

**NOVAS PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO CRIMINAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE SOCIAL DA
CRIMINALIDADE**

NEW PERSPECTIVES OF CRIMINAL ACTION BY THE
PUBLIC PROSECUTORS IN THE SOCIAL CONTROL OF
CRIMINALITY

Silvia Chakian de Toledo Santos

Promotora de Justiça. Mestranda em Direito Penal pela PUC-SP.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça. Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC-SP.

RESUMO

Este artigo pretende discutir as mudanças da dogmática e política criminal brasileira em confronto com a tradicional forma de atuação do Ministério Público, sugerindo mudanças de perspectivas e aprimoramento institucional a partir do modelo colocado em prática no enfrentamento da violência de gênero.

PALAVRAS-CHAVE

Política criminal e dogmática penal. Ministério Público. Violência doméstica. Prevenção criminal.

ABSTRACT

This article discusses the changes of dogmatic and Brazilian criminal policy in comparison with the traditional way of operation of the Prosecutor, suggesting a change in perspective and institutional improvement from the model put into practice in addressing domestic violence.

KEYWORDS

Criminal Policy and Criminal dogmatic. Prosecutor. Domestic violence. Crime Prevention.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Novos valores e deveres sociais. 2. Ministério Público: atuação criminal tradicional e o papel do controle social. 3. Um novo modelo de atuação: a atuação do Ministério Público no enfrentamento à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito é um raio X da ética social.

A lei certamente “não é entidade espontaneamente gerada ou *sine matre creata*”.¹

Se o tempo é, na correta assertiva de SEBASTIÃO CARLOS GARCIA, “o árbitro supremo das épocas e das quadras históricas da sociedade humana”², é preciso questionar qual a projeção humana da pós-modernidade? Que configuração social e que Direito Penal estão sendo projetados e criados e que, paradoxalmente, despertam tanto questionamento e demandam uma revisão nos tradicionais mecanismos de controle da vida em sociedade?

Desde o princípio da organização social minimamente civilizada, o Estado se coloca como responsável pela garantia da convivência harmônica dos indivíduos e, por conseguinte, como tutor do ordenamento jurídico, de forma que a estrutura jurídica é concebida como derivação do poder estatal.

Uma das formas de controle social preconizadas para essa finalidade se sedimenta nas normas de conduta, com a cominação de punição para seus infratores.

Nesse sentido, a função primária do Direito Penal, em si, é impor a positividade de determinados valores, de modo que, com isso, se destina a atender às expectativas de se alcançar o bem comum. Esses anseios axiológicos do tecido social, múltiplos e complexos, compõem exatamente aquilo que deve ser objeto de proteção estatal. São os denominados bens juridicamente tutelados.

Não é tarefa singela definir, com precisão, quais valores devam ser efetivamente protegidos, máxime nos dias de hoje em que as relações sociais são extremamente variáveis, complexas e mutáveis, eis que derivam das variadas concepções culturais que compõem a sociedade que, como é cediço, passa por diversos rompimentos de paradigmas.

Com efeito, o que poderíamos considerar como bem jurídico valioso a ponto de receber proteção penal? Quais valores seriam objeto legítimo de tutela? Por que em uma determinada época da existência humana se elegeu certo bem e, tempos depois, abandonou-se a respectiva proteção? Quais os critérios norteadores dessa seleção? Enfim, o que é realmente importante na atualidade para fins de tutela penal?

As respostas não são exatas, nem simples.

Fato é, contudo, que o Direito Penal deixou de exercer o papel de controle subsidiário da vida em sociedade. A busca da subsidiariedade e fragmentariedade pregada na academia deu lugar, no contexto de crise das demais formas de controle social, à dogmática como única instância de controle social.

1 HUNGRIA HOFFBAUER, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. 1, 1955.

2 *apud* DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002, p. 252.

Ao mesmo tempo em que a hipertrofia legislativa tornou-se prática corrente em todo o planeta, o Direito Penal, por se tratar de um retrato da moral média de um povo, escancara déficits sociais, axiológicos e valorativos que foram insuficientemente tratados na família, na escola, pela religião e pelas demais agências formais e informais de controle social.

Nesse esteio, fica ainda mais complexa a atividade de se responder qual bem merece tutela jurídico-penal e até mesmo se a proteção é suficiente.

É evidente que o Direito, como produto da cultura humana para a tutela de interesses particulares,³ elevou-se à defesa e à conservação da sociedade. Nas últimas décadas, além de interesses individuais e coletivos, passou também a proteger interesses difusos e transindividuais.

RUSSELL advertiu que qualquer tentativa de enquadrar a história em compartimentos estanques é altamente artificial, por uma única razão: as tradições clássicas do passado sobreviveram em certa medida, ainda que a sua influência contínua fosse um tanto precária e restrita.⁴

De qualquer forma, é inegável que houve contundente transformação subjetiva e objetiva na política criminal e, por consequência lógica, na dogmática penal.

Em termos subjetivos, novos gestores da moral, novas demandas e a incessante preocupação de proteger interesses difusos (segurança pública, segurança viária, saúde pública, moralidade administrativa, criminalidade organizada e de massa, meio ambiente, patrimônio histórico, urbanismo, relações de consumo, ordem econômica, pessoas em condição de vulnerabilidade etc.). Em termos objetivos, constata-se evidentes mudanças de tempo e espaço.

Os avanços tecnológicos e comunicação instantânea ensejaram uma nova vivência dos riscos e acentuaram a sensação subjetiva de insegurança, o que, aliado ao discurso criminológico de baixo custo, deu azo a uma considerável expansão legislativa.

Vive-se a era de urgência e da emergência, inclusive no plano legislativo.

Assim, é preciso repisar: a ideologia que se traduz na adoção de critérios e da seleção dos valores que merecem a salvaguarda estatal é cada vez menos racional.

Assim, muito embora seja relativamente consensual a constatação de que a missão primordial do Direito Penal se assente na proteção dos bens jurídicos normativamente eleitos, essa função nada diz acerca da forma como se propõe a alcançar esse objetivo, como assinalou ROXIN⁵.

Segundo VIRGINIA MAYORDOMO: *“El Derecho Penal no deja de ser un mal, una HERRAMIENDA AGRESIVA, pero sin embargo, resulta necesario, imprescindible cuando quedan afectados, de manera grave, bienes o intereses necesá-*

3 BARRETO, Tobias. *Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira*. São Paulo: Landy, 2001, p. 31.

4 RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 195.

5 AMBOS, Kai. *Direito Penal – Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 28.

*rios para el normal desarrollo de la vida de la persona". E arremata: "El Derecho Penal cumple una función disuasoria através de la amenaza de la pena y también una función sancionadora cuando se ha realizado algún tipo de conducta prohibida"*⁶.

Não se pode, portanto, descartar a potencialidade da cominação de reprimenda por conduta repelida pelo ordenamento e não aceita pela sociedade em geral, bem como os efeitos pedagógicos que dela devem resultar. A consequência do ato ilícito é a necessária punição, que se apresenta como medida indispensável para que a comunidade social possa existir e progredir.

Resta, contudo, questionar se esse é o melhor ou o único remédio para proteção desses novos interesses alçados à proteção estatal, assim como ponderar se as instituições e mecanismos de controle social vêm se adaptando a tantas transformações.

1. NOVOS VALORES E DEVERES SOCIAIS

É possível identificar novos paradigmas que marcam a contemporaneidade e, inexoravelmente, geram consequências drásticas à política criminal e à política legislativa brasileiras: o elevado número de subnotificações e a seletividade do Direito Penal; a crise das demais formas de controle social; a necessidade de tutela de novos bens transindividuais, alterando a própria técnica legislativa do modelo de inspiração iluminista; a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que gera efeitos em cadeia para outros ramos do Direito; a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário (sem foco em reincidência, sem identificação dos atores que podem efetivamente agir para reinserção social do condenado, além da ausência completa de mecanismos de fiscalização de todas as medidas não detentivas, aperfeiçoando, pois, a sensação de insegurança).

Ademais, fenômenos como a globalização e a revolução tecnológica dos meios de comunicação, conforme já assinalado, geraram considerável aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, sendo certo, no alerta de BECK⁷, que uma sociedade marcada pelo risco tende a incrementar, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato, adotando indiscriminadamente o Princípio da Precaução como força motriz.

Em síntese: se é certo que não se pode prescindir da proteção jurídico-penal, também é certo que não pode ser essa a única forma de controle da vida em sociedade. Ademais, a proteção não pode se dar de forma meramente simbólica como

6 MAYORDOMO, Virginia. In: DE LA CUESTRA ARZAMENDI, José Luis (Org.). *El maltrato de personas mayores: detención y prevención desde una perspectiva criminológico disciplinar*. San Sebastian: Hurkoa Fundación/Instituto Vasco de Criminología, 2006, pág. 135.

7 BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

corriqueiramente se constata na legislação brasileira: com a criminalização estigmatizante em excesso convivendo com uma proteção jurídica deficiente⁸.

É preciso dizer que a dogmática penal brasileira vem sendo tratada como *sola ratio* há alguns anos: houve a formatação de quase oitocentos novos tipos desde o advento da Constituição Federal, sendo certo que 75% não se sujeitam, na prática, à pena privativa de liberdade.

Vale também destacar que novos instrumentos legislativos foram construídos, evidenciando uma tendência de visão universal, cosmopolita e interdisciplinar do moderno operador do direito.

Em outras palavras, ao se proteger, por exemplo, os personagens do núcleo mais importante da sociedade – a família – o legislador, se de um lado evidencia a crise de valores na proteção da infância e juventude, do idoso e da mulher (todos em condição de risco ou vulnerabilidade), de outro fornece instrumentos de proteção, medidas cautelares e preventivas que reforçam a ideia da premente necessidade de aperfeiçoamento profissional e do aprendizado sobre as novas práticas pelo tradicional criminalista.

Os Estatutos presentes nas Leis n^os 8.069/90, 10.741/03 e 11.340/06, por exemplo, transformam a ideia de assistencialismo em responsabilidade social. Da caridade e faculdade pessoal, institucionaliza-se o espírito cívico do dever de todos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4^o, por exemplo, diz ser dever, dentre outros, da sociedade em geral, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ressaltando no art. 98, inciso I, que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da própria sociedade.

Tal redação é repetida pelo art. 3^o do Estatuto do Idoso, que prega ser obrigação, dentre outros, da sociedade assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

No mesmo sentido, a festejada Lei Maria da Penha em seu art. 2^o, §3^o, c/c o art. 1^o preceitua que cabe também à sociedade criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados na Lei, em especial, criar mecanismos

8 Essa acepção do princípio da proporcionalidade faz parte do denominado “garantismo positivo” que já encontra, aliás, ilustração no próprio Supremo Tribunal Federal: “(...) quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental” (Recurso Extraordinário n^o 418.376/MS).

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

É evidente, pois, que dentre inúmeras transformações da vida em sociedade, a antiga dialética entre indivíduo e Estado preconizada pelo direito penal iluminista deu lugar a um terceiro corresponsável: a sociedade.

Está claro, também, que a dogmática penal dos últimos anos está entrelaçada com diferentes modelos e políticas criminais que SILVA SÁNCHEZ denominou “velocidades”: o direito penal clássico ou núcleo duro para a criminalidade de massa; a política de barganha presente nos institutos da Lei nº 9.099/95; e uma política criminal diferenciada para criminalidade organizada, criminalidade econômico-financeira e para o terrorismo.

O próprio processo penal tradicional de busca da verdade real e pautado, basicamente, pela prova testemunhal, cada vez mais cede espaço a um processo pautado na tipicidade das formas, no apego ao formalismo e, simultaneamente, na utilização de mecanismos de investigação e de prova bem divorciados dos paradigmas do direito penal clássico: interceptação telefônica, infiltração de agentes, juízes “sem rosto” etc.

Como foram tão evidentes as mudanças na política criminal, na dogmática penal e processual penal em decorrência das mudanças da sociedade denominada pós-moderna e pós-industrial, seria adequado questionar o porquê instituições como o Ministério Público, tão imprescindíveis como mecanismos de controle social, pouco se transformaram na forma de atuação e o porquê de continuarem a atuar, preponderantemente, segundo o perfil traçado na década de 40 do século passado.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATUAÇÃO CRIMINAL TRADICIONAL E O PAPEL DO CONTROLE SOCIAL

O ilustre DARCY PAULILO DOS PASSOS já asseverou que “quando um Promotor age em defesa de objetivos (como a segurança pública), não está apenas fazendo jus aos subsídios, não está apenas baixando ‘pilhas’, mas está construindo o regime democrático”.⁹

É certo que o Ministério Público exerce parcela da soberania do Estado inclusive com o exercício privativo da ação penal pública. De outra parte, é certo

9 PASSOS, Darcy Paulilo dos. Tese aprovada no Seminário Geral dos Grupos de Estudos do Ministério Público, 2006.

que o constituinte alterou completamente o perfil institucional ao conferir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), inclusive, com a obrigação de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção de quaisquer interesses difusos e coletivos e, dentre outros, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129).

A mesma instituição que pode cobrar a implementação de políticas públicas básicas, cujos déficits, na maioria das vezes, são (con)causas para a criminalidade, deve velar pelo direito social da segurança pública, eis que é a instituição que exerce privativamente a ação penal pública.

Em outros termos: a instituição que detém enorme quantidade de informação da *doença* – prática de infrações penais - possui instrumentos dados pelo constituinte para reprimir, mitigar a repressão ou deixar de punir (ação penal, transação penal e arquivamento) e, concomitantemente, possui instrumentos para prevenir a *doença* (inquérito civil, recomendações, termos de ajustamento de conduta e ação civil pública, dentre outros).

Como o Ministério Público se encontra exatamente no interregno entre a *doença* e a *vacina*, é de se questionar se vem atuando na área criminal de forma consentânea com as novas demandas sociais e com esse novo instrumental normativo.

Outrossim, em uma época em que há inúmeros bancos de dados disponíveis, pergunta-se se vem utilizando racionalmente tais informações para identificar causas determinantes de criminalidade, perfil de vítimas e criminosos, máxime para direcionar, com mais eficiência, uma atuação diferenciada e preventiva com menor custo social.

Se a instituição assumiu um papel de *ombudsman* da sociedade por força do texto constitucional, é de se questionar o que é preciso fazer, sobretudo na área criminal, para que na prática esteja legitimada socialmente.

É preciso revisitar a assertiva de LYRA, segundo o qual, “depositário de tradições e imagem de tendências, o Promotor Público é o precursor de uma época, em que, na sociedade, só se ouvirá uma voz legítima, a dela própria, como resumo puro e real das notas esparsas”.¹⁰

Mudou a sociedade, mudou o Direito Penal. E o Ministério Público precisa se aperfeiçoar a essas transformações.

BELLO, nesse sentido, destaca que “instituições como o Ministério Público possuem enorme responsabilidade no exercício e na inspeção de missões republicanas de valorização da coisa pública como o combate à corrupção”, eis que, como é sabido, o pensamento republicano é tradicionalmente concebido enquanto elemen-

10 LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 58.

to embaixador de teorias de formas de governo e da liberdade, norteadas pela ideia central de *res publica* (coisa pública ou comum a todos os cidadãos).¹¹

O Ministério Público, antes de ser um instrumento de controle social, é um aliado da sociedade no exercício desse controle e, pois, deve se aperfeiçoar para cumprir os mandamentos, por exemplos, estipulados em Estatutos modernos de proteção aos personagens da entidade familiar – a criança, o adolescente, o idoso e a mulher vítima de violência doméstica.

3. UM NOVO MODELO DE ATUAÇÃO: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO, DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Constituição Federal de 1988, com índole comunitarista e analítica, buscou conferir um matiz constitucional ao Direito Penal. Mais do que isso, procurou demonstrar a necessidade de tutela e proteção de outros interesses que já vinham demonstrando ser demandas da sociedade contemporânea.

O respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º), redução das desigualdades sociais (art. 3º) e a realização de justiça social são, evidentemente, questões prioritárias ao Estado brasileiro e, pois, combater aquilo que ofende tais valores implica combater o que mais lesa a sociedade, ou seja, implica reconhecer a prioridade de proteção de bens jurídicos que digam respeito a tais princípios.

Para essas “zonas de danosidade social inequívoca”¹², há legitimidade material para a intervenção do Poder Público e deve, por excelência, o Ministério Público ocupar esse espaço em nome da sociedade.

GILBERTO DIMENSTEIN na obra “*O Cidadão de Papel*” nos mostra como, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de todos os modernos atos normativos que regem o nosso país, o Brasil ainda não conseguiu vencer a desigualdade social e a péssima distribuição de renda.¹³

É fato que a ordem constitucional brasileira, apesar de seu aparente espírito igualitário, não é capaz de reverter o contexto de iniquidade social nem sequer de criar as condições políticas para a inclusão de setores expressivos da população nos quadros da cidadania formalmente regulada.¹⁴

Diante desse panorama, resta evidente que essa ilusória democracia passa por crise profunda de legitimidade, seja porque a fé na democracia brasileira está

11 BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 264-265.

12 BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 264.

13 DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel*. São Paulo: Ed. Ática, 2005.

14 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 56.

abalada, seja porque não há acordo pacífico sobre quem é o 'povo'. Seria a soma de todas as classes sociais? Ou a classe dos pobres em confronto com os ricos? Ou a massa, a grande maioria da população, contraposta à minoria, à elite? Ou seria o conjunto de massa e minoria? Como se conceber, pois, um Estado Democrático de Direito em circunstâncias tais?¹⁵

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS ainda arrola, dentro deste quadro *tupiniquim*, a não aplicação da lei, a sua aplicação seletiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a não regulamentação de direitos constitucionais e a ausência de dotação de meios humanos e financeiros para a implantação de políticas públicas. Essa atuação do Estado, lembra ele, "implica a total desvalorização dos direitos sociais, da Constituição e do Estado Democrático de Direito".¹⁶

Democracia diz respeito à liberdade de escolha, à informação. Enfim, à educação. Neste contexto, a mais importante forma de controle social – a família – precisa ser devidamente compreendida, protegida e demanda uma nova forma de intervenção por parte do Ministério Público.

A família – núcleo fundamental de toda a organização social – é responsável pela transmissão de valores e conhecimentos e pela socialização primária da criança e formação de uma nova geração.

Forçoso, contudo, reconhecer que não se pode ignorar que, em sua dinâmica, inclui-se, por vezes, a violência física e psicológica que desencadeia efeitos na vítima direta, no agressor, nos filhos e em todos os familiares que convivem com a violência.

Consoante já ressaltado, a preocupação do legislador brasileiro, aliás, vem sendo recorrente sobre a necessidade de tutela de valores ligados à família. Além do aspecto criminal, pessoas em presumido estado de hipossuficiência vêm sendo objeto de proteção: na década de 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); já nos últimos anos, a pessoa idosa, com o advento da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), e a mulher, com o advento da Lei "Maria da Penha" (Lei nº 11.340/06).

É preciso, pois, agir preventivamente. É preciso compreender os limites do próprio operador do direito e recorrer a intervenções transversais e interdisciplinares.

É fundamental compreender as causas da violência e, não obstante a imperiosa necessidade da tradicional repressão, agir preventivamente com o agressor, com as vítimas diretas e mediatas e com as circunstâncias periféricas que podem,

15 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/estado-e-sociedade-em-portugal-1974-1988.php>>. Acesso em: 03 out. 2014.

16 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/estado-e-sociedade-em-portugal-1974-1988.php>>. Acesso em: 03 out. 2014.

por exemplo, contribuir para o incremento da violência e para o alto índice de feminicídios no país.¹⁷

É preciso fomentar uma doutrina e uma prática para tornar efetivo o programa esculpido no art. 226 da Carta Magna.

Respalhado na Declaração dos Direitos Humanos (1948), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (1980 e 1984), na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995), no Modelo de Leyes y Políticas sobre Violência Intrafamiliar contra las Mujeres da OPS/OMS (2004) e no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, o legislador brasileiro instituiu a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, visando a combater a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Abarca, a citada lei, um conjunto de regras penais e extrapenais, princípios, objetivos e diretrizes com vistas à prevenção de eventuais violências no seio doméstico, familiar ou de relação de afeto, protegendo-se especialmente a mulher – vítima das mais diversas formas de violência.

Segundo VON LISZT “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”; argumentando ainda que “a necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero”.¹⁸

Tratando-se, antes de tudo, de um programa que deverá ser gradativamente implantado, incumbe ao Ministério Público mirar-se no exemplo legislativo e na prática que vem sendo desenvolvida em São Paulo¹⁹, como parâmetros para revisar seus deveres e forma de atuar na área criminal.

A repressão e a dogmática penal de combate à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher (com medidas cautelares de proteção e com recurso, inclusive, à custódia preventiva do agressor), não pode ser considerada como único instrumento de política criminal.

Aliás, a realidade da segurança pública tem demonstrado que, por mais severa que seja a legislação penal e por mais numerosa que seja a atuação do Ministério Público, com o crescente aumento do oferecimento de denúncias, os índices estatísticos de criminalidade têm se mantido ou até mesmo majorados.

Por mais intensa que seja a intervenção do Ministério Público no combate processual ao crime, não se pode negar, paradoxalmente, o aumento considerável da sensação subjetiva de insegurança coletiva.

Nessa toada, exsurge como uma luva a feliz consideração de MUÑOZ CONDE ao afirmar que o Direito Penal se coloca como importante instrumento de

17 Com uma taxa de 4,4 assassinatos em 100 mil mulheres, o Brasil está entre os países com maior índice de homicídios femininos: ocupa a sétima posição em um *ranking* de 84 nações, segundo dados do Mapa da Violência 2012 (Cebela/Flacso).

18 VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, t. 1, p. 94.

19 Veja: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GEVID>.

controle social, desde que atue, conjuntamente, com ações de outras instâncias do tecido social, indicando a escola, a família, o trabalho, a vida associativa, dentre outras. E conclui enfaticamente ressaltando que, “agindo de forma isolada, terá eficácia reduzida”.²⁰

Em uma época em que muitos questionam a efetividade da expansão do Direito Penal, mais adequada se afigura a discussão acerca da expansão sobre as formas de controle e de combate da criminalidade, com a adoção de estratégias de política criminal que se situam além da chancela da ação penal.

Nessa conformidade, necessária a participação não apenas dos organismos citados por MUÑOZ CONDE, mas, sobretudo, também da fundamental ampliação da intervenção do Ministério Público e sua remodelação funcional aos novos tempos.

O modelo tradicional de contrarreação estatal não se mostra mais suficiente, para não dizermos ultrapassado.

Incontroverso que a forma meramente retributiva do Direito Penal, pontualmente cominada aos infratores de determinada ação penal (portanto, de eficácia restrita) é insuficiente para proteção dos direitos individuais. E não há como deixar de reconhecer que ele tem se mostrado, da mesma forma, inofensivo para a salvaguarda dos bens jurídicos coletivos.

Com efeito, nunca na história tivemos tantas leis criminais, codificadas e esparsas, criminalizando toda sorte de condutas criminosas, lesivas a tantos bens jurídicos. Jamais se puniu tanto e, paradoxalmente, a população carcerária mantém a tendência de elevação, com os estabelecimentos prisionais completamente abarrotados.

O cotidiano forense revela que Varas criminais persistem repletas de inquéritos policiais e processos, especialmente aqueles que apuram os crimes de roubo, furto, tráfico de entorpecentes, violência doméstica, estupro e homicídio. Há ainda, além das não enfrentadas taxas de vitimização, problemas na forma de investigação desses crimes, mesmo com todo o volume de serviço que atualmente ocupa os gabinetes dos Promotores de Justiça.

Quanto maior o número de denúncias, maior a rotatividade de ações penais em andamento.

Esse esforço, no entanto, tem sido em vão. Parte da sociedade – que não reconhece esse hercúleo trabalho – nunca clamou tanto por Justiça e nunca se queixou tanto da “impunidade”.

O discurso da mídia sensacionalista, ávida pela exploração das tragédias humanas, que prega a pena de morte e a redução da menoridade penal como medidas de segurança pública, passou a ganhar ressonância social.

Até quando essa sociedade que clama por segurança pública, que não tolera mais os altos índices de violência urbana, doméstica, de criminalidade organizada,

20 CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

de delitos de intolerância, vai se contentar com a forma pela qual vem simplesmente reagindo o Ministério Público na área criminal?

A atuação institucional na esfera criminal exige reformulação. É premente a mudança de mentalidade da forma de atuação do *parquet*, notadamente no aspecto preventivo.

A defesa dos direitos individuais não deve obviamente ser deixada de lado, mas a história demonstra que essa atuação tradicional, clássica, que busca a aplicação do Direito Penal e imposição da pena como retribuição, tem eficácia diminuta e não se presta, isoladamente, à diminuição dos índices de criminalidade, nem ataca suas causas, origens e formas de propagação.

A atuação criminal contemporânea exige, de início, a compreensão de que é papel do promotor de justiça criminal a análise e o combate das causas sociais desse fenômeno criminológico, que por vezes atinge de forma difusa a sociedade.

Essa mudança cultural exige uma mudança de práticas e de posturas.

No que diz respeito à violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, imprescindível reconhecer que as causas sociais desse tipo de criminalidade estão relacionadas a questões culturais, de uma sociedade historicamente marcada pelo patriarcalismo e pelas relações assimétricas, que sempre colocaram a mulher em situação de vulnerabilidade, ao mesmo tempo em que legitimaram o uso da força (violência) para garantia de cumprimento dos papéis sociais a ela reservados.

Nesse contexto, o Ministério Público de São Paulo, no âmbito do GEVID – Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica, vem desenvolvendo há tempos diversos trabalhos de conscientização junto à vítima de violência doméstica e familiar, de reflexão por parte dos autores desse tipo de criminalidade, de articulação operacional entre membros do Ministério Público, Magistrados, Defensores, Psicológicos, Assistentes Sociais, agentes públicos de segurança e afins, dentre outras práticas.

De fato, no enfrentamento à violência de gênero, essa atuação mais voltada à prevenção da criminalidade tem sido realizada a partir de estratégias de sensibilização, orientação e empoderamento da vítima, para que compreenda o complexo fenômeno do ciclo da violência e as razões que a levam à dificuldade de rompê-lo. Informar a mulher em situação de violência sobre os direitos que lhe são assegurados na legislação e, em especial, os serviços disponíveis na rede de atendimento, constitui providência indispensável para minimizar as consequências da violência e evitar a ocorrência de novos episódios.

Como salienta ALICE BIANCHINI, “toda mulher pode ser vítima de violência doméstica, porém o risco de sofrer tal violência não é distribuído igualmente entre as mulheres. A principal determinante para afastar o risco é a forma como a mulher se relaciona consigo mesma. A mulher deve compreender-se como um sujeito de direito, e não como objeto de uma tradição que a subjuga.”²¹

21 BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 23.

Exige também a constante capacitação jurídica sob a perspectiva de gênero de todos os agentes que atuam, de alguma forma, no atendimento à mulher vítima de violência, desde assistentes sociais, psicólogos, profissionais da área da saúde, educadores, policiais militares e civis, além de guardas civis metropolitanos. Muito além, portanto, dos tradicionais protagonistas da ação penal.

Envolve, ainda, o incremento da formação interna, da constante reciclagem dos próprios promotores de justiça que ingressam na carreira, sob essa perspectiva de gênero, como forma de fomentar o despertar de uma consciência institucional sobre a relevância de atuar de forma mais ampla no enfrentamento dessa espécie delitiva, evitando com isso que circunstâncias que dificultam naturalmente a atuação, como a dificuldade na obtenção de provas, a subnotificação e a constante mudança de disposição da vítima em ver o autor da violência processado, sejam motivos de frustração ou injustificado preconceito.

Não bastasse, considerando a parcial fragilidade do caráter intimidativo das penas cominadas aos delitos de violência doméstica, para os autores desse tipo de criminalidade, uma vez que embasado em questões culturais, imprescindível também recorrer aos serviços de conscientização/reflexão dos homens agressores, com vistas à mudança desse padrão de comportamento.

Em continuidade, vital a compreensão do papel do Ministério Público, como integrante dessa rede de atendimento, que tem a função de enfrentamento de todo o tipo de criminalidade, sobretudo a especializada. Cabe, nesse sentido, aprimorar as condições de atuação preventiva e a minimização das consequências que essa violência causa em todos os envolvidos.

A experiência tem demonstrado que a análise dessas causas sociais de criminalidade exige uma maior aproximação do promotor de justiça com todos os envolvidos no conflito e também com os integrantes da chamada “rede de atendimento à vítima de violência”.

Assim agindo, o Ministério Público fomenta e pratica o trabalho em rede, de forma horizontal, consentâneo ao seu papel institucional no contexto do Estado Democrático de Direito.

É certo que outros setores especializados do Ministério Público têm trilhado caminho similar e que precisa servir de referência para a atuação funcional também quanto à macrocriminalidade clássica.

Constata-se, pois, tanto nas Promotorias Especializadas quanto em âmbito federal, novas formas de atuação, conjugando repressão e prevenção como, por exemplo, no combate ao trabalho escravo (aqui tem sido comum a edição de termos de ajustamento de conduta, a realização de diligências itinerantes, o bloqueio de bens prévio das pessoas físicas e jurídicas que adotam essa odiosa prática escravocrata etc.).

Não se deve de forma alguma renunciar à atuação individual e repressiva, o que implicaria a frustração de expectativas da sociedade que ainda reconhece, acertadamente, o Ministério Público como agente protetor de suas demandas mais

caras. É preciso reconhecer que o investimento em prevenção e no incremento de políticas públicas demanda tempo e o Ministério Público não pode contribuir para o sacrifício de gerações que ainda esperam uma resposta célere e razoável, ainda que de forma repressiva.

No entanto, paralelamente a esse trabalho individual, há necessidade de ampliar a incumbência funcional clássica e ultrapassar as linhas habituais do horizonte, avançando para além das lides processuais e, ao fim e ao cabo, combater as causas sociais desse tipo de criminalidade.

Aqui, se hospeda a transformação exigida na atualidade, a pressupor uma atuação criminal difusa, abrangente e multidisciplinar.

Essa nova forma de atuação criminal exige que o promotor de justiça priorize seu papel de agente político na articulação e fomento de adoção de políticas públicas que tenham condições de conferir maior efetividade à legislação específica em toda a sua integralidade.

Por fim, considerando que as causas sociais desse tipo de criminalidade ainda são sabidamente atreladas à formação cultural machista e patriarcal, necessário que o Ministério Público exerça seu papel de agente político transformador: provocando, através de campanhas e outras ações estratégicas afins, a reflexão e o debate perante instituições de ensino, de todos os níveis, e em conjunto com a mídia, notadamente aquela formadora de opinião, sobre essas representações de gênero ainda tão assimétricas, que acabam gerando desigualdades e, em última instância, tanta violência.

De igual modo, detendo informação sobre o combate à violência de gênero e, simultaneamente, tendo elementos e instrumentos para coibir preventivamente as causas determinantes desse tipo de criminalidade, o Ministério Público brasileiro deve institucionalizar o uso da criminologia, ao menos sob o aspecto da jurimetria²², na sua forma de diagnosticar qualitativamente o fenômeno criminal de modo a agir com mais eficiência.

O trabalho empírico aprofundado sobre o perfil do criminoso, aliado à assistência contínua da vítima (sobretudo após a prática delituosa), e a capacitação perene dos agentes de contenção da violência, bem como a aproximação com a sociedade e com as organizações civis, tornarão a instituição mais dinâmica e consentânea com a realidade atual, transformando sua forma de atuação para adequá-la a um modelo mais amplo, preventivo e multidisciplinar de responsabilidade e, com isso, perscrutar as condições determinantes do fenômeno criminal que assola a sociedade.

Dominando esse novo formato de agir preventivo a partir do uso da criminologia e/ou jurimetria, impõe-se ao promotor criminal deter a legitimação concorrente para a instauração do inquérito civil, para o ajuizamento da ação civil pública e instrumentos afins.

22 Ciência que tem por objetivo investigar e incentivar a aplicação da estatística e da probabilidade no estudo do direito e de suas instituições. Nesse sentido, veja: <http://abjur.org.br/>.

Utilizando de arrimo esse modelo proposto e em parte já colocado em prática pelo GEVID, poder-se-ia, por exemplo, imaginar a legitimação do promotor criminal que atua no enfretamento da violência de gênero: a) no controle orçamentário da criação de rede de assistência social à família, mulher, criança e adolescente e ao idoso; b) no trabalho em conjunto com a população e organizações sociais no fomento de políticas públicas básicas para atendimento, prevenção e eficiência repressiva de qualquer tipo de violência contra pessoas em condição de vulnerabilidade, por exemplo, através da realização de audiências públicas; c) na construção de uma doutrina nacional de proteção integral da família através dos instrumentos extrajudiciais e processuais disponíveis (fomento à criação de redes de atendimento, recomendações, termos de ajustamento e ações civis); d) na institucionalização do trabalho em rede em todas as áreas de atuação criminal simultaneamente à atuação de proteção dos interesses difusos e coletivos envolvidos.

Ao dominar as causas determinantes de criminalidade a partir de sua própria atuação repressiva, o Ministério Público pode agir de forma mais eficaz e menos custosa socialmente e, simultaneamente, pode assumir um verdadeiro papel de *ombudsman da lei penal*, tornando-se legitimamente crítico de leis penais mal formuladas nesse contexto de hipertrofia legislativa, quanto assumindo o papel de orientar e recomendar projetos de lei cirurgicamente pensados para funcionar como remédio social de forma efetivamente fragmentária.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. *Direito Penal – Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- BARRETO, Tobias. *Introdução ao Estudo do Direito*: Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel*. São Paulo: Ed. Ática, 2005.

DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.

HUNGRIA Hoffbauer, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. 1, 1955.

LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

MAYORDOMO, Virginia. In: DE LA CUESTRA ARZAMENDI, José Luis (Org.). *El maltrato de personas mayores: detención y prevención desde una perspectiva criminológico disciplinar*. San Sebastian: Hurkoa Fundación/Instituto Vasco de Criminología, 2006.

PASSOS, Darcy Paulillo dos. Tese aprovada no Seminário Geral dos Grupos de Estudos do Ministério Público, 2006.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/estado-e-sociedade-em-portugal-1974-1988.php>>. Acesso em: 03 out. 2014.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, t. 1.