e vai mais a fundo quando compreende que:

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado.

Em assim sendo, é certo que se houvesse a garantia efetiva dos direitos fundamentais, a quantidade de crianças e adolescentes que se encontram nas ruas ou postas a condições precárias, sem educação digna, não seria progressivo.

Além disso, a criança e o adolescente, em sua fase de desenvolvimento não possui freio inibitório,

embora a partir de certa idade comece a ter capacidade para diferenciar o certo e o errado, muitas escolhas não se fundamentam nas consequências do ato, não medindo os riscos submetidos ao depararem com alguma situação conflitiva. E assim, adentram muitas vezes nas práticas infracionais por não terem o discernimento correto e amparo direcional de suas escolhas.

A vista disso, por ser um período frágil de muitas transformações, deve ser conscientizada e contemplada sob uma perspectiva educativa, sendo exequível que haja estrutura para o desenvolvimento emocional, social e físico adequados, isto porque, cada ser humano é resultado das experiências que já viveu ao longo de sua vida, e por isso, a família, o Estado e toda sociedade possui uma corresponsabilidade no desenvolvimento de cada pessoa.

Não obstante, a punição que humilha, envergonha e desencoraja, dificilmente tem espaço para novos olhares e a possibilidade de auto reparo do infrator, a consequência disto, é evidenciada no ciclo de pessoas feridas, ferindo outras pessoas. Assim reflete o poema de Herbert de Souza (Apud BETINHO, 1991, *online*):

Se não vejo na criança, uma criança, é porque alguém a violentou antes e o que vejo é o que sobrou de tudo o que lhe foi tirado. Mas essa que vejo na rua sem pai, sem mãe, sem casa, cama e comida, essa que vive a solidão das noites sem gente por perto, é um grito, é um espanto. Diante dela, o mundo deveria parar para começar um novo encontro, porque a criança é o princípio sem fim e o seu fim é o fim de todos nós.

Cabe ainda salientar que a realidade vivida pelos jovens que cumprem medidas socioeducativas de internação e semiliberdade decorrentes do ato infracional, padecem de condições precárias e fomentam o reingresso do adolescente e sua não ressocialização. Apesar das medidas de privação de liberdade possuírem princípios como a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento, de acordo com o Artigo 1º, §2, II da Lei 12.594/2012.

Segundo o levantamento de dados feito por entrevistas do DEGASE, 77% dos jovens que cumprem as medidas de internação não estudam. Entretanto, a lei 8069 prevê em seu Artigo 123, parágrafo único, que durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógica – e ainda no Artigo 124, inciso XI, que dispõe ser direito do adolescente privado de liberdade receber escolarização e profissionalização.

A realidade vivenciada pelos adolescentes é oposta ao que as medidas socioeducativas buscam em seu princípio efetivar. E por consequência de

todo descaso e desestrutura do Estado ao cumprir e fiscalizar os direitos fundamentais, sem qualquer amparo técnico ou encaminhamento do menor infrator a uma educação digna é de se compreender de que há um frequente estímulo ‘dessocializador’ e ‘deseducador’.

A prisão ao invés de “frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”, até porque não traz “nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”. Bitencourt (2004, p. 157),

Recentemente através de pesquisa realizada pela Universidade Federal Fluminense junto o DEGASE, sob a temática “Trajetória de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo no Rio de Janeiro”, foi traçado o perfil de jovens provindos de variados Municípios do Estado do Rio, com realidades socioculturais distintas que cumprem medidas socioeducativas de internação.

do sexo masculino (97%); negro (76,2%); está na faixa etária entre 15 e 17 anos (70%); não concluiu o Ensino Fundamental (91,3%) – 71,3% está cursando o segundo segmento do Ensino Fundamental; possui renda familiar de 1 a 3 salários mínimos (34%); 76,2% afirmaram ter tido alguma experiência profissional – destes, 64,5% disseram ter começado a trabalhar entre 10 e 15 anos; 71,6% moram em região de conflito armado (entre policiais, traficantes e facções); foram apreendidos por terem cometido os atos infracionais roubo (44%) e tráfico de entorpecentes (41%). Através destes dados, podemos evidenciar que estamos falando dos sujeitos hoje mais vulneráveis socialmente no Brasil: jovens, homens, negros, pobres, pouco escolarizados e que começaram a trabalhar muito cedo. Sobre as suas famílias, 58,6% disseram que os seus pais ou responsáveis são divorciados; 39,4% o seu pai/mãe ou responsável morreu; 45,6% vivenciaram algum problema com álcool ou droga com seus pais/família. Embora 39,4% tenham afirmado já ter se sentido abandonado alguma vez na vida e viver em uma zona de guerra (75%), 85% disseram ter pessoas em que podem confiar; 91,5% afirmaram que os seus pais/responsáveis lhes dão apoio emocional quando precisam e que eles incentivam que estudem (93,8%) (DEGASE, 2019, p.41).

Os dados encontrados revelam, novamente, que o Estado não cumpre com o dever de proteger integralmente o menor – que ao contrário do que as medidas socioeducativas propõem – não alcançam o objetivo pedagógico, que visa à reinserção social do jovem.

Nesse esforço que concretamente poderia dirimir que a Justiça Restaurativa se mostra tão estimável, dado que procura conhecer a fundo a história do indivíduo para que se entenda o que levou o agir sob determinada maneira, de forma isonômica. E assim, a partir de uma compreensão de vida, os participantes se beneficiam da sabedoria coletiva de todos, recebendo o aporte da experiência de formas diferentes por todos os presentes, gerando possibilidades novas de solução, que não necessariamente se faz igual para cada caso.

3.1 UM OLHAR SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS

Em observância aos aspectos mencionados, ainda há um crescimento exorbitante de menores em conflito com a lei. Por este viés, demonstra-se salutar

que haja novas perspectivas como políticas públicas que possam abarcar desde as famílias, escolas e até o judiciário. Como já fora exposto, existem diversos projetos e programas que implementam a Justiça Restaurativa e se obtém prontamente dados positivos na pacificação de conflitos. Por este entremeio, especificamente na região de Teresópolis, no Estado do Rio de Janeiro, fora realizada pesquisa na Vara de Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Teresópolis, acerca dos atos infracionais e da Justiça Restaurativa na cidade.

Em que pese aos atos infracionais, dentre os dados obtidos acerca de processos distribuídos por competência e assunto no período de 01/01/2017 a 06/10/2017, indicam que, em um total de 429 processos distribuídos, a maior parte dos atos infracionais levados a juízo são:

ATO INFRACIONAL	QUANTIDADE
Ameaça	18
Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins	8
De Trânsito	14
Do Sistema Nacional de Armas	3
Contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio	3
Dano	2
Estupro de Vulnerável	5
Furto	17
Furto Qualificado	25
Homicídio Simples	2
Injúria	2
Posse de Droga para Consumo Pessoal	59
Roubo	2
Roubo Majorado	8
Tráfico de Drogas e Condutas Afins	45
Violação de Domicílio	4

Fonte: Dados obtidos através da Vara da Infância, Juventude e do Idoso em Teresópolis, 2017.

Já em 2019, no período de 01/01/2019 a 31/05/2019, indicam que, em um total de 221 processos, são em sua maioria:

ATO INFRACIONAL	QUANTIDADE
Ameaça	4
Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins	6
Contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio	1
De Trânsito	2
Do Sistema Nacional de Armas	1
Estupro de Vulnerável	3
Furto	3
Furto Qualificado	8
Lesão Leve	11
Posse de Drogas para Consumo Pessoal	18
Roubo	1
Tráfico de Drogas e Condutas Afins	17

Fonte: Dados obtidos através da Vara da Infância, Juventude e do Idoso em Teresópolis, 2019.

Mediante os elementos encontrados, é possível observar que a distribuição dos processos é diversificada, e que as incidências dos atos infracionais análogos ao crime são maiores quanto se tratam de ameaça, furto, posse de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas e condutas afins. O que não vai longe dos dados obtidos ao longo do presente artigo, e por este laço, sugere a possibilidade de articular novas diretrizes para garantir direitos e executar políticas públicas de prevenção e reinserção social de adolescentes em âmbito local e comunitário.

É conveniente ainda pontuar que, no município de Teresópolis, ainda não há projetos específicos de implementação de Justiça Restaurativa, contudo, o município de Petrópolis, em 2017 implementou a Lei 7.532, amparado na Lei Federal 13.140 e na Resolução 125 e 225, criando o “Programa Municipal de Pacificação Restaurativa”, conhecido por “Petrópolis da Paz” em parceria com a prefeitura da cidade, pelo qual utilizam as metodologias de facilitação restaurativa, processos circulares e conferência de grupo familiar, e mais especificamente, atuando dentro de unidades escolares da rede pública do município de Petrópolis auxiliando a melhoria de consciência e resolução de conflitos que prejudicam o ensino e convivência social. Por meio da iniciativa do município de

Petrópolis e diante da pesquisa dos atos infracionais no Município de Teresópolis, as práticas restaurativas se mostram passíveis de implementação na região.

Em Teresópolis, há destaque ao CRIAAD, instituição do DEGASE, que funciona como unidade da medida socioeducativa de semiliberdade, onde os jovens ficam alojados durante a semana e são liberados a ir para casa no final de semana, localizada em meio a uma área de preservação ambiental, possuindo horta hidropônica, jardim, espaço para criação de pequenos animais, campo de futebol, piscina e um lago (UNIFESO, 2016), sendo o único onde o local de funcionamento não possui grades, nem muros, criando um ambiente agradável e de bem-estar, o que não é comum, comparando as outras unidades do Estado do Rio de Janeiro. A unidade possui princípios intimamente ligados a justiça restaurativa, visto que procuram o caráter humanizado nas atuações perante os jovens, e ainda, tem como premissa o diálogo e a educação, a começar pela equipe e pelos projetos ativos.

A condição potencial que o CRIAAD mantém no município, bem como a atuação da Vara da Infância e Juventude, do Conselho Tutelar e de outros órgãos que contribuem direta e indiretamente para o acompanhamento da criança e do adolescente,

é notório que a região possui capacidade para implementação das práticas restaurativas.

Não obstante, o Centro de Ensino Serra dos Órgãos, desenvolve em conjunto com o Centro de Ciências Humanas e Sociais, a Professora Doutora Cláudia Aguiar Britto e estudantes de graduação do curso de Direito, projeto de iniciação científica, denominado “Assistência Criminal Humanitária²¹” com ênfase no projeto de assistência criminal gratuita em Teresópolis.

O projeto é conduzido precipuamente dentro das escolas públicas da região, com esforços empreendidos em torno da transmissão de informação e orientação jurídica aos jovens estudantes do ensino médio, onde alguns desses alunos, inclusive, cumprem medidas socioeducativas, através de diversos encontros com os estudantes, procurando pacificar certos conflitos escolares, conscientizando os jovens sobre sua responsabilização diante de certas práticas consideradas ilícitas, bem como expondo, de forma simples, educativa e pedagógica as diferentes nuances do sistema de justiça criminal.

Vale ressaltar que são realizadas interações entre estudantes do curso de graduação de Direito e estudantes do ensino médio, cujas abordagens estão relacionadas especificamente à área penal. Com as atividades, pais, alunos e funcionários têm a oportunidade do diálogo, da escuta e de receberem esclarecimentos jurídicos. Dentre as atividades desenvolvidas, desde 2016, pelo grupo de pesquisa, os assuntos sobre drogas, crimes contra dignidade sexual, armas e violência doméstica foram amplamente divulgados. Com uma média de 200 ouvintes e mais de 27 atendimentos criminais em 2017, por exemplo, observou-se que 40% dos atendimentos estavam ligados às drogas (JOPIC, 2018, *online*).

É neste diapasão que as escolas e universidades desempenham um fundamental papel. Quando os ambientes escolares estabelecem parcerias com os conselhos tutelares, varas da infância e com a comunidade local, o movimento para se evitar o conflito ou para a resolução do episódio conflitivo é nitidamente reforçado e bastante eficaz.

3.2 A REPARAÇÃO E A RESPONSABILIDADE COMO CONSEQUÊNCIAS DE UM DIÁLOGO BASEADO EM VALORES

A família, o Estado e a comunidade, devem atuar sincronicamente para efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tendo em vista a responsabilidade de todos, e nesse meio,

a Justiça Restaurativa e suas práticas revelam um novo olhar para a solução de conflitos realizados pelos jovens, também como uma medida de prevenção.

Sendo certo que a prática surge com base na dignidade da pessoa humana, é amistoso que o olhar para a adolescência se volte também para a transição da vida adulta. E por isso, a educação dada as crianças e adolescentes, são a garantia de adultos capazes de viver dignamente e optarem de forma consciente a não ingressarem em conflitos.

Sobretudo, as práticas não têm como objetivo principal a diminuição de reincidências, o perdão, tampouco que seja um substituto para o sistema judicial, mais do que isso, conforme os preceitos de *Howard Zehr* são considerados um dever, ou seja, aqueles que sofreram o dano devem ser capazes de identificar e apontar suas necessidades, aqueles que causaram o dano devem ser estimulados a assumir a responsabilidade e aqueles que foram afetados por um delito devem ser envolvidos no processo para buscar a compreensão, apoio e solução em conjunto. Nem sempre existem respostas para tudo, mas essas reflexões servem como reforço para repensar as necessidades que a infração pode gerar e que não costuma ser atendida pelo processo legal corrente. Posto isso, o novo olhar decorre do entendimento que a justiça precisa oferecer a responsabilidade que cuide dos danos, estimule a empatia e o diálogo como fonte principal para transformação pessoal e comunitária, proporcionando atenção a vítima e a comunidade, na formação de um senso de responsabilidade conjunta.

No entanto, para que se torne possível atender a esfera comunicativa, conforme pleiteia Cláudia Britto (2014, p. 188), será necessário um verdadeiro esforço cooperativo de todos participantes do diálogo com um novo pensar, agir e falar. Dessa forma, quando os envolvidos pretenderem um acordo motivado racionalmente e entenderem que ele poderá ser alcançado, pelo menos a princípio haverá o espaço para o discurso e, conseqüentemente, para o alcance do consenso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto a justiça criminal tem como foco a punição do infrator a partir de uma norma imposta pelo Estado, em contrapartida, a justiça restaurativa dá luzes às necessidades da vítima e a sua efetiva reparação. Assim, ao invés de o Estado determinar a culpa para impor a punição, a Justiça Restaurativa compreende que há uma pluralidade de envolvidos; logo, todos devem em comum esforço contribuir para a resolução do conflito.

²¹ Grupo de iniciação científica integrado por graduandos em Direito e coordenado pela

Professora Doutora Cláudia Aguiar Britto, com início em 2016, no UNIFESO.

Embora relativamente recente, as práticas restaurativas vêm se desenvolvendo e rompendo com os paradigmas punitivos mediante seu conceito e sua implementação. No Brasil, há crescente desenvolvimento e respostas positivas obtidas pelos tribunais, escolas e diversos programas implementados ao longo dos anos.

Com efeito, ao reinserir o jovem infrator no meio social e a sua responsabilização, ao tempo que oferece retorno à vítima, com reparação dos danos sofridos, a Justiça Restaurativa afasta a forma tradicional de punir sem tratar as causas e os danos. Daí porque, sua aplicação no âmbito infanto-juvenil é perfeitamente possível.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre.

BELLO, E.; SALM, J. Cidadania, justiça restaurativa e meio ambiente: um diálogo entre Brasil, Estados Unidos, Canadá, Espanha e Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRANCHER, L; TODESCHINI, T. B.; MACHADO, C. (Orgs.). **Justiça para o século 21: Instituinto práticas restaurativas – Manual de práticas restaurativas**. Porto alegre: AJURIS, 2008.

BRASIL, The Intercept. **Máquina de moer preto**. Alec Silva (org.) et al. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/09/22/degase-jovens-socioeducativo-rj/>> Acesso em: 23 set 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. **Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ)**. Centro de Mediação, Métodos Autocompositivos e Sistema Restaurativo. [S. l.]: MPRJ, 2017. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/nucleos-de-atuacao/cemear>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)**. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. **Censo Sistema Socioeducativo**.

<<http://gmf.tjrj.jus.br/censo-sistema-socioeducativo>> Acesso em: 10 out 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)**. Portaria nº 91 de 17 agosto de 2016. Disponível em:

<<http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/programas-projetos/docs/portaria-91-2016-justica-restaurativa.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)**. Superlotação do Degase. Disponível em: <<https://tjrj.jusbrasil.com.br/noticias/318038151/tjrj-avalia-que-superlotacao-do-degase-so-sera-resolvida-com-novas-unidades>>. Acesso em: 20 abril 2019.

_____. Conselho Federal de Psicologia (CFP), Conselhos Regionais de Psicologia (CRP), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). *In: Direitos Humanos: um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei*. Brasília: CFP e CFOAB, 2006. Disponível em:

<<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2006/08/relatoriocaravanas.pdf>> Acesso em: 20 out 2019.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2014.

CDHEP - CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO E SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA REPÚBLICA. **Justiça RESTAURATIVA JUVENIL. Justiça Restaurativa Juvenil: Reconhecer, Responsabilizar-se, Restaurar**.

Relatório Final do Projeto Novas Metodologias de Justiça Restaurativa com Adolescentes e Jovens em Conflito com a Lei. São Paulo: CDHEP, 2011.

DEPEN. **MANUAL DE GESTÃO PARA ALTERNATIVAS PENAIIS: PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA**. Brasília, DF, 2009. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/prticasdejustiarestaurativas.pdf>> Acesso em: 10 maio 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de L. M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. **Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. In: **Justiça Restaurativa, coletânea artigos**. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.). Brasília, PNUD, 2005. Disponível em:

<https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pdf> Acesso em: 20 jun 2019.

GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Pais presentes, pais ausentes: regras e limites**. Petrópolis: Vozes, 2004.

LEITE, Fabiana de Lima. **Manual de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa**. Brasília: Depen, 2017.

MARSHALL, T. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAXWELL, Gabrielle. **A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em:

<<http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib195.pdf>> Acesso em: 21 maio 2019.

MENDES, Claudia Lucia Silva (coord); JULIÃO, Fernandes Julião (coord.). **Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo no rio de janeiro.** Rio de Janeiro: Degase, 2019.

MILLER, Alice. **Por tu próprio bien: raíces de la violencia en la educación del niño.** El Salvador: UCA, 1997, *Barcelona: Tusquets, 1985.*

MOURA, Lia Cruz. **Estado Penal e Jovens encarcerados: uma história de confinamento.** Dissertação de Mestrado. Disponível em:

<<http://www.bdae.org.br/dspace/bitstream/123456789/1314/1/tese.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2019.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito. **In: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Censo da população infante juvenil acolhida no Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: MPRJ, 2010.** Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/09_direito.pdf> Acesso em: 10 out 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares.** São Paulo: Palas Athena, 2010.

_____. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz: Guia do facilitador.** Porto Alegre. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

SALES, Míone. Associação Brasileira de Organizações não governamentais (ABONG) e Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA Nacional). **In: Adolescência, Ato Infracional e Cidadania: a resposta está no ECA. Basta querer realizar.** Brasília: ABONG; Fórum DCA Nacional, 1999.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Herbert de (Betinho). **In: “Criança é coisa séria”.** Rio de Janeiro: AMAIS Livraria e Editora, 1991.

SCURO, Pedro Neto. **Justiça nas Escolas: A função das câmaras restaurativas.** O direito é aprender (org. Leoberto N. Brancher, Maristela M. Rodrigues e Alessandra G. Vieira). Brasília: Fundescola/ Projeto Nordeste/ MEC-BIRD, 1999.

LAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes. (org). **Justiça Restaurativa.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

UNIDAS, Organizações das Nações. Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_RestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf> Acesso em: 10 maio 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry entre outros. **Infância e adolescência, O conflito com a Lei: algumas discussões.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil (versão preliminar).** Rio de Janeiro: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO, 2015 a.

WACQUANT, Lóic. **As prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WILLHELM, Alice Rodrigues. **Avaliação da impulsividade, controle inibitório e uso de álcool em pré-adolescentes e adolescentes.** Rio Grande do Sul: Lume, 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/130498/000975155.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 out 2019.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

_____. **Justiça Restaurativa.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

LISTA DE SIGLAS

ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais.

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.

ALERJ – Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro.

CEMEAR – Centro de Mediação, Métodos Autocompositivos e do Sistema Restaurativo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CRIAAD – Centro de Recursos Integrados de Atendimento ao Adolescente.

DEGASE – Departamento Geral de Ações Socioeducativas.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

IMCR – Instituto para Mediação e Resolução de Conflitos.

ONU – Organização das Nações Unidas.

PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento.

UFF – Universidade Federal Fluminense.

APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA À MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA EFETIVIDADE À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Gisele Alves de Lima Silva²² e Luana de Melo Pacheco Demenjour²³

RESUMO

O advento da Lei n. 11.340/2006 inaugura uma política de ação afirmativa que coloca no centro da tutela penal do Estado o membro da unidade familiar historicamente mais vulnerável no contexto da cultura patriarcal, a mulher. O novo diploma legal propõe uma política de recrudescimento penal no combate à violência de gênero. Por sua vez, na contramão da Justiça Retributiva, e considerando as falhas do sistema de Justiça Criminal, nasce a Justiça Restaurativa, que através de seus diversos métodos pretende promover a reparação dos danos à vítima e demais envolvidos e a restauração das relações afetadas pelo ciclo de violência. Este trabalho objetiva estudar a possibilidade de aplicação dos métodos da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher, procurando apurar se essa forma de tratamento do conflito de natureza criminal que ocorre no campo doméstico e familiar contra a mulher pode produzir a chamada revitimização, conduzindo a vítima mais uma vez para o ciclo da relação violenta.

Palavras-chave: Violência doméstica contra a mulher. Justiça Restaurativa. Criminologia feminista.

ABSTRACT

The emergence of Law n. 11. 340/2006 institutes an affirmative action policy which places the historically mostly vulnerable family member in the context of the patriarchal culture, the woman, at the core of the criminal liability. The legislation proposes a policy of resurgence of punishment in the fight against gender violence. Alternatively, in the opposite direction of the Retributive Justice, and considering the failures of the Criminal Justice system, the Restorative Justice is born, which through its several methods aims to support the repair of the damage of the victim, others involved and the rebuilding of the relationships affected by the cycle of violence. This scientific article has the intention to address the possibility of applying the methods of Restorative Justice in cases of gender violence against women, seeking to ascertain whether this form of treatment of conflict with a criminal nature that occurs in the household can produce the so-called revictimization, leading the victim once more to the cycle of abusive relationship.

Keywords: Domestic violence against women. Restorative Justice. Feminist Criminology.

²² Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Professora de Direito Penal, Criminologia e Legislação penal extravagante no UNIFESO e UCAM. Advogada.

²³ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO. Bacharel em Pedagogia pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO. Pós-Graduada em Pedagogia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

INTRODUÇÃO

A violência contra mulheres trata-se de uma grave violação de direitos humanos ditada pelas relações sociais, culturais e jurídicas que se construíram, se consolidaram e se perpetuaram pela influência e permanência do poder do patriarcado, em que pese algumas transformações tenham ocorrido ao longo da história em virtude das conquistas produzidas pelos movimentos feministas.

Neste cenário de dominação masculina¹ a violência contra mulheres pode se apresentar de diversas formas: fisicamente, sexualmente, psicologicamente e até simbolicamente.

De acordo com o Bourdieu (1997) a dominação não é simplesmente a ação exercida por dominantes sobre dominados, mas o efeito indireto do campo complexo de atos que compõem a estrutura da dominação, muitas vezes encoberta e não perceptível em um primeiro plano. Para o autor (1997, p. 22): “A violência simbólica consiste em uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la”. Trata-se, portanto, de uma violência escamoteada, que lhe confere o poder particular de crença na própria dominação frente a outras formas de violência, ela legitima o discurso violento, o minimiza e o reproduz.

Os dados de violência contra as mulheres sempre foram alarmantes, e não podem ser analisados sem os devidos recortes de raça e classe, que os tornam ainda mais preocupantes.

Segundo dados do Atlas da Violência (IPEA. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Infográfico, 2020) 4.519 mulheres foram assassinadas em 2018, 68% das vítimas eram negras, e 01 mulher morre a cada 02 horas no Brasil.

O Atlas (IPEA. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, Infográfico, 2020) informa ainda que entre 2008 e 2018 o homicídio de mulheres negras aumentou 12,4%, enquanto o de mulheres não negras diminuiu 11,7%, sendo 30% das mulheres assassinadas em sua própria casa.

A violência contra mulheres também chamou atenção nos atuais tempos de pandemia da COVID-19.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública apresentou nota técnica sobre tal situação em 16 de

abril de 2020, com base em estudo realizado a partir dos dados oficiais coletados junto as Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social e Tribunais de Justiça referentes à violência doméstica no âmbito de seis Estados do país que se disponibilizaram fornecer elementos necessários para a pesquisa da forma menos burocrática possível, tendo em vista a urgência da investigação. (NOTA TÉCNICA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020)

Na pesquisa supracitada concluiu-se que os registros de boletins de ocorrência, os quais dependem da presença física da vítima, nos primeiros dias de isolamento provocado pela pandemia, apresentaram queda que pode ser identificada em delitos que em geral são praticados contra a mulher no âmbito da unidade doméstica ou familiar, como lesão corporal (art. 129 do CP) e estupro (art. 213 do CP).

A investigação também apontou para uma redução na concessão das medidas protetivas de urgência a partir do fim de março e início de abril, período do endurecimento do isolamento social na maior parte do país.

E por fim, o estudo indicou também um aumento tanto de femicídios, como de feminicídios², tendo, por exemplo, São Paulo apresentado um aumento de 46% na comparação entre março de 2019 e 2020. Outros dados relevantes também constam no estudo, mas não serão abordados por não serem objeto da problemática deste artigo. (NOTA TÉCNICA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020)

Em 2006 entrou em vigor a Lei n. 11.340, Lei Maria da Penha, que passou a definir as espécies de violência contra a mulher quando praticadas no âmbito das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto da vítima, assim inovou trazendo um conjunto de medidas de proteção que tem por fim suspender o ciclo de violência em que se encontra a mulher e prevenir novos atos por parte do agressor.

A lei se tornou um marco no Brasil no que tange ao enfrentamento à violência de gênero contra mulheres, mas também é objeto de crítica de estudiosos do sistema de justiça criminal³, que acreditam que o recrudescimento penal inaugurado no campo da violência contra a mulher com o novo

¹ Termo utilizado por Pierre Bourdieu em sua obra *A Dominação Masculina* (2007).

² Femicídio é o termo utilizado para se referir ao homicídio em que o sujeito passivo é uma mulher. Feminicídio é o termo usado para determinar quando o homicídio é praticado por razões de

condição do sexo feminino, constituindo-se em uma qualificadora do homicídio.

³ A criminologia crítica é o paradigma teórico que melhor representa a crítica apresentada.

diploma legal apenas fortalece o poder punitivo do Estado, que segue aplicando o direito penal de forma seletiva e meramente repressiva, não cumprindo a função preventiva da pena, o que faz com que as carreiras criminosas se perpetuem conforme a lógica do sistema social do cárcere que também é ditada pelas categorias de gênero e de dominação da cultura patriarcal.

Nesse viés a Lei Maria da Penha ao instituir os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher vedou a aplicação de alguns substitutivos penais como a transação penal, suspensão condicional do processo, penas pecuniárias isoladamente e algumas penas restritivas de direitos⁴.

Sendo assim, a lei retira a violência contra a mulher do campo da justiça processual negociada do Juizado Especial Criminal, que até então estava, tendo em vista uma grande parcela das infrações penais que ocorria até aquele momento no âmbito doméstico, familiar e íntimo de afeto contra a mulher possuía pena máxima *in abstracto* até 02 anos (infrações de pequeno potencial ofensivo), como: lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal, injúria, difamação, etc.

Enquanto tais infrações eram julgadas no JECRIM, a possibilidade de um acordo entre a vítima da violência doméstica e seu agressor era possível, sendo realizado em uma audiência preliminar conduzida por um conciliador judicial. Não ocorrendo esse acordo, caberia ainda a possibilidade da transação penal, proposta pelo Ministério Público ao agressor, ou seja, primava-se ao máximo por uma justiça negociada que procurava evitar a ação penal e o consequente exercício do poder punitivo estatal. (art. 72 a 76 da Lei n. 9099/1995)

Com o crescente avanço da violência contra mulher traduzido nos números já expostos ano a ano, o legislador ao publicar a Lei Maria da Penha substitui esse cenário de justiça consensual dos JECRIM's, e mais uma vez escolhe adotar a saída da Justiça meramente retributiva, excluindo o máximo possível medidas alternativas que passem pelo acordo Vítima-Ofensor ou Estado-Ofensor.

A Justiça Restaurativa surge como oposição à Justiça Retributiva, atuando de forma complementar face as falhas do modelo retributivo, visando atender necessidades e direitos das vítimas e sociedade, mas também promover a responsabilização do agressor.

Em que pese haver diversos sistemas restaurativos, o mais comum é a aplicação da mediação vítima-ofensor, prática autocompositiva

de resolução de conflitos penais que objetiva restaurar as relações entre as partes afetadas pelo crime, promovendo um encontro entre o ofendido e o agressor conduzido por um mediador imparcial e facilitador do diálogo.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 225/2016 com o intuito de promover a política pública nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O Conselho também, por ato do Ministro Ricardo Lewandowski, editou a Portaria n. 91/2016 que instituiu o Comitê da Justiça Restaurativa com a finalidade de promover a implementação dessa política restaurativa.

O Conselho Nacional de Justiça orientou ainda o Poder Judiciário a aplicar na resolução de casos de violência doméstica os métodos restaurativos. Vale ressaltar que o uso dos sistemas restaurativos no âmbito da violência doméstica, familiar e íntima de afeto contra a mulher não afasta a pena retributiva, apenas contribui para a recomposição das famílias, especialmente as que são compostas por crianças afetadas pelo conflito de natureza criminal. (NOTÍCIAS CNJ, 2017)

Considerando a relevância jurídico-social da temática contextualizada almeja-se com o presente artigo estudar a aplicação dos sistemas restaurativos nos conflitos penais que envolvam violência doméstica, familiar e íntima de afeto contra a mulher, procurando apurar através do método dedutivo e da adoção do paradigma da criminologia feminista, se a aplicação da Justiça Restaurativa no contexto de violência de gênero aqui estudado, visando à reconciliação das famílias, principalmente com o fim de evitar processos de alienação parental e outros danos colaterais provenientes do ciclo de violência em relação aos filhos, não pode vir a contribuir para o que se chama de revitimização da mulher, conduzindo-a mais uma vez para a relação violenta, de forma a não prevenir novos atos do agressor que podem constituir inclusive crimes mais graves como o feminicídio.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FAMILIAR E ÍNTIMA DE AFETO CONTRA MULHERES A PARTIR DO TRATAMENTO JURÍDICO DA LEI N. 11.340/2006

A Lei n. 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, tendo sido criada para atender ao disposto no art. 226, §8º da CF/88, assim como para dar cumprimento ao disposto em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

⁴O STJ ampliando o que estabeleceu a Lei Maria da Penha definiu na **Súmula 588 o seguinte**: *A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente*

doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A lei foi batizada “Maria da Penha” em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes que foi vítima de duas tentativas de homicídio por parte de seu marido, que resultaram na sua paraplegia.

Em razão da absurda demora das ações penais movidas contra o marido da vítima Maria da Penha, e por envolver grave violação de direitos humanos, o caso foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que publicou o relatório nº 54/2001 declarando a “ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação, este relatório mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica”. (LIMA, 2020, p.1256).

O artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal dispõe que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, e nessa seara a Lei n. 11.340/2006 foi criada para tutelar no âmbito da família aqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, no caso a mulher, já que a tutela infanto-juvenil já era realizada de forma especial pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, desde 1990.

A Organização das Nações Unidas em 1975 realizou na cidade do México a I Conferência Mundial sobre a Mulher – e declarou esse o ano internacional da Mulher, assim como anunciou que de 1975 a 1985 se comemoraria a Década das Nações Unidas para a Mulher. A partir dessa conferência é que surge a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, porém entrando em vigor em 3 de setembro de 1981.⁵

Visando reparar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino e finalizando a isonomia preconizada no art. 5º, I, da CF/88, esta convenção caminhou no sentido de estimular a promoção de políticas de ações afirmativas, também chamadas de ações de “discriminação positiva”, nas mais diversas áreas: trabalho, saúde, educação, direitos civis, etc., sendo o primeiro grande instrumento em dimensão internacional a dispor sobre os direitos humanos da mulher. (DIAS, 2010, p.34; LIMA, 2020, p.1255).

Somente na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos que ocorreu em Viena, em 1983, que a violência contra a mulher foi alçada

formalmente a uma espécie de violação de direitos humanos (DIAS, 2010, p. 35).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, denominada como Convenção de Belém do Pará, foi adotada em 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Tal regramento foi ratificado pelo Brasil em 1995, sendo incorporado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 1.973/1996.

De acordo com Lima (2020, p. 1256)

[..]esta Convenção passou a tratar a violência contra a mulher como grave problema de saúde pública, conceituando-a nos seguintes termos: “qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como privado” (Art. 1º).”

Nesta perspectiva, a Lei n. 11.340/2006 especifica mecanismos para coibir a violência contra a mulher com o fim de proteger o gênero feminino, vulnerável dentro do contexto da sociedade patriarcal em situações de sofrimento físico, sexual, psicológico, moral e patrimonial no âmbito da unidade doméstica, familiar ou das relações íntimas de afeto, sendo assim, basta que qualquer uma das espécies de violência previstas no art. 7º da lei ocorra contra a mulher em um dos contextos previstos no art. 5º, para ser considerada violência de gênero objeto de incidência da Lei Maria da Penha. (BRASIL, 2006)

Destaca-se que de acordo com o art. 5º da Lei n. 11.340/2006 o âmbito doméstico compreende o espaço de convívio duradouro de pessoas que possuem ou não vínculo familiar, incluindo as que estão esporadicamente agregadas, devendo o agressor e a vítima fazer parte dessa mesma unidade doméstica.

O dispositivo acima define ainda âmbito familiar, que deve ser entendido como uma unidade formada por pessoas que são ou se consideram como parentes, seja por laços naturais, de afinidade ou de vontade.

E por fim, o artigo delimita ainda o contexto da relação íntima de afeto na qual o agressor manteve ou mantém convivência com a ofendida, destacando expressamente a legislação que para a configuração desta relação não há necessidade de coabitação entre o agressor e a vítima⁶.

O dispositivo legal deixa expresso também que para configuração dos contextos de violência

⁵ Destaca-se que tal regramento foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 26/1994, e posteriormente promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377/2002. (DIAS, 2010, p.34)

⁶ A Súmula 600 do STJ estabelece também que: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei 11.340/2006, lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

enunciados não importa a orientação sexual das partes envolvidas.

São diversas as espécies de violências especificadas no art. 7º da Lei n. 11.340/2006, mas vale destacar que se trata de rol exemplificativo, e não taxativo.

A violência física é entendida como qualquer forma de conduta que atente contra a integridade física ou a saúde da mulher, como chutes, socos, facadas, queimaduras, entre outras, causando lesões desde os mais leves as mais graves, incluindo a morte. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006)

A violência psicológica é qualquer conduta que cause dano emocional, provocando diminuição da autoestima e perturbação do desenvolvimento da mulher, isso pode se dar através de atos de degradação ou controle de suas ações, decisões, comportamentos e até crenças, por meio de ameaças, humilhações, constrangimentos, vigilância constante, perseguições, submissão a isolamento, chantagens, insultos, impedimento de professar determinada fé, etc. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006)

A violência sexual é qualquer ato que atente não só contra a dignidade sexual da mulher, mas também contra seus direitos sexuais e reprodutivos da forma mais ampla possível, como por exemplo constranger a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada; induzir a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; impedir de usar qualquer método contraceptivo; realizar conduta que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, etc. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006)

A violência patrimonial consiste em qualquer conduta que atente contra a propriedade ou a posse de bens móveis da mulher, como “retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, inclusive os destinados a satisfação de suas necessidades”. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006)

Por fim, a violência moral é configurada por condutas de caluniar, difamar e injuriar a mulher, que geralmente são perpetradas por xingamentos, humilhações, exposições da vida íntima da mulher, etc., que atingem tanto sua honra objetiva, como subjetiva. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006).

A Lei Maria da Penha menciona um rol de medidas protetivas de urgência nos artigos 22, 23 e 24 com o objetivo de interromper o ciclo da violência e prevenir uma progressão criminosa por

parte do agressor, que pode inclusive terminar em um feminicídio.

As medidas elencadas nesses dispositivos são providências urgentes que devem preencher para sua concessão dois requisitos: *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus bonis iuris* (aparência do bom direito). Vale destacar que o rol de medidas protetivas da lei é exemplificativo, podendo o juiz com base no disposto no art. 22, §1º da lei estabelecer outras medidas não listadas na lei ⁷. (CUNHA; PINTO, 2019, p. 195)

O juiz concederá as referidas medidas de acordo com o disposto nos artigos 18 e 19 da Lei n. 11.340/2006.

As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de ofício ou através da provocação do MP ou da vítima, prescindindo, inclusive, da representação do advogado, conforme se verifica da análise conjunta dos dispositivos acima com os artigos 27 e 28 também da Lei.

Interpretando os artigos 18, 19, 27 e 28 conjuntamente depreende-se que havendo situação de urgência, a figura do advogado é dispensável, podendo a própria ofendida dirigir-se a autoridade competente para requerer a medida protetiva de urgência, mas tão logo superada a circunstância emergencial, volta-se a regra do art. 27, nomeando-se advogado para atuar acompanhando a mulher vítima nos atos processuais. (CUNHA; PINTO, 2019). Tais medidas podem ser usadas pelo Juiz isoladamente ou cumulativamente. (BRASIL, Lei n. 11.340/2006).

Importante alteração ocorreu em 2019 com a Lei 13.827, que inseriu o art. 12-C na Lei Maria da Penha.

Este dispositivo trata especificamente da medida protetiva de afastamento do agressor do lar, prevista no art. 22, II da lei, que seguia somente o trâmite previsto nos artigos 10 a 12 e 18 a 21 da Lei Maria da Penha, ou seja, por essa regra geral realizado o registro de ocorrência, a autoridade policial deverá remeter, no prazo de 48 horas, expediente apartado ao juiz com pedido de concessão de medida protetiva de urgência da ofendida, e recebido, o magistrado deverá decidir pela concessão ou não no mesmo prazo. (BRASIL, art. 12, III, e art. 18, caput, ambos da Lei n. 11.340/2006).

Ocorre que tal prazo a depender da situação pode ser muito extenso, aumentando o risco da ineficiência da prestação jurisdicional ao aplicar a medida protetiva, de forma que a vítima siga exposta

⁷ O Enunciado n. 30 do Fonavid – Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher cita um exemplo de medida diversa das elencadas em lei: “O juiz, a título de medida protetiva de urgência, poderá determinar a inclusão do agressor dependente de álcool e/ou

outras drogas em programa de tratamento, facultada a oitiva da equipe multidisciplinar”. Ver também o Enunciado n. 26 do mesmo Fórum.

ao ciclo de violência perpetrado pelo agressor mesmo após a comunicação do delito. Frente a esse cenário o legislador editou a Lei n. 13. 827/19 introduzindo o artigo 12-C. (CUNHA; PINTO, 2019, p. 133)

Nesse novo dispositivo o legislador estabelece que em caso de risco à vida ou à integridade física da vítima atual (que está em curso) ou iminente (preste a ocorrer), impõe-se a aplicação da medida protetiva de afastamento do agressor do lar imediatamente, podendo essa aplicação ser realizada pela autoridade judicial; pelo delegado, caso o Município não seja sede de comarca; e até mesmo pela autoridade policial, quando o Município não é sede de comarca, e não há delegado disponível no momento da denúncia. Exigindo a lei, contudo, que nas duas últimas situações, o juiz deve ser comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (BRASIL, art. 12-C da Lei n. 11.340/2006)

Destaca-se ainda a entrada em vigor do artigo 24-A que estabeleceu o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, e com essa inovação a autoridade policial diante da ocorrência da infração poderá efetuar a prisão em flagrante do agente. Vale ressaltar que o legislador não distinguiu para configuração do crime se a medida protetiva, objeto do descumprimento, foi deferida por um juiz cível ou criminal. (BRASIL, art. 24-A, §1º, da Lei n. 11.340/2006).

Com essa breve análise da Lei Maria da Penha, verifica-se um robusto regramento no sentido de tornar mais eficaz a resposta penal aos conflitos de natureza criminal ocorridos no âmbito das relações domésticas e familiares contra a mulher a partir do ano de 2006.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ

O modelo tradicional de justiça criminal implementado pelo Estado tem como objetivo primordial a aplicação das penas, dentre as previstas no texto constitucional e infralegal: privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias.

Tais sanções são revestidas do discurso falacioso penal clássico da dupla utilidade da pena: retribuição e prevenção, que cai por terra especialmente frente à falência do sistema penitenciário⁸ em cumprir primordialmente sua finalidade preventiva em ampla dimensão.

⁸ Nesse sentido importante verificar a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema

Diante da constatação de um modelo punitivo que é essencialmente violador de direitos humanos, e conseqüentemente não atende a perspectiva ressocializadora mais ampla prometida pelo Estado à sociedade, menos ainda se espera que possa este entregar após um médio ou longo período de cumprimento de pena, especialmente a privativa de liberdade, alguém que esteve sujeito à lógica do sistema social da prisão, que também é ditada por categorias de gênero e de dominação da cultura patriarcal, desconstruído de seus comportamentos violentos ditados pelo machismo estrutural a que sempre esteve submetido.

Sendo assim, este modelo de justiça não possibilita a ressocialização do agressor, não contribui com sua tomada de consciência acerca do seu comportamento violento e não promove reparação dos danos causados com a infração, incluindo a recomposição saudável das relações familiares, especialmente com os filhos, se for o caso, pelo contrário, afasta as partes envolvidas e ignora as necessidades e direitos das vítimas.

Baratta (2002, p.183-184) caracteriza esse modelo de Justiça como um sistema que não produz qualquer efeito para a reeducação do infrator e sua ressocialização:

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo; a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.

A Justiça Restaurativa surge como contraponto à Justiça Retributiva, procurando atuar de forma complementar face as falhas apresentadas pelo modelo retributivo.

Os métodos restaurativos são aplicados visando as necessidades e direitos das vítimas, assim como a responsabilização do agressor. São práticas autocompositivas de resolução de conflitos que se propõem a restaurar as relações como forma de pacificação social.

Os sistemas restaurativos procuram promover o encontro entre a vítima e o ofensor por meio do diálogo e do consenso, proporcionando: reconhecimento dos traumas causados com o dano

penitenciário brasileiro no julgamento da ADPF n. 347 do STF.

(infração), reparação do dano, responsabilização do infrator e restauração das relações que foram rompidas colaborando para uma convivência pacífica e para a cultura de paz entre as vítimas, infratores, família e a comunidade, ou seja, de uma forma geral todos que foram afetados em alguma perspectiva pela prática da infração, serão coresponsáveis por encontrar soluções. (ACHUTTI, 2016).

A justiça restaurativa concebe o crime não como mera violação à lei, mas como um dano causado a alguém que deve ser reparado. (ZEHR, 2010, p.174)

Os processos restaurativos visam a responsabilidade, a restauração e a reintegração elucidados com os três “R” descritos por Luz (2016, p. 105).

Em relação a responsabilidade cada autor deverá responder pelas suas ações. É baseada na tentativa de amenizar o sofrimento e as perdas que foram causadas pelo crime, nesse sentido, se difere da responsabilização da atual justiça retributiva que visa a punição atribuindo dor, vexame e humilhação.

A restauração é uma forma de minimizar ou curar as sequelas provenientes da infração penal, ou seja, havendo algum trauma causado pelo crime, deverá ser promovida a restauração dos efeitos desse trauma, o que não significa impunidade para o agressor, há obrigação e responsabilização pelo crime.

A reintegração é tentar restabelecer os relacionamentos prejudicados decorrentes do delito. Com a ajuda de mediador imparcial, promove-se a reaproximação dos envolvidos, fortalecendo os relacionamentos que foram afetados. Tem o objetivo de auxiliar ofensores, vítima e comunidade a continuarem suas vidas mesmo com as lesões sofridas.

A origem da Justiça Restaurativa decorre do conceito de Justiça Comunitária, onde o crime era tido como um conflito social resolvido com reuniões entre o infrator e a vítima com o objetivo de reparar o dano e restaurar os laços sociais entre as partes. Esses modelos de Justiça são provenientes das comunidades indígenas canadenses e nativos norte-americanos e culturas africanas ancestrais. (JACCOUD, 2005, p. 164)

Em 1970, na Nova Zelândia, o termo Justiça Restaurativa trouxe a ideia de transformação do agressor frente ao seu comportamento, de forma que realizasse três ações fundamentais: a reparação, forma como efetua sua responsabilização frente ao dano, a restauração, e a reconciliação com a vítima e a comunidade (ALMEIDA e PINHEIRO, 2017, p. 181)

A Justiça Restaurativa já foi adotada em muitos países, tais como a Nova Zelândia, Austrália, Estados Unidos, Canadá, África do Sul, e inclusive

no Brasil (BITTENCOURT, 2017, p 5), mas Pinho (2009, p. 246) adverte que:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira.

O tema da justiça restaurativa passou então por várias discussões e conferências internacionais que frisavam a importância da vítima e da reparação dos danos que sofria, sobretudo edições de resoluções com o desenvolvimento das práticas restaurativas.

Em 1999 surgiu a Resolução n° 26 intitulada “Elaboração e aplicação de medidas de mediação e Justiça Restaurativa em matéria criminal” aprovada pelo Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), com o pedido para a Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal analisasse a utilidade de se desenvolver padrões das Nações Unidas sobre mediação e justiça restaurativa; e em 2000 a Resolução n° 14 Intitulada “Princípios básicos sobre a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal”, com o pedido sobre a viabilidade de meios para estabelecer princípios comuns para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, e elaboração de um novo instrumento para se alcançar o objetivo pretendido. (RESOLUÇÃO N° 26/1999 e RESOLUÇÃO N° 14/2000 ONU - ECOSOC)

No entanto, o marco jurídico de maior relevância foi a edição da Resolução n° 12 de 2002 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas, que foi dividida em cinco seções que abordam: a definição de justiça restaurativa, o seu uso, a operacionalidade dos programas de justiça restaurativa, quem são seus facilitadores e suas funções, o desenvolvimento contínuo dos programas determinados por um conjunto de 23 princípios orientadores, e os resultados pretendidos. (ACHUTTI, 2016, p. 74).

A Resolução n° 12/2002 no seu item 1, faz menção a terminologia de Justiça Restaurativa: “programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processo restaurativo e objetive atingir resultados restaurativos”. (RESOLUÇÃO DA ONU, N° 12/2002)

Destaca ainda a referida Resolução (ONU, n°12/2002) que:

Qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente nas resoluções das questões oriundas do crime, geralmente com ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária, ou círculos decisórios. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo[...]incluem respostas e programas tais como reparação, restituição, e serviço comunitário objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidade das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor [...]

De acordo com a normativa da ONU, o processo restaurativo é toda prática na qual a vítima e o ofensor, e quando necessário outros indivíduos, participam da resolução dos conflitos advindos do dano/crime, e nesse processo a figura do facilitador será de grande importância para o alcance da solução eficiente, que é aquela que beneficia a vítima de fato no resgate dos danos, fragilidades, traumas, e ansios gerados com a infração, reparando o conflito e responsabilizando o agressor, possibilitando assim uma futura ressocialização do mesmo ao reconhecer o mal que causou.

Esse processo, além de reparar o dano, pode promover a restauração e fortalecimento das relações interpessoais até então rompidas com a violência.

Para Zehr (2010, p. 6), “A Justiça Restaurativa coloca as necessidades da vítima no ponto de partida do processo. A responsabilidade pelo ato lesivo e a obrigação de corrigir a situação devem ser assumidas pelo ofensor”.

A fim de alcançar as práticas restaurativas, a participação de um mediador é primordial para esse processo, pois será um facilitador da comunicação entre a vítima e o ofensor. O que se deseja, no entanto, é que as partes possam se manifestar sobre o delito e que o agressor reconheça a sua responsabilidade, incluindo formas de resolver o conflito, reparação dos danos, e a satisfação com o resultado.

A mediação é um instituto que exige a participação voluntária com o objetivo de resolver um litígio onde as partes recorrem a um terceiro que será imparcial e estranho. Este terceiro é um mediador, um facilitador que possibilita o diálogo entre as partes intermediando a relação conflituosa para uma possível solução. Seu papel é fazer com que as partes identifiquem seus interesses e necessidades na busca de um acordo.

Este acordo não deve ser obrigatório ou imposto, deve ser firmado apenas pelas partes onde o mediador só irá facilitar a transição por meio da

comunicação, ou seja, há autonomia das partes para resolver seus próprios conflitos.

Luz (2016, p. 125) enfatiza:

A mediação [...] é obtida mediante um acordo, firmado entre a vítima e o ofensor, com auxílio do Estado responsável por propiciar, por exemplo a mediação, o ambiente adequado e a capacitação dos mediadores. A responsabilização do ofensor, aqui, é consensual, obtida mediante um acordo entre este e o ofendido com vistas a apaziguar, diminuir os efeitos danosos do crime.

O procedimento da Justiça Restaurativa acontece por meio de técnicas de mediação ou conciliação para que o objetivo de restauração seja efetivo e que promova a resolução do conflito.

De acordo com Charlise Gimenez e Fabiana Spengler (2018, p. 253):

O Modelo Restaurativo, integra o mediador, a vítima, o agressor, a família deste (amigos, vizinhos, colegas de escola ou de trabalho, membros de agremiações desportivas e de congregações religiosas), bem como profissionais de área, representantes de comunidade, ou seja, pessoas ou entidades que tenham sido afetadas pela prática do crime e que tenham como desejo a restauração dos valores de segurança, justiça, solidarismo, responsabilidade, comunitarismo e civismo.

Existem quatro tipos de processos restaurativos ou práticas restaurativas como menciona Arlé (2016, p. 82), porém diversas podem ser as práticas usadas para se alcançar o objetivo.

A mediação penal é conhecida como mediação vítima-ofensor onde há a participação voluntária da vítima, do ofensor e um mediador que irá facilitar o processo restaurativo para a resolução do conflito.

Zehr (2010, p. 25) enfatiza, que “a mediação vítima-ofensor empodera os participantes, põe em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação”.

São nos encontros que as partes poderão vivenciar emoções como ódio, ressentimento, vingança, medo e buscar o acordo restaurativo.

Os facilitadores reúnem as vítimas e os ofensores separadamente para que se perceba se haverá ou não encontros e uma possível reparação do dano causado. Serão esclarecidas todas as etapas do processo restaurativo e a regra da confidencialidade absoluta, deixando claro que nada que será exposto será utilizado como provas em casos de processos cíveis ou criminais. Em seguida, o facilitador promoverá o encontro entre vítima e

ofensor manifestando possíveis acordos restaurativos e soluções que contemplem ambos.

O mediador não é Juiz, logo ele não julgará nada do que será revelado nos encontros de mediação. Ele é o facilitador para que as partes possam falar e ouvir de maneira pacífica.

As conferências familiares/restaurativas são mais amplas e são utilizadas como um processo restaurativo onde são incluídos os membros da família da vítima e ofensor, amigos e outros membros da comunidade, além de profissionais como membros de Serviço Social ou Psicólogos. O foco é o ofensor, podendo conter propostas para reparação de danos, pedido de desculpas, restituições e formas de prevenção de outros delitos.

Os círculos restaurativos são aplicados nos casos em que além da ruptura entre vítima e ofensor, também ocorre o rompimento de relações entre ofensor e a comunidade. Estes círculos de conversa envolve as vítimas, os ofensores, amigos, familiares, a comunidade e os facilitadores que favorecem o diálogo na construção de soluções satisfatórias inerentes ao interesse de todos.

Neste modelo de justiça restaurativa, as reuniões ocorrem com pessoas sentadas no chão ou em cadeiras formando um círculo, as quais poderão se expressar quando tem em mãos um “bastão da fala” ou qualquer outro objeto que represente este comando. Neste círculo a mediação será promovida por um facilitador que organizará todo o processo. (ARLÉ, 2016, p. 35)

De acordo com Achutti (2016, p.58 e 81) é “um processo consensual que envolve todos aqueles que se considerem diretamente afetados pelo delito, na busca de uma resolução que abranja as necessidades de todos”. Para ele esses círculos funcionam de duas maneiras: “Círculo de cura” que busca restaurar a paz que foi afetada pelo conflito na comunidade e o “círculo de sentença” que tem a presença de um Juiz. Ambos servem para restaurar a paz por meio da cura e da reparação.

Em resumo Zehr (2012, p.36) nos explica:

A Justiça Restaurativa se ergue sobre três pilares ou elementos simples: os danos e as consequentes necessidades (de vítimas em primeiro lugar, mas também da comunidade e dos ofensores); as obrigações (do ofensor, mas também da comunidade) que advêm do dano (e que levaram ao dano); e o engajamento daqueles que detêm legítimo interesse no caso e na solução (vítimas, ofensores e membros da comunidade)”.⁹

3 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO DO

⁹Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180 foi criada em 25 de novembro de 2005 para

ESTADO: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS PARADIGMAS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

A Lei Maria da Penha vem sendo considerada por uma ampla maioria dos defensores dos direitos humanos um avanço no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, que até então era um sistema apenas genérico e abstrato de proteção dos direitos humanos de toda e qualquer pessoa, e que passou a coexistir com um sistema especial de proteção de grupos específicos de pessoas, que passaram a gozar de uma tutela particularizada em razão de sua vulnerabilidade histórica. O que pode ser verificado também com a proteção especial de crianças, adolescentes e idosos, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

Esse sistema criou um conjunto de ações afirmativas, ações estas que viabilizam a necessidade de implementação de políticas discriminatórias em favor do gênero feminino.

Nesse sentido, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em comento nos relata:

O artigo 1º da Lei 11.340/2006 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros - mulher e homem -, harmônica com a CF, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e cultura brasileira. O artigo 33 da Lei 11.340/2006, no que se revela a convivência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária [...] O artigo 41 da Lei 11.340/2006, afasta, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei 9.099/1995, mostra-se em consonância com o dispositivo no parágrafo 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

(STF, Coletânea Temática de Jurisprudência, Direito Penal e Processual Penal: ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, j.9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014, p.4)

Lei motivou o aumento de denúncias de violência contra a mulher já a partir de 2006, ano de seu advento.

O Ministério dos Direitos Humanos (MDH), que administra a Central de Atendimento à Mulher em situação de violência, o ligue 180⁹, registrou no 1º semestre (janeiro a julho) de 2018 quase 80 mil

atender mulheres em situação de violência, serviço oferecido pela Ouvidoria Nacional dos

denúncias classificadas como violência doméstica. As principais denúncias por agressões são de cárcere privado, violência física, psicológica, obstétrica, sexual, moral, patrimonial, tráfico de pessoas, homicídio e assédio no esporte.

Entre os relatos de violência, 63.116 foram classificados como violência doméstica, entre eles 27 mil de feminicídios, 51 mil de homicídios, 547 mil de tentativas de feminicídios e 118 mil tentativas de homicídios. Os relatos chegaram a 79.661 sendo a maioria referente a violência física (37.396), violência psicológica (26.527), violência moral (3.710), violência sexual (6.471) e violência patrimonial (1.580). (MDH, 2018)

O ligue 180, nos primeiros seis meses de 2019, recebeu 46.510 denúncias, um aumento de 10,93% em relação ao mesmo período do ano anterior de violações contra os direitos das mulheres. (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – MMFDH e Central de Atendimento à Mulher – ligue 180)

De acordo com o relógio da violência¹⁰, a cada 2 segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil, a cada 2.6 segundos uma mulher é vítima de ofensa verbal e a cada 6.3 segundos de ameaça de violência.

Segundo a pesquisa realizada pela Datafolha e Fórum Brasileiro de Segurança Pública 536 mulheres foram vítimas de agressões físicas a cada hora em 2018.

Diante desta realidade de violência contra a mulher que só se agrava, o legislador optou pela expansão do poder punitivo estatal materializado na publicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e n. 13.104/2015 (Lei do Feminicídio), que trouxeram uma maior punibilidade para o agressor nos casos de violência contra a mulher.

Além disso, foi publicada a Lei n. 13.641/2018 que alterou a Lei Maria da Penha para criminalizar a conduta do agressor que descumprir decisões judiciais em torno das medidas protetivas de urgência, o que já foi mencionado.

A Lei n. 13.104/2015 além de tipificar o feminicídio como uma qualificadora do homicídio, estabelece que este passa também a ser considerado delito hediondo, sujeitando-se ao tratamento mais rigoroso dispensado a tais infrações.

Para que seja considerado feminicídio as situações devem envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, ou discriminação à

condição de mulher, seja por parte de ex-companheiros, companheiros ou desconhecidos.

Frente a esse cenário de expansão punitiva do Estado com leis mais recrudescedoras contra a violência doméstica e familiar à mulher, cumpre destacar a necessidade do diálogo entre a criminologia crítica e a criminologia feminista.

Nessa perspectiva, a criminologia crítica estuda os processos de criminalização produzindo uma dura crítica contra a atuação do sistema de justiça criminal, analisando que a pena não cumpre com sua proposta ressocializadora. Para esta vertente criminológica a expansão do controle penal e da criminalização não são eficazes na prevenção da violência, inclusive a de gênero. Segundo Soraia da Rosa Mendes (2014, p.61):

Para a criminologia crítica o sistema penal nasce com uma contradição. De um lado, afirma igualdade formal entre os sujeitos de direito. Mas, de outro, convive com a desigualdade substancial entre os indivíduos, que determina a maior ou menor chance de alguém ser etiquetado criminoso.

Por sua vez, os movimentos feministas ressaltam a relevância das questões de gênero, das desigualdades entre homens e mulheres e as opressões advindas deste contexto para construir uma posição no sentido de enfatizar a importância de colocar a mulher no centro da preocupação do direito penal, como uma política de ação afirmativa indispensável para combater a violência perpetrada há séculos contra esse grupo vulnerável historicamente. (MENDES, 2014)

Nesse sentido, a criminologia feminista opta pela aplicação de novas condutas criminalizantes, pelo agravamento das punições, pela introdução de novas agravantes, majorantes e qualificadoras nos crimes já existentes, se tais inovações forem necessárias para garantir a segurança feminina.

Embora a grande maioria das feministas prezem pelo fomento a políticas de expansão penal no campo da violência contra a mulher, há uma crítica feminista do direito penal, que reconhece o sistema penal como desigual, e produtor do processo de revitimização no campo da tutela de gênero.

Nessa perspectiva se apresentam os estudos de Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 312), afirmando que: “apenas o método punitivo, fator de reprodução criminológica, não é capaz de administrar a violência” e salienta mais:

<http://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/relatorios-ligue-180>.

¹⁰ Os dados têm como referência a pesquisa Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto Maria da Penha.

Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos (MDH), sendo considerado uma política pública para o enfrentamento da violência, regulamentado pelas Lei de nº 10.714/2013, Decreto de nº 7.393/2010 e Lei de nº 13.025/2014. Os relatórios podem ser acessados pelo [sítio:](http://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/relatorios-ligue-180)

O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidade protetora, preventiva e resolutória do sistema de justiça criminal.

Segundo Andrade (2005, p. 93) “a vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime, acaba por ver-se ela própria julgada, incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada”.

Portanto, esse sistema de justiça criminal contribuiria para mais vitimização e violência contra as mulheres, além de contribuir para discriminação e humilhação.

Contudo, harmonizar a criminologia crítica e a criminologia feminista pode constituir um grande avanço no que se refere ao combate e redução da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para Mendes (apud Souza, 2016) é possível a construção de uma criminologia feminista, que não poderá ser identificada como a única, considerando a ampla variável de feminismos e suas vertentes epistemológicas, mas é possível “a construção de um referencial epistemológico que, sem abrir mão da crítica ao Direito Penal, perceba, reconheça e trabalhe os processos de criminalização e vitimização das mulheres sob a perspectiva de gênero”.

Nilo Batista (2009, p.19 *apud* BARATTA, 1999, p. 79), enfatiza:

Que os encontros dessas duas criminologias não podem ser ignorados em que pese a criminologia crítica e feminista não podem ser duas coisas diversas; devem, necessariamente, constituir uma única. Desse encontro resultaria uma correção de rumos na política criminal perfilhada por certos setores do movimento de mulheres.

Em suma, observa-se o surgimento de uma preocupação coletiva dos movimentos feministas e crítico no sentido de buscar respostas mais eficazes e satisfatórias no tratamento dessa questão, para que haja mudanças significativas no tratamento dos conflitos relacionados à violência de gênero em nossa sociedade.

4 APLICAÇÃO DO MODELO RESTAURATIVO E SUA EFICÁCIA PREVENTIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS RELACIONADOS À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

A partir do momento que o Estado usurpou a vítima da resolução do conflito, substituindo o dano pela infração, dando lugar à vingança pública, aquela foi colocada em segundo plano, assim como seus interesses reparatórios, prevalecendo no campo do processo penal tradicional o mero fim retributivo penal, expresso pelo castigo a ser infligido com a aplicação da pena, que tem caráter meramente de censura, não se observando na aplicação desta o alcance da reparação do dano provocado contra a vítima. (ACHUTTI, 2016, p. 40).

A justiça restaurativa surge então com a principal característica de ser um modelo diferente para a resolução de conflitos, que não impede o castigo advindo do delito, mas que procura promover o diálogo objetivando solucionar os conflitos de forma coletiva, tendo a mediação como instrumento primordial para o encontro da vítima, infrator e demais pessoas que queiram contribuir.

As práticas restaurativas buscam como resultados fundamentais, de acordo com GRECCO *et. al.* (2014, p. 55), o “reconhecimento de responsabilidades; aumento do entendimento das razões e consequências da ofensa; reparação dos danos e correção das ações; atenção e atendimento a dores e sofrimentos”.

Zehr expõe conclusões de possíveis resultados que podem advir da aplicação de métodos restaurativos em casos de violência de gênero. Nesse sentido expõe:

Aquilo que a vítima vivencia com a experiência de justiça é algo que tem muitas dimensões [...]. As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto e imerecido. Precisam de oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu. Profissionais que trabalham com mulheres vítimas de violência doméstica sintetizam as necessidades delas usando termos como “dizer a verdade”, “romper o silêncio”, “tomar público” “deixar de minimizar.” (ZEHR, 2010, p. 171)

Esse processo da prática restaurativa tem como finalidade contribuir para que haja responsabilização e mudança de hábito nas condutas viciosas e desenvolvam uma melhor maneira de lidar com as vítimas, ofensores e a comunidade, priorizando os interesses dessas partes e deixando o Estado de possuir totalmente a responsabilidade sobre a tomada de decisão.

Diante do exposto, há posicionamentos contrários onde a justiça restaurativa não é recomendada para casos de violência contra a mulher. Alguns posicionamentos entendem que os encontros entre os envolvidos contribuem para gerar mais vitimização e revitimização das mulheres que se encontram em desigualdade, visto que, as relações a serem desenvolvidas nas estruturas de aplicação e operacionalização das práticas

restaurativas podem, e provavelmente estão baseadas nas categorias de gênero de dominação masculina, que prejudica o equilíbrio entre as partes. (POZZOBON; LOUZADA, 2013, p. 7) Outros posicionamentos afirmam ainda que a violência doméstica, a partir do instrumento da prática restaurativa, poderia ter sua importância minimizada, sendo representada pelos envolvidos como um delito que volta a ser tratado como de menor gravidade.

Pozzobon e Louzada (2013, p. 8) dizem que “faltaria à justiça restaurativa a carga intimidatória necessária para coibir as condutas agressivas” contra a mulher no âmbito da unidade doméstica e familiar, levando os interlocutores às conclusões indevidas acerca da gravidade do dano causado.

Soraia da Rosa Mendes (Portal Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha, 2017) destaca que embora tenham profissionais que garantem que a justiça restaurativa possa, de fato, restaurar as relações, tais práticas restaurativas e a mediação podem favorecer a revitimização nos casos em que a violência é baseada na diferença entre os gêneros, e diante disso seria uma forma de contribuir para que outras violências relacionadas a mulher voltem a acontecer, ou seja, tentar restaurar uma relação violenta pode ocasionar a exposição dessas mulheres a constrangimentos o que seria ineficaz para a proteção dessas vítimas.

Por meio do portal acima citado, Soraia da Rosa Mendes em entrevista ocorrida em 29/08/2017 ao ser questionada sobre a justiça restaurativa, enfatiza que:

Considerando o nosso contexto e as características da violência doméstica e familiar, pensar a justiça restaurativa em uma situação que claramente coloca a mulher em hipossuficiência – ou seja, em condição de desigualdade de poder por seu gênero – é colocá-la dentro de um novo expediente que só vai fazer aumentar a possibilidade de que outras violências aconteçam. Nesse sentido, não é nem um pouco recomendável esta prática – e, mais uma vez, ressalto que isto não significa desconsiderar de forma alguma a importância da justiça restaurativa, do debate sobre a despenalização, mas se trata de evitar a revitimização de mulheres no contexto que vivemos hoje em dia. (PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE PELA LEI MARIA DA PENHA, 2017)

A grande preocupação dos movimentos feministas com as práticas restaurativas encontra-se na possibilidade de revitimização das mulheres, sobretudo no que se refere nas relações desiguais de poder às quais estão submetidas no âmbito familiar e doméstico.

Nessa esfera, a problemática também se insere, uma vez que as mulheres ao procurarem seus

direitos nos espaços institucionais, aqueles exercidos pelos órgãos e seus agentes em decorrência da violência doméstica ou sexual, passam por estresse, humilhação, medo, vergonha e mais transtornos psicológicos, isso porque segundo Campos (1999, p. 112-1130) “[...], não é apenas um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, como também duplica a violência exercida contra elas, não previne novas violências”.

Uma outra crítica a justiça restaurativa é a dificuldade no monitoramento dos resultados dessas práticas, ou seja, se efetivamente as responsabilidades assumidas pelos ofensores são, de fato, cumpridas e se não há novas violações no ambiente familiar e doméstico.

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (2015, p. 76) sobre os processos que revitimizam as mulheres, esclarece:

A passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema de justiça criminal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação, da humilhação e da estereotipia. Pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (pai, padrasto, marido), trabalhistas ou profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinhos, amigos, estranhos, processos de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher, e o sistema penal que a protegeria contra este domínio e opressão, mas um continuum e uma interação entre o controle social informal exercido pelos primeiros (particularmente a família) e o controle formal exercido pelo segundo.

Diante disso, existe na prática ainda um distanciamento de tais processos restaurativos, nos quais as mulheres vítimas de violência doméstica, familiar e íntima não se sentem à vontade para participar das mediações e nem preparadas para se encontrarem com seus agressores, e com isso o Estado responsabiliza os culpados pelos crimes com base no processo penal meramente retributivo, aplicando apenas as penas cabíveis no campo da justiça penal tradicional, sem atentar para a reparação dos danos e restauração dos laços familiares e/ou sociais.

Contudo, os favoráveis às práticas restaurativas alegam a importância de implementação desta na resolução de conflitos de natureza criminal, incluindo a violência de gênero.

Conforme Zaffaroni (2013, p. 19-20) em relação a prática retributiva, essa deixa que o sistema de justiça criminal “decida determinada questão e a imponha sendo única e universal e com isso impede que a mulher se expresse e tenha liberdade de escolha, que ignora a mulher, sua história e seus desejos para a solução do conflito”.

A justiça restaurativa ainda é relativamente recente no Brasil, e por isso o balanço analítico acerca da política nacional de implementação promovida pelo CNJ no Brasil ainda é muito prematuro.

Achutti, concordando com os apontamentos de Pallamolla (apud 2016, p. 60) informa que além da difícil tarefa de definir a natureza da justiça restaurativa, não menos difícil também são os apontamentos de seus objetivos:

As dificuldades também atingem os objetivos desde modelo, direcionados a conciliação e reconciliação entre as partes, a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito, a preservação da reincidência e a responsabilização, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo.

A partir desta pesquisa investigou-se na esteira da política pública nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário incentivada pela resolução n. 225/2016 do CNJ alguns projetos de implementação de sistemas restaurativos no país, cujos principais cita-se abaixo:

1. Projeto Sementes da Paz – Desenvolvido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Possui como público-alvo professores da rede estadual que serão capacitados na área da violência doméstica contra a mulher através de palestras e grupos reflexivos, com o fim de aplicarem no processo educacional um olhar crítico e preventivo junto aos estudantes.
2. Grupo reflexivo de gênero com homens em situação de violência doméstica do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo – Como proposta de reinserção social, e também como uma forma inovadora de lidar com a violência de gênero a equipe técnica da Central de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas à Prisão - CPMA/SG, composta por assistentes sociais e psicólogos desenvolvem grupos reflexivos de pais envolvidos em situação de violência doméstica.
3. Grupo Reflexivo de apoio à vítimas e Grupo reflexivo de autores de violência doméstica da Comarca de Teresópolis, que desenvolvem trabalho semelhante ao caso acima.
4. Projeto “Violência Doméstica Circulando Relacionamentos” na Comarca de Ponta Grossa no Paraná cujo objetivo principal é o resgate da autoestima e o empoderamento da mulher vítima de violência de gênero, com o fim de conter a reincidência dessa forma de

criminalidade. O projeto se vale dos círculos restaurativos para dialogar sobre o conflito referente à violência doméstica.

5. Em Tocantins através do Sistema de Justiça com a parceria da Escola Superior da Magistratura Tocantinense e a edição da Resolução nº 25/2014 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins foi insituido o projeto “Agentes da Paz”, projeto que promove ações pedagógicas na rede de ensino pública e privada. Além desse projeto, o Tribunal de Justiça do Tocantins propôs o Programa desenvolvido pela 2ª Vara Criminal, Vara de Execuções Penais e CEPEMA da Comarca de Araguaína/TO, chamado “Aplicação de Círculos Restaurativos nas ações penais e execuções penais no âmbito do Judiciário Tocantinense”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a analisar a aplicabilidade da justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica, familiar e íntima de afeto contra a mulher a partir dos paradigmas da criminologia crítica e feminista procurando levantar as diferentes teses argumentativas acerca da possível revitimização da mulher frente à aplicação de algum método restaurativo no tratamento da violência de gênero.

Ao investigar sobre a violência doméstica, familiar e íntima de afeto contra a mulher considerou-se a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, como um avanço no campo das garantias dos direitos humanos, que toma assento ao lado de um sistema até então apenas genérico e abstrato de proteção dos direitos humanos de toda e qualquer pessoa, e se consolida como uma política de proteção de um grupo especial, que passa a gozar de uma tutela particularizada, em razão de sua vulnerabilidade ao longo da história.

A lei Maria da Penha no que tange as medidas protetivas de urgência sofreu duas recentes e importantes alterações que ocorreram com o advento das Leis 13.641/2018 e 13.827/2019, que primeiro previu o crime de descumprimento de medida protetiva, e depois possibilitou a aplicação da medida de afastamento do agressor do lar de forma imediata, em caso de atual ou iminente risco à integridade ou vida da vítima.

A política pública nacional de implementação da Justiça Restaurativa no Brasil foi destacada, especialmente, através do advento da Resolução n. 225/2016 do CNJ, expondo-se as origens, conceitos e métodos de justiça restaurativa, com destaque para a mediação vítima-ofensor, conferências familiares e os círculos restaurativos, sistemas mais utilizados em casos de conflitos de

natureza criminal relacionados com violência de gênero contra mulheres.

Destacou-se ainda os estudos relacionados à criminologia crítica e à criminologia feminista.

Se de um lado a criminologia feminista se preocupa com o grave quadro histórico de violência de gênero e defende o uso da tutela penal como mecanismo necessário para coibir e prevenir esta forma de criminalidade. De outro lado, a criminologia crítica considera o atuar do Sistema de Justiça Criminal seletivo, estigmatizante e meramente repressivo, impossibilitando qualquer perspectiva ressocializadora do agressor, especialmente dentro do sistema social da prisão que reproduz as categorias de raça, classe e gênero que determinam a dominação masculina.

Por fim, debruçou-se sobre a aplicação do modelo restaurativo na resolução de conflitos relacionados à violência doméstica, familiar e íntima de afeto contra a mulher a partir do paradigma da criminologia feminista, demonstrando exemplos de projetos de iniciativa dos Tribunais de Justiça do país.

Verificou-se que no desenvolvimento dos projetos implementados de justiça restaurativa ainda há um longo caminho a percorrer, especialmente no campo da análise da eficácia preventiva da violência de gênero. Além disso, necessário se faz uma interface garantida por uma base penal e processual penal legal entre o modelo retributivo e restaurativo, que assegure a adoção dos sistemas restaurativos em todos os Tribunais do país, desde que assim desejem as partes envolvidas no conflito, suprindo as falhas do *modus operandi* da justiça penal tradicional no tratamento da violência de gênero, com consequências jurídicas certas, que garantam aos envolvidos segurança jurídica, assim como promova o acesso à justiça e os fins pretendidos de pacificação social e de restabelecimento das relações que foram afetadas com o conflito criminal de natureza de gênero.

No Brasil, ainda se encontram muitas barreiras para se adequar esse modelo de justiça restaurativa integralmente na violência doméstica e familiar contra a mulher, porém o Conselho Nacional de Justiça vem incentivando projetos, movimentos e campanhas para que a mediação e conciliação aconteçam de forma favorável, com cada vez mais aprimoramentos para a construção da Justiça Restaurativa neste campo.

Acredita-se que os métodos da mediação vítima-ofensor, as conferências familiares, os círculos restaurativos e os grupos reflexivos de gênero, sejam masculinos ou femininos podem produzir importantes avanços no processo de desconstrução de padrões de comportamentos ditados pela dominação masculina e pela influência do machismo em todas as estruturas de disputa de poder.

Entretanto, a preocupação da criminologia feminista quanto a aplicação dos sistemas restaurativos e a possibilidade de produção da revitimização devem estar em primeiro plano, tendo em vista ser possível a atuação de profissionais que reproduzindo um mero discurso da harmonia do lar, podem levar ao silenciamento da vítima, comportamento em geral já conhecido por ela, e consequentemente devolvê-la para o ciclo de dominação masculina, conduzindo-a para formas de violência ainda mais graves, conforme articulou Mendes. (PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE PELA LEI MARIA DA PENHA, 2017)

Contudo, os favoráveis as práticas restaurativas alegam o reconhecimento das mesmas como eficazes na resolução de conflitos, reparação de danos e restauração de laços familiares e sociais, especialmente no caso da existência de filhos menores, construção de autoestima das vítimas, além de já haver indícios de sua contribuição para diminuição da violência.

Conclui-se pela possibilidade de agregar as perspectivas de resolução de conflitos de gênero tanto da criminologia crítica, como da feminista, de forma que coexistam interligadas a partir de um projeto máximo de ações afirmativas no campo da prevenção e combate das desigualdades de gênero, porém defendentes de um programa de direito penal mínimo como um dos recursos necessários para coibir esse tipo de criminalidade, de forma que o discurso feminista que o legitima, não seja taxado como fomentador e perpetuador do poder punitivo estatal arbitrário e violento. (MENDES, 2014, p. 211)

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo: contribuições para um novo modelo de administração de conflito no Brasil. 2. ed. Porto Alegre, 2016.

ALMEIDA, Cristiane Roque de; PINHEIRO, Gabriela Arantes. Justiça Restaurativa como prática de resolução de conflitos. Revista desafios. V.04, nº04. 2017 p.180- 202.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des) ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. Soberania Patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 48. Mai/Jun, 2005.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. IPEA – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – INFOGRÁFICO. 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/25/infografico-atlas-da-violencia-2020>> Acesso em 06 set 2020.

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; Andrade, Vera Regina Pereira. Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. Organizadora: Carmen Hein de Campos.

_____. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITTENCOURT, Ila Brabosa. Justiça Restaurativa. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>> Acesso em 12 jul 2019.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Resolução n. 12/2002 da ONU, DE 24 de julho de 2002. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Disponível em <www.juridica.mppr.mp.br> Acesso em 13 out. 2018.

_____. Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016 do CNJ. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>> Acesso em 13 out. 2018.

_____. Portaria n. 91 de 17 de agosto de 2016 do CNJ. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2326>> Acesso em 13 out. 2018.

_____. Lei n. 9099/95, de 26 de setembro de 1995. Lei de Juizados Especiais Criminais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em 19 maio 2019.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em 19 maio 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. Coletânea Temática de Jurisprudência: Direito Penal e Processual Penal. 2. Ed. Brasília: Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2016. Atualizada até o DJE de 1º de fevereiro de 2016 e o Informativo STF 814.

CAMPOS. Carmem Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 11(1):155-170, jan-jun/2003 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha – 11.340/2006 comentada artigo por artigo. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2010.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A Justiça Restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura der paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 243-259

GRECCO, Aimée et. al. Justiça Restaurativa em ação: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

JACCOUD, Mylén. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça: Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento. (PNUD), 2005, p. 165-193.

Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica. NOTÍCIAS DO CNJ, 2017. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/justica-restaurativa-e-aplicada-em-casos-de-violencia-domestica/>> Acesso em: 22 mar. 2019.

Justiça Restaurativa e mediação podem se tornar sinônimo de revitimização, alerta profa. Soraia Mendes, 2017. Portal Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha. Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-restaurativa-e-mediacao-podem-se-tornar-sinonimo-de-revitimizacao-alerta-profa-soraia-mendes/>>. Acesso em: 04 maio 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único – 8.ed.rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LUZ, Ilana Martins. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPODIVM, 2016. Coordenação geral, Fredie Didier Jr.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência - Ligue 180. Disponível em <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/ligue-180>> Acesso em 22 mar. 2019.

NOTA TÉCNICA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. 16 de abril de 2020. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – INFOGRÁFICO. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>> Acesso em 06 set 2020.

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 3, a. 3, 2009 p. 244-260.

POZZOBON, Graziela Neves; LOUZADA, Marcelle Cardoso. A Justiça Restaurativa como ferramenta alternativa para resolver os conflitos de gênero nas relações domésticas. In: Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, Santa Cruz do Sul, 2013. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/me-diacao_e_jr/article/view/10916/1445> Acesso em 18 abril 2019.

PROJETO AGENTE DA PAZ. Associação dos Magistrados Catarinense. Departamento da família, idoso, infância e juventude. Comissão Estadual Pró Infância e Juventude. Disponível em <<https://silo.tips/download/projeto-agente-da-paz-3>> Acesso em 04 julho 2019

SOUZA. Luanna Tomaz. Pelo Diálogo entre as criminologias e os feminismos. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 24 – nº 287 – Outubro/2016- ISSN 1676-3661.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Observatório Judicial da Violência Doméstica contra a Mulher. Projeto Sementes de Paz. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/projetos-convenios/sementes-paz>> Acesso em: 04 julho 2019.

_____. Comarca de São Gonçalo. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Observatório Judicial da Violência Doméstica contra a Mulher. Grupo de Gênero com homens em situação de violência doméstica. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/boas-praticas/sao-goncalo-jvdfm/grupo-homens-violencia>> Acesso em: 04 julho 2019

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Trad. Sérgio Lamarão. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2013

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Athenas, 2010.

_____. Justiça Restaurativa. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

A LEI 13.491/17 E A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Enzo Luigi Barreto Gallo¹ e Cláudia Aguiar Britto²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo abordar as mudanças promovidas pela lei 13.491/17, especificamente no tocante aos crimes dolosos contra a vida, no âmbito da justiça militar, nos casos em que forem cometidos por militares contra civis e no exercício das atribuições elencadas pela lei em questão. A nova abrangência da justiça militar pode ser notada por uma comparação entre a antiga e a nova legislação penal que abrange o tema, o CPM (Código Penal Militar), que já havia sido modificado em 1996 pela lei 9.299. Esta modificação tratava do mesmo assunto que é abordado pela lei 13.491/17, só que atribuindo à justiça comum a incumbência de processar e julgar os agentes, praticantes de crimes dolosos contra a vida, que fossem cometidos por militares e tivessem como alvo os civis. Assim sendo, a competência para esses casos, antes de 1996, era da própria justiça castrense. Esse movimento pendular jurisdicional, porém, proporcionou dois tipos de visão para os casos em que um militar, no cumprimento das suas atribuições previstas no diploma legal, se encontra envolvido em um homicídio contra civil: a visão de quando o militar é julgado por civis e quando ele é julgado por militares.

Palavras-Chave: Crimes militares. Competência. Crimes dolosos contra a vida.

Abstract

This work aims to address the changes promoted by law 13.491/17, specifically with regard to the crimes committed against life, in the context of military justice, in cases where they are committed by military personnel against civilians and in the exercise of the attributions listed by the law in question. The new scope of military justice can be noted by a comparison between the old and the new criminal legislation covering the theme, the CPM (Military Penal Code), which had already been modified in 1996 by law 9,299. This amendment dealt with the same subject that is addressed by law 13.491/17, only attributing to the common justice the task of prosecuting and prosecuting agents, practitioners of crimes related to life, who were committed by military personnel and targeted civilians. Thus, the jurisdiction for these cases, before 1996, was the Castrense court itself. This judicial pendulum movement, however, provided two types of vision for cases in which a military, in the fulfillment of its duties provided for in the legal diploma, is involved in a murder against civilian: the vision of when the military is judged by civilians and when it is judged by military personnel.

Keywords: Military crimes. Competence. Crime against life.

1- ÂMBITO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ASPECTOS LINEARES.

Séculos passados, Sun Tzu descreveu no célebre livro “A arte da guerra” que o homem busca a paz pela guerra, e completa o pensamento dizendo: “a guerra é de vital importância para a nação. É o domínio da vida ou da morte, o caminho para a sobrevivência ou a destruição”. Os pensamentos do general chinês serão corroborados séculos depois pelo filósofo Thomas Hobbes, haja vista que o homem é, naturalmente, suscetível à violência. Em *Leviatã*, a guerra é um produto natural para a humanidade, ou seja, é algo intrínseco para a construção da história humana. Não há dúvida que o contexto histórico envolvendo os aspectos gerais sobre a Justiça Militar serve de alicerce para a compreensão dos fatos, pois possibilita trazer circunstâncias nem tanto exploradas nos dias atuais. Atualmente, o Direito detém codificações para diferenciar os crimes constituídos no âmbito militar e na seara comum, mas nem sempre foi assim. No

início da formação de grandes sociedades organizadas com exércitos profissionais, foi preciso diferenciar os crimes cometidos no contexto belicoso daqueles cometidos no cotidiano. O Império Romano, por exemplo, era “formado por quatro elementos: Cidades-Estados, Exércitos permanentes, expansionismo e disciplina”, como relata Neves e Streifinger (2015). A política expansionista do Império faz surgir numerosos inimigos pelo caminho, gerando a formação de um exército grandioso e muito inserido na vida social do Estado.

Adentrando o mundo contemporâneo, é visível que os grandes conflitos que atingem nossa sociedade, principalmente a ocidental, são o tráfico de drogas e o terrorismo. Nesse diapasão, políticas criminais são construídas com base no paradigma do direito penal do inimigo, idealizado por Günter Jakobs. Tais políticas criminais que se iniciaram em fins de 1960 na Alemanha, mas que intensificaram na década de 80 consiste em atribuir a condição de inimigo do sistema social a determinados indivíduos:

Primeiramente, aqueles que fazem parte do chamado “núcleo duro da violência” (terroristas, membros de organizações criminosas), para depois reconhecer também outros inimigos, autores de crimes sexuais, econômicos. O sistema estaria assim autorizado a obrigar qualquer outro indivíduo a fazer parte de uma constituição cidadã. Significa dizer que aquele que não participa do estado-legal deve ser expulso e tratado não mais como pessoa, mas como inimigo. Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania – pontua Jackobs – não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Não podem nem devem merecer a tutela do Estado no que se refere aos princípios e garantias constitucionais ou às contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Para a teoria, tais indivíduos não são pessoas e, portanto, sua expulsão do sistema ou até mesmo seu extermínio são implicações legítimas de uma sociedade que vive no terror: *Os inimigos são atualmente não pessoas, disse* Jakobs (AGUIAR BRITTO, 2014, p. 257)

No Brasil, não enfrentamos a face do terrorismo ideológico tal como os norte-americanos. Entretanto, o crime organizado tem feito do cotidiano nacional um verdadeiro palco de guerra, cujo saldo de agentes mortos chega a ser maior em comparação ao de grandes conflitos do século XX. Certas ações dos criminosos do cotidiano em algumas circunstâncias têm sido comparadas a atos de terrorismo que acontecem mundo afora. Tudo isso gera um desejo crescente e visível da opinião pública pelo endurecimento das penas, levando a uma “militarização do direito penal”, tal como assinalada por Neves e Streifinger em alusão à Alice Bianchini. É com essa realidade que no Brasil, observando a crescente utilização das Forças Armadas para combater o crime organizado e garantir a lei e a ordem, começam a aparecer os conflitos de baixa intensidade, gerando efeitos colaterais diversos no cotidiano da sociedade, tais como os homicídios praticados por militares no exercício de suas atribuições.

2. REGRAS GERAIS PARA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA CASTRENSE

As regras gerais para definição da competência da Justiça Militar se iniciam na Carta Magna, no seu art. 124, cuja ementa dispõe que: “à Justiça Militar compete julgar e processar os crimes militares definidos em lei”, e isso é o bastante para compreendermos que o foro militar é especial em relação aos demais órgãos da jurisdição comum. A base infraconstitucional é estabelecida pelo Código Penal Militar, responsável por definir

especificamente as infrações de natureza militar; consideradas infrações propriamente ou impropriamente militares. Quanto ao aspecto do sujeito ativo da infração, além de policiais militares e bombeiros militares, o militar da União (Forças armadas) se submetem às definições estampadas no Código Penal Militar e serão julgados pela Justiça castrense. Enquanto que bombeiros e policiais militares respondem perante auditoria militar estadual, os representantes das Forças armadas que forem denunciados pelo Ministério Público Militar deverão responder perante a auditoria da justiça militar da união. Entretanto, é possível que civis sejam julgados pelos tribunais militares. Isto por que, o dispositivo não faz referência ao agente, e sim à instituição. Mais adiante, no art. 125 da Constituição, é definida de maneira categórica, que apenas os militares estaduais responsáveis por praticarem os crimes previstos em lei serão julgados pelos tribunais militares estaduais. Assim, pode-se notar que, tanto no caso do militar da união quanto no militar estadual, haverá a competência denominada *ratione materiae*. Então, analisando-se as diferenças entre a competência do militar estadual e a do militar da União, observa-se que, elas possuem tratamentos distintos, uma vez que uma leitura simples, sem uma interpretação mais detalhada, poderia levar ao engano acerca dos militares das forças auxiliares (Polícias Militares e Bombeiros Militares) que constam no dispositivo nº 82 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) em sua alínea “d” do inciso I. Por exemplo, apenas estarão sujeitos ao CPPM, os militares que estejam integrados às Forças Armadas, assim como integrantes da Polícia Militar e Bombeiros Militares. Por força da lei 13.491/2017 recentemente promulgada, será de competência do Tribunal do Júri julgar o militar que cometa os delitos previstos no art. 9º, §1º do CPM, e isso engloba tanto os militares das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) como os das forças auxiliares (Polícias Militares e Bombeiros Militares). Destarte, no § 2º do citado artigo, está a principal diferença no que tange à competência entre as instituições. Se os crimes dolosos contra a vida forem cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, a competência será da Justiça Militar da União. Entretanto, enfatiza-se: a competência da Justiça castrense para julgamento desses militares ocorrerá se os crimes dolosos contra a vida forem praticados no contexto do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal. Apenas

nestes casos. Fora do contexto explicitado nas hipóteses definidas no parágrafo segundo do art. 9º, o militar das Forças armadas responderá perante o Tribunal do júri.

Como se observa, a competência da Justiça Militar tem sofrido um movimento pendular desde 1996. Naquele ano foi promulgada a lei 9.299, que modificava o CPM e o CPPM. Por meio do artigo 1º, a respectiva lei tinha como principal objetivo deixar a cargo do Conselho de sentença do júri, formado por cidadãos oriundos de associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado, o julgamento de qualquer pessoa inclusive, o militar fosse ele das forças armadas ou fosse integrante das polícias auxiliares que praticasse um crime doloso contra vida. Não obstante, em 2011, o legislador por meio da Lei 12.432, redefiniu a competência da Justiça Militar nos casos de crimes praticados no contexto do art. 303 especificados na Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Assim, por força da citada lei, os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civis, praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da “Lei do Abate” (nº 7.565/11) passaram a ser de competência da justiça castrense. Mais adiante, com o advento da lei 13.491/17, a Justiça Militar passou a julgar novamente os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares, mas, dessa vez, apenas os militares das Forças Armadas contra civis, em decorrência de funções especificamente previstas em lei. A nova lei veio também abraçar uma nova gama de delitos agora julgados por ela em virtude da modificação do inciso II do artigo 9º do CPM. Com a mencionada mudança legislativa, uma conduta delitiva prevista no Código Penal comum ou na legislação penal extravagante pode caracterizar crime de natureza militar, desde que adequada a uma das hipóteses do artigo 9º, II, III, e parágrafo 2º do CPM (GORRILHAS, 2018). Assim, claras são as diferenças entre a lei 9.299/96 e a lei 13.491/17. As duas versam sobre o mesmo assunto e praticamente atuam de maneira antagônica. Repita-se: a primeira estabelece a competência do tribunal do júri para julgamento dos crimes dolosos contra vida praticados por militares da União ou por policiais e bombeiros militares, ao passo que a segunda define o foro castrense da União para o julgamento dos crimes dolosos contra vida praticados por militares das Forças Armadas contra civis. Segue-se então que, no caso de crime doloso contra a vida cometido por policial militar ou bombeiros militares em face de civis, permanece a competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento.

Outro aspecto importante em relação à Lei 13.491/17 foi o fato de o texto legal considerar da competência do judiciário militar as infrações comuns previstas na legislação penal ordinária.

Em termos gerais, analisando as duas leis ora apresentadas, nota-se a existência de aspectos sociais e políticos orbitando ao redor do seu contexto. No caso da lei 9.299/96, o Brasil estava experimentando a democracia, após 20 anos de ditadura militar. O legislador, provavelmente pretendendo arrefecer o impacto do regime autoritário no meio social, tomou o caminho de afastar do crivo militar, a competência para julgar os crimes militares. Por outro lado, a lei 13.491 de 2017, promulgada 21 anos depois da norma antecedente, tomou outro caminho seguindo a via da necessidade de submeter os agentes militares das Forças armadas ao seu juízo natural competente, a fim de processar, julgar e punir os transgressores de acordo com os princípios nodais da disciplina e hierarquia. É de se considerar, todavia que, em 2011 o legislador já anunciava timidamente esse propósito com a edição da lei 11.342; retomando para a competência da justiça militar os casos de infrações dolosas contra vida praticadas no contexto da chamada “Lei do Abate” (nº 7565). Daí por que não se pode de início afirmar que a oscilação legislativa das últimas décadas (1996 - 2018) conduzindo e reconduzindo para a competência da justiça militar os casos de homicídio dolosos em face de civis, tenha tido um caráter eminentemente político ou porque emanados de governos específicos.

Neste aspecto significa dizer que certas condutas até então atípicas militares, isto é, condutas que não tinham previsão no *códex castrense*, embora presentes na legislação penal comum; com a nova lei, agora serão analisadas e julgadas pela justiça militar. Entretanto, apenas quando praticados: por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formação, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil. A mudança, sem dúvida, proporcionará um aumento significativo nas demandas que tramitarão nas auditorias da Justiça Militar. Em termos gerais, analisando as duas leis ora apresentadas, nota-se a existência de aspectos sociais e políticos orbitando ao redor do seu contexto. No caso da lei 9.299/96, o Brasil estava experimentando a democracia, após 20 anos de ditadura militar. O legislador, provavelmente pretendendo arrefecer o impacto do regime autoritário no meio social, tomou o caminho de

afastar do crivo militar, a competência para julgar os crimes militares.

Por outro lado, a lei 13.491 de 2017, promulgada 21 anos depois da norma antecedente, tomou outro caminho seguindo a via da necessidade de submeter os agentes militares das Forças armadas ao seu juízo natural competente, a fim de processar, julgar e punir os transgressores de acordo com os princípios nodais da disciplina e hierarquia. É de se considerar, todavia que, em 2011 o legislador já anunciava timidamente esse propósito com a edição da lei 11.342; retomando para a competência da justiça militar os casos de infrações dolosas contra vida praticadas no contexto da chamada “Lei do Abate” (nº 7565). Daí por que não se pode de início afirmar que a oscilação legislativa das últimas décadas (1996 - 2018) conduzindo e reconduzindo para a competência da justiça militar os casos de homicídio dolosos em face de civis, tenha tido um caráter eminentemente político ou porque emanados de governos específicos.

3. OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E O ART. 9º DO CPM

Quando o agente, com consciência e vontade pratica uma conduta de matar alguém, comete o delito de homicídio doloso. No Código Penal comum, o regime jurídico do crime doloso está previsto no art. 18, I do CP. Suas formas simples e qualificadas estão dispostas na parte especial (título I, capítulo I, Dos crimes contra a vida) nos seguintes artigos: homicídio (art. 121), participação, induzimento ou instigação em suicídio (art. 122), infanticídio (art.123) e aborto (art. 124 a 128), ao passo que no CPM a descrição típica está posta no art.33. Com patamar Constitucional, previsto no art.5º, XXXVIII, “C”, o Tribunal do Júri é o juízo competente para processar e para julgar todo aquele que tenha praticado um crime doloso contra a vida. Entretanto, como já esclarecido, com o advento da lei 13.491/17, os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis retornaram para a competência da Justiça Militar da União, obviamente se cometidos nas hipóteses previstas no art. 9º, §2º, I, II e III do CPM. O que pode ser visto nos parágrafos primeiro e segundo do art. 9º, é o fato de a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares retornar à situação originária, isto é: Os delitos dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados, entretanto, no contexto no do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; nas ações que envolvam a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou em operação de paz, de garantia da lei e da ordem.

O princípio da igualdade prevê que os indivíduos submetidos a situações distintas devem ser tratados de forma diferente. Afinal, uma ocorrência, acontecendo sob as circunstâncias previstas no art. 9º, não pode ser comparada àquelas acontecidas no cotidiano da polícia militar estadual. Alexandre de Moraes salienta que a Justiça Militar está para tratar de maneira diferenciada ações especiais. Afinal, diz o Ministro, as situações ditas no parágrafo segundo são excepcionais, e não corriqueiras. Nesse contexto, há de se considerar que, embora a atuação das Forças Armadas esteja adstrita aos cenários beligerantes, elas se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

Assim, espera-se, com isso que, uma vez atuando em tempo de paz, as Forças Armadas ajam estrita e rigorosamente de acordo com a lei, nos casos especificamente limitados, a partir de treinamentos específicos e apenas em casos de extrema e comprovada necessidade. No caso da lei 9.299/96 parte da doutrina considera sua inconstitucionalidade, haja vista que o dispositivo em questão modifica a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quando cometidos contra civis, conspurcando o princípio do Juiz Natural. Princípio este que aparece na Constituição em seu art. 5º nos incisos XXXVII e LIII, prevendo respectivamente: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dispõem que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por um tribunal competente. Assim, é de se considerar que quando um militar da União é julgado pelo Tribunal do Júri, cuja composição é integrada por pessoas do povo; civis, portanto, ambos os dispositivos são inobservados, pois o militar será julgado por pessoas comuns às quais não compreendem o cenário exposto. Por outro lado, o militar integrante de uma das Forças, ao ser julgado pela Justiça Castrense, não está sendo julgado exatamente por um representante militar, mas sim por um conselho formado por quatro oficiais militares e um Juiz togado, este último civil, ingressante na carreira jurídica mediante concurso público de provas e títulos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso das forças armadas, com o objetivo de manter o controle sobre a criminalidade local tem sido bastante requisitado, principalmente pelos estados da federação. Assim, parece não ter sido mera coincidência o fato de a lei ter sido promulgada no mesmo período que aconteceu um aumento significativo do uso das forças armadas. O caso mais recente poderá ser um divisor de águas, quando

agentes do exército, ao confundirem infratores com transeuntes, dispararam 200 tiros de fuzil em direção a um veículo causando a morte de dois civis. Por fim, observa-se que existem dois campos de análise que ajudarão pacificar o tema: o campo fático e o campo teórico. No primeiro existe a realidade, ou seja, como a sociedade e suas instituições se comportam perante certo problema. Já o segundo pode ser resumido como sendo “o mundo ideal”, ou o “mundo jurídico”, onde é mostrado como cada situação deve ser resolvida sob a luz das diferentes legislações. Se estes dois mundos andarem coligados, baseados nos direitos e garantias fundamentais, a segurança jurídica poderá ser alcançada.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR BRITTO, Cláudia. Cidadãos e inimigos. Uma abordagem criminológica sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. **Revista do MPM-DF, 2015; pp. 252-264.**

_____; GORRILHAS, Luciano. Polícia judiciária militar e seus desafios. Aspectos teóricos e práticos. SC: Nuria Fabris. 2016

ALFERES, Eduardo Henrique. Manual de polícia judiciária militar: direito penal e processual penal militar. São Paulo: EDIPRO, 2013.

BRASILEIRO, Renato. **Nova competência da Justiça Militar lei 13.491/17.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=T8CXqSxa1f4>>. Acesso em 15 mar. 2018.

FOUREUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar.** Jus

Militaris.

Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/AmpliacaoCrimeMilitarFoureaux.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

GOMES, Luiz Flavio. **A inconstitucionalidade da lei do abate.** Jus Brasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/1-ei-do-abate-inconstitucionalidade>>; Acesso em: 20 mar. 2018.

GORRILHAS, Luciano Moreira. **A polícia judiciária militar e a Lei 13.491,** de 13 de outubro de 2017. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5601, 1 nov. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69447>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

MIGUEL, Claudio Amin. COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito processual penal militar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Competência por prerrogativa. Tribunal de justiça é quem deve julgar membros do MP.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-09/romulo-moreira-demostenes-torres-julgado-tj-goias>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTH, Ronaldo João. **Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (lei 13.491/17).** Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf>>.