



Escola Superior do Ministério Público



**REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DE SÃO PAULO**

ANO 8 - VOL 15

JANEIRO - JUNHO 2019

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 15

2019

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua 13 de Maio, 1259 – 3o andar – Bela Vista

01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3017-7781

esmp_revista@mpsp.mp.br

ISSN 2316-6959

VOLUME 15
2019

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO



Escola Superior do Ministério Pública

EXPEDIENTE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editor Responsável

Antonio Carlos da Ponte, Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).

Editora Adjunta

Ticiane Lorena Natale, mestranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Servidora pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Conselho Editorial

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus (SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos**

Da Ponte, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do

EXPEDIENTE

Paraná (UENP-PR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodriguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

Pareceristas

Alberto Camiña Moreira, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de

São Paulo (USP); **Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Américo Bedê Freire Júnior**, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória; **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pós-Doutora pela Universidad de Alicante (Espanha); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade de Lisboa; **Felipe Chiarello**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando Akaoui**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Santa Cecília (UNISANTA - SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Cató-

EXPEDIENTE

lica de São Paulo (PUC-SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP); **Flávio Cardoso Pereira**, Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutor pela Universidad de Salamanca (Espanha), Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos; **Jaceguara Dantas da Silva Passos**, Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MP-MS), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina (Itália); **Maria Áurea Cecato**, Universidade Federal da Paraíba,

Doutora pela Université de Paris II Panthéon-Assas; **Mariângela Tomé Lopes**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional - IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Orides Mezzaroba**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Pós-doutor pela Juristische Fakultät - Universität Basel (Faculdade de Direito da Universidade da Basileia - Suíça), Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Pedro Demercian**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Ricardo Andrade Saadi**, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ/MJ), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo; **Samyra Naspolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília (UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba

EXPEDIENTE

(FADI-SP), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Silvio Antonio Marques**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP); Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorando na Faculdade de Direito da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foleto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).

**CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Diretor

Antonio Carlos da Ponte

Assessores

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Karina Beschizza Cione

Reynaldo Mapelli Júnior

Roberto Barbosa Alves

Thales Cezar de Oliveira

Coordenação Editorial

Reynaldo Mapelli Júnior

Editores

Editor Responsável - Antonio Carlos da Ponte

Editora Adjunta - Ticiane Lorena Natale

Revisão Ortográfica

Renato de Souza Marques Craveiro

Ticiane Lorena Natale

Diagramação e Arte

Felipe Araujo de Oliveira

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Antonio Carlos da Ponte 14

Artigos

TRÁFICO DE PESSOAS E TUTELA PENAL

Antonio Carlos da Ponte

Fabíola Moran Faloppa 18

LA DILIGENCIA POLICIAL DE VALORACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA VIOTÉN

Bárbara Sánchez López 42

LOS DERECHOS A LA TRADUCCIÓN Y A LA INTERPRETACIÓN RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: LUCES Y SOMBRAS

Clara Fernández Carron 56

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR EM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INCOLUMIDADE ECONÔMICA: ANÁLISE DA EFICÁCIA DO TAC FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAPÁ E A COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ

Zacarias Alves de Araújo Neto

Gabriela Ferreira Sanches 69

COOPTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS COMO FORMA EXTREMA DE CORRUPÇÃO - DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Flávio Cardoso Pereira 97

PROGRAMA DE APADRINHAMENTO - SUA OBRIGATORIEDADE COMO COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA OS PROGRAMAS DE ACOLHIMENTO

Fausto Junqueira de Paula 118

MEDIAÇÃO PENAL E VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: UMA EXPERIÊNCIA NECESSÁRIA

Celeste Leite dos Santos 132

APRESENTAÇÃO

Vem a público a Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo correspondente ao primeiro semestre de 2019. Esta edição tem um significado muito especial, porque, em boa medida, representa os frutos de um projeto iniciado há mais de três anos: a internacionalização da ESMP. Graças à pronta atenção do Professores Rafael Hinojosa Segovia e Julio Banacloche Palao, da *Universidad Complutense de Madrid*, abriu-se a valiosa oportunidade de promoção do *I Congresso Hispano-Brasileiro de Direito Processual Penal*. Os temas, cuidadosamente selecionados pelo CEAF/ESMP, foram prontamente aceitos pela UCM. Para tratar deles foram convidados professores de altíssimo gabarito e com larga experiência em suas respectivas áreas de atuação. Além disso, a organização do evento permitiu que trabalhos inéditos, de caráter individual ou coletivo, fossem apresentados pelos participantes. Três deles são agora publicados: La diligencia policial de valoración del riesgo de violencia de género en el Sistema Viogén, de Bárbara Sánchez López; Los derechos a la traducción y a la interpretación reconocidos a las víctimas en el proceso penal español: luces y sombras, de Clara Fernández Carrón; e Mediação penal e violência de gênero no Brasil: uma experiência necessária, de Celeste Leite dos Santos. Ao lado deles, a Revista traz outros temas igualmente atuais e interessantes: Tráfico de pessoas e tutela penal, que tive a honra de escrever com a competentíssima Promotora de Justiça Fabíola Moran Faloppa; Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de proteção ao consumidor em observância do princípio da incolumidade econômica: análise da eficácia do TAC firmado entre o Ministério Público do Amapá e a Companhia de Eletricidade do Amapá, magnífica experiência compartilhada com a comunidade jurídica por Zacarias Alves de Araújo Neto e Gabriela Ferreira Sanches; Cooptação de agentes públicos como forma extrema de corrupção - Desafios e perspectivas, tema de leitura imprescindível que nos é proposto com a competência habitual por Flávio Cardoso Pereira; e Programa de Apadrinhamento - Sua obrigatoriedade como complementação necessária para os Programas de Acolhimento, tema contemporâneo que Fausto Junqueira de Paula visita com particular propriedade. Agradeço aos autores, aos coordenadores e aos pareceristas pelo trabalho incansável; e espero que, uma vez mais, a Revista atenda aos interesses do leitor.

Muito obrigado!

Antonio Carlos da Ponte

Procurador de Justiça e Diretor do CEAF/ESMP

São Paulo, SP

LINHA EDITORIAL

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.

II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.

III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.

IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências afins para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas encontram-se especificadas nas Diretrizes para os Autores.

TRÁFICO DE PESSOAS E TUTELA PENAL

HUMAN TRAFFICKING AND CRIMINAL CARE

Antonio Carlos da Ponte

Diretor do CEAF-ESMP

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

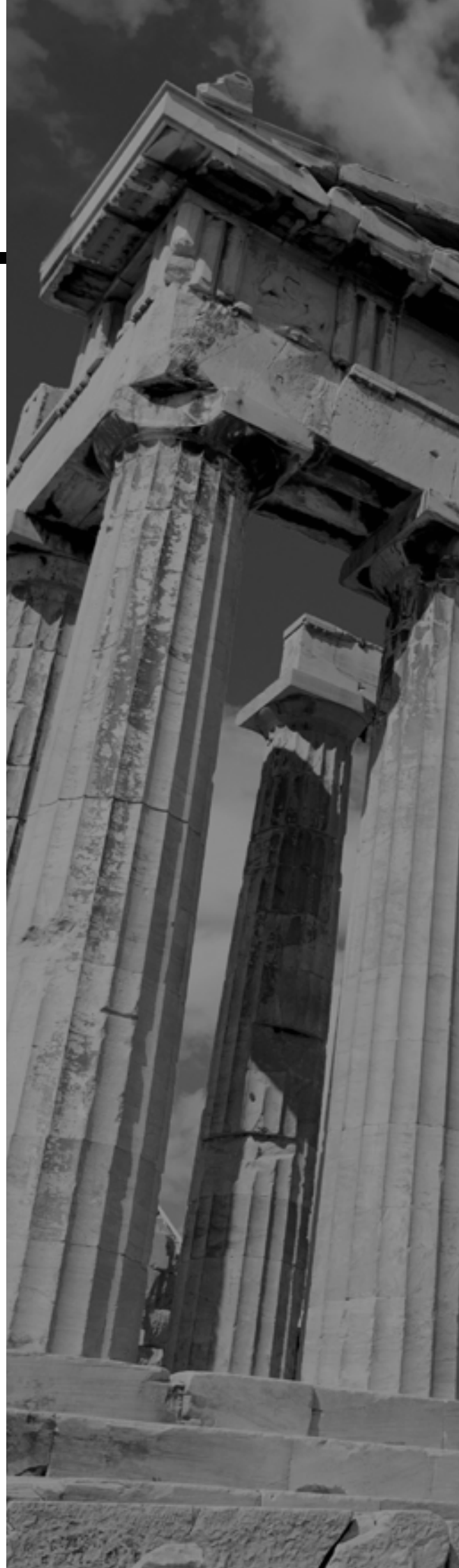
Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP

Livre-Docente em Direito Penal pela PUC-SP

Fabíola Moran Faloppa

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo

Mestranda em Direito Penal na PUC-SP



RESUMO

Este estudo analisa, com foco no caso brasileiro, o tráfico de pessoas. Aborda-se que esta prática, apesar de ilícita e com extenso tratamento penal, segue presente e lucrativa na sociedade globalizada. A partir do importante avanço dado pelo Protocolo de Palermo na especificação e no combate ao problema, o Brasil criou um novo tipo penal, o art. 149-A do CP e o seu rol de finalidades do tráfico de pessoas é aqui criticamente examinado na perspectiva da proteção da dignidade da pessoa humana. Para a investigação, utilizou-se de revisão bibliográfica e também de análise de documentos (textos normativos e dados nacionais e internacionais). Os resultados da investigação centram-se na necessidade de um tratamento unificado que envolva toda a comunidade internacional para prevenção, repressão e apoio à vítima deste problema multifatorial.

Palavras-chave: tráfico de pessoas; dignidade da pessoa humana; Protocolo de Palermo; Art. 149-A do Código Penal Brasileiro; imigração.

ABSTRACT

This issue focuses the human trafficking in brazilian perspective. It discusses that this experience, although being ilegal and having extensive criminal law care, follows present and profitable in globalized society. Since the important advance brought by Palermo Protocol in specification and fight against this problem, Brazil has created a new criminal norm, the Criminal Code's art. 149-A, and its list of objectives is, in this issue, critically examined in the protection of human dignity perspective. For the research, it has been used bibliographic revision and also document analysis (normative texts and national and international data). The research results focus the unified care need, which engages the whole international community for prevention, repression and support to this multifactorial problems' victim.

Keywords: Human trafficking; human dignity; Palermo Protocol; Brazilian criminal code's Art. 149-A; immigration.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Tráfico de pessoas x contrabando de migrantes. 3. O Brasil no cenário do tráfico internacional. 4. Das finalidades do tráfico de pessoas. 4.1. Da remoção de órgãos tecidos ou partes do corpo. 4.2. Da submissão a trabalho em condições análogas à de escravo. 4.3. Da submissão a qualquer tipo de servidão. 4.4. Da adoção ilegal. 4.5. Da exploração sexual. 4.5.1. O consentimento da vítima no tráfico humano para fins de exploração sexual. 5. Exploração, abuso e vulnerabilidade: uma visão a partir da dignidade da pessoa humana. 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A escravidão de pessoas caminha lado a lado da construção da história da própria humanidade. Inicialmente, na Idade antiga, relacionava-se à submissão de prisioneiros de guerra, mas também à forma de pagamento de dívidas por inadimplentes. Assim como a escravidão negra, que a sucedeu, ela era considerada lícita, já que o escravo era visto como um bem, uma coisa pertencente ao seu proprietário. Mais especificamente a respeito de tráfico negro para escravidão nas lavouras, visualizava-se forte componente econômico. Escravos provenientes de diversas regiões da África eram vendidos por altos valores, reservando o seu acesso apenas aos mais abastados.

Com a evolução da humanidade e o final da escravidão dos africanos nas colônias, acreditava-se na erradicação dessa forma nefasta de aniquilamento da dignidade. No entanto, não foi o que se verificou.

Há muitas outras formas de escravidão, em diversos níveis no mundo contemporâneo, e grande parte delas está vinculada ao tráfico de seres humanos, fenômeno este difuso, inerente ao mundo globalizado, e com origens e consequências das mais variadas. Conforme pontua Thais de Camargo Rodrigues, “suas causas são diversas, não há um modelo padrão de aliciamento e nem um tipo específico de modus operandi. Além disso, existem graus diferentes de exploração, que oferecem desde uma relativa liberdade à vítima até sua completa escravização” (RODRIGUES, 2014, p. 25).

Ao contrário da escravidão antiga com finalidade econômica, o fenômeno ligado ao tráfico de pessoas moderno tem sua raiz predominante na desigualdade social e na vulnerabilidade de pessoas – homens, mulheres e crianças – oriundas, em sua grande maioria, de classes sociais menos favorecidas, lares desestruturados, vítimas de abuso sexual na infância, dependência de drogas, entre outros fatores.

A despeito da concentração dos traficantes dentro do “nicho da vulnerabilidade”, é fato que “o tráfico não poupa classe social ou etnia, e até mesmo lá (nos Estados Unidos da América) há relatos de vítimas brancas e de classe social elevada” (RODRIGUES, 2014, p. 78).

O tratamento desumano ou degradante é outro traço comum entre a escravidão antiga e a contemporânea, ressaltando-se, contudo, o atual caráter ilícito da atividade, reservada à criminalidade organizada, que usualmente emprega violência, grave ameaça, engodo ou abuso de indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade.

De acordo com o Protocolo Adicional da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial e mulheres e crianças, a expressão “tráfico de pessoas” significa:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, o engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefício para

obter a aceitação de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração. (BRASIL, 2004b).

O mesmo documento internacional (Protocolo de Palermo) define a exploração como sendo “no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos” (BRASIL, 2004b).

O tráfico de pessoas, portanto, destina-se aos mais diferentes propósitos. Além da exploração na indústria do sexo, a forma mais disseminada e denunciada, existem outras destinações às vítimas: trabalho sob condições abusivas e análogas à escravidão, mendicância forçada, adoção ilegal, servidão doméstica, e doação involuntária de órgãos para transplante.

Diante desse cenário multifacetado do tráfico humano, a criminalidade organizada atualmente movimenta cifras expressivas na ordem anual de 31.6 bilhões de dólares, estimando-se que a cada ser humano transportado transnacionalmente, arrecada-se o lucro correspondente a US\$ 30 mil por ano (CUNHA; PINTO, 2018, p. 10). O comércio humano ilícito, além de bilionário, implica corrupção sistêmica de funcionários públicos dos países envolvidos, os quais colaboram ou participam da empreitada criminosa facilitando a passagem das vítimas nas respectivas fronteiras.

Segundo dados lançados em 2017, mais de 40 milhões de pessoas em todo o mundo foram vítimas da escravidão. Referidas estimativas também demonstram que mulheres e meninas são as mais afetadas, chegando a quase 29 milhões, ou 71% do total. As mulheres representam 99% das vítimas de trabalhos forçados na indústria do sexo e 84% das encaminhadas para casamentos forçados (MUNDO..., 2017).

Trata-se de fenômeno global e de difícil combate, o que exige uma mudança de paradigma dentro do próprio direito e processo penal, no sentido de garantir a cooperação e atuação conjunta de todos os países que são rota e destino de vítimas do tráfico, de modo a garantir uma repressão eficaz. Ademais, há que se atuar de modo uniforme e organizado na identificação e cuidados das vítimas, muitas das quais se encontram em situação de vulnerabilidade extrema, sendo, por diversas vezes, desrespeitadas em seus direitos fundamentais e tratadas como imigrantes ilegais, aos quais se destina a pura e simples deportação. E justamente quanto a esse traço marcante do tráfico moderno repousa a sua maior dificuldade de combate, qual seja, a identificação e diferenciação da vítima de tráfico humano para fins de exploração (e para outros fins) da pessoa objeto de migração ilegal.

2 TRÁFICO DE PESSOAS X CONTRABANDO DE MIGRANTES

O Protocolo de Palermo, promulgado pelo Decreto nº 5.017/2004 (BRASIL, 2004b) definiu os limites conceituais do tráfico de pessoas, ao passo em que o Protocolo relacionado ao Decreto nº 5.016/2004 (BRASIL, 2004a) estabeleceu, em seu art. 3º, que o tráfico (ou contrabando) de migrantes consiste na “promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado do qual essa pessoa não seja

nacional ou residente permanente”.

Há, portanto, traços essenciais que diferenciam esses dois fenômenos recorrentes na atualidade, valendo ressaltar, em primeiro lugar, que, ao contrário do contrabando humano, o tráfico envolve, a par do recrutamento de pessoas em seu lugar de origem, a sua exploração em locais de trânsito e de destino.

A finalidade do tráfico de pessoas é, portanto, a exploração, mediante a coisificação da vítima, com o claro objetivo de obtenção de lucro¹. Já no tráfico de migrantes objetiva-se a facilitação da entrada ilegal de migrantes mediante contraprestação financeira.

A vítima do tráfico humano é a pessoa explorada², enquanto no contrabando de migrantes o próprio Estado figura na condição de ofendido, em função da violação de sua legislação. O migrante ilegal, portanto, é visto como “objeto” do tráfico³.

Segundo Thais de Camargo Rodrigues (2014, p. 74),

o pagamento também é um diferencial. No tráfico de pessoas, o valor despendido com a viagem é, em regra, cobrado do traficado quando este chega ao destino, e a um preço muito elevado, o que faz com que se crie uma grande dívida: o traficado coloca-se em posição de sujeição diante do traficante.

No tocante ao consentimento, a pessoa contrabandeada tem sempre a ciência a respeito do contratado com o agente facilitador, consentindo a esse respeito. Já no tráfico de pessoas, por mais das vezes, haverá vício nesse consentimento, notadamente por conta de erro, abuso ou coação.

É sempre bom lembrar que, em ambos os casos, a entrada da pessoa traficada em solo estrangeiro pode se dar de forma lícita (com visto e passaporte válidos) ou ilícita. Desse modo, a única forma de se avaliar a situação da vítima reside na verificação da finalidade do seu deslocamento, isto é, havendo o objetivo de exploração, configurado estará o tráfico nos moldes previstos no Protocolo de Palermo.

3 O BRASIL NO CENÁRIO DO TRÁFICO INTERNACIONAL

O Brasil desempenha dupla função em meio ao tráfico de pessoas, sendo fonte e destino de pessoas traficadas.

Nas redes internacionais do tráfico humano, o grande volume de participação brasileira é diretamente influenciado pelo baixo custo operacional, pela existência de boas redes de comunicação de bancos e casas de câmbio e de portos e aeroportos, pela facilidade de ingressos em determinados países sem a formalidade do visto consular, pela tradição hospitaleira com turistas e pela miscigenação racial.

Levantamento do Ministério da Justiça realizado no âmbito de projeto im-

1 Tomando-se por base a máxima Kantiana, no sentido de que todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado para projetos alheios, não há como negar que o bem jurídico máximo protegido pelo tipo penal que descreve o crime de tráfico de pessoas, para além da liberdade individual, é a dignidade da pessoa humana.

2 Arts. 6o a 8o, do Decreto 5.017 (BRASIL, 2004b) e arts. da Lei 13.344 (BRASIL, 2016).

3 Art. 5, do Decreto 5.016/04: “Os migrantes não estarão sujeitos a processos criminais nos termos do Presente Protocolo, pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no seu Artigo 6” (BRASIL, 2004a).

plementado com o Escritório das Nações Unidas contra Drogas- e Crime UNODC, apurou que os estados em que a situação é mais grave são Ceará, São Paulo e Rio de Janeiro, por serem os principais pontos de saída do país, além do estado de Goiás. No caso deste último, onde o aliciamento acontece principalmente no interior, profissionais que atuam no enfrentamento ao tráfico de pessoas acreditam que as organizações criminosas se interessam pela mulher goiana pelo fato de seu biotipo ser atraente aos clientes de serviços sexuais, em especial da Europa.

O país onde foi registrada a incidência maior de brasileiras vítimas de tráfico de pessoas foi o Suriname, com 133 vítimas, seguido da Suíça, com 127, da Espanha, com 104 e da Holanda, com 71 (NAÇÕES UNIDAS; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

O tráfico interno com o objetivo de fornecer mão de obra para o trabalho forçado na agricultura, deslocando as vítimas de áreas urbanas para áreas rurais, também é um problema grave no país.

A Organização Internacional do Trabalho estima que entre 25 e 40 mil brasileiros são submetidos a trabalho forçado (MUNDO..., 2017).

O Brasil também é um país receptor de vítimas do tráfico. Elas vêm principalmente de outras nações da América do Sul (Bolívia e Peru), mas também da África (Nigéria) e Ásia (China e Coreia). A maioria acaba submetida a regimes de escravidão nas grandes cidades, como São Paulo, onde permanece confinada em oficinas de costura, submetendo-se à jornada diária de trabalho superior a 15 horas e dormindo no próprio local de trabalho. A Pastoral do Migrante calcula que 10% dos bolivianos que ingressam ilegalmente no Brasil pelo Estado do Mato Grosso do Sul, chegam a São Paulo para submissão ao trabalho forçado na indústria têxtil (BORGES, 2015, p. 40).

Diante desse preocupante quadro nacional e buscando atender ao Mandado de Criminalização extraído do Protocolo de Palermo, foram promulgadas as Leis nºs 11.106/05 (BRASIL, 2005) e 12.015/09 (BRASIL, 2009). Finalmente, no ano de 2016 sancionou-se a Lei nº11.344/16 (BRASIL, 2016) com o claro objetivo de adequar a nossa legislação ao compromisso internacional assumido pelo Brasil. Nesse sentido, são revogados os artigos 231 e 231-A do Código Penal – ambos restritos ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual – passando-se à tipificação das demais formas de exploração (remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão e adoção ilegal), o que representa inegável avanço no combate ao tráfico de pessoas.

O novo tipo penal, de outro lado, foi incluído no Capítulo IV (Dos Crimes contra a Liberdade Individual) (BRASIL, 1940), reunindo em um mesmo dispositivo o tráfico nacional e transnacional.

O artigo 149-A do Código Penal figura com a seguinte redação:

Art.149-A, CP. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I – remover-lhe os órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III – submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV – adoção ilegal; ou

V – exploração sexual

Pena – reclusão de 4 (quarto) a 8 (oito) anos, e multa.

O tipo penal de conduta mista traz oito verbos nucleares, objetivando punir o agente que agencia (negocia, comercializa, serve de agente ou intermediário), alicia (atrai ou exerce a persuasão), recruta (chama, escala), transporta (desloca de um lugar para outro), compra (adquire mediante contraprestação financeira), aloja (recebe, acomoda) ou acolhe (abriga) pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo ou servidão, bem como à adoção ilegal ou exploração sexual.

Ainda que traga em seu bojo a finalidade de se adequar e tornar mais eficiente o combate ao tráfico humano, a nova lei mostrou-se um tanto quanto resumida em relação aos modos de execução, especialmente se confrontada com o artigo 3º, do Protocolo de Palermo. Nesses termos, verifica-se que o referido documento internacional define o tráfico de pessoas como atividade cometida

à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, **ao rapto, à fraude, o engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefício para obter a aceitação de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração.** (BRASIL, 2004b, grifo nosso).

Ao passo em que a Lei nº 11.344/16 restringe-se ao emprego de “**grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso**” (BRASIL, 2016).

A violência destacada pelo legislador pátrio significa a violência física real contra a pessoa, abrangendo desde as vias de fato contra a vítima até as lesões e homicídio de terceiros que se oponha à conduta do agente.

Por grave ameaça entende-se a promessa de mal injusto e grave à própria vítima ou alguém que lhe seja próximo. José Paulo Baltazar Júnior (2014, p. 248-249) arremata que igualmente deve ser compreendida como grave ameaça a situação em que “a vítima é ameaçada de ser deportada, ou é mantida em cárcere privado e obrigada a trabalhar, a fim de cobrir as despesas de viagem, não raro aumentadas artificialmente, de modo a nunca se alcançar o pagamento”.

Há fraude, por outro lado, quando a vítima ignora a intenção espúria do traficante, quando se vê impedida de retornar ao seu lugar de origem em função da retenção de seu passaporte, ou mesmo quando, ainda que ciente de seu encaminhamento à prostituição, não sabe que será coagida a fazê-lo em condição de exploração.

Quanto ao abuso, este será melhor analisado adiante, eis que sua compreensão enquanto elemento normativo do tipo, deve estar atrelada à compatibilização do tipo penal com a Constituição Federal, em especial com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Lei nº 13.344/16 ainda prevê causas de aumento e de diminuição de pena ao crime de tráfico de pessoas, nos seguintes moldes:

Art.149-A:

§ 1o A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções

ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. (BRASIL, 2016).

Quanto a esse ponto em específico da lei são tecidas severas crítica, em especial porque a “violência ou grave ameaça” empregadas no crime em debate eram anteriormente – sob a égide do revogado artigo 231-A, § 2º, CP – consideradas qualificadoras do crime, estabelecendo-se pena de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão e multa. Desse modo, a nova lei que deveria vir para punir de forma mais enérgica os traficantes de seres humanos, acabou por prever resposta penal atenuada.

Critica-se, de outro lado, a causa especial e diminuição de pena prevista no art.149-A, §2º, do Código Penal. À semelhança da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), passa o dispositivo legal relacionado ao tráfico de pessoas a prever a redução da pena em caso de primariedade do agente, associada à condição de não integração de organização criminosa. Em face da ausência de precisão terminológica e da especial dificuldade de produção de prova negativa por parte do órgão acusatório, certamente se estabelecerá grande dificuldade de definição do alcance e incidência da norma, o que certamente desencadeará a sua concessão a todo e qualquer agente que se mostre primário.

4 DAS FINALIDADES DO TRÁFICO DE PESSOAS

O delito previsto no artigo 149-A, CP, eminentemente doloso, exige para a sua configuração, a finalidade especial de traficar pessoa visando especificamente: remover-lhe os órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual.

4.1 Da remoção de órgãos tecidos ou partes do corpo

A remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo é disciplinada pela Lei nº 9.434/97 (BRASIL), que define a sua possibilidade post mortem (após diagnosticada a morte encefálica, para destinação a transplante ou tratamento e desde que haja consentimento da família do falecido⁴), bem como por parte de pessoa viva e capaz,

4 Decreto 9.175/17 – art. 20: “A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização. §1º A autorização deverá ser do Cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta e colateral, até o segundo grau, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. §2º Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau,

de forma gratuita, e desde que se trate

[...] de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (art.9º, §3º). (BRASIL, 1997).

A referida lei igualmente prevê que, caso a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo – entre vivos e post mortem –, se opere sem o cumprimento das determinações legais, deverá o agente responder pelo crime previsto em seu artigo 14, com penas variadas em função das consequências e circunstâncias dos fatos. A compra e venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo é igualmente crime (art.15), assim como a realização do seu enxerto e transplante de forma irregular (art.16). Por fim, criminaliza-se o recolhimento, transporte, guarda ou distribuição de partes do corpo humano, ciente o agente de que obtidos em descumprimento aos requisitos legais (art.17) (BRASIL, 1997).

Ao estudar o tema relacionado especificamente ao tráfico de pessoas destinado ao abastecimento do mercado ilegal de transplantes, forçoso é o reconhecimento de que os avanços da medicina caminharam a passos largos, sem que a sociedade se visse pronta para o atendimento de tal demanda. Primeiramente, cumpre lembrar que ainda não há consenso social direcionado à doação de órgãos por parte dos brasileiros, muitos dos quais, por motivos religiosos ou simplesmente culturais, negam o fornecimento dos órgãos de ente falecido para transplante aos enfermos.

Devemos reconhecer que, de modo geral, aquele que compra órgãos removidos ilicitamente muitas vezes não coincide com o sujeito receptor. Nesse ponto, há uma omissão legislativa significativa, ao contrário do Código Penal Espanhol, que busca, em um tipo penal completo, abarcar toda a forma de tráfico de órgãos, tutelando toda a cadeia delitiva, desde a publicidade até a recepção do órgão (ESPAÑA, 1995).

4.2 Da submissão a trabalho em condições análogas à de escravo

São fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (art.1º, CF).

É o trabalho que dignifica o homem, eis que provê a sua subsistência e de sua família, ao mesmo tempo em que promove o crescimento do país. Diante de sua relevância, seja como direito ou obrigação do indivíduo, a Constituição Federal prevê, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade do trabalhador,

deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau. §3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano de falecidos incapazes, nos termos da lei civil, dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o poder familiar exclusivo, a tutela ou a curatela. §4º Os casos que não se enquadrem nas hipóteses previstas no §1º ao §3º dependerão de prévia autorização judicial” (BRASIL, 2017).

como ocorre nos artigos 5o, XIII, 6o, 7o, 8o e 194 a 204 (MORAES, Alexandre de, 2010, p. 22).

Nesse sentido, ao se retirar a plena liberdade e a dignidade do trabalhador⁵, este é reduzido à condição de coisa, em situação análoga à escravidão⁶.

O trabalho escravo atualmente configura uma das maiores chagas brasileiras, o que é compartilhado por muitos outros países. Com base em dados extraídos do The Global Slavery Index, Paulo César Corrêa Borges coloca que, somente em relação à América do Sul, a estimativa de pessoas submetidas a formas contemporâneas de trabalho escravo “[...] em números absolutos é de 589.600 vítimas, da qual cerca de 422.200 vítimas são [...] do Brasil (155.300), Colômbia (105.400), Argentina (77.300), Venezuela (60.900) e Bolívia (23.000)” (BORGES, 2015, p. 49), de modo que esses cinco países, no total, concentram 71,60% das vítimas no espaço sul-americano.

O legislador penal brasileiro cuida do trabalho escravo no artigo 149 do Código Penal, ao qual podem ser paralelamente aplicados os delitos de periclitacão da vida e da saúde (art.132), frustraão de direito trabalhista (art. 203), e o crime de tráfico de pessoas (art.149-A), entre outros (BRASIL, 1940).

O crime de reduão à condião análoga a de escravo tem a seguinte redaão, devidamente modificada pela Lei nº 10.803 (BRASIL, 2003):

Art. 149. Reduzir alguém a condião análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condiões degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoão em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;
II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Verifica-se, portanto, que o dispositivo penal cuida expressamente das con-

5 Quanto ao bem jurídico tutelado pelo art.149 CP, a jurisprudência inclina-se para a existência de dois deles, quais sejam a dignidade e a liberdade individual. A Min. Rosa Weber, na ementa do acórdão proferido no Inquérito 3.412/AL: “PENAL. REDUÃO A CONDIÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. [...] A ‘escravidão moderna é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode ocorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno[...]”. Em sentido contrário, contudo, o Ministro Marco Aurélio defendeu que o crime em debate pressupõe a restrição da liberdade de locomoão do trabalhador, enquanto, o Min. Dias Toffoli argumentou que erigir a dignidade da pessoa humana como bem jurídico tutelado pelo direito penal seria “um passo exagerado” (BRASIL, 2012).

6 A esse respeito Cezar Bitencourt assevera: “Reduzir alguém à condião análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os valores ético-sociais, transformando-o em res, no sentido concebido pelos romanos” (2018, p. 12171, e-book).

duas que podem ser consideradas como trabalho escravo, vinculando o aplicador a tais modalidades. De outro lado, cominaram-se causas especiais de aumento de pena nos casos de crimes praticados contra criança e adolescente e por motivo de raça, cor, etnia, religião ou origem. Em ambos os casos, observa-se que o legislador atendeu às disposições constitucionais que preconizam a doutrina da proteção integral da infância e da juventude (art. 227, CF) e o mandado de criminalização explícito previsto no art. 3º, IV, CF, que pressupõe o enfrentamento da discriminação nas mais diferentes formas.

4.3 Da submissão a qualquer tipo de servidão

A finalidade do tráfico de pessoas associada à submissão da vítima a qualquer tipo de escravidão não encontra correspondente específico entre as figuras típicas descritas na legislação penal brasileira (CUNHA; PINTO, 2018. p. 145).

Nesse sentido, invoca-se a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (NAÇÕES UNIDAS, 1956) para o esclarecimento da dimensão do conceito de servidão em face do próprio conceito da escravidão.

De acordo com tal documento internacional, entende-se por servidão em caráter geral

a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar a sua condição (art.1º, §2º).

Define-se, ainda, a servidão por dívida como “o estado ou condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade” (art.1º, §1º).

Mais adiante, em seu artigo 7º, § 1º, define-se em linhas gerais a escravidão como estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade.

Cotejando, portanto, os conceitos dispostos na Convenção com artigo 149, CP, verifica-se que este engloba em seus incisos o conceito de servidão, ao passo em que a definição de escravidão prevista no documento internacional não se amolda ao nosso sistema, que não contempla a escravidão como uma realidade em que seres humanos constituam propriedade alheia (CUNHA; PINTO, 2018, p.146).

4.4 Da adoção ilegal

O art.149-A, IV, CP não diferencia a vítima, que pode ser criança, adolescente e até mesmo pessoa adulta. Para esse último caso, nada impede o tráfico de maiores de idade para adoção ilegal, como, por exemplo,

[...] a hipótese em que alguém, titular de valioso patrimônio, seja pelo agente

acolhido, mediante abuso, para ser forçado a adotar o mesmo agente, que futuramente se beneficiará da herança. Neste caso, a adoção – que evidentemente deve ser voluntária – seria ilegal, bastante, portanto, para caracterizar a finalidade especial. (CUNHA; PINTO, 2018, p.147).

Quanto às vítimas menores, a doutrina da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu, para a adoção, uma série de regras a serem observadas no melhor interesse aos direitos fundamentais do ser humano em desenvolvimento. Exige-se, pois, preparação psicossocial e jurídica dos postulantes à adoção, criação e observância da ordem dos cadastros de adoção separados para fins de adoção nacional e internacional, estágio de convivência, e demais requisitos previstos em lei, que observem o superior interesse da criança no processo de adoção.

A obediência à ordem do cadastro é de tal forma resguardada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que este somente autoriza a adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando: a) se tratar de pedido de adoção unilateral; b) o pedido for formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; ou, c) quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 da Lei nº 8.069/90 (BRASIL).⁷

É inegável que, diante de tantas exigências legais, existam pessoas dispostas a burlar o sistema legal de adoção, de modo a criar um “mercado paralelo” destinado ao atendimento de uma demanda ilícita, sem que se descarte a contraprestação financeira pelo “serviço”. Cuida-se, pois, de problema real, com o qual nos deparamos dentro da realidade social globalizada.

Segundo a ONU, existem 25 milhões de crianças e adolescentes desaparecidos e 46 milhões de trabalhadores escravos no mundo (40% crianças e adolescentes). No Brasil, são 250 mil pessoas desaparecidas, sendo que apenas 15% são encontradas. A cada quinze minutos uma criança ou adolescente desaparece, segundo dados de CPI da Câmara dos Deputados de 2010. Somente no ano de 2016, no Estado de São Paulo, foram lavrados cerca de 22 mil boletins de ocorrência de desaparecimento de pessoas; entre janeiro de 2009 e setembro de 2014, 129.065 (destes, 9 mil relativos a crianças e 46 mil a adolescentes, segundo o MP-SP e o PLID-SP). Não é diferente no mundo: 400 mil pessoas desaparecidas na Inglaterra e 600 mil nos EUA (FERREIRA, 2017).

Estima-se, portanto, que certo percentual dessas crianças e adolescentes sejam encaminhadas à adoção ilegal, assim como para a remoção de órgãos, exploração sexual, mendicância e trabalho escravo.

7 “Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.” (BRASIL, 1990).

4.5 Da exploração sexual

Ao falarmos em exploração sexual, de imediato idealizamos sua vertente comercial traduzida pela prostituição. Entretanto, segundo a Agenda de Estocolmo, assim como em outros estudos, a exploração sexual de crianças, adolescentes e adultos engloba, para além da prostituição, a pornografia, o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais (DUARTE, 2009).

A pornografia envolve produção, divulgação, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico (CASTANHA, 2008). O art. 24, do ECA, Lei 8.069/90 (incluído pela Lei 11.829, de 2008) apresenta a definição de pornografia nos seguintes termos:

para os efeitos dos crimes previstos nesta lei, a expressão 'cena de sexo explícito ou pornográfica' compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (BRASIL, 1990).

Turismo sexual é aquele desenvolvido em cidades turísticas e amparado pelo comércio local, voltado notadamente às mulheres mais jovens, por nacionais e estrangeiros em países dotados de grande vulnerabilidade social.

Por fim, o tráfico para fins sexuais é o "movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, com o objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes" (CUNHA; PINTO, 2018, p.148).

4.5.1 O consentimento da vítima no tráfico humano para fins de exploração sexual

Para melhor compreender a questão afeta ao consentimento da vítima no tráfico voltado à exploração sexual, faz-se necessário, primeiramente o estudo dos crimes previstos no Capítulo V do Código Penal, os quais tratam do Lenocínio e demais condutas voltadas à repressão da exploração sexual.

Atualmente, muitas vezes se insurgem contra esses tipos penais, reputando-os não recepcionados pela Constituição Federal.

Argumenta-se, nesse sentido, que a liberdade sexual, único bem jurídico protegido pela norma penal, seria absolutamente disponível, de modo que apenas o discurso em prol da moralidade sexual e dos bons costumes sustentariam a incriminação daquele que explora a prostituição alheia.

A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci pondera que, em havendo o consentimento do ofendido nos crimes contra a liberdade sexual, não se justifica a repressão penal do lenão, eis que a suposta imoralidade da conduta não teria o condão de alçá-la à condição de bem jurídico. O autor ainda argumenta que, se a atividade principal (prostituição) não é considerada ilícita por nosso ordenamento jurídico, seria um verdadeiro contrassenso punir aquele que a favorece (NUCCI, 2010, p. 139-140).

Thais de Camargo Rodrigues propõe a delimitação do bem jurídico sexual

penal pautando-se em um direito penal mínimo baseado nos princípios da lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade. Questionando-se, ainda, sobre o propósito da interferência do direito penal nesse campo, reafirma que não se pode conceber a tutela penal para a mera proteção da moralidade pública, mas para garantir a liberdade do indivíduo, de modo a preservar a sua autodeterminação. Desse modo, há que se tutelar apenas a dignidade sexual de crianças, bem como a liberdade dos indivíduos, protegendo-os de quaisquer formas de violência ou constrangimento (RODRIGUES, 2014, p. 30).

Alice Bianchini, nessa mesma linha sustenta que “um Estado de Direito pressupõe o respeito às opções de vida de cada pessoa, sem se prestar a perseguir concepções ideológicas, ou privilegiar pregações religiosas ou moralistas”. E nessa esteira, conclui ser vedado ao direito penal imiscuir-se na tarefa de protetor da moralidade sexual, de forma que todos os delitos em que a liberdade sexual não estiver em jogo, dirige-se a punição a um comportamento que (à época) se tem por impróprio, indigno, e não à lesão de um bem jurídico, violando-se, por consequência, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (BIANCHINI, 2009).

Tomando por base a vitimodogmática, a Teoria da Autocolocação da Vítima em Risco e o princípio da autorresponsabilidade da vítima, Alessandra Orcesi Pedro Greco pontua que aqueles “que sabem qual a situação que os espera e essa situação é aceita, mas, por meios de coação não pode abandoná-la; e aqueles que sabem o que os espera e aceitam essas condições porque sua condição de vida, ainda que menos digna, é melhor do que na região de origem” devem ter a sua situação analisada de modo diferente daqueles que “[...] são aliciados com falsas promessas e em que, logo após, a situação não desejada se revela, mas que, dadas as circunstâncias, é irreversível”. Segundo a autora, “o ponto pendente está na aceitação, se livre e consciente da vítima às condições da nova vida, em caráter inicial ou permanente, e o assumir o risco dos desvios comuns em casos dessa natureza é suficiente para excluir o crime de tráfico de pessoas”. A despeito de tais colocações, ainda pondera a necessidade de verificação efetiva da capacidade da vítima em assumir o risco ou consentir, e se não se encontra em situação de fragilidade que justifique a própria existência dos crimes de tráfico de pessoas, a fim de se avaliar a efetiva possibilidade da aplicação da Teoria da Autocolocação em risco e do consentimento do ofendido como excludentes da imputação nessa modalidade criminosa (GRECO, 2010, p. 30-31).

Não podemos concordar, contudo, com tais posicionamentos no sentido de que a simples autonomia da vontade da pessoa maior e capaz se mostre suficiente à exclusão da antijuridicidade do crime de tráfico de pessoas atrelado à exploração sexual consentida pela vítima.

Em primeiro lugar, pontua-se a inexistência de contradição entre o direito à liberdade sexual assegurado pela CF e as figuras típicas concebidas pelo legislador penal, frente à necessária ponderação entre o princípio constitucional insculpido no artigo 5o, X e XLI, da CF e o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme se discorrerá adiante, nenhum princípio é absoluto, e, por vezes, há que se priorizar a dignidade, especialmente quando suportada por valores socialmente compartilhados

pela comunidade⁸.

No âmbito do direito penal, o princípio da alteridade tem por objetivo impedir a incriminação de condutas meramente subjetivas, incapazes de lesionar um bem jurídico, de modo que, não havendo a necessária transcendência da esfera individual do autor, não poderá ele ser punido por ter feito mal a si mesmo⁹. A despeito da não incriminação da prostituição por nosso ordenamento jurídico¹⁰, em face do Princípio da Alteridade, a sua exploração assume relevância social, eis que implica necessariamente o fomento de atividade ofensiva à moralidade pública sexual, quebra os valores familiares, e por conseguinte afronta ao Estado Democrático de Direito.

No contexto contemporâneo, o direito penal cada vez mais se sedimenta como instrumento de defesa e conservação da sociedade, sendo que o maior dilema que enfrenta na pós modernidade consiste justamente na “complexidade e contingências sociais decorrentes, dentre outros, das transformações dos valores verificadas em tempo tão curto” (MORAES, Alexandre Rocha, 2016, p. 30). Frente a esse dilema, acredita-se na necessidade do intérprete penal em resgatar a vontade da lei vigente, segundo os valores definidos nos bens jurídicos eleitos pelo legislador, diretamente do texto constitucional.

E nesse passo, o Estado Democrático de Direito insculpido por nossa Lei Maior não se limita a estabelecer a igualdade entre todos os homens, mas também por impor orientações e deveres voltados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional, pela erradicação da pobreza e da marginalização, pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação; pelo pluralismo político e a liberdade de expressão de ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e, principalmente, pelo respeito inarredável da dignidade humana. Nesse sentido, a par da discutível possibilidade do consentimento da vítima no que diz respeito à sua exploração sexual, é certo que não se pode afastar a tutela da moralidade e dignidade sexual no crime de tráfico de seres humanos, eis que este deflui da própria essência e necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana (CAPEZ; PRADO, 2009, p. 131).

De outro lado, ao se falar em consentimento da vítima como causa supralegal excludente da antijuridicidade, há que se verificar a, em primeiro lugar, a sua eficácia, em função do “balanceamento de interesses”. Nesse sentido posiciona-se Jescheck, para quem

8 Cezar R. Bitencourt, citado por Thais de Camargo Rodrigues (2014), com referência à sua obra Tratado de Direito Penal, conclui que “o legislador age contraditoriamente. Ao mesmo tempo em que visa proteger a liberdade sexual individual (art.5o, X e XLI, da Constituição Federal), criminaliza o exercício dessa mesma liberdade”.

9 Segundo Claus Roxin (2008, p. 44), a autolesão consciente, assim como a “sua promoção por terceiros não constituem objeto legítimo do direito penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado”.

10 Da mesma forma com que a autolesão e o suicídio, a prostituição não é crime. No entanto, são punidos pela lei penal a auto-agressão com finalidade de fraude ao seguro (art.171, §2º, V, CP) e o induzimento ou auxílio ao suicídio (art.122, CP). Como conclusão, não há contrassenso algum na criminalização da conduta acessória, quando a principal não é considerada crime.

La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida dentro de los ciertos límites por el ordenamiento jurídico porque el uso sin obstáculos de la libertad personal se presenta en cuanto tal como un valor social en el Estado de Derecho Liberal, que debe sopesarse junto con el interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos¹¹. (PIERANGELI, 2010, p. 107).

No caso do tráfico de seres humanos há evidente necessidade de conservação de interesses outros, que não a própria liberdade sexual do indivíduo, de modo a redundar na mais absoluta ineficácia do consentimento da vítima. Nesse sentido a lição de José Henrique Pierangeli, para quem “a eficácia do consentimento deve efetivamente ser deduzida da forma e do motivo que leva o Estado a tutelar determinados bens, e, sempre que essa tutela se apresente como expressão de um interesse geral ou público, o consentimento será ineficaz” (PIERANGELI, 2010, p. 114).

A prostituição enquanto exploração sexual comandada por terceiros, para além da dignidade da vítima e os direitos fundamentais dela decorrentes, atinge valores caros para a nossa estrutura social (valores familiares, moral coletiva), sendo que sua prática disseminada certamente serviria de incremento do descontrole social.

Em complemento, há que se analisar a questão sob o ponto de vista da política criminal, enquanto atividade de estado, na luta eficiente contra a criminalidade. Não cabe ao Estado furtar-se de sua atuação com base no slogan da ampla liberdade sexual defendida na atualidade. O tráfico de seres humanos figura como uma das maiores afrontas ao Estado Democrático de direito, eis que aniquila o seu fundamento, qual seja a dignidade da pessoa humana. É vital, portanto o seu enfrentamento de forma efetiva e geral, para que se opere a repressão e supressão da fonte de lucro da criminalidade organizada voltada à degradação de seres humanos, ainda que cientes e conscientes do efetivo abandono à proteção que lhes é outorgada pela norma penal. Isso porque, o consentimento para a prostituição jamais pode significar o consentimento para exploração, isto é, a aquiescência quanto ao tratamento desumano e indigno inerente ao tráfico de pessoas.

5 EXPLORAÇÃO, ABUSO E VULNERABILIDADE: UMA VISÃO A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes da promulgação da Lei nº 13.344/2016, o emprego de violência ou a fraude na execução do crime de tráfico de pessoas configuravam causas de aumento de pena. Por essa razão, era voz corrente na doutrina, devidamente amparada pela jurisprudência, que o consentimento da vítima era irrelevante, não se prestando, pois, a excluir a tipicidade e nem mesmo a antijuridicidade da conduta.

Com o advento da nova lei, os referidos modos de execução migraram para a condição de elementos do tipo penal do tráfico de pessoas. Como resultado, sem que haja violência, coação, fraude ou abuso, não haverá crime.

11 “A avaliação subjetiva dos direitos legais pelo indivíduo é reconhecida dentro de certos limites pela ordem jurídica, porque o uso desimpedido da liberdade pessoal é apresentado como um valor social no Estado do Direito Liberal, que deve ser ponderado juntamente com o interesse da comunidade na conservação dos bens jurídicos” (tradução livre).

Tomando por base tal disposição legal, alguns autores defendem a tese segundo a qual o consentimento válido da vítima atualmente funciona como causa excludente de tipicidade.

Causa estranheza, em um primeiro momento, tal posicionamento, especialmente quando se transporta o tipo penal para o mundo fenomênico, notadamente porque tal assertiva redundaria em absurdos como a atipicidade da conduta do traficante que, contando com a aquiescência da vítima, efetua a sua compra, mediante contraprestação financeira, para a remoção de seu fígado.

Ainda que deficiente a redação do artigo 149-A do Código Penal, há que se enfrentar a sua interpretação de acordo com as disposições do Protocolo de Palermo e frente à dignidade da pessoa humana, postulado este inegociável, eis que ínsito à própria condição humana.

Inicialmente, não se pode olvidar que o artigo 3º, “a” e “b”, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas dispõe que:

a) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, o engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefício para obter a aceitação de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração.

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea ‘a’ do presente Artigo será considerada irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea ‘a’. (BRASIL, 2004b).

De outro lado, há que se buscar no elemento normativo “abuso” a verdadeira essência do tipo penal em debate, fundando-se, pois, na vulnerabilidade da vítima e na impossibilidade de acatamento de condutas autorreferentes violadoras de sua dignidade.

Isso porque a dignidade, enquanto valor ínsito à própria condição humana, é irrenunciável¹².

Segundo a lição do Ministro Luís Roberto Barroso (2010), são elementos essenciais da dignidade humana, o valor intrínseco da pessoa humana, autonomia de vontade e seu valor comunitário.

Ao tratarmos do “valor intrínseco”, podemos afirmar que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida, mesmo diante da conduta individual indigna de seu titular. É justamente o valor intrínseco que, em muitas situações, protege a pessoa contra si mesma, como mandado estatal impeditivo de condutas auto lesivas à dignidade.

12 Cumpre observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um “direito à dignidade”. A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana. O que se pode exigir não é a dignidade em si – pois cada um já a traz consigo –, mas respeito e proteção a ela. Com razão, portanto, Ingo Sarlet (2015, p. XX), ao observar que: “quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna”.

Em atenção a esse valor maior, a lei penal não pode compactuar com situações que fomentem ou perpetuem a indignidade. Ao termo “abuso”, portanto, deve ser atribuído alcance mais extenso, evitando-se o seu atrelamento aos conceitos de abuso de autoridade ou simples vulnerabilidade, tal como definida no artigo 217-A, CP.

A esse respeito, Edmilson da Costa Barreiros Júnior (2017, p. 123) afirma:

Não é possível compreender tal elementar típica sem entender que as diversas formas de vulnerabilidade, protegidas pelos Tratados e Convenções Internacionais, estejam nela compreendidas. A vivência do Direito Internacional e do enfrentamento do tráfico humano pressupõe o enriquecimento desse conceito. O Direito não deve lutar contra a realidade quando há interpretação compatível para uma regulação razoável.

Não se concebe o tráfico de pessoas sem o antecedente da vulnerabilidade, seja ela social, cultural, psicológica, econômica¹³ ou simplesmente moral¹⁴. Não é somente a lógica das relações sociais que impõe tal raciocínio, mas também a Constituição Federal e os Tratados e Convenções Internacionais, em especial o Protocolo de Palermo.

A sujeição à exploração, portanto, pressupõe algum tipo de vulnerabilidade diretamente atrelada à relativização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ainda que consentimento houvesse por parte da vítima de tráfico humano, o simples contexto de vida em que se encontra inserida impede a aferição e sua validade. E para além disso, mesmo que reputado válido tal consentimento, ao nosso ordenamento jurídico não é lícito compactuar com a lógica sinistra que transige com a relativização da dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas, nas suas mais diversas formas é fenômeno global, inerente aos tempos modernos, e que demonstra que, apesar de todos os esforços civilizatórios empenhados até o presente momento histórico, ainda não foi encontrada uma solução para a total erradicação da escravidão humana.

Trata-se de crime silencioso, de difícil apuração, seja por suas próprias características, seja pelo planejamento e execução organizados por redes criminosas internacionais, que movimentam um mercado bilionário em torno da denegação da dignidade da milhares de pessoas vulneráveis por todo o mundo.

Seja por sua extensão, seja por seu caráter multifacetado, toda política criminal voltada à sua erradicação não pode ser pensada e nem mesmo estruturada por um só país atingido, mas por toda a comunidade internacional, tomando-se por base

13 De acordo com a OIT (2005, p. 61), “embora todo o projeto de migração exija capital financeiro e social, as vítimas de tráfico não têm acesso a esse capital e, por isso, se tornam presas de grupos de criminosos ou de indivíduos que exploram sua pobreza. São mais vulneráveis do que outros migrantes, pois antes da partida, têm de tomar dinheiro emprestado de agentes, inclusive de traficantes”.

14 Thamara Duarte Cunha Medeiros (2013, p. 14) ainda destaca como fatores contributivos da vulnerabilidade a “insegurança econômica e social; desigualdades e discriminação contra as mulheres e negros; desemprego, serviços de saúde e de educação precários, péssimas condições de moradia e alimentação, migrações, entre outros”.

o necessário tripé da prevenção, repressão e apoio à vítima, de forma integral.

No que diz respeito à repressão penal, não se imagina eficácia de resposta que não passe pela necessária transnacionalidade da atuação e extensão de competências para além dos limites territoriais de cada país, como única garantia de erradicação da impunidade.

Barreiras formais de competência, falhas legislativas, ausência de comprometimento com a troca de informações e colaboração entre estados visando ao efetivo cumprimento dos termos dos acordos internacionais configuram os maiores empecilhos para o enfrentamento eficiente dessa modalidade criminosa.

Não haverá alteração desse triste quadro enquanto não houver uma efetiva mudança de paradigma no sistema de repressão penal. Há que se ter em mente que o tráfico de pessoas implica escravidão e perda de dignidade, exigindo, portanto, contundente repressão; sob pena de ruptura com o conceito de Estado Social e Democrático de Direito. Seu enfrentamento não é um convite, mas obrigação social. Cabe a cada um de nós e, em especial ao Ministério Público, a execução desse mister.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes Federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS JR., Edmilson da Costa. **O Abuso e Vulnerabilidade no Tráfico de Pessoas nos termos da Lei Federal nº 13.344, de 06.10.16**. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; SCAMPINI, Stella Fátima (org.). **Tráfico de pessoas**. Brasília: MPF, 2017, p. 102-127. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/003_17_coletanea_de_artigos_trafico_de_pessoas.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 12 out. 2018.

BIANCHINI, Alice. **O bem jurídico protegido nos delitos sexuais (ou formas de controle da sexualidade)**. Tribuna, 01 jun. 2009. Disponível em: <https://www.tribuna-pr.com.br/noticias/o-bem-juridico-protegido-nos-delitos-sexuais-ou-formas-de-controle-da-sexualidade/>. Acesso em: 15 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2. Parte Especial. Crimes contra a Pessoa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança

e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003**. Altera o art. 149 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.803.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, DF: Presidência da República, 2004b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.412/AL**. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Penal. Redução a condição análoga a de escravo. Escravidão moderna. Desnecessidade de coação direta contra a liberdade de ir e vir. Denúncia recebida. Autor: Ministério Público Federal. Invest.: João José Pereira de Lyra; Antônio José Pereira de Lyra. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.344/16, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Panorama da Legislação de Combate ao Trabalho Escravo na América do Sul**. In: BORGES; Paulo César Correa. Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo. São Paulo: Ed. Cultura Acadêmica, 2015, p. 25-56.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Tráfico de Pessoa e o Bem Jurídico em face da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). Tráfico de pessoas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTANHA, Neide (Org). **Direitos Sexuais são Direitos Humanos. Caderno Temático**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: http://ftp.medicina.ufmg.br/paraelas/Downloads/DIREITO_SEXUAL_CRIANCA_ADOLESCENTES.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico de pessoas, Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. São Paulo: Ed. JusPodium. Salvador, 2018.

DUARTE, Luciana da Silva. **Curso Nacional de Enfrentamento à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública SENAS/MJ, 2009. Disponível em: http://senaspead.ip.tv/modulos/educacional/conteudo/0102paginas/EnfrentamentoExploracaoCriançasAdolescentes_completo.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 09 out. 2018.

FERREIRA, Sidnei. **Tráfico de crianças e adolescentes**. Crianças Desaparecidas.org, mar. 2017. Disponível em: <http://criancasdesaparecidas.org/index.php/blog/item/402-artigo-trafico-de-crianca-e>

-adolescente. Acesso em: 17 out. 2018.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Da autocolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas**. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEDEIROS, Thamara Duarte Cunha. **Matriz Nacional e Formação em Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: SNJ/MJ/UNODC, 2013. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/formacao-em-etp/anexos/matriz-formacao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal Racional. Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação para uma Atuação Criminal Preventiva**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MUNDO tem 40 milhões de pessoas na escravidão moderna e 152 milhões de crianças no trabalho infantil. Organização Mundial do Trabalho, [s. l.], Set. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_575482/lang-pt/index.htm. Acesso em: 8 out. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura**. Geneva: 1956. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-suplementar-sobre-abolicao-da-escravatura-do-traffic-de-escravos-e-das-instituicoes-e-praticas-analogas-a-escravatura-1956.html>. Acesso em: 09 out. 2018.

NAÇÕES UNIDAS; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011**. Brasília, DF: Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OIT. **Aliança Global contra Trabalho Forçado: Relatório Global do Segmento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Brasília, DF: Organização Internacional do Trabalho, 2005, p. 61. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf. Acesso em: 16 out. 2018.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido (na Teoria do Delito)**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

(Artigo de convidado)

LA DILIGENCIA POLICIAL DE VALORACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA VIOGÉN

*A DILIGÊNCIA POLICIAL DE VALORAÇÃO
DO RISCO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO
SISTEMA VIOGÉN*

*GENDER-BASED RISK ASSESSMENT BY
POLICE THROUGH VIOGÉN TOOL*

Bárbara Sánchez López

Profesora Ayudante

Doctora de Derecho Procesal, Universidad Complutense de
Madrid



RESUMEN

El objeto de esta comunicación es la poco conocida diligencia de valoración del riesgo de violencia de género y su implementación en España a través del sistema VdG o Viogén, cuyo desarrollo ha terminado configurando medidas policiales autónomas de protección de la víctima que pueden determinar el futuro de la valoración individual que el Estatuto de la Víctima de Delito, por exigencias de la Directiva 2012/29/UE, ha generalizado a toda clase de delitos violentos.

Palabras clave: Proceso penal. Funciones de la policía. Estatuto de la víctima. Violencia de género. Valoración del riesgo de la víctima.

RESUMO

O objeto deste artigo é a pouco conhecida diligência de avaliação do risco de violência de gênero e sua implementação na Espanha através do Sistema VdG ou Viogén, cujo desenvolvimento terminou por configurar medidas policiais autônomas de proteção da vítima que podem determinar o futuro da avaliação individual que o Estatuto da Víctima do Delito, por exigências da Diretiva 2012/29/UE, generalizou a toda classe de delitos violentos.

Palavras-chave: Processo Penal. Funções da polícia. Estatuto da vítima. Violência de gênero. Avaliação do risco da vítima

ABSTRACT

This paper focuses on the still little known gender-based risk assessment by police in Spain and its implementation in Spain through VioGén System, which development has constituted autonomous police measures that can determine the individual valuation's future that the Victim's Statute, by Directive 2012/29/UE's demand, has generalized to every kind of violent delicts.

Keywords: Criminal procedure. Police functions. Victim's statute. Gender based violence. Victim risk assessment.

SUMÁRIO

1. Introducción. 2. El protagonismo de las Fuerzas de Seguridad del Estado en la diligencia de valoración individualizada del riesgo de violencia de género. 3. El sistema VdG o VioGén como plataforma de seguimiento integral de la violencia de género. 4. La compilación de la información relativa a los factores de riesgo a través de los formularios VPR y VPER. 5. La valoración del riesgo en el sistema VioGén y la adopción de medidas de protección policial. 6. La valoración policial de la evolución del riesgo.

1 INTRODUCCIÓN

Desde el año 1999 en el que se introdujeron medidas de alejamiento en favor de las víctimas de violencia doméstica se han dado pasos de gigante en la implementación de medidas específicas de protección a las víctimas¹. Por elementales razones de tiempo y de espacio, no me detendré en desarrollar las medidas de alejamiento ni las órdenes de protección de víctimas, aunque – sin duda – han sido precursoras de la que aquí nos ocupa, que hasta hace pocos años ha presentado – y sigue presentando, pero no con carácter exclusivo– naturaleza instrumental respecto de las primeras. Me refiero a la llamada diligencia de valoración del riesgo de violencia de género y al conocido como “sistema VdG o Viogén”, que apenas han concitado atención doctrinal desde el ámbito jurídico² y, por ello, su conocimiento hoy suele estar restringido al círculo de profesionales de la psicología, la medicina forense o la policía que trabajan en este área³. Por su carácter multidisciplinar y sobretodo por la importancia que va a cobrar en el futuro con la generalización de la diligencia de valoración del riesgo a toda clase de delitos violentos⁴, merece la pena que nos detengamos unos minutos en conocer en qué consiste esta valoración individual del riesgo de violencia de género por parte de la policía.

1 Me refiero, fundamentalmente, a la LO 11/1999 (ESPAÑA, 1999a), de 30 de abril, y LO 14/1999 (ESPAÑA, 1999b), de 9 de junio, que introdujeron las medidas cautelares y definitivas de alejamiento en el proceso penal; y a la Ley 27/2003 (ESPAÑA), de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que fue el primer paso legislativo en materia de medidas específicas contra la violencia doméstica o en el ámbito familiar. La aspiración de una ley integral contra la violencia de género en especial se vio colmada apenas un año más tarde con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) (ESPAÑA, 2004). El último hito del legislador nacional en materia de protección de la víctima está situado en la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la Víctima del Delito (ESPAÑA, 2015a), desarrollada mediante Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre (ESPAÑA, 2015b).

2 Los estudios más reseñables, con perspectiva jurídica, se deben a Manuel José García Rodríguez (2017), “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”; y a José Luis González Álvarez, “Sistema de Seguimiento Integral de las víctimas de violencia de género. VIOGEN” (2016).

3 Desde estas otras importantes perspectivas, destacan las aportaciones de María José Garrido Antón (2012), “Validación del procedimiento de valoración del riesgo de los casos de violencia de género del Ministerio del Interior de España”, tesis doctoral inédita, codir. Luis F. García Rodríguez e Sergio Escorial Martín; de Jorge Zurita Bayona (2014), “Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo”, tesis doctoral inédita, codir. Manuel de Juan Espinosa y Luis Francisco García Rodríguez; de Juan José López-Ossorio (2017), “Construcción y validación de los formularios de valoración policial del riesgo de reincidencia y violencia grave contra la pareja (VPR4.0-VPER4.0) del Ministerio del Interior de España”, tesis doctoral inédita, codir. Luis Francisco García Rodríguez y José Luis González-Álvarez. Cfr. también Juan José López-Ossorio, José Luis González-Álvarez y Antonio Andrés-Pueyo (2016), “Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género”.

4 Véanse el artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (UNIÓN EUROPEA), por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (UNIÓN EUROPEA, 2001); los artículos 23-24 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, LEVD) (ESPAÑA, 2015a); y su desarrollo en los artículos 9 y 30 y ss. del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la LEVD y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (ESPAÑA, 2015b).

2 EL PROTAGONISMO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN LA DILIGENCIA DE VALORACIÓN INDIVIDUALIZADA DEL RIESGO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La LOMPVIG (ESPAÑA, 2004) proporciona el marco legal difuso – pero, al parecer, suficiente y, en todo caso, sobrevenidamente consolidado por la LEVD (ESPAÑA, 2015a) – de esta medida consistente en la valoración del riesgo de la víctima de violencia de género. Ningún artículo se ocupa de ella frontalmente, sino que es el resultado de la coordinación entre las diferentes Administraciones públicas competentes en materia de prevención, detección e intervención continuada en favor de la mujer en situación de riesgo de padecer violencia de género, con base en los diferentes artículos que regulan sus funciones (v., en lo referente a la policía, el art. 32 LOMPVIG). Y es que, aunque cabría imaginar que la valoración de esta situación de riesgo sería una tarea exclusiva de los jueces con la participación de las Unidades de Valoración Forense Integral a que se refiere la DA 2ª LOMPIVG, en ningún lugar está dicho que se trate de una medida exclusivamente jurisdiccional. Más aun, si el objetivo en esta materia es proporcionar una respuesta inmediata a las necesidades de seguridad de la víctima, no conviene –probablemente- que la valoración del riesgo y la adopción inmediata de medidas adecuadas hayan de ser siempre jurisdiccionales, habida cuenta que la primera respuesta institucional la proporcionan las Fuerzas de Seguridad del Estado (en adelante, FSE); lo que no cabe en ningún caso es excluir el control jurisdiccional sobre las diligencias de la policía o de cualquier otra Administración, sean de clase que sean.

En la actualidad, la valoración policial individualizada del riesgo para toda víctima está expresamente contemplada – desde el año 2015 – en el artículo 282 LECrim (ESPAÑA, 1882), reformado por la LEVD⁵. Pero esta disposición no existía al tiempo de promulgarse la LOMPIVG. Su implantación en materia de violencia de género mediante la plataforma que hoy conocemos como sistema VdG o Viogén ha venido propiciada por varios hechos: 1º) por la creación –ex artículo 31 LOMPIVG – de unidades policiales “especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas en materia de violencia de género”⁶; y 2º) por la aprobación de sucesivos protocolos de actuación y co-

5 Dice ahora así el artículo 282 LECRIM: “La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal./ Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial” (ESPAÑA, 1882).

6 Así, en el Cuerpo Nacional de Policía, la valoración se realiza por las “Unidades de Familia y Mujer” (UFAM), que prestan una atención integral, especializada y personalizada a las víctimas de violencia de género, violencia doméstica y violencia sexual (integran a las antiguas UPAP –Unidades

ordinación policiales en materia de violencia de género, que han tenido un efecto de refuerzo sobre la función de la policía en la prevención y detección de las situaciones de riesgo para la víctima⁷. Como corolario de estas medidas, dentro del catálogo de medidas urgentes del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género 2007-2008, se incluyó la implantación del “sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género, Sistema VdG o VioGén”⁸.

De esta forma, desde el mismo momento en que la policía tenga conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal en materia de violencia de género, las FSE han de practicar – como diligencia de investigación que deben incorporarse al atestado⁹ – las medidas de averiguación de la existencia e intensidad de la situación de riesgo para la víctima, fundamentalmente a través de la toma de declaración de la víctima, de testigos, pero también recabando información de personas del entorno familiar, vecinal, laboral, Servicios Sociales, servicios sanitarios y administrativos de atención a la víctima, consultas en los registros públicos, etc. La finalidad de la información recopilada radica en acordar las medidas más adecuadas al nivel de riesgo detectado y, por eso, su eficacia reside en la puesta en común de esta información a través de esta plataforma VdG o Viogén, que está en funcionamiento desde julio de 2007.

3 EL SISTEMA VDG O VIOGÉN COMO PLATAFORMA DE SEGUIMIENTO INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El sistema VdG o Viogén, de seguimiento integral en los casos de violencia de género, es un servicio estratégico que se mantiene constantemente actualizado y que integra, tecnológicamente, toda la información disponible sobre un caso o sobre una víctima en los que se ha realizado ya la valoración del riesgo¹⁰; los casos salen

de Prevención, Asistencia y Protección a la mujer maltratada – y SAM – Servicios de Atención a la Mujer –). Por su parte, en la Guardia Civil existen unidades específicas llamadas “Equipo Mujer-Menor” (EMUME), creados en 1995 como equipos especializados en hechos delictivos en los que se encuentran implicadas mujeres y menores, tanto en calidad de víctimas como de autores; trabajan en Puntos de Atención Especializada (PAE) comarcales y provinciales y a nivel nacional trabaja el EMUME-Central, que presta labores de apoyo y que interviene directamente cuando concurren circunstancias de especial complejidad. Y, por último, en los ámbitos autonómico y municipal, un número creciente de administraciones han creado también unidades especializadas que colaboran con los Juzgados y con los servicios sociales. A nivel autonómico, merece destacar, por su integración en el sistema VioGén, la especialización de la Policía Foral de Navarra. En el escalón municipal, v. gr., en la Villa de Madrid asume la función de policía especializada la “Unidad de Atención y Protección a la Familia” (UAPF).

7 La decena de protocolos policiales aplicables a esta materia pueden consultarse en (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2018). Nosotros centraremos nuestra atención en el nuevo protocolo del año 2016 para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género.

8 El Consejo de Ministros de 22 de junio de 2007 aprobó estas medidas, dentro de las cuales consta la creación de una “aplicación informática que permite reunir todos los datos de que disponen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado e Instituciones Penitenciarias. Instrumento para la valoración del riesgo. Aplicación del sistema de control GPS a los agresores” (LA MONCLOA, 2007). Mediante Orden INT/1911/2007, de 26 de junio, ya derogada, se creó, en el Ministerio del Interior, el fichero de datos de carácter personal “Violencia doméstica y de género” (ESPAÑA, 2007a).

9 Como hace notar De Hoyos Sancho (2009, p. 164, nota 12), en sede judicial debe ser posible contrastar la información con informes periciales de las unidades de valoración forense integral.

10 En el sistema VioGén un caso agrupa toda información que vincula a una víctima con un agresor determinado; si la víctima ha padecido violencia por parte de más de un agresor, cada uno de

del sistema si causan baja por haberse dictado con carácter firme sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre del encausado, o por cumplimiento y cancelación de antecedentes (o por fallecimiento). En la fecha actual de principios de mayo de 2018, existen en el sistema VdD o VioGén casi medio millón de casos, que comprenden tanto los casos activos (= los que son objeto de atención policial en términos actuales), como los inactivos (= casos que han sido activos y que no lo son en términos actuales, pero que son susceptibles de volver a serlo). En la actualidad, el número de casos activos representa el 10'90 % de todos los casos que gestiona el sistema¹¹.

La información procede de las declaraciones de la propia víctima, de los testigos directos y de referencia, y de las incidencias provenientes del Registro Judicial de Medidas Cautelares, de dispositivos de geoposicionamiento, de servicios de atención y asistencia para víctimas, del Registro de Armas, de antecedentes policiales y –tratándose de agentes de la Policía Nacional y la Guardia Civil– de cuantos ficheros policiales pueden consultar, como, v. gr., la situación legal en España de personas extranjeras mediante “ADEXTRA”. Las finalidades que así cumple el sistema VioGén son, fundamentalmente, tres: 1º) integra toda la información policial, judicial y penitenciaria sobre la violencia de género para coordinar las actuaciones necesarias; 2ª) realizar la valoración del nivel de riesgo de padecer nuevas agresiones y sirve para controlar su seguimiento; y 3º) y proporciona esta información a los agentes institucionales que intervienen en el área de la violencia de género. Integra, además, un subsistema muy útil llamado “sistema 3A: Aviso, Alerta, Alarma”, que genera alertas y notificaciones telemáticas inmediatas sobre ciertas circunstancias significativas: v. gr., para informar a la víctima sobre los cambios en la situación de libertad o de prisión del agresor, para avisar a los agentes de la necesidad de revisar la evolución del riesgo, para alertarles de que se ha reanudado la convivencia de la víctima con el agresor, de que se ha registrado una nueva agresión de un autor con otra víctima, o de la suspensión o finalización de una orden de protección. Con la implementación de este subsistema se consigue una permanente actualización del nivel de riesgo de la víctima, que se denomina “Estimación Permanente de Evolución del Riesgo” (EPER).

El servicio entró en funcionamiento a raíz de una primera Instrucción núm. 10/2007, de 10 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, por la que se aprobó el “Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal” (ESPAÑA, 2007b). En la actualidad y tras diversas modificaciones, tanto del protocolo como de los formularios de valoración de riesgo, el protocolo ha sido sustituido por otro aprobado mediante Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad (en adelante, “el Protocolo”) (ESPAÑA, 2016), que asegura la uniformidad en la compilación y el tratamiento de los datos y su fácil consulta por las personas autorizadas;

ellos genera un caso. El sistema VioGén no integra los casos que tienen pendiente la realización de la valoración del riesgo.

11 El número total de casos que gestiona VioGén es de 497.641, según el Informe estadístico del Sistema VioGén con datos tomados al 30 de abril de 2018 (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018). De ellos, son casos activos 54.259 y solo 500 han causado baja. El resto son casos inactivos.

el acceso al fichero de datos y su gestión se rige por la vigente Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo (véase el anexo II. 13: Fichero de violencia doméstica y de género) (ESPAÑA, 2011).

El alto nivel de seguridad en el acceso al fichero explica que solo puedan acceder a él determinados usuarios institucionales y que, mediante su identificación electrónica, los usuarios gocen de diferentes niveles de acceso y edición de los datos. Pueden acceder a él los órganos judiciales del orden penal, los fiscales destinados en las fiscalías de los tribunales competentes, los funcionarios autorizados de las unidades policiales especializadas en violencia de género, los Directores de los Centros Penitenciarios o de los Centros de Inserción Social, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, las Unidades de Valoración Forense Integral, y el personal de las CC.AA. y –previa suscripción del correspondiente convenio de cooperación con la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior–, el personal de las entidades locales con competencia en servicios asistenciales, puntos de coordinación de las órdenes de protección de violencia doméstica y de género y oficinas de atención a la víctima del delito.

4 LA COMPILACIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA A LOS FACTORES DE RIESGO A TRAVÉS DE LOS FORMULARIOS VPR Y VPER

Como diligencia policial, los agentes especializados deben compilar la información imprescindible para evaluar tanto el riesgo de que se produzca una nueva agresión (Valoración Policial del Riesgo, VPR), como su evolución posterior (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo, VPER). La recogida de esta información se realiza por los agentes policiales – nunca por la víctima – cumplimentando los factores de riesgo de tipo histórico que permiten realizar la estimación del riesgo a través de dos formularios distintos y que van ya – desde septiembre de 2016 – por la novedosa versión 4.0¹².

La información inicial del caso se compila a través del “formulario VPR”, en el que se contemplan treinta y nueve indicadores de riesgo. Algunos de ellos son, v. gr., si han existido vejaciones, insultos, humillaciones, violencia física o sexual; cuáles han sido las reacciones defensivas de la víctima; si el agresor ha empleado armas contra la víctima y si tiene acceso a ellas; si la víctima ha recibido amenazas o planes para causarle daño físico o psíquico; si ha existido una escalada en la gravedad o en la frecuencia de las agresiones o amenazas; si el agresor ha mostrado en los últimos seis meses celos exagerados o conductas de control sobre la víctima; si el agresor ha dado muestras de comportamiento violento causando daños materiales, o faltando el respeto a la autoridad, o agrediendo a personas o animales, o despreciando o enfrentándose a terceras personas; si en los últimos seis meses existen indicios de

¹² El desarrollo inicial de estos formularios se debe al trabajo conjunto de especialistas policiales y de investigadores del área de la psicología procedentes de la Universidad Autónoma de Madrid, de la Universidad de Barcelona y de la Universidad de Málaga; en la actual versión 4.0, efectuada tras una revisión de la eficacia predictiva del sistema, han trabajado durante más de dos años un grupo de trabajo de expertos del Ministerio de Interior, la magistratura, el CGPJ, la Fiscalía Especial de Violencia sobre la Mujer, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género y de las FSE. Cfr. M. J. García Rodríguez, (2017, p. 747), y J. L. González Álvarez (2016, p. 111).

que el agresor tenga algún problema laboral o de otro orden distintos de la relación de pareja; si el agresor se encuentra fugado o en paradero desconocido.

En la versión inmediatamente anterior a la actual, había que indicar –respecto de cada ítem de riesgo – el o las varias fuentes de la información mediante opciones predeterminadas acumulables (“víctima”, “autor”, “testigo”, “Informe técnico”) y, al mismo tiempo, se debía seleccionar el nivel de riesgo apreciado entre las seis opciones disponibles: “no sabe”, “no disponible”, “bajo”, “medio”, “alto”, “extremo” (este último introducido en el año 2008). La versión actual sigue compilando las varias fuentes, pero, con la mayor concreción de los indicadores de riesgo, la respuesta al nivel de riesgo apreciado se ha ajustado a un formato más concreto y polarizado: “sí”, “no”, “no (se) sabe”.

5 LA VALORACIÓN DEL RIESGO EN EL SISTEMA VIOGÉN Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN POLICIAL

Los datos así recogidos se someten a algoritmos diseñados ad hoc para valorar automáticamente las puntuaciones introducidas en los distintos ítems; estos algoritmos son producto del estudio continuado de los policías, psicólogos y académicos expertos que trabajan en el desarrollo del sistema VioGén en la Secretaría de Estado de Seguridad.

El sistema devuelve la valoración de riesgo de la víctima estructurada en los siguientes cinco niveles de riesgo: “no apreciado” (25.933 casos), “bajo” (23.357 casos), “medio” (4.767 casos), “alto” (188 casos) y “extremo” (14 casos). Este nivel puede ser variado al alza por los agentes actuantes en atención a circunstancias que no vengán recogidas en los indicadores del sistema y siempre que lo valoren como necesarias para la mejor protección de la víctima.

Cada uno de los niveles de riesgo lleva aparejadas determinadas medidas policiales de protección y seguridad de las víctimas de carácter obligatorio y de carácter complementario (que se encuentran recogidas en el Adjunto I del nuevo Protocolo), así como – novedosamente con el nuevo Protocolo – medidas de autoprotección por parte de la víctima (Adjunto II del Protocolo), que constituyen el “Plan de Seguridad personalizado de cada víctima”, con especial atención a víctimas menores (Adjunto III del Protocolo). Por lógicas razones de brevedad, no puedo extenderme en explicar las medidas asociadas a cada nivel de riesgo, aunque no puedo dejar de referirme, cuanto menos, a las medidas previstas para los dos niveles de riesgo más frecuentes: el nivel de riesgo “no apreciado”, que es el nivel prevalente con 25.933 casos en la actualidad, y el nivel de riesgo “bajo”, que sigue en número con 23.357 casos. También he de hacer notar que las medidas asociadas a un nivel de riesgo suponen la adopción de las previstas para todos los niveles de riesgo menores que el valorado.

Cuando la valoración del riesgo de violencia de género que arroja VioGén es “no apreciado”, corresponde adoptar las medidas de información y prevención aplicables a cualquier ciudadano para informarle de los derechos y de los recursos públicos a su disposición y ofrecerle recomendaciones de autoprotección, complementadas

con la facilitación de los teléfonos de emergencia y la asistencia especializada.

Cuando, en un escalón superior, el nivel de riesgo es “bajo”, la policía debe adoptar, de un lado, medidas obligatorias consistentes en: 1º) Respecto del agresor, comunicarle que la víctima dispone de un servicio policial de protección y requerirle –si tuviera licencia de armas– para que las entregue voluntariamente a los agentes actuantes, cursando posteriormente una solicitud de retirada del permiso de armas a la autoridad judicial. Y 2º) respecto de la víctima, establecer contactos telefónicos esporádicos con ella; facilitarle números de teléfono de contacto permanente (24 horas) con las FSE; informarle de forma precisa sobre el servicio de tele asistencia móvil; derivarle hacia los servicios sociales y asistenciales que correspondan a su domicilio, recomendándole encarecidamente que se informe de los recursos a su disposición (especialmente los que tengan que ver con su seguridad: puntos de encuentro, viviendas de acogida, etc.); y darle recomendaciones sobre autoprotección y modos de evitar incidentes. Además y como medidas complementarias de protección correspondientes a este nivel, los agentes pueden establecer contactos personales, esporádicos y discretos, con la víctima; confeccionar una ficha con los datos relevantes de la víctima y del agresor para que la porte el personal de patrulla; y acompañar a la persona denunciada –si el juez ha acordado su salida del domicilio– a recoger sus enseres. Lo anterior se completa con el diseño del Plan de Seguridad de la Víctima, que en este nivel incluye las recomendaciones de: 1º) Portar siempre el teléfono móvil con la lista de números de teléfono importantes y de emergencia en un lugar preferente, así como guardar los números de emergencia (112, 091, 062 y 092) en el dispositivo móvil vinculándolos a teclas de marcación automática y rápida; 2º) Instalar en el móvil la app AlertCops, una aplicación telemática de seguridad ciudadana para dispositivos móviles desarrollada por el Ministerio de Interior, que presta un servicio de notificación inmediata de denuncias, u otra aplicación equivalente; y 3º) fomentar la realización de cursos de defensa personal.

El resultado de la VPR se comunica al Juzgado y, en su caso, al Ministerio Fiscal junto en un informe que se incluye en el atestado y debe recoger los principales factores de riesgo apreciados. Judicializado el atestado, corresponde al juez valorar, con el auxilio de las Unidades de Valoración Forense Integral, las circunstancias fácticas que justifican la adopción de medidas cautelares de protección de la víctima, a cuyo efecto el informe policial constituye una diligencia más que permite su más precisa valoración judicial.

Cabe, así, que existan discrepancias entre las medidas policiales implantadas y la resolución judicial sobre las medidas cautelares procedentes. Para el caso de discrepancia, el Protocolo, no obstante reconocer la preeminencia de las medidas judiciales que en su caso se acuerden, impone el deber de las FSE de “seguir facilitando la protección que corresponda a la víctima por su nivel de riesgo, y el caso permanecerá “activo” en el Sistema VioGén, hasta que el nivel de riesgo llegue a “no apreciado” y se pase a “inactivo”. Y si es imposible el seguimiento de estas medidas policiales que cabe calificar como autónomas, a causa, v. gr., de renunciar la víctima a una orden de protección o por trasladarse al extranjero “éstas se adaptarán a las circunstancias que se deriven de la nueva situación”.

6 LA VALORACIÓN POLICIAL DE LA EVOLUCIÓN DEL RIESGO

Por lo demás, como el riesgo de padecer un episodio de violencia de género es siempre cambiante y dinámico, una vez efectuada la valoración inicial del riesgo corresponde mantener actualizada la evaluación del riesgo. De ahí que el Protocolo imponga la obligación de monitorizar la situación de riesgo de la víctima y realizar la Valoración Policial de la Evolución del Riesgo (VPER) en tres supuestos: cuando lo pida el juez o el Ministerio fiscal, cuando se comuniquen algún hecho o cambio significativo (v. gr. una nueva denuncia o el quebrantamiento de una medida de protección), o periódicamente, mediante una reevaluación de los factores de riesgo y como parte de la función de predicción y prevención de la violencia de género que cumple el sistema VioGén.

La VPER se completa también telemáticamente a través de ítems de riesgo que permiten valorar circunstancias sobrevenidas desde la última evaluación, para lo que pueden resultar precisas nuevas entrevistas con la víctima y con personas de su entorno. Una vez que un caso es registrado en el sistema VioGén es sometido a la realización periódica de la VPER cada cierto tiempo predeterminado que es inversamente proporcional al nivel de riesgo apreciado en la valoración de la que se parte. Así, el nivel extremo ha de ser reevaluado antes de 72 horas; el nivel alto, antes de 7 días; el nivel medio, antes de 30 días; el bajo, antes de 60 días; y el nivel no apreciado, cada 60 días cuando la víctima cuente con orden de protección, y cada 90 días, si no cuenta con orden de protección.

Cuando se estime, en fin, que han desaparecido o remitido las circunstancias de riesgo para la víctima, el Protocolo establece que las FSE lo comuniquen al Juzgado, “informando sobre los factores determinantes de tal valoración, pasando el caso a estar ‘inactivo’ en el Sistema VioGén cuando no resulte de aplicación una medida cautelar de protección en vigor”.

REFERENCIAS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Protocolos**. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/>. Acceso en: 14 jun. 2018.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. **Particularidades de la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género**. In: Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina; ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier (coord.). Valladolid, 2009. p. 161-187.

ESPAÑA. **Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia, 1882. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acceso en: 14 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del**

Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Madrid: Jefatura del Estado, 1999a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>. Acceso en: 12 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Madrid: Jefatura del Estado, 1999b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-12907>. Acceso en: 19 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.** Madrid: Jefatura del Estado, 2003. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-15411>. Acceso en: 19 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.** Madrid: Jefatura del Estado, 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>. Acceso en: 12 jun. 2018.

ESPAÑA. **Orden INT/1911/2007, de 26 de junio, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal «Violencia doméstica y de género», en el Ministerio del Interior.** Madrid: Jefatura del Estado, 2007a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12742>. Acceso en: 14 jun. 2018.

ESPAÑA. **Instrucción nº 10/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al ministerio fiscal.** Madrid: Ministerio del Interior, 2007b. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/INSTRUCCION%2010-2007%20Ministerio%20Valoracion%20riesgo_1.0.0.pdf. Acceso en: 20 jun. 2018.

ESPAÑA. **Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior.** Madrid: Ministerio del Interior, 2011.

ESPAÑA. **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.** Sevilla: Jefatura del Estado, 2015a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>. Acceso en: 20 jun. 2018.

ESPAÑA. **Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.** Madrid: Ministerio de Justicia, 2015b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-14263>. Acceso en: 13 jun. 2018.

ESPAÑA. **Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las**

víctimas. Madrid: Secretaría de Estado de Seguridad, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2csdLE9>. Acceso en: 14 jun. 2018.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José. **Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal.** Revista General de Derecho Procesal, n. 41, 2017. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=418313. Acceso en: 14 jun. 2018.

GARRIDO ANTÓN, María José. **Validación del procedimiento de valoración de riesgo de los casos de violencia de género del Ministerio del Interior de España.** Tutores: Luis F. García Rodríguez y Sergio Escorial Martín. 2012. Tesis (Doctorado en Psicología) – Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2012. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/11170>. Acceso en: 12 jun. 2018.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, José Luis. **Sistema de Seguimiento Integral de las víctimas de violencia de género. VIOGEN.** In: ATIP. IX Jornadas de la Asociación de Técnicos Superiores de Instituciones Penitenciarias. Almagro 2016 (19, 20 y 21 de octubre). Cáceres: Gráficas Hache, 2016. p. 102-120. E-book. Disponible en: <https://www.icfs.es/wp-content/uploads/2017/07/libro-atip-2016-web.pdf>. Acceso en: 12 jun. 2018.

MINISTERIO DEL INTERIOR. Gobierno de España. **Sistema de seguimiento integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén).** Informe estadístico del Sistema VioGén a 30 de abril de 2018. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/8312985/Datos+estad%C3%ADsticos+30_04_2018/c101e2f6-52c5-40c6-a812-66d4e300ab09. Acceso en: 14 jun. 2018.

LA MONCLOA. Gobierno de España. **Referencia del Consejo de Ministros.** 2007. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2007/refc20070622.aspx#ViolenciaG%C3%A9nero>. Acceso en: 14 jun. 2018.

LÓPEZ-OSSORIO, Juan José; GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, José Luis; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. **Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género.** Psychosocial Intervention, v. 25, n. 1, p. 1-7, abr. 2016. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1798/179844973001.pdf>. Acceso en: 12 jun. 2018.

LÓPEZ-OSSORIO, Juan José. **Construcción y validación de los formularios de valoración policial del riesgo de reincidencia y violencia grave contra la pareja (VPR4.0-VPER4.0) del Ministerio del Interior de España.** 2017. Tutores: Luis Francisco García Rodríguez y José Luis González-Álvarez. Tesis (Doctorado en Psicología) – Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2017. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/678510?show=full>. Acceso en: 12 jun. 2018.

UNIÓN EUROPEA. **Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.** Bruselas: Consejo de la Unión Europea, 2001. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/baa3e644-164a-444f-9006-1a50f10bddd>. Acceso en: 09 jun. 2018.

UNIÓN EUROPEA. **Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo**

de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [...]. Estrasburgo: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso en: 17 jun. 2018.

ZURITA BAYONA, Jorge. **Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo.** Tutores: Manuel de Juan Espinosa y Luis Francisco García Rodríguez. 2014. Tesis (Doctorado en Psicología) – Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2014. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/661810>. Acceso en: 12 jun. 2018.

(Artigo de convidado)

LOS DERECHOS A LA TRADUCCIÓN Y A LA INTERPRETACIÓN RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: LUCES Y SOMBRAS

OS DIREITOS À TRADUÇÃO E À INTERPRETAÇÃO RECONHECIDOS ÀS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL ESPANHOL: LUZES E SOMBRAS

THE RIGHT ON TRANSDUCTION AND INTERPRETATION RECOGNIZED TO THE VICTIMS IN SPANISH CRIMINAL PROCESS: LIGHTS AND SHADOWS

Clara Fernández Carron

Profesora contratada

Doctora interina de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid



RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el reconocimiento legal a la víctima alófono de su derecho a la traducción y a la interpretación en el marco del proceso penal. Se estudia el alcance con el que se han visto reconocidos ambos derechos a las víctimas y se van analizando las ventajas e inconvenientes que presenta la regulación legal en este punto, para acabar concluyendo que si bien ésta es, en general, positiva, sin embargo, adolece de un problema importante: en la práctica, el ejercicio efectivo de ambos derechos por parte de la víctima alófono puede llegar a resultar muy difícil.

Palabras clave: Víctima. Derecho a la traducción. Derecho a la interpretación. Videoconferencia.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar o reconhecimento legal à vítima alófono de seu direito à tradução e à interpretação no marco do processo penal. Estuda-se o alcance com o qual ambos os direitos são reconhecidos às vítimas e analisam-se as vantagens e inconvenientes que apresenta a regulação legal neste ponto, para concluir que, se bem que esta é, em geral, positiva, todavia padece de um problema importante: na prática, o exercício efetivo de ambos os direitos por parte da vítima alófono pode ser muito difícil.

Palavras-chave: Víctima. Direito à tradução. Direito à interpretação. Videoconferência.

ABSTRACT

The present issue aims to analyze the legal recognition for the foreign victim of its right to traduction and interpretation in criminal process. The reach of the recognition of both rights to the victims is studied, and also the advantages and inconveniences that legal regulation presents in this point, to conclude that, although it is generally positive, it suffers from an important problem: in practice, the effective exercising of both rights by the foreign victim may be very difficult.

Keywords: Victim. Right to Traduction. Right to Interpretation. Video Conference.

SUMÁRIO

1. Observaciones preliminares. 2. Origen de la LEVD. 3. Derecho a la traducción y derecho a la interpretación reconocidos a las víctimas. 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Derecho a la interpretación. 3.3. Derecho a la traducción. 4. Conclusiones

1 OBSERVACIONES PRELIMINARES

La finalidad del presente estudio radica en el análisis de un punto muy preciso del régimen jurídico de la víctima en el proceso penal español: el reconocimiento por parte del legislador de los derechos a la traducción y a la interpretación. Habida cuenta de la extensión de este trabajo, procederemos en primer lugar a abordar brevemente el análisis del origen de la Ley 4/2015 (ESPAÑA, 2015a), de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD) que, entre el catálogo general de derechos comunes que reconoce a todas las víctimas, regula los derechos a la traducción e interpretación reconocidos a las víctimas del delito, y que fue desarrollada posteriormente por el Real Decreto 1109/2015 (ESPAÑA, 2015b), de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la LEVD y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (en lo sucesivo RD 1109/2015); a continuación centraremos nuestra atención en determinar el alcance del derecho a la traducción y del derecho a la interpretación; y, finalmente, concretaremos las ventajas e inconvenientes que, a nuestro juicio, presenta la regulación legal de ambos derechos.

2 ORIGEN DE LA LEVD

El primer precedente del “Estatuto de la víctima” lo constituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en adelante DM), que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en ese ámbito (ESPAÑA, 2001). Aunque ésta, con la que se pretendía lograr un reconocimiento homogéneo y uniformador de la víctima en el ámbito de la UE, no fue desarrollada por los países de la Unión, sin embargo, algunos sí que publicaron su normativa específica. Esto es lo que ocurrió, entre otros, con nuestro Estado en el que, aunque con un ámbito y alcance diferentes, se aprobaron algunas normas que atendían a colectivos concretos de víctimas de determinados delitos (terrorismo, libertad sexual, violencia de género, etc...), pero que no ofrecían un catálogo sistemático y unificado de derechos de la víctima, y que por tanto no brindaban una respuesta conjunta a la situación de la víctima en general ni tampoco, en particular, a su situación ante el proceso penal. Centrándonos ya en el origen de la LEVD, lo primero que hay que advertir es que, en el Anteproyecto de esta Ley (en lo sucesivo ALEVD) (ESPAÑA, 2014), el legislador pretendió introducir la trasposición de dos Directivas: de un lado, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales (en adelante DIT) (UNIÓN EUROPEA, 2010); y de otro, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (en lo sucesivo DPVD), que sustituyó a la DM (UNIÓN EUROPEA, 2012). Dado que la opción de introducir en la LEVD la trasposición de la DIT fue rápidamente rechazada, la LEVD, en síntesis, y por lo que ahora interesa, vino a transponer a nuestro Derecho interno la DPVD.

3 DERECHO A LA TRADUCCIÓN Y DERECHO A LA INTERPRETACIÓN RECONOCIDOS A LAS VÍCTIMAS

3.1 Cuestiones generales

Antes de adentrarnos en el análisis de los derechos a la traducción y a la interpretación reconocidos a las víctimas de delitos, deben tenerse presentes las siguientes consideraciones previas:

a) La aprobación de la LEVD no ha supuesto la derogación de la normativa nacional especial existente en nuestro Ordenamiento jurídico destinada a reconocer los derechos de los colectivos de víctimas que presentan especiales necesidades o una mayor vulnerabilidad. De ello se deduce que, por lo que respecta al reconocimiento de los derechos a la traducción y a la interpretación, habrá de estarse a lo dispuesto en toda esta normativa, conjugando las previsiones que se recojan al respecto en cada una de ellas.

b) La LEVD ha supuesto un cambio radical en la forma de entender la participación de la víctima en el proceso judicial. Por fin está presente en el proceso y debe ser tenida en cuenta desde su inicio, reconociéndosele una participación mucho más activa en él y, de solicitarlo, debiendo ser informada cumplidamente del estado de la causa durante su tramitación, o al menos de sus hitos más relevantes, llegando incluso a permitirle recurrir determinadas resoluciones aun cuando no esté previamente personada y, en ocasiones, incluso sin necesidad de asistencia letrada. En consecuencia, la LEVD ha incrementado notablemente las exigencias derivadas del derecho a interpretación y a traducción.

c) A la hora de reconocer derechos a las víctimas – directas o indirectas (art. 2 LEVD) –, la LEVD no diferencia entre la gravedad del delito. Esto se corrobora con la lectura de su art. 1, en el que se dispone que las disposiciones de la ley serán aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España. Así, se han de reconocer los mismos derechos a las víctimas de delitos leves que a las que lo sean de delitos graves, cosa que, atendiendo al importante número de derechos que se les reconoce en la LEVD y teniendo en cuenta la escasez de recursos humanos y materiales, conduce a que, en la práctica, resulte muy difícil alcanzar la efectividad real de tales derechos, por lo que hubiera sido muy positivo que, en aras a priorizar y asignar más eficientemente la escasez de recursos, la LEVD hubiera diferenciado a las víctimas atendiendo a criterios de mayor o menor gravedad del delito.

d) Los derechos que reconoce la LEVD a las víctimas (art. 3 y ss) tienen un ámbito de aplicación temporal bastante extenso: se les garantiza su ejercicio antes del comienzo del proceso (es decir, desde el primer contacto con autoridades o funcionarios); a lo largo de todo el proceso; y tras su conclusión, durante un periodo de tiempo adecuado.

e) El primero de los derechos básicos de las víctimas, denominado “derecho a entender y ser entendida”, está relacionado directamente con garantizar la comunicación, condición previa e indispensable para asegurar la efectividad de su derecho

a participar en el proceso. Tal derecho se reconoce en su máxima extensión, ya que es exigible en todo tipo de actuaciones que tengan que ver con el delito cometido -no ya sólo desde la interposición de la denuncia y durante el proceso penal, sino incluso con carácter previo a la interposición de aquélla-, y ya sea en sede administrativa, policial o judicial. A fin de que el derecho de la víctima a entender y ser entendida en cualquier actuación pueda ejercitarse plenamente, el art. 4 LEVD señala que todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se han de hacer en un lenguaje claro, sencillo y accesible, teniéndose en cuenta las características personales de aquéllas y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad.

f) Una vez garantizada la comunicación, puede desplegar ya toda su eficacia el derecho a la información reconocido a las víctimas tanto desde el primer contacto que tengan con las autoridades competentes, incluyéndose aquí también el momento previo a la interposición de la denuncia (art. 5 LEVD), como sobre la causa penal (art. 7 LEVD). Por lo que respecta a lo primero, el art. 5 LEVD, en el que se recoge un extenso elenco de derechos que habrán de comunicarse a la víctima, señala que toda víctima tiene derecho a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre una serie de extremos entre los que, por lo que a nosotros ahora interesa, se incluye la información sobre los servicios de interpretación y traducción disponibles, además de la información relativa al derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de ciertas resoluciones.

g) Aunque la DPVD, al igual que lo hizo la DIT, reconoce de forma independiente dos derechos distintos, el derecho a interpretación (art. 7.1) y el derecho a traducción (art. 7.3), distinción que, a nuestro juicio, resulta muy acertada porque con ella se favorece la visibilidad de ambos derechos, se clarifica su alcance y se refuerza el contenido sustancial de cada uno de ellos, la LEVD se ha decantado por regular de forma entremezclada ambos derechos, regulándolos de forma conjunta en su art. 9 rubricado "Derecho a la traducción e interpretación". Pues bien, en este punto radica, a nuestro juicio, uno de los principales inconvenientes que presenta la técnica legislativa empleada en la LEVD: aunque se trata de dos derechos que presentan aspectos comunes, son distintos e independientes el uno del otro, exigiéndose habilidades y competencias diferentes para el ejercicio de cada uno de ellos, con lo que regularlos de forma entremezclada a lo único a lo que coadyuva, desgraciadamente, es a aumentar la confusión que, a día de hoy, reina ya desde hace tiempo respecto de las profesiones de traductor e intérprete incluso en el ámbito de nuestros Tribunales.

h) La LEVD guarda absoluto silencio respecto del plazo para proceder tanto a la traducción de los documentos como a la asistencia de intérprete, a diferencia de lo que ocurre con la LECrim en la que, respecto al derecho a traducción reconocido a los sospechosos y acusados, se señala que habrá de hacerse en "un plazo razonable". Aunque si bien ante la ausencia de previsión legal al respecto, habrá que entender que la traducción y/o la provisión de un intérprete a la víctima alófono habrá llevarse a cabo lo antes posible, tal solución, no obstante, plantea importantes problemas por cuanto con ella no parece posible determinar a partir de qué momento

podrá la víctima impugnar que se ha producido una vulneración en su derecho a la traducción o a la interpretación.

3.2 Derecho a la interpretación

El art. 9 LEVD reconoce una serie de derechos a toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate, previsión esta última relativa a la lengua oficial, que no se recogía en el ALEVD. Entre ellos, y centrándonos ahora en el derecho relativo a la interpretación, tal precepto dispone que la víctima alófono tendrá derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral, derecho también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral. Sobre este particular, señalar que, aunque el art. 21.b) LEVD, con el fin de evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria, señala que se recibirá declaración de la víctima el menor número de veces posible y, únicamente cuando resulte estrictamente necesario, vista la estructura de nuestro proceso penal, en la práctica, la víctima presta varias veces declaración (ante la policía; la ratifica en el Juzgado; el Ministerio Fiscal suele pedirle otra en fase de instrucción; y en juicio oral), habrá de reconocérsele el derecho a interpretación en todas estas declaraciones. Posteriormente, el art. 9.2 LEVD señala que la asistencia de intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos de la víctima. Aunque esta posibilidad pueda estar pensada para evitar distorsiones por déficit de medios personales, se debería imponer como regla general la presencia física del intérprete junto a la víctima, convirtiendo el recurso a la videoconferencia en excepción, dado que estar presente virtualmente a través de ésta no puede equipararse a la presencia física en ningún caso, ya que aquélla presenta importantes problemas tanto a nivel de deficiencias o dificultades técnicas (de visión; de audición; y generales, tales como las averías informáticas del propio sistema, etc.), como de condicionantes externos que afectan a las declaraciones como, finalmente, presenta el serio inconveniente de que su uso conduce a una profunda deshumanización de la justicia, lo que se hace especialmente patente cuando de la víctima de un delito se trata, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra. Aunque la interpretación a distancia o remota presenta ciertas ventajas, nunca debería prevalecer en detrimento de la presencia física del intérprete: sustituir la presencia física por la presencia a distancia debería ser excepcional, restringiéndose pues el uso de la videoconferencia en los casos en que resulte realmente justificada la absoluta imposibilidad de que el intérprete se desplace a tiempo al lugar donde se desarrollen las actuaciones. En definitiva, asumiendo un mal menor para evitar males mayores, entendemos que sólo debería procederse al uso de la videoconferencia para facilitar la interpretación con una víctima cuando se constate la necesidad de recurrir a los servicios de interpretación para hacer efectiva la asistencia

a la víctima sin demora y ello no pueda hacerse de otro modo, por resultar excesivo para aquélla el tiempo de espera para poder proveerla de la presencia física del intérprete y ser, por tanto, en el caso concreto lesivo para sus derechos.

De otro lado, y aunque así no se recoja expresamente en la LEVD, parece lógico entender que a la víctima también ha de reconocérsele la asistencia lingüística a la hora de comunicarse con su abogado en los casos en que requiera de asistencia letrada, debiendo por tanto reconocérsele el derecho a interpretación para las comunicaciones orales que tenga con su abogado. A la víctima también se le reconoce el derecho a la asistencia lingüística gratuita a la hora de presentar su denuncia [(art. 6 b)]. Igualmente, y dado que el art. 11 b) LEVD reconoce el derecho de la víctima a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos, habrá que entender que, en estos casos, deberá reconocérsele el derecho a ir acompañada de un intérprete, cosa que puede predicarse también para los casos en que la víctima interese que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad; desee facilitarle al tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta (art. 13.2 LEVD); o bien haya solicitado información relativa a la situación o estado del procedimiento (art. 7.4 LEVD). Sobre este último particular, señalar que este derecho plantea un problema importante: resulta muy difícil determinar qué se entiende por informar y hasta dónde llega dicho deber de información, en la medida en que la LEVD se refiere con carácter genérico a informar sobre “la situación en que se encuentra el procedimiento”.

Finalmente, en los casos en que la víctima se halle ante actuaciones policiales, de denegársele su derecho a interpretación, decisión policial que, a tenor de lo dispuesto en el art. 6 RD 1109/2015, será excepcional y motivada, debiendo quedar debida constancia de la misma y de su motivación en el atestado que, a su vez, deberá recoger la disconformidad formulada por la víctima ante la decisión denegatoria, el art. 9.4 LEVD le reconoce la posibilidad de recurrir tal decisión ante el Juez de instrucción, entendiéndose interpuesto tal recurso cuando la víctima hubiera expresado su disconformidad en el momento de la denegación. Sobre este particular, señalar simplemente que se trata de recurso completamente nuevo y singular, inexistente hasta la fecha, sobre cuya tramitación poco se especifica en la LEVD, más allá de su constancia en el atestado, pues ni tan siquiera se señala plazo para resolverlo. En cambio, si la decisión de no facilitar interpretación a la víctima fue judicial, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.5 LEVD, podrá ser recurrida en apelación.

3.3 Derecho a la traducción

El reconocimiento del derecho a la traducción procede sólo cuando la víctima en su primera comparecencia haya solicitado la notificación de las resoluciones a que se refieren los arts. 7.1 y 12 LEVD [por remisión del art. 9.1 b) y c)], comunicaciones que le serán remitidas a su dirección de correo electrónico o, excepcionalmente, cuando no disponga de ella, por correo ordinario a la dirección que hubiera facilitado

. La traducción de las resoluciones se circunscribe, al menos, a su parte dispositiva y a un breve resumen de los fundamentos, lo que supone una traducción parcelaria, cabiendo excepcionalmente sustituir la traducción escrita de documentos por un resumen en forma oral de su contenido en una lengua que comprenda la víctima, cuando de este modo se garantice suficientemente la equidad del proceso (art. 9.3 LEVD). Sobre este último particular, señalar que si bien permitirse, aunque sea de forma excepcional, sustituir la traducción escrita por un resumen en forma oral del contenido de los documentos es una facultad que tiene sus ventajas, puesto que conlleva un menor coste económico y puede ser preferible por razones de tiempo, ya que obtener una traducción oral inmediata y no esperar a una escrita evita dilaciones temporales, sin embargo, tal previsión restringe en cierta medida el derecho a la traducción.

La víctima tiene también derecho a que se le entregue una copia de la denuncia traducida (art. 6.a) LEVD); a que se le informe en una lengua que comprenda, de la fecha, hora y lugar de celebración del juicio [art. 9.1 d) LEVD] así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor (art. 7.1 LEVD), información que, aunque no se establece expresamente en tales preceptos deba realizarse de forma escrita, habrá que entender que así habrá de hacerse; a la traducción gratuita de los extremos sobre los que deben ser informados a tenor de lo dispuesto en el art. 5 LEVD, para lo que en principio se cuenta ya con impresos o formularios de diligencias de información de tales derechos traducidas a los idiomas más frecuentes; y a la traducción gratuita de aquella información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el Título II LEVD (todos ellos relativos a su participación activa en el proceso penal, incluida la fase de ejecución), pudiendo presentar a su vez una solicitud motivada para que se considere esencial un documento [art. 9.1 c) LEVD].

Pues bien, por lo que respecta a las concretas resoluciones que deberán ser traducidas, lo primero que hemos de señalar es que la LEVD ha sido muy generosa en este punto, incluyendo un importante número de resoluciones que habrán de notificarse a la víctima y que, por tanto, habrán de ser traducidas a una lengua que comprenda. Además de reconocérsele el derecho a obtener la traducción escrita de la copia de la denuncia presentada, lo que requerirá la disponibilidad inmediata de intérpretes, cosa que no siempre resultará posible, máxime en los casos en que la víctima hable una lengua o dialecto minoritario, habrán de notificárseles las siguientes resoluciones: la que acuerde no iniciar el procedimiento penal; la sentencia que ponga fin al procedimiento; las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo; las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas; las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima; las resoluciones a que se refiere el artículo 13 (relativas todas ellas a determinados autos dictados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria); y la resolución de sobreseimiento.

Finalmente, por lo que respecta al régimen de recursos ante la decisión denegatoria del derecho a traducción, se trata del mismo que el dispuesto para la de-

negación del derecho a interpretación, por lo que, para evitar reiteraciones innecesarias, véase lo dicho al respecto en el epígrafe anterior.

4 CONCLUSIONES

Aunque si bien es cierto que, gracias a la aprobación de la LEVD, en los últimos tiempos se han reforzado en nuestro Ordenamiento jurídico los derechos y garantías reconocidos a las víctimas del delito, hemos de admitir que, sin restar valor a lo que la LEVD les supone a estas últimas, dado que han tenido que esperar más de un siglo desde la publicación de la LECrim para ver reconocidos sus derechos, más cierto aún es el hecho de que muchos de éstos resultan inoperativos en la práctica, dada la carencia de medios y recursos personales. Por lo que a nosotros ahora interesa, esto es lo que ocurre precisamente con los preceptos de la LEVD que reconocen los derechos a la traducción y a la interpretación a las víctimas que, muy a nuestro pesar, en muchos casos no suponen más que meras declaraciones de intenciones. Y ello es así porque, teniendo en cuenta, de un lado, lo previsto en la disposición adicional segunda de la LEVD, en la que se señala que “las medidas incluidas en la misma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones u otros gastos de personal”, y de otro que los derechos a interpretación y traducción a la víctima se han reconocido en la LEVD ampliamente, de modo que las exigencias derivadas de la interpretación de diligencias orales y de la traducción de actuaciones escritas van a verse notablemente incrementadas, tal disposición adicional deja en papel mojado las previsiones de la LEVD relativas a ambos derechos ya que, para su ejercicio efectivo en la práctica, parece obvio que resulta imprescindible destinar más medios personales, y por lo tanto, incrementar el número de intérpretes y traductores. El reconocimiento y efectividad de los derechos a traducción y a interpretación que regula la LEVD no pueden pasar por su aplicación “a coste cero”.

Aunque en este punto el legislador aparenta ser muy garantista con la protección de tales derechos, la realidad es que en su intención subyace algo diametralmente opuesto: reconoce derechos “en vacío” ya que, sin medios, no puede existir un reconocimiento efectivo de los derechos a interpretación y traducción que, recuérdese, han de garantizarse a las víctimas de forma gratuita, con el incremento de costes económicos que ello entraña para las arcas públicas.

REFERENCIAS*

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del delito**. 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>. Acceso en: 10 jun. 2018.

COUNCIL OF EUROPE. **Convención Europea de Derechos Humanos, de 04 de noviembre de 1950**. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Acceso en: 10 jun. 2018.

ESPAÑA. **Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia, 1882. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **La Constitución española de 1978.** Madrid: Palacio de las Cortes, 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.** Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/12/12/pdfs/A35576-35581.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [...].** Madrid: Jefatura del Estado, 1996. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>. Acceso en: 09 jun. 2018.

UNIÓN EUROPEA. **Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.** Bruselas: Consejo de la Unión Europea, 2001. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/baa3e644-164a-444f-9006-1a50f10bddda>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.** Madrid: Jefatura del Estado, 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.** Madrid: Jefatura del Estado, 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Anteproyecto de ley orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito.** Madrid: Justicia, 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-360>. Acceso en: 10 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.** Sevilla: Jefatura del Estado, 2015a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>. Acceso en: 11 jun. 2018.

ESPAÑA. **Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.** Madrid: Ministerio de Justicia, 2015b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-14263>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de**

Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, [...]. Madrid: Jefatura del Estado, 2015c. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4605. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. **Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Recurso Casación 516/2015**. Derecho a la interpretación y traducción fidedigna y de calidad. Se establece la doctrina de que para que pueda ser apreciado un motivo de recurso por infracción constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías derivada de un supuesto defecto de traducción, lo determinante no es que se haya producido alguna imprecisión o error genérico en el proceso de traducción, lamentablemente frecuentes y prácticamente inevitables, sino que la parte recurrente ponga de relieve que este supuesto error pudo ser relevante para el fallo porque menoscabó la defensa del recurrente al inducir a error al Tribunal o bien porque le impidió exponer debidamente su versión de los hechos o desarrollar correctamente su defensa. Se desestima el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley. STS 18/2016, 26 de Enero de 2016. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/593589466>. Acceso en: 10 jun. 2018.

NACIONES UNIDAS. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acceso en: 10 jun. 2018.

NACIONES UNIDAS. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>. Acceso en: 10 jun. 2018.

NACIONES UNIDAS. **Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945**. Disponible en: <http://www.nu.org.bo/wp-content/uploads/2013/02/Carta-de-la-ONU.pdf>. Acceso en: 10 jun. 2018.

NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de Derechos Humanos**. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Acceso en: 10 jun. 2018.

UNIÓN EUROPEA. **Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales**. Estrasburgo: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2010. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0064&from=PT>. Acceso en: 09 jun. 2018.

UNIÓN EUROPEA. **Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [...]**. Estrasburgo: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

***As referências e citações deste artigo foram normalizadas, pela RJESMPSP, de acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).**

Submetido: 21/03/2019

Aprovado: 08/05/2019

**TERMO DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE
PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR EM
OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA
INCOLUMIDADE ECONÔMICA:
ANÁLISE DA EFICÁCIA DO TAC FIRMADO
ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO
AMAPÁ E A COMPANHIA DE
ELETRICIDADE DO AMAPÁ**

*TERM OF ADJUSTMENT OF CONDUCT AS
AN INSTRUMENT OF PROTECTION
TO THE CONSUMER IN COMPLIANCE WITH
THE PRINCIPLE OF ECONOMIC SECURITY:
ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE
TAC SIGNED BETWEEN THE PUBLIC
MINISTRY OF AMAPÁ AND THE COMPANY
OF ELECTRICITY OF AMAPÁ*

Zacarias Alves de Araújo Neto

Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela UNIFAP
Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor
do Curso de Direito da UNIFAP

Gabriela Ferreira Sanches

Graduada em Direito pela UNIFAP
Servidora da Companhia Elétrica do Amapá.



RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento democrático para a defesa do direito do consumidor, verificar a eficácia desse instrumento e, ainda apresentar soluções de conflitos em torno da prestação de serviços públicos desta região, constituindo-se atualmente uma alternativa extrajudicial para a solução negociada de conflitos. Para tanto, realizou-se um estudo de caso, com base no ordenamento jurídico vigente, examinando o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado pelo Ministério Público do Amapá (MP) e a Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) vigente nos anos de 2015 a 2017.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Incolumidade econômica. Termo de Ajustamento de Conduta.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate the Term of Adjustment of Conduct as a democratic instrument for the defense of consumer law, to verify the effectiveness of this instrument and also to present solutions of conflicts regarding the provision of public services in this region, constituting an extrajudicial alternative to the negotiated solution of conflicts. Therefore, a case study was conducted, based on the current legal system, examining the Term of Conduct Adjustment (TAC) signed by the Public Ministry of Amapá (MP) and the Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) in force in the years from 2015 to 2017.

Keywords: Consumer Rights. Economic uncertainty. Term of Adjustment of Conduct.

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao direito do consumidor é prevista no ordenamento jurídico brasileiro como uma ação constitucional com status de direito fundamental, estabelecido no art. 5º, XXXII, cujo alvo de proteção é o cidadão. Estabelecida a defesa do consumidor como norma de Direito Fundamental, coloca-se também, diante de sua situação jurídica, a salvo da reforma do legislador conforme defende Bruno Nubens Miragem (2002, p. 17), ao afirmar que “Tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional nesse setor privilegiado da Constituição, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído”.

Um dos órgãos responsáveis pela proteção ao Direito do Consumidor é o Ministério Público (MP), órgão legitimado para propor o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como possibilidade de tutela extrajudicial dos direitos transindividuais e com natureza de título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é apresentar o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento democrático para a defesa do Direito do Consumidor em observância ao Princípio da Incolumidade Econômica, através da devida revisão literária e do enfoque doutrinário sobre o instrumento, trazendo à tona as principais características desse instituto.

Como caso paradigma a pesquisa realizou a análise do TAC assinado em 29 de novembro de 2015, firmado pelo Ministério Público do Estado do Amapá e a Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) com vigência até 15 de dezembro do ano de 2017. Esse estudo permitiu identificar as principais causas de reclamações de consumidores, quais os principais efeitos da assinatura do TAC entre a Promotoria de Justiça e a Sociedade de Economia Mista e de que forma o TAC tem propiciado a resolução das demandas.

No estudo foi necessária a colaboração da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Macapá - PRODECON e da Companhia de Eletricidade do Amapá, além da elaboração de um formulário próprio para a obtenção dos dados necessários a partir dos seguintes questionamentos:

- a) o conteúdo do TAC de 29 de novembro de 2015;
- b) número de reclamações de aumento de consumo da fatura de energia elétrica na vigência do TAC;
- c) eficácia do Termo de Ajustamento de Conduta: cumprido, parcialmente cumprido e não cumprido;
- d) a avaliação do resultado da propositura do TAC para resolução de reclamações de aumento de consumo ou do valor da fatura;
- e) comparativo do número de audiências antes e depois da assinatura do TAC.

Por fim, é válido ressaltar que a pesquisa apresenta conteúdo de grande interesse não apenas da comunidade acadêmica, mas também para a sociedade civil amapaense, considerando que o direito a uma prestação de serviço público adequada e eficaz está previsto no art. 6º da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990

– Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, diante da abrangência de pessoas que utilizam o serviço de energia elétrica, pode-se afirmar que é uma relação jurídica que afeta grande parte da população amapaense.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Pode-se afirmar que o Direito Contemporâneo vem passando por uma grande revitalização ao buscar meios alternativos de resolução de conflitos (MARC). Boaventura de Sousa Santos (1997) já vislumbrava a tendência atual em se ensejar uma alternativa à decisão adjudicada pela justiça burocratizada. Esta mudança fica evidente na busca por um Direito cada vez menos litigioso, sem falar que a utilização desses meios parece promover alívio na máquina judiciária e celeridade na solução das lides.

É prudente que estes instrumentos não devam ser considerados meros mecanismos de desobstrução ao Poder Judiciário. No processo civil, por exemplo, sua missão é justamente promover a pacificação social. Contudo, não raros são os entendimentos jurídicos que definem estes instrumentos de solução de conflitos como alternativas melhores que o provimento judicial. É o que se nota por exemplo na fala da ministra Ellen Gracie (MINISTRA..., 2011) que, na abertura do seminário “Poder Judiciário e Arbitragem” no ano de 2011, destacou a importância da utilização dos métodos alternativos de solução de litígios. A ministra ponderou que “os métodos alternativos de solução de litígio são melhores do que a solução judicial, que é imposta com a força do Estado e que padece de uma série de percalços, como a longa duração do processo, como ocorre no Brasil e em outros países”.

Percebe-se então, uma forte tendência no sistema jurídico brasileiro, incluindo nas praxes processuais dos tribunais, de tentativa de aprimoramento de uma nova cultura jurídica, incentivando cada vez mais as práticas alternativas de solução de conflitos. É importante ressaltar que no Direito contemporâneo a concepção de acesso à justiça não é mais igualada ao Direito de acesso aos tribunais, e sim às várias possibilidades de resolução de conflitos, não exclusivamente através do Poder Judiciário. Marcelo Malizia Cabral (2013), por exemplo, defende o que entende ser uma nova concepção de acesso à justiça:

Em resumo, a construção de uma nova concepção de acesso à justiça pode ser sistematizada a partir das seguintes premissas: a) busca da igualdade material no acesso à justiça; b) acesso à justiça como acesso ao direito e a mecanismos alternativos de resolução de conflitos; c) utilização do Poder Judiciário para a resolução de conflitos como ultima ratio e d) desburocratização e democratização do acesso aos tribunais. (CABRAL, 2013, p. 28).

Diante do posicionamento do autor, pode-se pensar em acesso à justiça no panorama atual como a utilização das mais variadas formas alternativas de soluções de conflitos utilizando o Poder Judiciário como última opção, mas sem esquecer de buscar-se constantemente formas de desburocratizar e democratizar o acesso aos tribunais, uma vez que o direito ao judiciário encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira, sendo que para sua concretiza-

ção é necessária uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

É fato que desde sempre os conflitos foram uma constante na história da humanidade. No entanto, nota-se que ao longo dos séculos a humanidade se preocupou em aperfeiçoar os meios alternativos de solução de conflitos até alcançar-se os modelos de processos judiciais contemporâneos. No princípio, utilizava-se da autotutela como forma de resolver os conflitos sociais, preponderando desta forma a autodefesa e uma justiça demasiadamente vingativa, vigorando nestes tempos a Lei das XII Tábuas, originária da Lei de Talião. Esta forma de justiça foi pouco a pouco substituída pela autocomposição, com a adoção da arbitragem nos casos em que as partes não entravam em consenso. Tão logo o Estado começa a intervir nas relações jurídicas, obriga os indivíduos a adotarem a arbitragem para resolver seus conflitos, fazendo-os chegarem enfim a um término de suas demandas, aceitando a sentença estabelecida pelo árbitro (GRINOVER, 2008).

O surgimento do juiz estatal e do processo ocorre no momento em que o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar os litígios, que até então eram resolvidos nos moldes da arbitragem, passando assim a existir o poder-dever dos juízes de dizer o direito na composição das lides (MARINONI; MITIDIERO, 2008).

Esta construção histórica da tutela jurídica da humanidade é por muitos autores considerada contraditória e sem uma linearidade de fato definida. Assim, para José Luiz Bolzan de Moraes (1999), por exemplo:

Pode-se, assim, construir um quadro acerca da transformação da tutela jurídica na sociedade, não obstante, frisamos, novamente, que tal “evolução” não se estabeleceu necessariamente nesta sequência clara e lógica como aparenta, afinal, a história humana não é retilínea, ao contrário ela é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos. O que embasa tal assertiva é o fato de institutos utilizados nas civilizações antigas, como é o caso da mediação e da arbitragem, no devir demonstrado acima, foram substituídos por outros, que eram considerados mais justos e eficazes, e hoje estão sendo retomados com o objetivo de atacar a debatida crise da administração da justiça, pelos mais variados motivos. (MORAIS, 1999, p. 119).

Os meios alternativos de solução de conflitos, como se pode observar, sempre foram existentes ao longo da história e, através desta nova concepção de acesso à justiça, eles vêm ocupando um papel de destaque diante da tutela de direitos. Pode-se afirmar ainda que estes mecanismos vêm contribuindo cada vez mais com novas formas procedimentais diante de antigos e novos direitos.

2.1 Algumas espécies

Dentre os MARC atuais considerados como instrumentos de ampliação do acesso à justiça destacam-se a conciliação, a mediação e a arbitragem. A conciliação consiste na tentativa de resolução de conflito através de intervenção de um terceiro que auxilia as partes a conciliarem, porém, a lide é resolvida através do consenso dos interessados. Para Lília Maia de Moraes Sales (2007), a conciliação consiste em um:

[...] meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes. (SALES, 2007, p. 42).

É papel do conciliador interferir no diálogo, apresentando possíveis soluções para o litígio, cabendo às partes aceitarem ou não. A conciliação pode ocorrer durante o processo judicial ou extrajudicial. Utiliza-se no processo civil a conciliação judicial, que visa à solução do conflito pelos próprios interessados antes que o Estado-Juiz se manifeste. A conciliação no procedimento judicial pode ser realizada pelo próprio juiz ou por um conciliador designado.

A mediação, assim como a conciliação, ocorre por intermédio de um terceiro que atua facilitando o diálogo entre as partes. Para José Cretella Neto (2004):

A mediação busca, em um primeiro momento, colocar as partes “frente a frente”, e, em um segundo momento “o mediador propõe as bases para o desenvolvimento das negociações e intervém durante todo o processo, com o objetivo de concitar as partes a aproximar seus pontos de vista sem, contudo, impor uma solução”. (CRETELLA NETO, 2004, p. 3).

Desta forma, a mediação busca principalmente o diálogo entre as partes mesmo que o acordo não seja possível, diferente da conciliação que tem como principal objetivo o acordo entre os interessados. Para Lia Regina Castaldi Sampaio (2007, p. 20) “o acordo passa a ser consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica”, concluindo-se então que o objetivo da mediação é buscar principalmente o diálogo e a solução dos conflitos de maneira satisfatória para as partes.

A arbitragem por sua vez trata-se de um MARC no qual um árbitro (ou entidade especializada), por consenso mútuo, é escolhido pelas partes para resolver seus conflitos e proferir uma sentença. Este MARC foi reconhecido através da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei da Arbitragem (BRASIL), na qual estabeleceu-se o respaldo das sentenças proferidas pelo árbitro sem necessidade de sujeição à homologação do Poder Judiciário.

A arbitragem é aplicada em litígios de natureza patrimonial disponível e sua utilização pode ocorrer nos casos de contratos através de Cláusula compromissória, estabelecida pelas partes, ou através de Termo de Compromisso Arbitral, nos casos de ausência contratual. Também pode ser solicitada por interesse das partes no curso de processo judicial através de petição ao Juiz, requerendo extinção do processo sem julgamento do mérito e encaminhando a lide para resolução através da arbitragem. A vantagem da utilização do método da arbitragem está na celeridade das decisões, no sigilo das lides, uma vez que os dados não são levados ao conhecimento público, na informalidade, na autonomia da vontade das partes e na sentença irrecurável.

2.2 Termo de Ajustamento de Conduta como método alternativo de resolução de conflitos

Como já fora mencionado, este estudo busca evidenciar o TAC como uma alternativa extrajudicial para a solução negociada de conflitos diante de direitos transindividuais. Neste sentido, como os demais institutos jurídicos, o TAC surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como um MARC em face dos anseios sociais e da busca por celeridade na tutela de direitos difusos.

Apesar do §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública (BRASIL) ser atualmente a principal norma que regula o instituto, estabelecendo sua aplicação como medida precedente ao ajuizamento da ação civil pública, o TAC não nasceu com o advento desta norma. Atribui-se seu surgimento com a Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL), a qual preceitua em seu artigo 211 que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título de executivo extrajudicial”.

Contudo, é a através do artigo 113 da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (BRASIL) - Código de Defesa do Consumidor (CDC), acrescentando o § 6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) que surge expressamente o TAC como possibilidade de solução extrajudicial de conflitos transindividuais. Geisa de Assis Rodrigues (2011) fala da importância do Termo de Ajustamento de Conduta como método de solução extrajudicial de conflitos:

O ajustamento de conduta foi muito além dessa possibilidade ao se constituir em solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público (e não por outras partes e por ele referendada), e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis.

Podemos também arrolar como precursora da possibilidade da celebração do compromisso de ajuste por órgãos públicos a própria prática administrativa do Estado contemporâneo de se adotar, em determinadas situações, decisões que importem, em uma certa medida, negociação sobre a forma de cumprimento das normas legais ligadas a interesses da comunidade. (RODRIGUES, 2011).

Rodrigues (2011) corrobora ainda quanto à preferência que deve ser dada a este instituto diante de conflitos envolvendo direitos transindividuais:

De fato, ajuizar a ação civil pública é o caminho mais fácil para o Ministério Público.

No entanto, não é necessariamente a forma mais adequada de tutela dos direitos transindividuais. Sempre que haja possibilidade do acordo, pela evidente ampliação de acesso à justiça que o mesmo proporciona, deve-se preferir promover o ajustamento de conduta. (RODRIGUES, 2011).

O que se pode extrair do entendimento da autora é que assim como os demais meios de resolução de conflitos, através do TAC é possível alcançar a moderna concepção de acesso à justiça, inclusive buscando a judicialização como ultima ratio, uma vez que este instituto pode se constituir, em muitos casos, como uma forma

mais adequada de tutela de direitos transindividuais.

3 TAC E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Para melhor compreensão, procurou-se na doutrina definições a respeito do instituto em análise. Para a doutrina majoritária, o Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento jurídico no qual se consigna a assunção de um compromisso de determinado agente perante o poder público em sentido amplo, com vistas à adequação de sua conduta e formação de título executivo extrajudicial.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

O TAC é, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 211), “o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”.

A determinação da natureza jurídica do TAC é de entendimento controvertido na doutrina. Encontra-se dividida, substancialmente, em três correntes e pode ser entendida como: (a) ato jurídico administrativo; (b) negócio jurídico bilateral, (c) transação.

Para os que defendem a tese do TAC como um ato jurídico administrativo, o compromisso de ajustamento não possui natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição do direito transindividual objetivado no TAC. Nessa linha, Hugo Nigro Mazzilli (2006) defende que:

[...] o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). (MAZZILLI, 2006, p. 93).

Assim, pelo que se extrai do pensamento de MAZZILLI (2006), o TAC como ato jurídico administrativo é em suma um ato administrativo negocial unilateral, no qual prepondera a unilateralidade de vontade do Poder Público em impor condições, cabendo ao particular somente a anuência.

Geisa de Assis Rodrigues (2011), por sua vez, afirma que este instrumento é um “negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais” (RODRIGUES, 2011). Os defensores da corrente que defendem o TAC como negócio jurídico bilateral afastam a natureza jurídica de transação, pois sustentam que os direitos transindividuais são essencialmente indisponíveis.

Rodrigues (2011) enfatiza que a “flexibilização das condições de prazo, modo e lugar do adimplemento da obrigação não está na esfera da transação, mas sim da negociação” e esclarece:

Chegamos assim à conclusão de que o ajustamento de conduta é um negó-

cio jurídico bilateral. A bilateralidade é fundamental, já que devem existir pelo menos duas pessoas na celebração do ajuste. Por isso que os órgãos públicos legitimados não podem firmar um “autoajustamento” de conduta, quando sejam eles os autores da ameaça ou do dano ao direito transindividual. Mais do que seria desejável, é muito comum o Estado ser o agente do agir que põe em risco a proteção dos direitos transindividuais, porém a conduta só pode ser ajustada por outro legitimado, não sendo possível ocorrer um esdrúxulo “autoajustamento”. Há evidência que o Poder Público pode espontaneamente rever a sua conduta e cessar a ameaça ou a reparação da violação ao direito, mas não se trata do negócio de ajustamento de conduta. (RODRIGUES, 2011).

Em outro extremo da discussão bibliográfica sobre o tema, estão aqueles que defendem ser o TAC uma forma de transação. Daniel Roberto Fink (2002) considera o TAC como um instituto que possui natureza jurídica de transação, cujo regime jurídico deve obedecer às regras do direito civil.

Com um entendimento semelhante, Edis Milaré (2005) considera o Termo de Ajustamento de conduta como um:

[...] mecanismo de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido. (MILARÉ et al, 2005, p. 11).

Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p. 153) defende a natureza jurídica de transação híbrida do TAC e justifica “porque deve respeitar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o ajustamento de conduta da transação”.

Voltaire de Lima Moraes (2007) defende por sua vez o instituto como transação atípica e faz a seguinte qualificação sobre o TAC:

Trata-se de transação atípica, considerando que a ação civil pública, esteja ela situada no plano constitucional ou infraconstitucional, traz a marca da indisponibilidade quanto ao seu objeto material, pois os direitos que ela visa proteger não são patrimoniais de caráter privado, caso em que ela é inadmissível (art.84 do CC). Sendo assim, as concessões recíprocas devem situar-se, por parte do agente, v.g., no tempo em que deve o infrator ajustar-se às disposições legais, ou forma de cumprimento dessas disposições, circunstâncias que levam à conclusão de que o compromisso de ajustamento constitui uma transação atípica. (MORAES, 2007, p. 50).

Como se pode observar, são latentes as divergências e plurais os entendimentos sobre o TAC, concluindo-se ser sua natureza jurídica de complexa determinação.

3.2 LEGITIMIDADE E REQUISITOS

De acordo com o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, o legislador conferiu a legitimidade para a propositura do Termo de Ajustamento de Conduta para o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados-membros, os Municípios,

o Distrito Federal, as Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista e associações que estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil.

A respeito da legitimidade conferida ao Ministério Público, órgão importante para este estudo, conforme Mazzili (2001), o atual ordenamento jurídico permite a autonomia e independência dos Promotores de Justiça e a eles são conferidas a defesa de interesses difusos e coletivos, entre eles o direito do consumidor, podendo esta defesa ser exercida através de instrumentos como o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta para a resolução de conflitos em matéria de direito do consumidor, por meio de construção de acordo, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Considerando que o TAC é um título executivo extrajudicial, funcionando como uma espécie de acordo, por este motivo são exigidos alguns requisitos para sua eficácia e cumprimento. Deve necessariamente ser escrito em vernáculo, podendo ser sob a forma de instrumento ou até ata de reunião (desde que evidentes a natureza do ajuste e o teor de suas cláusulas). Deve constar no TAC: o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais. Deve haver fundamentação sobre os motivos e as causas invocadas pelos legitimados para tomar o ajustamento de conduta. O instrumento dispensa a presença de testemunhas, sendo suficiente a assinatura do compromitente e do compromissário (RODRIGUES, 2011).

4 EFICÁCIA DO TAC NA DEFESA DO CONSUMIDOR

No que tange ao instituto do Termo de Ajustamento de Conduta objeto desta pesquisa, tem-se a definição do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1993), que considera o ajuste de conduta como um instituto estabelecido em favor da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito.

Diante das considerações acerca da importância do Termo de Ajustamento de Conduta, busca-se através da sua utilização verificar a eficácia desse instituto em um caso concreto de tutela de interesses transindividuais.

Leciona o renomado doutrinador, Norberto Bobbio (2010):

O problema da eficácia de uma norma é o problema de saber se esta norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina (os chamados destinatários da norma judicial) e, caso seja violada, seja feita valer com os meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu. (BOBBIO, 2010, p. 39).

A eficácia do TAC inicia-se no momento da tomada do compromisso. Podem os interessados pactuar no próprio instrumento o início, o termo, as condições ou os prazos para o cumprimento do compromisso de ajustamento (MAZZILLI, 2006).

Pode-se observar que a eficácia de um TAC tem relação com a capacidade deste instrumento em produzir efeitos jurídicos, dentre eles, fazer cumprir a responsabilidade do obrigado diante das cláusulas ajustadas entre os interessados e com

isso resultar na formação do título executivo extrajudicial. Rodrigues (2011) analisa em sua obra o que vem a ser a eficácia deste instituto:

Analisar o negócio jurídico sob o plano da eficácia é justamente verificar se o mesmo tem aptidão para produzir efeitos.

O ajustamento de conduta tem os seguintes efeitos principais: a) a determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado; b) a formação do título executivo extrajudicial.

Quanto ao procedimento da investigação, o efeito depende da regra vigente na instituição, podendo ocorrer: a) a suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado, ou para o qual tenha repercussão, ocorrendo a homologação do compromisso; b) a suspensão do procedimento sem que haja a homologação do compromisso, com o seu encerramento apenas após o seu pleno cumprimento; c) o arquivamento do processo administrativo, havendo a necessidade de se instaurar um novo procedimento para a fiscalização do cumprimento do termo de ajustamento de conduta. Em regra, o ajustamento de conduta produz todos esses efeitos quando da sua assinatura. (RODRIGUES, 2011, grifo nosso).

Além disso, no plano da eficácia, o TAC pode suspender o processo administrativo do qual resultou, com ou sem homologação do compromisso, ou ainda promover o arquivamento do procedimento administrativo instaurado.

5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE ECONÔMICA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, distanciando-se das tradicionais legislações nas quais predominava o sistema de regras entendido como aquele no qual o legislador tenta prever todas as possibilidades de situações, regulando-as em regras específicas, adotou um sistema de cláusulas abertas, no qual preponderam os princípios. Por este motivo diz-se que o CDC é uma lei principiológica.

Assim, dos artigos presentes no CDC, aliado aos direitos previstos em outras áreas do direito correlacionadas à seara consumerista, a doutrina chegou, mesmo que de forma não consensual, a uma delimitação dos princípios mais importantes no que diz respeito aos direitos dos consumidores, lembrando que para a doutrina majoritária estes princípios, exteriorizados explicitamente no CDC, não são taxativos, mas meramente exemplificativos, uma vez que não se esgotam na menção expressa do Código, havendo outros que nele estão implicitamente inseridos.

Faz-se necessário elucidar o conceito de Princípio e sua função no ordenamento jurídico, dessa forma, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É

a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2004, p. 451).

Os princípios, afirma Paulo Bonavides (2004, p. 259), “são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Neste estudo dá-se ênfase ao Princípio da Proteção ao Direito do Consumidor, garantia fundamental, pela qual, conforme o preceito Constitucional (art. 5º, XXXII), cabe ao Estado o dever de proteger o consumidor, devido à condição de desigualdade existente nas relações de consumo. Portanto, as normas do consumidor deverão ser aplicadas para equilibrar tais relações, estabelecendo a igualdade entre as partes. Justamente com esse intuito, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, introduzindo no ordenamento nacional diversas ferramentas que podem ser utilizadas para garantir a proteção dos consumidores. Rogério Tadeu Romano (2017) estabelece a seguinte definição deste princípio:

e) O princípio da proteção: este princípio está estampado no artigo 6º do CDC, seja protegendo a incolumidade física (direito à vida, saúde e segurança do consumidor em relação aos riscos oferecidos considerados perigosos ou nocivos), a incolumidade psíquica (o direito à liberdade na escolha e nas contratações), a incolumidade econômica (protege o consumidor contra práticas abusivas, produtos e serviços nocivos a ele. Este princípio tem base no artigo 5º, XXXII da CF; (ROMANO, 2017, grifo nosso).

O fato é que todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a proteção ao consumidor, também estampada no artigo 47 do CDC, que estabelece que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favoráveis ao consumidor”. Considera-se o núcleo do sistema protetivo instituído pelo CDC a busca de um equilíbrio entre os participantes das relações de consumo. O artigo 4º desta norma instituiu a Política Nacional das Relações de Consumo que, conforme o texto da lei, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Observando a Teoria da Qualidade no Direito do Consumidor, o Ministro Antônio Herman Benjamin (2009) diz que é possível enxergar duas órbitas distintas de proteção. A primeira centraliza sua atenção na garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, enquanto que a segunda buscar reger a incolumidade econômica do consumidor em face dos incidentes de consumo capazes de atingir seu patrimônio, e é justamente o desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores que constitui a parte mais visível da sua desproteção.

Chamam-se práticas abusivas as ações que surgem das condutas de fornecedores que desvirtuam os padrões de boa conduta nas relações de consumo, ex-

trapolando os limites da boa-fé, podendo atingir tanto a incolumidade físico-psíquica quanto a econômica do consumidor.

Neves e Tartuce (2014) compartilham o mesmo pensamento sobre o caráter exemplificativo do artigo 39 do CDC ao abordar a questão das práticas abusivas nas relações de consumo:

O art. 39 da Lei 8.078/1990 tipifica, mais uma vez em rol exemplificativo ou *numerus apertus*, uma série de situações tidas como ensejadoras do abuso de direito consumerista. Muitas das hipóteses ali descritas são bem comuns na contemporaneidade, sem excluir outras que surgirem pela evolução das relações negociais. Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Moraes, 'prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoia dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor'. (NEVES E TARTUCE, 2014, p. 276).

Neste mesmo entendimento, "pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem, i.e., o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular" (NUNES, 2009, p. 139). Desta forma, atenta contra o princípio da incolumidade econômica qualquer prática considerada abusiva, capaz de causar dano ao patrimônio do consumidor.

6 CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

É importante ressaltar que a legislação e a doutrina diferenciam vários tipos de consumidores, e esta pesquisa realizou um estudo sobre a relação de consumo do usuário dos serviços públicos de energia elétrica. Neste sentido, Fadel (2009) considera que sinônimo de consumidor é o usuário dos serviços públicos de energia elétrica, sendo que o "consumidor de energia elétrica é o usuário que adquire ou utiliza este produto como destinatário final fático e econômico, apresentando vulnerabilidade técnica, científica ou fática, frente ao fornecedor" (FADEL, 2009, p. 61).

Partindo desta ideia, considera-se a prestação de fornecimento de energia elétrica espécie de relação jurídica normatizada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que, desta forma, as concessionárias de energia elétrica aderem às normas do CDC, conforme o exposto na Resolução ANEEL nº 414/2010:

Art. 140. A distribuidora é responsável, além das obrigações que precedem o início do fornecimento, pela prestação de serviço adequado a todos os seus consumidores, assim como pelas informações necessárias à defesa de interesses individuais, coletivos ou difusos. (ANEEL, 2010, grifo nosso).

Nota-se que a exigência de prestação de serviço público adequado e eficaz está prevista no art. 6º do CDC. Diante disto analisa-se o conceito de eficiência atribuído aos serviços prestados pelas concessionárias de energia elétrica.

Luiz Antônio Rizzato Nunes (2009) considera que a eficiência é a ideia de que o serviço deve ser prestado de forma que atinja a finalidade para a qual é desti-

nado, ou seja, não basta ser adequado, nem estar à disposição das pessoas. É necessário que alcance os objetivos da contratação. Quanto ao sentido de adequação, parte-se da definição legal, nos termos do artigo 6º da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 - Lei de Concessões e Permissão (BRASIL), na qual serviço público adequado é aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é ainda mais específico quanto às concessionárias, no seu artigo 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo Único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990).

Diante destas considerações sobre a defesa do direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, ao garantir a segurança nas relações de consumo envolvendo a prestação do fornecimento de energia elétrica faz-se importante frisar o que a legislação e doutrina entendem sobre a tutela dos direitos dos consumidores envolvidos neste tipo de relação jurídica.

O parágrafo único do artigo 2º do CDC reconhece a existência de uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que atuam em uma relação de consumo e que a elas são garantidos os chamados direitos transindividuais, assim denominados por não pertencerem ao indivíduo de forma isolada, e que podem ser classificados em: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Pode-se dizer que o direito transindividual, também chamado de direito coletivo em sentido amplo, é gênero que abriga três espécies ou categorias, conforme previsto no artigo mencionado.

Neste estudo, aborda-se o direito difuso, este direito que para Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 6) “se apresenta como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstância de fato”. Este direito, que é considerado pela literatura jurídica como essencialmente de natureza indivisível, só é considerado como um todo, não sendo possível individualizar a pessoa atingida pela lesão gerada por sua violação. Nasce de uma circunstância de fato, comum a toda a comunidade.

7 O CASO CEA

No final do ano de 2015 eram comuns na mídia notícias de consumidores protestando com cartazes e diversas confusões na unidade de atendimento presencial na Companhia de Eletricidade do Amapá, havendo a necessidade de intervenção policial. As reclamações apresentadas eram de diversas naturezas, indo desde a falta de atendimento nos postos presenciais, até o aumento de até 900% no valor das

faturas e a entrega de duas contas no mês de novembro (PACHECO, 2015).

O Ministério Público se pronunciou na imprensa expressando interesse em intervir na situação e apresentar alguma solução para a sociedade, ávida por resposta do Estado. O Promotor de Justiça Alcino de Oliveira Moraes, titular da Promotoria de Defesa do Consumidor na época, em entrevista ao site de notícias G1 afirmou:

Assim que tomamos conhecimento desse fato, que vem gerando toda essa confusão no Estado, instauramos procedimento administrativo para apurar. E, como faço, antes de tomar qualquer medida judicial, eu gosto de ouvir a outra parte para saber o que é necessário fazer e se há interesse em solucionar o problema. Ninguém é obrigado a assinar um TAC, mas, em compensação, fica sujeito às medidas judiciais. (PACHECO, 2015).

A Companhia de Eletricidade do Amapá manifestou interesse em resolver as demandas apresentadas pelo MP, tendo a diretoria da empresa estabelecido diálogo, adotando as medidas para cumprir as condições propostas pelo MP. O diretor-presidente da CEA em exercício, José Eliaz Rosa, disse em entrevista, também ao site de notícias G1, que a diretoria encontrou, no início da sua gestão, uma empresa com sérios problemas, mas que de forma alguma iriam criar dificuldades para os consumidores (PACHECO, 2015).

8 O TAC FIRMADO EM 29 DE NOVEBRO DE 2015

No dia 29 de novembro de 2015, o MP e a CEA firmaram um TAC, com o intuito de garantir uma forma eficiente de resolução dos conflitos e correção dos problemas relativos à prestação dos serviços de energia elétrica aos consumidores.

Para a propositura do instrumento de Termo de Ajustamento de Conduta em comento, o Ministério Público do Amapá considerou os seguintes fatos:

a) a competência do Compromitente, o Ministério Público do Amapá, em promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais em consonância com o artigo 127 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e através da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Macapá - PRODECON, a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos dos consumidores de Macapá;

b) a defesa do Consumidor como um direito fundamental do cidadão e dever do Estado, conforme artigo 5º, inciso XXXII da CF e artigo 1º do CDC;

c) considerou que a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos) (BRASIL), no §1º do artigo 6º estabelece que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e cortesia na sua prestação” e que os consumidores/usuários dos serviços de fornecimento de energia elétrica possuem o direito de acesso aos serviços de energia elétrica com padrões de qualidade e regularidade adequados, principalmente em relação às suas reclamações;

d) os fatos ocorridos no âmbito de todo o Estado referentes ao lançamento de duas faturas de energia no mês de novembro de 2015, bem como cobranças feitas a mais e cortes que se caracterizaram como indevidos;

- e) que as medidas tomadas pela Compromissária, a Companhia de Eletricidade do Amapá, não foram suficientes para esclarecimento da população;
- f) que houve o ingresso de representação de um grupo de consumidores junto à PRODECON e, assim, foi instaurado um Procedimento Preparatório de Inquérito Civil;
- g) que a Compromissária fôra devidamente notificada para prestar esclarecimentos e se comprometeu a tomar medidas urgentes para minimizar os efeitos dos problemas ocorridos, como a implantação de um atendimento diferenciado e o aumento dos seus guichês de atendimento ao público;
- h) que a Compromissária reconheceu expressamente a ocorrência dos fatos objeto do procedimento e que geraram dissabores a incontáveis consumidores em todo o Estado do Amapá;
- i) que a Compromissária expediu um Ofício expondo suas justificativas e sinalizou claramente sua intenção de resolver todas as pendências através do TAC.

Diante das questões levantadas pelo Parquet e com a devida anuência da Companhia de Eletricidade, ambos celebraram o Termo de Ajustamento de Conduta contendo as características que serão abordadas adiante.

8.1 A fundamentação legal do TAC

O TAC de 29 de novembro de 2015 teve como base para a sua celebração o artigo 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), que dispõe que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Além deste, utilizou-se o disposto do artigo 93, inciso II, do CDC (BRASIL, 1990) para justificar a atribuição legal para o trato coletivo de âmbito estadual da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital.

Destacou-se na celebração do TAC a atenção do Compromitente em atender às recomendações contidas na Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2014). Esta resolução, em suma, surge como uma norma que passa a fixar regras para o Ministério Público brasileiro adotar mecanismos de negociação, mediação e conciliação em conflitos em que o órgão atua como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, demonstrando desta forma o interesse do MP em buscar uma solução amigável, de forma a evitar e/ou minimizar o ajuizamento de ações para o trato de assuntos que podem ser resolvidos no âmbito administrativo. Enfatiza-se novamente a tendência do direito brasileiro em buscar soluções alternativas de soluções de conflitos, independente das partes envolvidas na lide.

8.2 O objeto do TAC

O objeto do TAC de 29 de novembro de 2015 foi garantir formas eficientes de correção e resolução dos problemas anunciados nas considerações do referido instrumento, referentes ao lançamento de duas faturas no mês de novembro de 2015, cobrança exorbitante de consumo e suspensão indevida de fornecimento de energia.

8.3 As obrigações pactuadas

Dentre as obrigações estabelecidas no TAC a CEA deveria: a) disponibilizar aos consumidores serviços adequados e eficientes, de acordo com os parâmetros de qualidade definidos na Seção III, Das Diretrizes para a Adequada Prestação dos Serviços, da Resolução Normativa 414 – ANEEL (2010), tais como condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas; b) manter em pleno funcionamento um atendimento diferenciado para atendimento das demandas relatadas no TAC, bem como o serviço normal de atendimento; c) suspender a cobrança e os cortes no fornecimento de energia referentes às contas de energia emitidas no mês de novembro para os consumidores que contestassem tal cobrança no balcão diferenciado de atendimento CEA; d) revisar todas as cobranças extras de novembro que fossem contestadas no balcão diferenciado de atendimento, realizando os devidos ajustes, prorrogando os prazos de pagamento e parcelando a segunda fatura em no mínimo três vezes; e) devolver aos consumidores todos os valores que fossem reconhecidamente pagos a mais; f) providenciar idêntico atendimento diferenciado como o realizado na capital nas comarcas do interior do Estado; e g) abster-se de efetuar registro em banco de dados negativos (SPC e SERASA) dos consumidores com reclamações em análise.

8.4 Sanções pelo descumprimento do TAC

Caso a compromissária descumprisse as obrigações pactuadas, obrigava-se ao pagamento das seguintes espécies de multa: a) Para os casos individuais em que se constatasse a cobrança indevida, o valor equivalente a 30% (trinta por cento) da fatura questionada revertendo-se o valor em benefício do consumidor lesado, b) em caso de descumprimento de obrigação de natureza coletiva, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) revertida para o Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público do Estado do Amapá (FEMPAP).

O TAC em questão, após sua celebração, teve três aditivos. O primeiro foi realizado no dia 24 de dezembro de 2015, o segundo no dia 05 de abril de 2016 e o terceiro em 15 de março de 2017. Foi arquivado em 15 de dezembro de 2017. Em suma, estes aditivos reiteravam todas as obrigações constantes no primeiro TAC, postergando seus prazos e ajustando questões relacionadas ao atendimento diferenciado até então disponibilizado pela compromissária.

8.5 Resultados do TAC

A CEA, por sua vez, através da Comunicação Externa nº 0052 de 18 de julho de 2017, encaminhada à Controladoria Geral do Estado (CGE), informou os motivos das reclamações que ocasionaram a necessidade de resolução por TAC e a forma como até aquele momento havia procedido para cumprimento do acordo.

Primeiramente, a concessionária reconheceu que em virtude da modificação e aperfeiçoamento do processo de faturamento (leitura de consumo, faturamento,

impressão e entrega de contas) da Companhia, ocorrido em novembro de 2015, o qual anteriormente era concluído em até 25 dias, passou para 01 (um) dia (variação de dias entre a leitura e entrega da conta). Isto ocasionou aos consumidores, durante sua implementação, os problemas de emissão de duas faturas no mesmo mês, aumento de dias faturados e conseqüentemente aumento de consumo no primeiro ciclo após a mudança, bem como o consumo acumulado ocasionado em função do faturamento por média nos meses anteriores.

8.5.1 Cumprimento das obrigações

Diante da situação e em cumprimento dos itens 1 e 2 das obrigações estabelecidas no TAC de novembro de 2015, que versam sobre a implantação de atendimento diferenciado aos consumidores, a empresa alegou ter tomado as seguintes medidas:

- a) ampliação do espaço físico do Atendimento Presencial Macapá: Os números de guichês no atendimento presencial em Macapá passaram de 06 para 12 guichês, dobrando a capacidade de atendimento;
- b) aumentou em 100% o número de assentos;
- c) transferência Provisória de funcionários para o setor de atendimento, visando à celeridade nos processamentos internos das reclamações e a fim de diminuir o prazo de resposta final;
- d) criação de atendimento diferenciado para consumidores com reclamações registradas no Instituto de Defesa do Consumidor do Amapá - PROCON e PRODECON, com o intuito de gerar solução imediata (COMUNICAÇÃO EXTERNA N°0052, 2017).

Quanto aos itens 3 e 4 do TAC, respectivamente, abster-se de efetuar até o dia 30 de junho de 2016 o registro em cadastros de proteção ao crédito dos nomes dos consumidores por falta de pagamento das faturas objeto do TAC e fazer, quando for o caso, a devida revisão da conta reclamada, a empresa manifestou que providenciou:

- a) a suspensão da cobrança das faturas 10/2015 e 11/2015 para clientes baixa tensão residenciais, rurais e comerciais com reclamação em curso junto a CEA, PROCON, PRODECON;
- b) a Suspensão de cobrança das faturas via inclusão no cadastro de inadimplentes: SPC e SERASA.

Além disso, a CEA afirmou, conforme as tabelas abaixo constantes no relatório encaminhado à CGE, que recebeu, no período de novembro de 2015 a fevereiro de 2017, um total de 56.709 (cinquenta e seis mil e setecentos e nove) reclamações em suas lojas de atendimento e 3.989 (três mil e novecentos e oitenta e nove) reclamações encaminhadas do PROCON aos atendimentos alternativos da CEA nos postos de Atendimento do Sistema Integrado de atendimento ao Cidadão – SIAC, totalizando assim 60.698 (sessenta mil seiscentas e noventa e oito) reclamações recebidas em um período de 15 meses, de acordo com os detalhamentos contidos as tabelas abaixo inseridas.

Tabela 01 – Serviços gerados no sistema Comercial CEA

QUANTIDADE DE SERVIÇOS GERADOS					
Mês/Ano	Alteração Vencimento de conta	Parcelamento	Refaturamento	Reclamação com Análise em Campo	Vencimento Optativo
NOV-15	1.268	1.412	3.907	3.082	1276
DEZ-15	3.301	2.025	3.794	11.774	1834
JAN-16	4.952	2.195	5.181	5.934	1265
FEV-16	2.956	2.824	4.884	8.912	698
MAR-16	3.510	3.414	3.918	2.742	793
ABR-16	897	2.689	3.290	2.812	804
MAI-16	1.058	2.872	4.155	2.502	836
JUN-16	489	2.230	3.114	1.484	697
JUL-16	549	1.735	2.548	4.164	621
AGO-16	753	1.684	2.716	3.229	492
SET-16	326	1.655	2.464	2.463	364
OUT-16	252	1.660	2.048	1.994	461
NOV-16	535	1.846	1.974	1.785	356
DEZ-16	188	3.429	1.924	1.857	371
JAN-17	233	3.403	2.017	1.091	517
FEV-17	308	1.990	2.020	884	406
TOTAL	21.575	37.063	49.954	56.709	11.791

Fonte: Sistema Comercial AJURI – CEA, extraído em 17.07.2017.

Tabela 02 – Reclamações geradas pelo PROCON

Período de 01/10/2015 a 31/12/2016	SEDE	Quantidade gerada	Quantidade concluída	Situação
	Central PROCON	3.756	3.756	Regular
	PROCON SIAC-NORTE	130	130	Regular
	PROCON SIAC-SUL -	2	2	Regular
	PROCON – SIAC Laranjal do Jarí	65	65	Regular
	PROCON SIAC-CENTRO	36	36	Regular
	TOTAL	3.989	3.989	

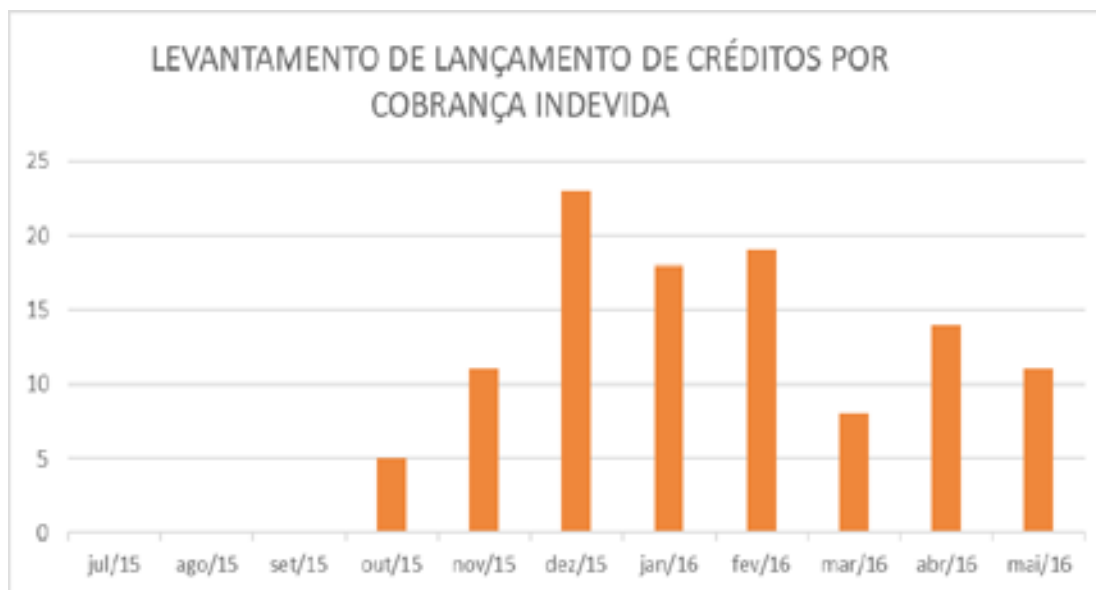
Fonte: Controle Geral dos atendimentos – Relatório Analítico.

A Concessionária afirma que foram tomadas todas as providências necessárias à resolução das reclamações envolvendo aumento exorbitante de consumo nas faturas.

Na tabela 01 afirma-se que a empresa realizou 49.954 (quarenta e nove mil e novecentos e cinquenta e quatro) refaturamentos (correção dos valores das faturas) no período de novembro de 2015 a fevereiro de 2017. Além disso, aponta-se ainda a realização de 37.063 (trinta e sete mil e sessenta e três) parcelamentos, atendendo, portanto, ao item 4 das obrigações da compromissária constantes no TAC (revisão de cobranças extras e parcelamento de faturas).

Além disso, a empresa apresentou um relatório de levantamento de lançamentos de créditos por cobrança indevida para constatar o ressarcimento por pagamento a mais das faturas que foram questionadas nas lojas de atendimento, conforme o gráfico abaixo.

Gráfico 01- Levantamento de lançamentos de créditos por cobrança indevida por unidade consumidora no período de julho de 2015 a maio de 2016.



Fonte: Sistema Comercial AJURI – CEA, extraído em 30.01.2018.

Conforme o gráfico, nota-se que no período posterior à celebração do TAC houve registro de lançamentos de créditos por cobrança indevida, e, conforme manifestação da CEA, o número de créditos ao consumidor só não foi maior devido ao fato das faturas questionadas, em sua maioria, não terem sido pagas até a conclusão da análise das reclamações, até mesmo porque a empresa estava obrigada a não suspender o fornecimento de energia por débitos dos meses de outubro e novembro de 2015. Destaca-se, com isso, que o TAC teve eficácia na proteção aos riscos de danos econômicos aos consumidores ao determinar a revisão das faturas, suspensão de suas cobranças até o tratamento das reclamações pela concessionária e o dever da empresa em devolver aos consumidores todos os valores que fossem reconhecidamente pagos a mais.

Ainda a respeito das faturas com referências 10/2015 e 11/2015, que foram objeto do Termo de Ajustamento de Conduta, a empresa informou que as referidas não são objeto de reclamações via PROCON ou PRODECON desde dezembro de 2016.

8.5.2 Manutenção da linearidade da quantidade de demandas judiciais

Na pesquisa também se obteve acesso, através da Procuradoria Jurídica da CEA, ao número de Processos Judiciais respondidos pela Companhia de Eletricidade do Amapá com causas de pedir envolvendo reclamações de faturas no período de cinco meses antes e cinco meses depois do surgimento da lide, e constatou-se, conforme quadro abaixo:

Gráfico 02 - Quantitativo de demandas judiciais de maio de 2015 a maio de 2016.



Fonte: elaborado pelos autores.

Demonstra-se, no quadro de levantamento de Processos Judiciais, que houve linearidade no número de audiências (números absolutos) respondidas pela CEA que tiveram como causa de pedir cancelamento ou revisão de faturas, constando-se que o acordo firmado entre PRODECON e CEA surtiu efeito no sentido de evitar-se um grande número de judicialização das demandas.

Se forem considerados os dados da Tabela 01 – Serviços gerados no sistema Comercial CEA, em especial a coluna Reclamação com Análise em Campo, tem-se que houve um aumento de quase 300% entre os meses de novembro e dezembro de 2015 (época na qual ocorreu a emissão de faturas em duplicidade e excessos de cobrança), sem que houvesse aumento proporcional no número de demandas judiciais, no mesmo período, conforme demonstrou o Gráfico 02.

8.5.3 Conscientização institucional

Há que se ressaltar que a Concessionária de energia tem expressado, últi-

mamente, principalmente após a propositura do TAC em questão, um forte interesse em estabelecer diálogo com os órgãos competentes, como o PROCON, o MP, o Poder Judiciário e demais Poderes Públicos, como Prefeituras e Governo do Estado, bem como com seus consumidores, buscando dar publicidade sobre suas ações institucionais e buscando evitar possíveis conflitos. Como exemplo, tem-se a recente parceria entre a CEA e o Tribunal de Justiça do Amapá - TJAP através do Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC, na qual estabeleceu-se a realização de conciliações entre a empresa e consumidores para a resolução de demandas envolvendo inadimplência. Manifestou-se a empresa através de seu site oficial sobre essa ação:

A Conciliação representa benefícios aos consumidores, à CEA e ao judiciário, pois através do diálogo entre as partes, com a mediação da justiça, os conflitos são solucionados sem a necessidade de tramitação judicial, tornando mais célere os processos.

Em reunião com a diretoria da CEA, a juíza Joenilda Lenzi, coordenadora do CEJUSC do Fórum de Macapá, destacou que a iniciativa de potencializar a conciliação no Amapá é uma forma de modernizar a justiça no Estado, garantindo soluções rápidas aos conflitos e possibilitando um melhor relacionamento entre os consumidores e as instituições. (CARVALHO, 2017).

Esta manifestação pública da concessionária indica que passar por um processo de ajustamento de conduta, além de proporcionar o afastamento dos riscos de danos econômicos aos consumidores, de forma indireta também trouxe conscientização institucional à empresa, que passou a se preocupar com a receptividade de suas ações por parte de seus consumidores.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de análise dos dados, pode-se inferir que o TAC firmado em 29 de novembro de 2015, bem como seus demais aditivos, foi um importante instrumento estabelecido entre o legitimado, MP, e a CEA na defesa dos interesses transindividuais dos consumidores, uma vez que determinou a responsabilidade da concessionária e viabilizou a formação do título executivo extrajudicial. Além disso, ensejou o arquivamento do processo administrativo do qual surgiu TAC e demonstrou-se como um meio alternativo de solução do conflito.

Nota-se também que o instrumento assegurou a proteção da incolumidade econômica do consumidor-usuário de energia elétrica, uma vez que estabeleceu obrigações de revisar os valores cobrados, através de refaturamentos, e possibilitou a negociação das faturas através de parcelamentos. Assegurou a devida devolução de valores comprovadamente cobrados a mais. Além disso, determinou a não suspensão do fornecimento de energia das unidades consumidoras que estavam aguardando a conclusão das reclamações pelas faturas objeto do TAC e a não inclusão do nome dos seus titulares em registros de cadastros de proteção ao crédito. Dentre outros resultados do TAC, aponta-se a não judicialização da demanda e a conscientização institucional que a empresa passou a apresentar após assinatura do compro-

misso de ajustamento de conduta.

O TAC de 29 de novembro de 2015 revelou-se, na pesquisa, um instrumento alternativo de acesso à justiça por ter-se constatado que não houve somente judicialização dos conflitos, tendo concedido de certa forma à sociedade de economia mista, uma vez revestida de seu papel público, uma forma de responder por suas responsabilidades sem, no entanto, prejudicar o serviço por ela prestado.

Uma crítica negativa que se pode tecer acerca do TAC em questão é quanto ao seu objeto. O tratamento das faturas com valores exorbitantes e a emissão da segunda fatura no mês de novembro de 2015, como foi de conhecimento do MP, PROCON, da distribuidora e da própria CGE, foi atendido pela concessionária ainda no ano de 2016, sendo, portanto, questionável a quantidade de prorrogações de prazos estabelecidos pelos aditivos assinados. Exprime este fato uma certa demora do MP em promover a devida fiscalização do cumprimento das cláusulas e o encerramento do acordo que perdurou por mais de dois anos.

Tendo em vista a importância da proteção ao direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro e que o legislador não poupou medidas protetivas diante da ameaça a estes Direitos, destina-se esta pesquisa a uma contribuição diante da reflexão sobre as várias possibilidades de acesso à justiça na tutela dos Direitos Transindividuais e especialmente na tutela do Direito do Consumidor, verificando-se que este instrumento jurídico, como medida alternativa, é capaz de proteger a incolumidade econômica do consumidor.

É cristalina a relevância dos meios alternativos de solução de conflitos no sistema jurídico brasileiro, principalmente pelo caráter pacificador a eles atribuídos.

É valioso também ressaltar que diante de uma ameaça a um direito fundamental e no caso desta pesquisa, diante da proteção à incolumidade econômica do Direito do Consumidor, não é admissível que a sociedade e os órgãos competentes abdicuem de lutar pela tutela de seus interesses. Todavia, é importante que a medida necessária para a defesa do interesse em lide não ultrapasse a proporcionalidade necessária para o cumprimento de seu objetivo.

No caso da propositura do TAC para a resolução de demandas semelhantes à que envolveu a Companhia de Eletricidade do Amapá, uma instituição da administração pública, é de extrema importância que se busque recuperar o bem jurídico lesado ou afastar os riscos de danos sem que ocorra a judicialização da questão, uma vez que é importante zelar pela manutenção da continuidade dos serviços da concessionária e pela reconstrução da relação de confiança do consumidor diante da empresa prestadora de serviço público. Neste raciocínio destaca-se a lição de MAZZILLI (2006):

Em suma, o compromisso de ajustamento de conduta, conquanto ainda não tenha alcançado toda sua potencialidade, assim mesmo já é um grande avanço na composição extrajudicial de conflitos coletivos (de grupos, classes ou categoria de pessoas), e, assim, torna mais eficaz a defesa de interesses transindividuais. Desta forma, concorre grandemente para a obtenção da harmonia e paz social. Trata-se de instrumento que tem merecido intensa utilização, porque, por meio dele, morrem no nascedouro inúmeras demandas, o que traz grande proveito para a coletividade. (MAZZILLI, 2006, p. 19).

Observa-se que o TAC analisado atingiu, em suma, seus objetivos, confirmando que a coletividade pode contar com uma valiosa alternativa na tutela de seus interesses econômicos.

Cumpra-se ressaltar que o TAC deve ser razoável no prazo estipulado para seu cumprimento e deve atender a um fim específico, sob pena de se banalizar o objetivo do instituto. Mesmo que a parte compromissária aponte uma conduta irregular futuramente, é papel dos órgãos públicos legitimados fiscalizar e tomar as devidas providências, inclusive caso seja necessário firmar de um novo TAC. O sentido do instituto está justamente relacionado com a resolução de questões pontuais, e não a um meio de correção ou sanção perpétua (o que pode ocorrer através de uma vigência por tempo indeterminado), pois este não é seu objetivo.

Conforme se constatou, o Termo de Ajustamento de Conduta tem se apresentado como um relevante instituto de solução alternativa de conflitos de natureza difusa. Sua adequada propositura se mostra eficaz na tutela da proteção ao Direito do Consumidor e, o mais importante, confirma com o alcance de seus objetivos, pois o Direito, além de manter a ordem e a segurança das relações jurídicas, também pode exercer um valioso papel de instrumento de pacificação social.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ (ESTADO). Ministério Público do Estado do Amapá. **Termo de Ajustamento de Conduta**. Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Macapá/AP. Macapá, 2015.

ANEEL. **Resolução Normativa Nº 414, de 9 de setembro de 2010**. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Brasília, DF, 9 set. 2010. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Teoria da qualidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Senado Federal. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências: Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 02 dez. 2017.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a Ação Civil Pública**. Anais do 9o Congresso Nacional do Ministério Público. Bahia: 1992. Livro de Estudos Jurídicos, n. 6, do Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 234-240.

CARVALHO, Naíde. **CEA e TJAP, uma parceria em prol da sociedade**. Nov. 2017. Disponível em: <https://cea.portal.ap.gov.br/det2.php?id=18282>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CNMP. **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do ministério público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf> Acesso em: 20 out. 2018.

COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ (Brasil). **Comunicação Externa nº 0052: 2017**. Amapá, 2017.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem: Arbitragem Comercial, Arbitragem Internacional, Lei Brasileira de Arbitragem, Instituições Internacionais de Arbitragem, Convenções Internacionais sobre Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

FADEL, Marcelo Costa. **O direito da energia elétrica sob a ótica do consumidor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FINK, Daniel Roberto. **Alternativas à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)**. In: MILARÉ, Edis (org.). **Ação Civil Pública – Lei 7347/85 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução, Fragilidades e Atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis et al. **O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos: Relação entre os Instrumentos Alternativos de Defesa Ambiental da Lei 7.347/1985**. Revista de Direito Ambiental, n. 38, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTRA Ellen destaca métodos alternativos de solução de litígios. Supremo Tribunal Federal, Notícias STF, Brasília, 02 maio 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiadetalhe.asp?idConteudo=178330> Acesso em: 02 dez. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor como Direito Fundamental: consequências jurídicas de um conceito.** Revista Direito do Consumidor, São Paulo, v. 43, 2002.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação Civil Pública: alcance e limites da atividade jurisdicional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, John. **Cientes entram com Ação Popular contra CEA por cobranças indevidas.** G1, Amapá, 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2015/11/clientes-entram-com-acao-popular-contra-cea-por-cobrancas-indevidas.html>> Acesso em: 15 ago. 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A regulação por medida provisória de distrato e arrendimento em contratos imobiliários.** Jus.com.br, ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59586/a-regulacao-por-medida-provisoria-de-distrato-e-arrendimento-em-contratos-imobiliarios>. Acesso em: 20 out. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A mediação de conflitos e a pacificação social.** In: SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). Estudos sobre Mediação e Arbitragem. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

Submetido: 03/01/2019

Aprovado: 10/05/2019

COOPTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS COMO FORMA EXTREMA DE CORRUPÇÃO. DESAFIOS E PERSPECTIVAS

*THE PUBLIC AGENTS CAPTURE AS AN
EXTREME KIND OF CORRUPTION.
CHALLENGES AND PERSPECTIVES*

Flávio Cardoso Pereira

Procurador de Justiça do Ministério Público de Goiás
Diretor da Escola Superior do Ministério Público de Goiás
Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela
Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca



RESUMO

O dinheiro como moeda de circulação e aquisição de bens e serviços tem-se apresentado contemporaneamente como um instrumento de dominação, sendo que muitas vezes se sobrepõe aos limites morais e éticos inerentes ao cidadão. A situação se agrava a partir do momento em que a delinquência organizada, através do emprego da corrupção, se infiltra nas instituições governamentais. Agentes públicos passam a laborar de forma criminosa para grupos delitivos com o objetivo de gerar lucros e poder. Impera então o que se poderia denominar de “reconfiguração cooptada do Estado”.

Palavras-chave: Dinheiro. Corrupção. Crime organizado. Cooptação de agentes.

ABSTRACT

Money as a service and good circulation and acquisition currency has been nowadays a domination mechanism, which many times imposes itself to moral and ethical limits, inherent to the citizens. Situation get worse when organized delinquency, by means of corruption, infiltrates government institutions. Public agents start to labor in a criminal fashion to generate profits and power. It prevails, then, what can be called “State capture reconfiguration”.

Keywords: Money. Corruption. Organized crime. Agents capture.

SUMÁRIO

1. Introdução e complexidade do tema; 2. O dinheiro como fator de desvalorização dos ideais éticos e morais; 3. Aspectos essenciais acerca do fenômeno da corrupção; 4. A relação promíscua entre a criminalidade organizada e a corrupção; 5. A reconfiguração cooptada do Estado: conceito, características, causas, efeitos e perspectivas de enfrentamento; 6. Conclusões. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO E COMPLEXIDADE DO TEMA

O fenômeno da corrupção, nos dias atuais, consiste em flagelo destrutivo ao tecido político, econômico e social de grande maioria das civilizações. Trata-se de uma das enfermidades mais dolorosas e cruéis da sociedade democrática¹.

Como bem perlustra González Pérez (2006, p. 39), a corrupção consiste, de modo claro e objetivo, numa das formas mais destacadas de degradação dos valores morais.

Nesse aspecto, as sociedades seguem a cada dia enfrentando este fenômeno global como sendo efetivamente um grave e complexo obstáculo ao avanço na consolidação dos sistemas democráticos, bem como do pleno e livre exercício e desfrute dos direitos humanos. Impede, ainda, que se alcancem níveis satisfatórios de governabilidade, os quais possam permitir o desenvolvimento sustentável dos Estados.

Visto desde outra vertente, como consequência da expansão da corrupção, restam afetadas as condições políticas, sociais e econômicas que permitem a implementação e estruturação de políticas públicas que apresentem resultados eficazes frente às principais necessidades sociais, a exemplo da redução da pobreza e da desigualdade social².

Em razão dessa conjuntura exposta, é afirmação pacífica e incontestável a ideia de que a corrupção representa um grave problema para o Estado de Direito. Ademais, a literatura não somente jurídica tem destacado já há bastante tempo as consequências que as difusões de práticas corruptas provocam sobre o desenvolvimento econômico³, sobre o gozo dos direitos humanos e acerca do bom funcionamento da democracia.

Não por outra razão, referido fenômeno, na era contemporânea, faz parte da pauta obrigatória de discussões de muitos governos, organizações sociais e da própria sociedade.

Assim, cabe ressaltar que o enfrentamento à corrupção constitui nos dias de hoje um componente central e inescusável da agenda de fortalecimento e melhoria das instituições, fazendo parte das estratégias desenvolvidas pela grande maioria dos Estados e organismos internacionais, visando a impulsionar um marco de estabelecimento de estratégias anticorrupção, cujas metas almejam, de forma precípua, minimizar os efeitos dramáticos advindos desses processos de provocação de debilidade institucional e humanística.

Trata-se, portanto, de um sistema de comportamentos ou de redes, no qual

1 Não por outro motivo, a ONU já ditou que: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”. Cfr. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 31 de outubro de 2003, Resolução 58/4 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003).

2 Para uma melhor compreensão entre a relação estabelecida entre pobreza, desigualdade social e o fenômeno da corrupção, imprescindível a leitura da obra de Malen Seña (2017).

3 Sobre o tema, leitura obrigatória: Rose Ackerman (2001).

participa um poder fático (individual ou coletivo), portador de interesses particulares e com poder de influência para garantir condições de impunidade, a fim de lograr que agentes públicos ou até mesmo privados, portadores de capacidade de decisão ou de intervenção, exerçam atos ilegítimos e/ou ilegais que afetem valores éticos de integridade e justiça, violentando muitas vezes normas legais para a obtenção de benefícios econômicos, políticos e sociais (PEREIRA, 2017, p. 57).

Nesse diapasão, certo é que o esquema de corrupção é por definição um plano de segurança de rendimentos ilícitos. Tudo é pensado e concebido para minimizar riscos antes, durante e depois da transação ilegal. A segurança passa por mecanismos de lavagem de capitais ou de eliminação de registros, compra de proteção, silêncio ou cumplicidade e outras técnicas para despistar detalhes da trama (SOUSA, 2011, p. 25).

A corrupção constitui, em síntese, uma ameaça à primazia da lei, da democracia e dos direitos humanos, uma vez que atropela os princípios de uma boa administração, da equidade e da justiça social, prejudicando a livre concorrência, obstaculizando o desenvolvimento econômico e colocando em perigo a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

Delineadas essas observações perfunctórias e necessárias, torna-se irrefutável afirmar que a corrupção vem atingindo níveis de atrocidade e danosidade nunca antes conjecturados. Embora já se tenha notícia de práticas corruptivas desde a antiguidade⁴, vale ressaltar que, contemporaneamente, referido fenômeno se dissemina movido por uma força galopante, assemelhando-se a uma verdadeira endemia que atinge a todas as sociedades, provocando prejuízos irreparáveis.

Fala-se, portanto, nos dias de hoje, em corrupção sistêmica, empresarial, governamental, eleitoral, política, privada, pública, urbanística, etc. Um leque imenso de condutas cujo objetivo seria único: a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo de outrem.

E a situação se torna insustentável quando se denota a quebra ou o rompimento dos ideais éticos e morais por parte do cidadão, em especial do funcionário público, o qual se deixa ceder muitas vezes pelo atrativo do suborno ofertado por grupos poderosos de criminosos.

Diante do quadro caótico apontado, caberia questionar: nos acercamos de algo próximo ao que se poderia denominar de “auge do fenômeno da corrupção”?

Haveria, assim, algo mais grave e drástico do que a cooptação de agentes públicos pela delinquência organizada?

Instalado um estado de degeneração institucionalizada e de anestesia moral e ética de boa parte dos cidadãos naqueles países que sofrem com índices altíssimos de percepção da corrupção, cumpre-nos a árdua tarefa de apontar um cenário positivo de esperança no enfrentamento deste grave problema globalizado.

Em termos acadêmicos e em ambientes especializados na temática da corrupção, pouco se escreveu acerca dessa faceta envolvendo a cooptação de agentes públicos, ou, dito de outro modo, uma verdadeira infiltração das organizações crimi-

⁴ Sobre alguns dados históricos sobre o fenômeno da corrupção, vid. Brioschi (2010) e Rocha Furtado (2015, p. 15 et seq.).

nosas na esfera governamental.

Porém, eis que nos últimos anos surgem os primeiros estudos sobre uma fase altamente drástica no processo de evolução dessa forma de quebra irrestrita da confiança entre a sociedade e as instituições públicas (Estado), ou seja, começa-se a tratar do tema da infiltração da criminalidade organizada no aparato estatal (instituições governamentais) (PEREIRA, 2015; GARAY SALAMANCA; SALCEDO-ALBARÁN, 2012), a começar pelos embrionários trabalhos publicados sobre a “captação ou captura do Estado”⁵.

Dentro desse cenário, fortalecem-se as organizações criminosas que, por meio de cooptação e do suborno, passam a ter em seus quadros pessoas (muitas vezes servidores públicos ou agentes políticos) que passam a laborar criminosamente em prol da obtenção de lucros advindos da corrupção e de outros tantos crimes, como a lavagem de dinheiro, a fraude a processos de licitações, o narcotráfico, etc.

Tecnicamente, poder-se-á denominar este aspecto peculiar da corrupção como “cooptação de agentes públicos” ou “reconfiguração cooptada do Estado”.

É importante proceder a uma análise acerca da complexa tarefa de conciliar o dinheiro como valor monetário e a moral como valor ético a ser incorporado nas relações cotidianas. Tema este umbilicalmente ligado ao crescimento e à expansão do fenômeno da corrupção, especialmente naquela modalidade referente a atos desviantes praticados por agentes públicos no marco do desenvolvimento de seus múnus laborais.

2 O DINHEIRO COMO FATOR DE DESVALORIZAÇÃO DOS IDEAIS ÉTICOS E MORAIS

Avulta em importância ressaltar uma raiz emblemática para a melhor compreensão desse estágio superior atingido no contexto do fenômeno da corrupção (a cooptação de agentes públicos): a existência de limites morais do mercado e a influência do dinheiro no contexto das relações sociais.

A discussão desses pontos fundamentais poderá ser buscada em Michael Sandel (2012), através da constatação de algumas verdades incontestáveis, a saber:

- a) O dinheiro é sempre uma forma de poder social e um instrumento de disciplina nas relações sociais;
- b) O dinheiro nos dias atuais passou a ser o valor supremo na configuração da ideologia da sociedade ocidental;
- c) Vivemos e enfrentamos uma situação perceptível de “degeneração moral institucionalizada”, marcada pela destruição do senso de moralidade pública, em nome da defesa, quase religiosa, do mercado e do capital.

Diante desse nefasto panorama desenhado pelo filósofo norte-americano, surgem naturalmente algumas consequências extremamente preocupantes, como o fato de agentes públicos eventualmente cederem a propostas de corrupção (suborno), passando a colaborar criminosamente com redes ilícitas de criminosos. Nesse

⁵ De forma embrionária sobre o tema da “Captura do Estado” (fase prévia à reconfiguração cooptada do Estado): Hellman e Kaufmann (2001, pp. 31-35); Brooks, Walsh, Lewis e Kim (2013, p. 115-132).

sentido, quebra-se a confiança entre os cidadãos e o Estado, configurando-se um cenário de debilidade institucional em razão do aumento dos índices de percepção da corrupção (PEREIRA, 2017, p. 59), com destaque para a perpetuação de um alto grau de impunidade⁶.

Como consequência deletéria, destaca-se um acréscimo no surgimento e atuação das chamadas “bandas podres”⁷ que por vezes infestam o ambiente de algumas entidades governamentais.

A propósito e nessa quadra da conjuntura, a questão monetária torna-se fator de destaque nas relações sociais e no cotidiano da maioria dos cidadãos, e muito especialmente se desponta a questão da vulnerabilidade por parte de algumas pessoas vinculadas de forma empregatícia a organismos estatais, as quais muitas vezes se deixam “vender” pelo apelo financeiro, comprometendo o ideal ético e moral correspondente ao exercício das funções públicas.

Faltam a estes agentes públicos um compromisso com a ética profissional ou funcional⁸, segundo a qual deveriam atuar de modo correto e com respeito às obrigações e responsabilidades inerentes ao cargo, de modo a não banalizar ou mesmo enodoar o exercício da função pública.

E deve mesmo ser assim, pois os empregados públicos deverão manter obediência a alguns preceitos inerentes ao bom desempenho de suas funções, dentre os quais poderíamos destacar a neutralidade política, a imparcialidade, a objetividade e, naquilo que mais nos interessa, a integridade moral. Em síntese, o ideal a ser perseguido seria a moralidade ética aplicada ao exercício da função pública (PEREIRA, 2015, p. 67-68).

Por esta razão, há um forte consenso de que uma cultura política de ética pública oferece um ambiente menos propício à propagação da corrupção nas suas múltiplas manifestações, no quadro do relacionamento com representantes ou agentes de instituições públicas (BARATA, 2012, p. 40).

Vislumbra-se, pois, uma instigação direta e irrefutável por parte do mercado econômico ao uso do dinheiro como demonstrativo de evidente poder, aniquilando-se, muitas vezes, comportamentos que estejam fundamentados na ética e na boa moral (PEREIRA, 2015, p. 2-3).

Como quer que seja, preocupa sobremaneira o crescimento absurdo de notícias de casos envolvendo autoridades públicas e servidores de todas as esferas da administração pública, fatos esses geradores de inúmeras investigações e condenações de pessoas cooptadas por organizações criminosas.

E o mais grave: essa modalidade de corrupção vem sendo percebida dentro das estruturas de praticamente todo o aparato governamental, fato esse que provoca resultados devastadores quanto à quebra do elo de confiança estabelecido entre a sociedade e as instituições públicas.

Basta uma pesquisa nada profunda nas redes sociais e noticiários para se

6 A respeito do tema, vid. Chinchón Álvarez (2014, p. 18-22).

7 Seriam grupamentos de pessoas que atuam isoladamente ou de forma coletiva e que se encontram imbuídas de interesses e propósitos escusos e contrários ao bem-estar da administração pública, praticando condutas ilícitas, imorais e antiéticas

8 Para uma melhor compreensão acerca do tema da ética, cfr. Cortina (2017).

deparar com notícias de prisões de agentes públicos, bem como de deflagração de gigantescas operações policiais e do Ministério Público na busca da desarticulação desses grupos espúrios de criminosos que se utilizam da cooptação e do suborno para lançar seus tentáculos para dentro do aparato estatal.

Do mesmo modo, nos últimos anos, no Brasil, percebe-se um incremento no número de condenações de agentes públicos e políticos justamente em razão de ligações espúrias com organizações criminosas, muito especialmente em consequência de desdobramentos de operações como a Lava Jato, Zelotes, escândalo do Mensalão etc⁹.

Voltando ao aspecto que envolve o dinheiro nos dias atuais (SIMMEL, 2016) e muito em razão de uma crise financeira que atinge grande parte das sociedades, esta forma de moeda apresenta-se como instrumento de cobiça a despertar em cidadãos descompromissados com a chamada “ética funcional” o desejo de auferir ganhos ilícitos através do engajamento laboral junto a organizações criminosas.

Em apertada síntese, cumpre-nos afirmar que estamos, de fato, diante de um caótico e paranoico quadro de totalitarismo econômico do sistema capitalista, o qual está predisposto a subverter as disposições éticas mais fundamentais da conduta humana em nome doencilhamento financeiro (PEREIRA, 2015, p. 6).

3 ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Já tivemos oportunidade, em linhas pretéritas, de tecer alguns apontamentos acerca da corrupção e de sua danosidade social e institucional.

Reforçando essa assertiva, pode-se afirmar que a corrupção é algo que existe e sempre existiu, qualquer que seja o sistema político e durante todos os tempos. De acordo com os sistemas políticos, os contextos econômicos ou os distintos traços culturais, a corrupção será maior ou menor, porém não se pode negar que exista ou que possa existir em alguma medida¹⁰.

Nessa conjuntura, ainda que se aceite que a corrupção sempre existiu desde tempos remotos, vale destacar que na atualidade referido fenômeno adquire e apresenta características inéditas, a exemplo da extensão, periculosidade e notoriedade pública, fatores estes que afetam de modo drástico o bom funcionamento das instituições democráticas.

Em reforço a esta assertiva, imprescindível aduzir que a qualidade institucional, a eficácia regulatória e a boa governança pública são novos temas, conceitos e enfoques que, diante da busca de uma redução dos índices de percepção da corrupção, passaram a ser considerados como verdadeiros padrões internacionais de desenvolvimento de metas eficazes de estabelecimento de estratégias anticorrupção.

Por conseguinte, encontra-se sedimentado o preceito de que a corrupção é um vício que se estabeleceu e se perpetuou na sociedade moderna, exigindo esforços hercúleos de toda a comunidade internacional, no sentido de se obter uma minimização de seus efeitos suportados junto à sociedade e seus cidadãos, já que,

9 Vid. Ação Penal 470 julgada pelo Supremo Tribunal Federal

10 A propósito, vid. Laporta (1997, p. 19).

segundo Rose-Ackerman, a eliminação total da corrupção nunca será um objetivo digno de considerar, porém o que se poderia buscar seria dar passos para limitar seu alcance e reduzir os danos produzidos (ROSE-ACKERMAN, 2001, p. 5).

Mas nesse momento, cumpre-nos, embora ciente das dificuldades amplamente expostas pela doutrina no sentido de entraves¹¹ para se ofertar um conceito fechado sobre a corrupção, lançar algumas observações sobre uma definição aproximada desse fenômeno.

A forma mais adequada para se buscar um conceito sobre a corrupção dependerá da visão externada pelos olhos do observador.

Nesse sentido, teríamos quatro perspectivas a serem buscadas:

a) Política: centrando-se na análise do poder e dos problemas políticos. Um deles seria a contaminação dos partidos políticos por grandes somas de dinheiro privado, doadas com a intenção de se obter vantagens estatais a posteriori;

b) Econômica: levando em consideração a ideia de como a corrupção afeta a eficiência e os mercados;

c) Social: analisando os fatores culturais, religiosos e morais. Assim, o ambiente seria fator decisivo para a expansão da corrupção. Destacam-se muitas características sociais como a baixa qualidade democrática, pouca transparência (ausência de accountability), sistema eleitoral pouco confiável, déficit de responsabilidade (impunidade), etc;

d) Jurídica: referindo-se à violação de uma norma, com a finalidade de perseguir qualquer vantagem privada.

Por conseguinte, em excepcional abordagem,

Francesco Kjellberg define a corrupção como uma quebra ou rompimento das normas legais (concepção jurídica), ou das normas éticas não escritas (concepção ética), porém com apoio social generalizado (concepção sociológica), relativas a como se deve exercer o serviço público, para proporcionar uma prestação de benefícios a certos grupos ou a cidadãos de forma não paritária (concepção política), com vontade de obtenção indevida de lucros diretos ou indiretos (concepção econômica) (VILLORIA MENDIETA; IZQUIERDO SÁNCHEZ).

De toda sorte, parece-nos muito interessante, ainda, a conceituação construída por Carl Friedrich, no sentido de que a corrupção, especialmente aquela denominada como “pública”, é um tipo de comportamento que se desvia da norma que realmente predomina ou que se acredita que prevaleça em determinado contexto, a exemplo do político. Seria um comportamento desviado associado a uma motivação particular, a saber, aquela da ganância privada às expensas públicas (FRIEDRICH, 1989, p. 15).

Apresentados elementos que compõem uma conceituação aproximada do

11 E as dificuldades surgem, a partir de algumas constatações. Senão vejamos: a) Multiplicidade de formas de expressão da corrupção. Inúmeras condutas, sendo que muitas delas nem se encontram tipificadas em lei; b) Mudanças dos valores que definem o que uma sociedade entende por corrupção em um determinado tempo e numa determinada cultura; c) São formas de condutas ou atitudes praticadas na clandestinidade (secretismo) e d) Dificuldades para de medir a percepção da corrupção. Ainda sobre os obstáculos para uma definição ideal da corrupção, vide MALEN SEÑA, 2017, p. 42-43; BARBUGIANI, 2017, p. 20-22.

fenômeno da corrupção, importante também apresentar alguns contextos que poderão contribuir para estabelecimento de um terreno fértil para a expansão dessa patologia.

Desta maneira, a existência de um sistema punitivo ineficaz (representativo de impunidade) de ações e condutas corruptas que não estejam tipificadas como delitos, a presença de desenhos institucionais instrumentalizados e medidas oriundas de agências anticorrupção que cumprem uma função apenas decorativa e simbólica no plano jurídico-político (falta de eficácia), a perpetuação de um sistema processual defeituoso ou desatualizado (gerador de dificuldades probatórias), a ausência de não recuperação pelo Estado dos ativos obtidos mediante prática de atos de corrupção, o excesso de burocracia no tocante à prestação de serviços públicos e por fim, a disponibilidade de grandes recursos financeiros para campanhas políticas, sem qualquer controle normativo, constituem fatores diretos e contributivos de conformação de um cenário cultural de aceitação e de proliferação da corrupção.

Como quer que seja, poder-se-á apontar, ainda, como efeitos ou consequências negativas advindas da corrupção:

- a) Influência no desenvolvimento econômico e social de um país;
- b) Prejuízo à qualidade de investimento com visível diminuição de produtividade da economia;
- c) Imposição de barreiras ao livre mercado (eliminação da saudável concorrência);
- d) Desprestígio ao ideal democrático;
- e) Desgaste com relação à confiança cidadã; e
- f) Aumento do descrédito nas instituições públicas.

De se admitir, portanto, que a corrupção debilita o sistema econômico de diversos modos, seja reduzindo os ingressos impositivos do Estado, seja incrementando o valor dos produtos para se cobrir os custos da mesma, ou seja, ainda, distorcendo a livre concorrência ao colocar o agente corruptor em uma posição de vantagem no mercado, frente ao competidor.

Feitas as considerações necessárias, cumpre-nos concluir no sentido de que a corrupção ameaça o império da lei, a democracia e os direitos humanos, corroendo a boa governabilidade, a honestidade e a justiça social, distorcendo a concorrência, obstaculizando o desenvolvimento econômico e ao fim, colocando em risco a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade¹².

4 A RELAÇÃO PROMÍSCUA ENTRE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E A CORRUPÇÃO

A corrupção é a pedra angular da criminalidade organizada¹³.

Essa afirmação impactante encontra fundamento e respaldo na constatação indiscutível de que, nos dias atuais, praticamente nenhuma organização criminosa consegue desenvolver com êxito suas atividades ilícitas sem contar com o uso do

12 Prefácio da Convenção da Justiça Criminal sobre Corrupção, elaborada em Estrasburgo e com início de vigência na ordem internacional em 01/07/2002 (CONSELHO DA EUROPA, 2018).

13 Sobre o tema, vide González Ruiz, Buscaglia, García González, Prieto Palma (2002, p. 55-62).

ingrediente da corrupção, muito especialmente através da prática do suborno e da compra de informações privilegiadas junto a determinados atores que ostentam cargos detentores de informações úteis aos interesses do grupamento delitivo.

Ademais, um território infestado pela corrupção apresenta níveis altíssimos de ausência de confiança da população frente às instituições públicas, além de ostentar um grau de debilidade institucional severo.

Tal cenário apresenta-se como altamente atrativo aos olhos das grandes redes ilícitas voltadas à prática de delitos graves e de destacada repercussão social (PEREIRA, 2015, p. 45).

Outro aspecto interessante nessa simbiose entre a criminalidade organizada e o fenômeno da corrupção diz respeito ao fato de que a primeira apresenta algumas particularidades com relevância direta com a atividade política e a sustentabilidade dos Estados democráticos. Assim, a corrupção e o crime organizado são fenômenos que se complementam e que ameaçam destruir as instituições públicas.

Desse modo, a delinquência organizada desenvolveu não somente um grande poder econômico, mas também uma importante capacidade para corromper funcionários públicos e agentes privados, obtendo assim um enorme potencial para influir nas decisões governamentais que possam trazer benefícios ao grupamento delitivo.

Corolário dessa situação exposta, esses clãs de criminosos, para conservarem o poder, acabam por entabular relações espúrias e extremamente estreitas junto a agentes políticos, uma vez que a meta seria garantir imunidade e impunidade diante de qualquer resposta em nível de perseguição criminal que busque desarticular a organização delitiva.

Nesse rumo, o objetivo dessas redes criminais seria perpetuar uma relação parasitária com algumas instituições governamentais, utilizando-se, para tal fim, da infiltração de agentes criminosos dentro de setores sensíveis da administração pública.

Portanto, as redes ilícitas utilizam a corrupção de modo muito especial no setor público, como instrumento para enfrentar os poderes governamentais através da imposição da impunidade, violando notoriamente o Estado de Direito (GONZÁLEZ RUIZ; BUSCAGLIA; GARCÍA GONZÁLEZ; PRIETO PALMA, 2002, p. 60).

Bem de se observar que na prática, segundo especialistas, as organizações criminosas utilizam a corrupção para desenvolverem seu trabalho delitivo, logrando acesso a mercados mediante pagamento a funcionários justamente encarregados de sua proteção, obtendo contratos de obras públicas ou controlando o mercado de produtos.

Por outra parte, corrompem magistrados, membros do Ministério Público e policiais visando à obtenção de informações prévias de ações de perseguição criminal; também agentes prisionais para seguirem comandando suas atividades delitivas de dentro das unidades penitenciárias. Buscam, também, evitar a aplicação da justiça através de ameaças, com a compra de testemunhas, peritos, vítimas e outras autoridades (GONZÁLEZ RUIZ; BUSCAGLIA; GARCÍA GONZÁLEZ; PRIETO PALMA, 2002, p. 57).

Como consequência dessa situação, surge o enfraquecimento do ideal de

cidadania, o que contribuirá sobremaneira para uma omissão deliberada da participação popular no enfrentamento da corrupção. Nesse cenário, reinam a omissão e o comodismo por parte de uma população contaminada por um estado notório de “anestesia moral e ética” (PEREIRA, 2015, p. 46).

A seguir, cumpre-nos tecer observações acerca de um dos estágios mais avançados do processo de corrupção, qual seja, a infiltração da criminalidade organizada no aparato estatal, ou, em outros termos, a reconfiguração cooptada do Estado.

5 A RECONFIGURAÇÃO COOPTADA DO ESTADO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CAUSAS, EFEITOS E PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO

Reconfiguração cooptada do Estado corresponde à cooptação de agentes públicos, ou, ainda, a uma infiltração do crime organizado nas instituições governamentais.

Conceitualmente falando, seria a ação de agentes sociais legais ou ilegais, que, mediante práticas legais ou ilegais, porém, algumas vezes legítimas, buscam sistematicamente modificar por dentro o regime e influir na formulação, modificação, interpretação e aplicação das regras do jogo social e das políticas públicas¹⁴.

Dito de modo mais claro, a reconfiguração cooptada do Estado se refere a processos nos quais setores criminosos cooptam ou são cooptados por agentes privados ou públicos para modificar e utilizar as instituições de um determinado Estado.

Ocorre nesse caso a manipulação das instituições do Estado para lograr sua própria transformação em função de interesses criminosos.

Uma verdadeira infiltração do crime organizado dentro do aparato estatal, utilizando-se normalmente do suborno e de suas variáveis relativas à corrupção, com a finalidade de que essas organizações criminosas possam estender seus tentáculos para dentro de setores sensíveis do arcabouço estatal, seja dentro do ramo legislativo, executivo ou judicial¹⁵.

Outrossim, quando as redes criminosas alcançam certa complexidade e estabelecem vínculos com agentes que operam em posições privilegiadas da administração pública ou do setor privado, as regras do jogo social, as leis e até mesmo os costumes começam a favorecer interesses delitivos. Dito em poucas palavras, os efeitos institucionais são drásticos (SALCEDO-ALBARÁN; GARAY SALAMANCA, 2016, p. 9).

Essa infiltração gravíssima do crime para dentro das instituições apresenta algumas características bastante destacadas, a saber:

- a) Etapa de maior complexidade no processo de corrupção;
- b) Participação de indivíduos ou grupos sociais legais e ilegais;
- c) Os benefícios a serem atingidos não são somente de caráter econômico, mas também penais e inclusive de legitimação social;
- d) Uso de coação e estabelecimento de alianças políticas que complementam ou substituem o “suborno”;

14 Vide com detalhes sobre essa conceituação, Salcedo-Álbarán e Garay Salamanca (2016).

15 Interessante sobre esta temática, cfr. Shelley (2002).

e) Busca de influência e infiltração nos mais diferentes ramos do poder público e em distintos níveis da administração (PEREIRA, 2018, p. 340).

Dúvida palpitante consiste em analisar como ocorre esse processo de infiltração das redes ilícitas de criminosos organizados nas instituições públicas. Em basicamente duas situações poderia ocorrer a penetração insidiosa de delinquentes no aparato governamental. Na primeira hipótese fática, pode ocorrer através do ingresso nas carreiras jurídicas ou assemelhadas, mediante concursos públicos. Nessa modalidade, organizações criminosas patrocinam a preparação intelectual de criminosos (inclusive mediante pagamento de cursos preparatórios de estudos ou em cursos de pós-graduação) para adentrarem postos de destaque dentro do aparato de persecução penal, do sistema de justiça criminal e de outros órgãos de controle interno (como, por exemplo, em concursos para admissão ao cargo de magistrado, membro do Ministério Público, quadros policiais, tribunais de contas, receita federal e outros órgãos de fiscalização no enfrentamento à corrupção e ao crime organizado). Outras vezes, promovem fraudes nos exames de admissão dos candidatos ou se utilizam de suborno para promover a facilitação do ingresso do candidato no certame. Da mesma forma para o ingresso público a cargos na Administração Pública em geral, mediante cargos comissionados.

Numa segunda hipótese, mediante ingresso de agentes criminosos na política por intermédio do financiamento de campanhas eleitorais. No caso brasileiro, muito especialmente, já se vem noticiando pela imprensa, há tempos, tentativas do grupo criminoso denominado PCC (Primeiro Comando da Capital) de se infiltrar no campo político através de financiamento ilegal de campanhas eleitorais para vários cargos políticos¹⁶.

Outro exemplo clássico de instalação do fenômeno da reconfiguração cooptada do Estado, já em nível bastante avançado, seria o do Estado mexicano em razão do domínio político e sobre praticamente todas as instituições públicas pelos cartéis de drogas de Sinaloa, Ciudad Juarez e outras regiões. Nesse sentido, bastante conhecido o poderio financeiro e político do traficante conhecido pela alcunha de “El Chapo” (BUSCAGLIA, 2013), atualmente preso em um presídio de segurança máxima nos Estados Unidos da América.

Da mesma forma, a trajetória de Pablo Escobar e seu cartel de Medellín, quando no seu auge chegaram a cooptar e ter em seus quadros inúmeras autoridades e agentes políticos que prestavam serviços ao bom andamento dos negócios ligados ao tráfico de drogas na Colômbia, bem como laboravam em prol da não edição de uma lei de extradição que pudesse levar o rei do tráfico para julgamento nos Estados Unidos (AGUILLAR, 2012).

Desta sorte, quer nos parecer estar muito clara a incidência de alguns fatores contributivos a tal situação narrada.

Seriam fatores indiretos ou remotos uma inexpressiva valorização salarial do funcionário público, uma deficiente fiscalização relativa ao ingresso em cargos públicos, um reduzido incentivo e reconhecimento meritório daqueles servidores públicos

¹⁶ Vide como meros exemplos noticiados pela mídia nacional: Agência Estado (2008), Vieira (2014), Colosalle (2019), Polícia... (2016).

especializados e, por fim, a ausência de controles eficazes relativos a evoluções patrimoniais suspeitas.

Há ainda outros fatores mais graves ou diretos, como a debilidade institucional dos Estados, a ausência de reforço ético junto ao servidor público e a expansão da criminalidade organizada e da corrupção.

Parece-nos, então, de suma gravidade esse processo de colocação ardilosa e criminosa de agentes públicos cooptados por redes ilícitas dentro de algumas instituições governamentais, fato este com repercussão direta na exposição de uma fragilidade exacerbada do Estado, determinante do estabelecimento de uma ausência de confiança da sociedade para com as instituições.

Interessante ainda descrever os graves e drásticos efeitos institucionais da infiltração da criminalidade organizada em entidades governamentais.

Inicialmente, denota-se uma clara e perceptível perda de credibilidade do Estado frente à sociedade, restando ao cidadão um estado de rompimento de confiança¹⁷ para com as instituições públicas ou com pessoas que as representam.

Nessa senda, uma parcela da sociedade não demonstra vontade em participar do processo político eleitoral e, por outro lado, participa ativamente de um cenário de banalização do voto popular através da “venda” do mesmo.

Não há confiança em se buscar os serviços junto aos órgãos de persecução e fiscalização, e ainda pairam dúvidas sobre a eficiência do sistema de justiça.

Um segundo efeito seria o desestímulo, desencorajamento e apatia relativos ao ingresso na função pública por parte das pessoas honestas, bem como o estímulo às pessoas desonestas.

A partir de um cenário de ausência de seriedade e compromisso demonstrado por agentes públicos cooptados de praticarem atos de corrupção, situação esta que repercute sobre a imagem de uma determinada instituição pública, o corolário lógico será a ausência de vontade dos cidadãos de bem de ingressarem no serviço público.

Da mesma forma e com mais gravidade, quando uma instituição tem em seus quadros estabelecidas e consolidadas verdadeiras “bandas podres” formadas por funcionários corruptos, a tendência natural seria uma atração quase que automática de pessoas com tendência a serem infiltradas para laborarem criminosamente na administração pública, com vistas a favorecer interesses de alguma organização criminosa.

Por fim, como terceiro efeito poderíamos citar a institucionalização e conformação com o modo “corrupto” de se viver.

Instalada uma cultura da corrupção¹⁸ ou um ambiente de conformismo por parte da sociedade que aprende a aceitar os resultados nefastos produzidos pela corrupção, tem-se uma população contaminada por um estado de anestesia moral e ética.

Esta contaminação destrói os ideais democráticos, fulminando as iniciativas populares e solidificando a ausência de vontade política.

17 Acerca desse importante tema, vid. Fukuyama (1996).

18 Vid. Gil Villa (2008).

Chegado a este ponto, cumpre-nos neste momento ofertar uma visão positiva e de perspectiva futura acerca dessa grave problemática.

Três seriam os caminhos a serem trilhados dentro de uma política de prevenção à proliferação do fenômeno da cooptação criminosa de agentes públicos.

Uma inicial ideia consiste no resgate do caráter ético da função pública.

Mas no que consiste a ética?

A ética pode ser definida como sendo o campo da teoria filosófica que procede à averiguação dos fundamentos racionais das condutas e das práticas humanas e sociais¹⁹. Ou, desde outra vertente, seria aquela disciplina do conhecimento que possui como escopo o estudo e análise das atitudes e costumes do ser humano, classificando-as como ações devidas ou indevidas, benéficas ou danosas, para, ao fim, influenciar na formação do caráter moral do indivíduo²⁰.

Interessa-nos, dentro do tema da reconfiguração cooptada do Estado e de modo muito particular, a denominada “ética profissional” ou “ética da função pública”, a qual é inerente àquelas pessoas que laboram em cargos públicos²¹.

Seria a ética, dentro desse contexto, a disciplina normativa da atuação dos servidores orientados a satisfazer os interesses gerais da comunidade, a partir do setor público (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 25).

Uma constatação inicial conduz a uma triste realidade em nosso país, uma vez que grande parte daquelas pessoas que ingressam no funcionalismo público ou na política não possuem conhecimento e responsabilidade suficientes sobre a questão dos valores éticos inerentes ao labor no ambiente do serviço público e da política.

E quando possuem, infelizmente por razões escusas, não os incorporam às suas rotinas de trabalho, restando muitas vezes em situação de vulnerabilidade para eventual cooptação criminosa.

Porém, quando reforçados os ideais éticos junto ao servidor, este interioriza verdadeiramente os valores do serviço público; produz-se, ainda, uma mudança de atitude em sentido positivo, ou seja, atua com responsabilidade e eficiência, gerando melhores resultados nos serviços prestados às instituições públicas. Quando as instituições funcionam, tem lugar uma satisfação quanto ao serviço, uma melhora na qualidade de vida que conduz ao resgate da confiança dos cidadãos em suas instituições (BAUTISTA, 2015, p. 18).

19 Em palavras de Ferreira (2005), “A ética, portanto, seria a morada ou lugar no qual se habita, o refúgio de toda pessoa, a fortaleza inexpugnável do ser humano. É solo firme para caminhar sobre a vida. É uma lâmpada que ilumina o homem no transcorrer de sua vida”.

20 De se anotar que Cortina (1995) diferencia a ética da moral, explicitando que “a ética, se bem incide também nas decisões corretas da conduta humana, a realiza através de cânones ou fundamentos morais, ou seja, não aponta o que é bom ou mal para se fazer (moral), mas tão somente se é bom ou não (ética)”. Com mais detalhes, vide essa obra completa (CORTINA, 1995).

21 Como marco referencial à compreensão do tema relativo à “ética da função pública”, imperioso mencionar as conclusões da denominada “Comissão Nolan”, a qual foi criada no Reino Unido no mês de outubro do ano de 1994. Referida comissão teve como escopo primordial proceder a uma análise acerca das normas de condutas vigentes na Administração Pública e, de modo consectário e em caso de necessidade, propor as alterações que se fizessem oportunas. Os trabalhos dessa citada comissão estenderam-se pelo prazo de 06 (seis) meses, sobrevivendo ao final um informe nominado “Normas de conduta nas instituições públicas”. Neste documento, constam os 07 (sete) princípios basilares a serem incorporados a toda e qualquer instituição pública, a saber: integridade, altruísmo, liderança, honestidade, transparência, responsabilidade e objetividade.

Uma segunda meta de caráter preventivo diz respeito à solidificação de melhores incentivos aos funcionários públicos, ou seja, o fortalecimento da confiança.

O agente público portador de uma sensação de reconhecimento ao êxito do seu trabalho desempenhado torna-se leal e fiel aos propósitos delineados pela sua instituição.

Nesta trilha, o incentivo laboral visa de forma precípua a uma indução direta e certa a um determinado comportamento, que, na hipótese do serviço público, consiste na realização dos objetivos delineados institucionalmente, devendo ser permeados por uma atuação racional e marcada pela avaliação dos custos e benefícios auferidos.

Mais que isto, tais comportamentos devem estar balizados pelo incentivo a uma produtividade marcada pelo conteúdo ético inerente ao serviço prestado.

De outra parte, é cediço que um agente público integrado fielmente à instituição vinculada a ele e, ademais, incentivado pelo Estado a produzir seu labor em ambiente altamente positivo, livre da contaminação pela lacra social da corrupção²², representará sem sombra de dúvidas um salto na qualidade e na confiabilidade na prestação do serviço público.

Mitiga-se, ao menos em tese, a real potencialidade da infiltração criminosa de redes ilícitas junto às instituições governamentais, em razão da vulnerabilidade apresentada por servidores públicos desmotivados e sem confiança no seu potencial ético.

Também, reduzir-se-á substancialmente a possibilidade de que o servidor público que se sinta desvalorizado pela Administração Pública, portanto sem qualquer incentivo ou confiança, ceda às tentações do suborno ou de outras práticas de corrupção Pereira (2015, p. 146).

Atrelado à proposta do incentivo, surge como ideia fundamental o fortalecimento da confiança, a qual pode ser compreendida como uma expectativa de um comportamento eticamente justificável²³.

Um detalhe que não pode passar despercebido diz respeito à constatação de que a confiança se consolida e se constrói a partir do conhecimento que surge da experiência dos cidadãos diante de um correto funcionamento de suas instituições.

Desde outra vertente, tem-se que a ausência de confiança não somente se converte na consequência de que as instituições públicas sejam consideradas como não portadoras de crédito de confiabilidade, mas, ainda, estabelece-se como o princípio de um novo ciclo de corrupção, que se denota diante da percepção negativa da atuação do Estado.

A última meta preventiva conduz à ideia de um fomento às escolhas certas em momento de indecisão²⁴.

Para se ter uma exata compreensão sobre a importância de uma correta

22 Por este motivo, o resultado da corrupção é a destruição da confiança nos funcionários públicos, sobretudo quando estes entrelaçam as funções públicas com os interesses privados, produzindo uma grave lesão dos deveres e das responsabilidades como agentes públicos.

23 Com mais detalhes sobre essa conceituação, cfr. Hosmer (1995).

24 Importante acerca dessa temática a leitura de imprescindível obra de Richard Thaler e Cass Sunstein, "Un pequeno empujón" (2009).

tomada de decisões em situações complexas, basta mencionar que em média uma pessoa pode chegar a adotar de 80 a 200 decisões por dia, sobre os mais variados temas da vida cotidiana.

E indaga-se: quantas dessas decisões adotadas são acertadas?

Estaria o funcionário público preparado para reagir de forma ética e moralmente correta a uma proposta de cooptação?

Parece-nos, inicialmente, correto defender que caberia ao Estado fomentar as escolhas de seus servidores em momento de tomada de decisões que possam refletir no bom andamento da estrutura administrativa daquele.

Mas qual seria uma justificativa basilar para se defender tal ideia?

A resposta pode ser encontrada em uma constatação singela: todos nós seres humanos cometemos erros sistemáticos em nossas tomadas de decisões, mormente quando nos encontramos despreparados e em situação de extrema vulnerabilidade.

E quando esses erros possam trazer prejuízos a terceiros e ao próprio Estado-administrador, caberia falar em preocupação institucional.

Dentro de uma perspectiva do tema da reconfiguração cooptada do Estado, notar-se-á que as situações complexas desenvolvidas no ambiente do funcionalismo público e da própria política requerem uma estremada e cautelosa tomada de decisões, se bem é certo que estas escolhas implicarão automaticamente em adoção de riscos.

Seguindo esta linha de raciocínio, o nó górdio da questão, segundo Hallinan (2010), consiste na explicação de que os seres humanos são, por natureza, seres propensos a suportarem prejuízos e, desse modo, padecemos de um excesso de confiança em nós mesmos. Ademais, somos completamente irracionais e não temos a mínima consciência acerca de nossas limitações.

Tais considerações por certo nos conduzem a imaginar o quanto se torna cruel e desumano o oferecimento de uma dádiva ou qualquer outra forma de suborno a um agente político ou a um servidor público, os quais se encontram muitas vezes vulneráveis nesse cenário de cobiça e de infiltração dos interesses de redes ilícitas junto ao Estado (PEREIRA, 2015, p. 149-150).

6 CONCLUSÕES

Ao fim de nossas considerações sobre o tema, poder-se-á alcançar algumas ilações.

1. O fator pecuniário nos dias de hoje converteu-se em um processo autodestrutivo das relações humanísticas.

2. Ética e boa moral no ambiente do serviço público são condições a serem fortalecidas junto aos funcionários públicos, muito especialmente junto àqueles que ingressam no ambiente da administração pública e, ainda, da política.

3. Devem existir limites morais ao mercado econômico, não podendo os ideais éticos e profissionais ser objeto de compra e venda.

4. A delinquência organizada utiliza a corrupção como fonte de obtenção de lucros e de poder, sendo o suborno e a compra de informações privilegiadas instru-

mentos para conseguir infiltrarem-se no aparato governamental.

5. A corrupção pode ser vista e analisada como um dos mais destacados obstáculos no cumprimento da obrigação estatal de promoção e proteção dos direitos humanos. Ademais, consiste em ameaça constante e grave a manutenção do pleno exercício da democracia, uma vez que paulatinamente e de forma drástica vem destruindo as estruturas das instituições, prejudicando dessa forma a governabilidade de alguns Estados infectados por esta patologia social.

6. A denominada “reconfiguração cooptada do Estado”, “cooptação de agentes públicos” ou “infiltração do crime organizado nas instituições governamentais” deve ser considerada como uma das formas mais graves de corrupção, uma vez que possibilita que organizações criminosas possam estender seus tentáculos para dentro dos poderes do Estado, fazendo com que agentes públicos cooptados possam laborar em prol dos interesses criminosos daquelas.

7. Os efeitos dessa cooptação atingem a credibilidade das instituições públicas e instigam a perpetuação da impunidade, debilitando o aparato estatal.

8. Como medidas de prevenção aptas a minimizar os efeitos dessa forma grave de corrupção, propomos o reforço da ética funcional junto aos servidores, o estímulo da confiança, o reconhecimento meritório do agente público especializado e, por fim, o fomento à interferência do Estado no tocante à adoção de estratégias de acerto em decisões complexas a serem tomadas pelo servidor público e eventualmente pelo agente político.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA ESTADO. **PCC quer se infiltrar na política e financiar campanhas**. Estadão.com, São Paulo, 31 mar. 2008.

Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,pcc-quer-se-infiltrar-na-politica-e-financiar-campanhas,148613>. Acesso em: 25 nov. 2018.

AGUILLAR, Alonso Salazar. **Pablo Escobar. El patrón del mal**. Bogotá: Editorial Castellano, 2012.

BARATA, André. **Ética pública e corrupção**. In: BIASON, Rita Cássia de (org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A corrupção como fenômeno sociocultural: mecanismos de atenuação e retenção**. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (coord.). *Corrupção como fenômeno supralegal*. Curitiba: Editora Juruá, 2017. p. 19-44.

BAUTISTA, Oscar Diego. **Ética pública frente a corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica**. Toluca: Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), 2015.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. **Breve historia de la corrupción**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Taurus, 2010.

BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; KIM, Hakkyong. **State Capture, Corruption and the Use of Force. In Preventing Corruption. Crime Prevention and Security Management.** London: Palgrave Macmillan, 2013.

BUSCAGLIA, Edgardo. **Vacíos de poder en México: cómo combatir la delincuencia en México.** Bogotá: Editorial Debate, 2013.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. **Impunidad, sistema de Justicia, estado de Derecho y democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo?** Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación y Estudios Judiciales, Montevideo, n. 20, 2014.

COLOSALLE, João. **PCC realizou doação para vereador eleito na região de Campinas.** O Liberal, 01 abr. 2019.

Disponível em: <http://liberal.com.br/cidades/regiao/pcc-realizou-doacao-para-vereador-eleito-na-regiao-de-campinas-457983>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção penal sobre a corrupção.** In: MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL. Consulta de Tratados Internacionais. Disponível em: http://gdcc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf . Acesso em: 25 nov. 2018.

CORTINA, Adela. **Ética sin moral.** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

CORTINA, Adela. **¿Para qué sirve realmente la ética?** 8. ed. Barcelona: Editorial Paidós, 2017.

FEREIRA, Emilio. **Hacia la creación de sistemas de gestión ética.** Conferência apresentada no Centro de Estudios de Gestión de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

FRIEDRICH, Carl J. **Corruption concepts in historical perspective.** In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LEVINE, Victor T. (ed.). *Political corruption: A handbook.* New Brunswick: Transaction, 1989.

FUKUYAMA, Francis. **Confiança. Valores Sociais e Criação de Prosperidade.** Lisboa: Gradiva, 1996.

GARAY SALAMANCA, Luis Jorge; SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo. **Narcotráfico, corrupción y Estados. Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México.** Bogotá: Editorial Debate, 2012.

GIL VILLA, Fernando. **La cultura de la corrupción.** Madrid: Maia Ediciones, 2008.

GONZÁLEZ RUIZ, Samuel; BUSCAGLIA, Edgardo; GARCÍA GONZÁLEZ, José Cruz; PRIETO PALMA, César. **Corrupción y delincuencia organizada: um estrecho vínculo.** Revista Universitaria, n. 76, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Corrupción, ética y moral en las administraciones**

públicas. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

HALLINAN, Joseph. **Why we make mistakes: how we look without seeing, forget things in seconds, and are all pretty sure we are way above average.** New York: Broadway Books, 2010.

HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel. **La captura del Estado en las economías en transición.** Revista Finanzas y Desarrollo, v. 38, n. 3, 2001.

HOSMER, La Rue. **Trust: The Connection Link between Organizational Theory and Philosophical Ethics.** The Academy of Management Review, v. 20, n. 2, 1995.

LAPORTA, Francisco. **La corrupción política: introducción general, la corrupción política.** Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MALEN SEÑA, Jorge. **Pobreza, corrupción, (in)seguridad.** Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2017.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa.** São Paulo: RT, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** 2003. Brasília: Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), 2003.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais.** São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Cooptação de agentes públicos: o auge da corrupção?** Revista Parquet em Foco/Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, n. 1, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Reconfiguração cooptada do Estado: o auge da corrupção?** Estudos de Direito Público. Aspectos constitucionais contemporâneos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, v. 2.

POLÍCIA identifica articulação para estreia do PCC na política. Jornal da Cidade Online, 01 jul. 2016. Disponível em: <http://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/3318/policia-identifica-articulacao-para-estrela-do-pcc-na-politica#facebook-exit-screen>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ROCHA FURTADO, Lucas. **As raízes da corrupção no Brasil. Estudo de casos e lições para o futuro.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma.** Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo; GARAY SALAMANCA, Luis. **Macro-criminalidad. Complejidad y resiliencia de las Redes Criminales.** Bloomington: iUniverse: 2016.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

SHELLEY, Louise. **The penetration of state and private sector structures by criminal networks: its impact on governance in Russia and other states of the former Soviet Union.** Trabalho apresentado no Seminar on the Impact of Organized Crime and Corruption on Governance in the SADC Region, Pretoria, 2002.

SIMMEL, Georg. **Filosofía del Dinero.** Mexico: Paidós Editorial, 2016.

SOUSA, Luís de. **Corrupção.** Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad.** Madrid: Taurus, 2009.

VIEIRA, André Guilherme. **Gilmar Mendes diz que PCC faz doações a partidos políticos.** Valor.com.br, 04 abr. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/3506546/gilmar-mendes-diz-que-pcc-faz-doacoes-partidos-politicos>. Acesso em: 25 nov. 2018.

VILLORIA MENDIETA, Manuel; IZQUIERDO SÁNCHEZ, Agustín. **Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público.** Madrid: Tecnos, 2016.

Submetido: 21/03/2019

Aprovado: 08/05/2019

PROGRAMA DE APADRINHAMENTO - SUA OBRIGATORIEDADE COMO COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA AOS PROGRAMAS DE ACOLHIMENTO

*SPONSORSHIP PROGRAM - ITS
ENFORCEABILITY AS AN INDISPENSABLE
SUPPLEMENT IN HOST PROGRAMS*

Fausto Junqueira de Paula

Promotor de Justiça em São José dos Campos/SP

Professor da Escola Superior do Ministério Público/SP

Mestre pela UNIMES de Santos/SP e Doutorando pela PUC/SP



RESUMO

A criança e o adolescente são inseridos em programa de acolhimento familiar e institucional para sua própria proteção, porque em dado momento sua família de origem deixou de lhe oferecer a tutela condizente e necessária para sua evolução como pessoa humana. Ocorre que a ausência do referencial familiar traz inexorável decréscimo à sua qualidade de vida e à sua formação, razão pela qual os programas de acolhimento devem organizar os serviços ou programas de apadrinhamento dando oportunidade, inclusive, para que a comunidade se aproxime da criança e do adolescente acolhido. Recente alteração legislativa regulamentou o instituto e reclama sua implementação como forma de humanização dos programas de acolhimento.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Programa de Apadrinhamento. Obrigatoriedade em Programas de Acolhimento. Humanização do Atendimento.

ABSTRACT

Children and adolescents are in familiar and institutional host programs for their own protection because sometimes their original families refrained from providing compatible and necessary guardianship for their evolution as a human person. The familiar benchmark lack brings inescapable decrease to children and adolescents' life quality and to their development. Because of this, host programs must organize attendance or sponsorship programs, bringing opportunity, moreover, so that community may approach hosted children and adolescents. The recent legislative change has regulated the institute and claims its implementation as a way of humanizing host programs.

Keywords: Children and adolescents. Host Program. Enforceability in host programs. Attendance Humanization.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Distinções. 3. Programa de Apadrinhamento. 3.1. Fundamentos legais e conceito. 3.2. Objetivos do Programa de Apadrinhamento. 3.3. Sujeitos do apadrinhamento. 4. Execução do Programa de Apadrinhamento 5. Obrigatoriedade dos serviços ou programa de apadrinhamento como complementação necessária para os Programas de Acolhimento. 6. Notas Conclusivas. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A criança e o adolescente são sujeitos de seus próprios direitos, entes subordinantes em uma relação jurídica em que o Estado, a sociedade e a família são entes subordinados, dos quais se exige a tutela prioritária de tais direitos fundamentais, tudo traduzido na norma constitucional inserta no art. 227 da Constituição Federal, que introduz, no ordenamento jurídico pátrio, a Doutrina da Proteção Integral¹. Assim, preconiza Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, p. 25):

A proteção integral não pode ser concebida como recurso utilitário do mundo adulto, mero expediente garantidor da maturidade, mas como um dever de todos, uma obrigação correlata ao magno direito de viver como criança e como adolescente, expresso em interesses juridicamente protegidos que permitam existir em condições de dignidade e respeito, de modo que os movimentos progressivos, mais perceptíveis na infância e adolescência, afigurem-se como consequências naturais e não como fins em si mesmos.

Logo, sempre que a criança e o adolescente estiverem sob ameaça ou efetiva lesão aos seus direitos fundamentais, os tais entes subordinados devem aplicar as medidas de proteção previstas em lei, notadamente aquelas elencadas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 (BRASIL).

O referido dispositivo legal dispõe de um rol extenso que visa a proteger a criança e o adolescente nos mais diversos aspectos de sua vida, algumas vezes apartando-o de sua própria família de origem que, não obstante sua missão natural e até mesmo constitucional, negligencia suas obrigações e figura como agente de violação de direitos.

Não é incomum que, no ambiente familiar, venham ocorrer graves violações de direitos da criança e do adolescente, como abuso sexual, agressão física e moral com maus tratos, alienação parental, ou, ainda, abandono material, afetivo e educacional. É uma dura realidade, rotina em Varas da Infância e da Juventude, que pais, mães, padrastos e madrastas, avós e avôs tornem o ambiente familiar palco da tragédia da vida da criança e do adolescente.

Nesses casos, ao verificar o elenco do art. 101 do Estatuto de Criança e do Adolescente – ECA – notam-se algumas medidas de proteção instituídas de modo especial para combater a ação deletéria, no âmbito familiar, daqueles que deviam cuidar, mas que, tornam-se agressores, como por exemplo, o acolhimento institucional, a inclusão em programa de acolhimento familiar e a colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção).

As demais medidas de natureza social, educacional e sanitária visam, também, a amparar as famílias e evitar que a lesão de direito se avulte. Por tal razão, na aplicação das medidas de proteção levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares

1 Art. 227, caput. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

e comunitário, regendo-se pelo princípio da intervenção precoce, que preconiza a intervenção das autoridades competentes logo que a situação de perigo seja conhecida (art.100, caput e inciso VI, do ECA). Inclusive, nesse sentido, já alertava Tânia da Silva Pereira nos primeiros anos do Estatuto, em sua obra singular (1996, p. 553).

Essas crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, embora protegidos dos seus agressores, acabam tendo outro direito fundamental violado, vale dizer, são afastados do ambiente familiar e despidos do direito à convivência familiar, o que traz um sério comprometimento no seu desenvolvimento como pessoa humana.

Nem mesmo a regência da medida de acolhimento pelo princípio da brevidade é capaz de aplacar a realidade dessas crianças e adolescentes, pois a impossibilidade de retorno à família natural ou extensa e as remotas chances de colocação em família substituta, diante de algumas circunstâncias, acaba por eternizar a invisibilidade dessas crianças na instituição de proteção e seu afastamento de um modelo saudável da convivência familiar, o que traz prejuízo também à convivência comunitária.

É verdade que o acolhimento institucional é medida excepcional, devendo ser preferido, caso seja possível, o acolhimento familiar ou, ainda, a colocação em família substituta. Melhor ainda seria o retorno à família de origem. Mas, por diversas circunstâncias, as entidades de acolhimento continuam com sua capacidade tomada, pois atualmente há no Brasil um grande número de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente e por tempo muito além do desejável, sem perspectiva de volta à família natural ou colocação em família substituta.

Segundo dados do CNJ (2019), somente no Estado de São Paulo, em janeiro de 2019, são 13.149 acolhidos e em todo país são 46.441 acolhidos. Para se ter um parâmetro, essa comunidade infanto-juvenil equipara-se à população inteira de uma pequena cidade, mas pulverizada por diversas cidades brasileiras, muitas vezes, invisíveis à sociedade e, o que é pior, às instituições e órgãos públicos que deveriam zelar por seus direitos.

Neste cenário, o programa de apadrinhamento surge como instrumento de proteção capaz de proporcionar às crianças e aos adolescentes acolhidos com remotas chances de colocação de família substituta um estabelecimento com convívio social saudável com membros da comunidade. A partir desse relacionamento, podem ser constituídos novos paradigmas de vida, com bons exemplos, amizade, relacionamentos positivos e, eventualmente, embora raro, sua guarda definitiva ou adoção pelos padrinhos e madrinhas, uma vez que a adoção tardia é um desejo inconfessável de todos que atuam com tais crianças e adolescentes.

Logo, a implementação dos serviços ou do programa de apadrinhamento não é um luxo ou algo supérfluo, mas inerente, necessário e exigível como forma de

humanização do próprio acolhimento institucional e familiar, vez que a invisibilidade da criança e do adolescente não aproveita a ninguém e traz prejuízos irreparáveis aos seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento.

Aliás, sustenta Martha de Toledo Machado (2004, p. 109):

essa característica é inerente à sua condição de seres humanos ainda

em processo de formação, sob todos os aspectos, v.g. físico (nas suas faces constitutiva, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc.

2 DISTINÇÕES

Cioso distinguir o programa de apadrinhamento de outros programas ou medidas que guardam com ele alguma semelhança, mas visam a outros objetivos e, por tal razão, exigem requisitos legais diversos e geram efeitos de outra ordem.

O programa de acolhimento familiar – família acolhedora, introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei Federal 12.010/09 (BRASIL), diferencia-se do apadrinhamento afetivo. Refere-se à modalidade de acolhimento em que o acolhido ao contrário de ir para uma instituição, dirige-se a uma família previamente cadastrada, que pode receber subsídio financeiro do poder público e é regido igualmente pelos princípios da brevidade e da excepcionalidade (VALENTE, 2014, p. 108).

Trata-se de medida de proteção prevista no rol do artigo 101 do ECA, ao lado do acolhimento institucional, aplicável em situações extremas nas quais a criança não pode mais permanecer no seio de sua família natural e nem mesmo na sua família extensa, que é aquela formada pelos parentes com os quais há vínculo de afinidade e afetividade.

No acolhimento familiar, a criança não será inserida em uma instituição, mas sim junto a uma família previamente cadastrada ao programa específico de proteção, a qual é capacitada e estruturada para receber os petizes vitimizados e ampará-los durante o tempo necessário para restaurar a família de origem ou colocá-los em família substituta, caso seja impossível o retorno aos pais.

Assim, a formalização da colocação será através da guarda para atender situações peculiares (art. 33, ECA), e a família deve receber auxílio econômico que permita um acolhimento sem prejuízo de suas condições sócio econômicas (art. 34, ECA).

Portanto, o acolhimento familiar difere do apadrinhamento, que é um programa em que o “padrinho” não deverá acolher a criança em sua residência sob forma de guarda, mas tão somente estabelecer um vínculo afetivo através de uma convivência monitorada, no âmbito da entidade e para fora dos muros conforme evolua o relacionamento. Por exemplo, tomar um sorvete, ir ao cinema, ao parque de diversões, ou, até mesmo, visitar a casa do padrinho ou realizar uma viagem.

Inclusive, a criança inserida em programa de acolhimento familiar poderá também ser apadrinhada, ex vi do que dispõe o caput do art. 19-B, do ECA. E a pertinência é manifesta, eis que mesmo o acolhimento familiar não elimina a necessidade de aprimorar o exercício do direito à convivência familiar e comunitária.

Há também, no rol do artigo 101 do ECA, precisamente no inciso II, a medida de proteção de orientação, apoio e acompanhamento temporário que, à primeira vista, aproxima-se do apadrinhamento tratado pelo artigo 19-B da mesma lei. Contudo, a medida do inciso II tem uma característica mais técnica e profissional, normalmente executada por profissionais da área social e psicológica, ou, também, por profissio-

nais da pedagogia e psicopedagogia.

Por exemplo, crianças e adolescentes inseridas em famílias com problemas que afetam seu cuidado e os seus relacionamentos são orientadas, apoiadas e acompanhadas pelo Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), de modo a sanar as ameaças e as lesões aos seus direitos fundamentais, evitando a imposição de medidas mais contundentes.

3 PROGRAMA DE APADRINHAMENTO

3.1 Fundamentos Legais e Conceito

Recente alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovido pela Lei 13.509/17 (BRASIL), introduziu no ordenamento jurídico o programa de apadrinhamento, previsto agora no art. 19-B e seus parágrafos do ECA, destinado a crianças e adolescentes inseridos em acolhimento familiar ou institucional.

O apadrinhamento é medida de proteção da criança e do adolescente prevista fora do rol do artigo 101 do ECA, que não é exaustivo, consistente no estabelecimento de vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro, complementar às medidas de proteção do acolhimento familiar e institucional.

Pode ser instituído por meio de um programa de atendimento autônomo, inscrito no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA ou através de um serviço ligado ao programa de acolhimento institucional ou familiar. De todo modo, cuida-se de uma medida intimamente ligada à medida de acolhimento, humanizadora deste sistema de proteção e imprescindível para o sucesso da proteção dessas crianças e adolescentes com alto grau de vulnerabilidade.

3.2 Objetivos do Programa de Apadrinhamento

Assim, o programa de apadrinhamento tem por objetivo ampliar a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente acolhidos institucionalmente ou inseridos em família acolhedora, possibilitando que pessoas da comunidade, devidamente capacitadas, inclusive pessoas jurídicas, possam estabelecer e proporcionar vínculos externos aos acolhidos e, com isso, colaborar com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

A pessoa humana em condição peculiar de desenvolvimento, notadamente a criança e o adolescente, necessita de paradigmas familiares positivos para sua saudável evolução e busca da maturidade. Porém, inseridos em acolhimento, notadamente quando executado em instituição, ficam alijados desse contato porque perderam sua família natural ou não puderam, por várias circunstâncias, ainda voltar para sua origem ou se ligar a uma família substituta.

Esse decréscimo não é aceitável. A carência do direito à convivência familiar

e comunitária traz prejuízos, muitas vezes, irreparáveis à formação da pessoa humana, inculcando traumas e sofrimentos que, mais adiante na vida, tendem a gerar comportamentos repetitivos de violação de direitos, além de muito sofrimento imediato.

Por isso a urgente necessidade de implementar o programa de apadrinhamento como complementação necessária do programa de acolhimento institucional e familiar, de forma a atenuar essa carência e evitar a lesão em grau máximo aos direitos fundamentais da criança e do adolescente acolhidos.

Por derradeiro, cioso ressaltar que não é à toa que os destinatários do programa de apadrinhamento são crianças e adolescentes com remotas chances de reinserção familiar ou colocação em família substituta.

Um objetivo “acidental” do apadrinhamento pode ser a colocação em família substituta, especialmente a adoção, pois, criado o vínculo afetivo, não é surpresa se os padrinhos se interessarem pela permanência definitiva do afilhado em sua vida e, como estes não têm chances de retorno à família e já foram oferecidos ao cadastro de adoção, nada impediria tal colocação junto aos padrinhos.

Evidente que o padrinho ou madrinha não tem a obrigação de adotar e nem lhes pode pesar essa expectativa. Nem mesmo no afilhado. Ambos devem ser preparados sob o aspecto emocional, tão somente, para o programa de apadrinhamento, mas se naturalmente surgir o interesse espontâneo, os executores, com apoio do Sistema de Justiça, deverão administrar a situação em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.3 Sujeitos do Apadrinhamento

O apadrinhamento é medida bilateral, que se desenvolve pela convivência entre dois sujeitos – padrinhos e afilhados – vale dizer, o adulto que exercerá a função de padrinho ou madrinha e a criança ou adolescente.

O padrinho/madrinha – chamaremos de sujeito ativo – é o adulto da relação, responsável por trazer o paradigma de família e, com sua maturidade e experiência de vida, colaborar para o desenvolvimento do afilhado nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

O padrinho/madrinha deve possuir pelo menos dezoito anos de idade e preencher os requisitos previstos no programa de apadrinhamento, de modo especial, consoante dispõe o art. 29 do ECA, devendo ser capacitado para a natureza da medida e para oferecer convivência familiar e comunitária adequada e saudável.

No parágrafo 2º do artigo 19-B do ECA havia uma vedação que impedia a pessoa cadastrada no Cadastro Nacional de Adoção de figurar como padrinho ou madrinha. Apontam-se dificuldades para administrar as relações do padrinho/cadastrado com o afilhado, pois este pode sentir-se rejeitado por não ter sido escolhido pelo padrinho que quer adotar, porque normalmente o padrinho deseja outro perfil de criança para adoção.

Todavia, o referido dispositivo legal foi vetado. Nas razões do veto pode-se verificar que a preocupação em suprimir a vedação existe para permitir que, caso fosse criado vínculo afetivo entre padrinhos e aquele, este tivesse a possibilidade de

adotá-lo, já que os destinatários são justamente crianças e adolescentes sem família natural e com remotas chances de colocação em família substituta.

De toda forma, no caso de formação de um vínculo afetivo no apadrinhamento que gere o interesse na adoção por todos envolvidos, não haveria nenhum impedimento de se proceder à adoção, afinal a criança ou adolescente já foi oferecido ao Cadastro de Adoção e não foi escolhido. Os padrinhos poderiam obter a guarda para fins de adoção e prescindir do cadastro, na forma do disposto no inciso III, do parágrafo 13º, do artigo 50 do ECA.

Da forma como está disposta a lei, sendo possível à pessoa inscrita no cadastro figurar como padrinho ou madrinha, será necessário acompanhamento detido na execução do programa para evitar que a frustração acima apontada aconteça, de modo a vitimar, novamente, a criança ou o adolescente.

Por fim, no que toca ao sujeito ativo do apadrinhamento, a pessoa jurídica, ex vi do que dispõe o parágrafo 3º do artigo 19-B do ECA, pode também apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento.

A amplitude das finalidades do apadrinhamento permite que pessoas jurídicas – empresas, fundações, sociedades, associações etc. - possam apadrinhar financeiramente crianças e adolescentes acolhidos, custeando ações e serviços de natureza social, educacional e até mesmo de saúde, promovendo, por exemplo, a profissionalização dos jovens ou criando projetos de aceleração educacional, inserção no mercado de trabalho e bolsas para atividades esportivas e artísticas.

De outra banda, estão os sujeitos passivos (crianças e adolescentes acolhidos), prioritariamente aqueles com remotas possibilidades de reinserção familiar ou colocação em família substituta.

O artigo 2º, caput, do ECA, define criança como sendo a pessoa de até 12 anos incompletos e, adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos de idade. De tal forma, no dia em que completa 12 anos de idade o indivíduo já é adolescente, e vai nesta condição até o dia em que completa 18 anos de idade, quando será adulto para todos os fins.

A emancipação não retira a possibilidade de o indivíduo figurar como afilhado de apadrinhamento em todas as suas formas, desde que presentes os demais requisitos legais.

A criança ou o adolescente para poderem figurar como afilhados do programa de apadrinhamento, devem estar inseridos em programa de acolhimento familiar ou institucional. O acolhimento é medida de proteção aplicada judicialmente, por via de ação judicial promovida pelo Ministério Público na forma do artigo 101, parágrafo 2º do ECA, ou em situações excepcionais e de urgência, nos moldes do artigo 93 desta lei.

Segundo dispõe o parágrafo 4º do artigo 19-B do ECA, o perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para aquelas com remotas chances de reinserção familiar ou de colocação em família substituta. Portanto, em cada programa será possível o estabelecimento de regras diversas para definição do perfil do afilhado, atentando-se para o fato de que a reinserção familiar ou colocação em família subs-

tituta, se possíveis, devem preferir à medida de apadrinhamento, porque promove de fato o direito à convivência familiar e comunitária de modo completo.

Dessa forma, não só a experiência da Vara da Infância e da Juventude, mas também a simples consulta aos dados do Cadastro Nacional de Adoção, que registra as preferências das pessoas e casais cadastrados, revela que as crianças a partir dos sete anos de idade, grupos de irmãos, adolescentes e de modo geral deficientes ou pessoas com doenças crônicas, possuem remotas chances de serem adotadas e devem ser colocadas em programa de apadrinhamento.

4 EXECUÇÃO DO PROGRAMA DE APADRINHAMENTO

O parágrafo 5º do art. 19-B do ECA dispõe que os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil.

Assim, para a implementação do programa ou serviços de apadrinhamento, deve ser firmada uma parceria entre a Justiça da Infância e da Juventude e os órgãos públicos ou as organizações da sociedade civil. Esses entes, conforme o modelo escolhido, serão os executores responsáveis pelo cumprimento do programa de apadrinhamento.

Portanto, para organizar o programa de apadrinhamento, é necessário arrebatar os padrinhos e madrinhas dentre os membros da comunidade, selecioná-los, conforme sua aptidão, dar a formação adequada e colocá-los em contato com as crianças e adolescentes destinatários da medida.

De outro lado, é de extrema importância selecionar e preparar as crianças e os adolescentes destinatários do programa de apadrinhamento dentre aquelas inseridas no acolhimento do município.

Depois de selecionados os padrinhos e madrinhas, assim como as crianças e os adolescentes afilehados, imperioso monitorar o estabelecimento dos vínculos afetivos e a continuidade do relacionamento, sua amplitude e profundidade. Em realidade, na maioria dos casos, cuida-se de uma relação afetiva que vai se estabelecendo gradativamente, crescendo de modo natural, atuando os executores do programa como facilitadores e apoiadores.

Nessas tarefas, claro que as entidades não governamentais e órgãos públicos envolvidos com os programas de acolhimento institucional e familiar são atores primordiais e necessários, pois conhecem a realidade histórica e diária de cada criança e adolescente. Seus serviços técnicos e educadores acompanham diuturnamente cada acolhido.

As entidades de acolhimento e as secretarias municipais envolvidas com os serviços de acolhimento devem ser os executores necessários do programa de apadrinhamento, reservando ao Sistema de Justiça o papel de apoiador e fiscalizador do programa, à luz do que proclamam os parágrafos 5º e 6º do art. 19-B e art. 95, ambos do ECA. A comunidade local fornece o bem mais precioso, que são as pessoas aptas ao exercício da cidadania, da fraternidade e do amor ao próximo, que serão os padrinhos e madrinhas.

Nesta esteira, o Sistema de Justiça deve apoiar e fiscalizar a seleção das pessoas interessadas em figurar como padrinhos e madrinhas, bem como acompanhar o desenvolvimento do apadrinhamento, cujas informações devem constar, inclusive, no Plano Individual de Atendimento (PIA) do acolhido, pois se trata de atividade a ser desenvolvida, na forma do inciso III, §6º do art. 101 do ECA.

Verifica-se que há previsão, também, de que pessoas jurídicas possam apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para seu desenvolvimento (§3º, art.19-B, ECA). Amplas as possibilidades de colaboração podem movimentar as empresas em prol dos infantes e jovens acolhidos, não só no aspecto financeiro, mas também no desenvolvimento cognitivo, educacional, físico etc.

Auxílios no custeio de cursos de profissionalização, idiomas, conteúdos educacionais diversos, intercâmbios, bolsas para a prática esportiva são apenas alguns exemplos possíveis, mas fará diferença a atuação criativa dos executores, apoiadores e das próprias empresas interessadas.

Observa-se que a boa execução do programa de apadrinhamento reproduz a base jurídica do direito da criança e do adolescente, que é o Princípio da Proteção Integral trazido pelo artigo 227 da Constituição Federal, pois colocam Estado (Poder Público municipal e Sistema de Justiça), Sociedade (associações civis) e famílias (padrinhos e madrinhas) como entes subordinados, a serviço da tutela de direitos fundamentais dos entes subordinantes (criança e adolescente), cumprindo-se assim o mandamento constitucional.

A execução do programa de apadrinhamento pretende repor oportunidades às crianças e aos adolescentes acolhidos que, no seio de uma família adequada, certamente as teriam. Busca minimizar as dores do esquecimento e da invisibilidade social, dos quais foi vítima em sua própria família e restituir a esperança de um bom futuro e o direito de sonhar.

5 OBRIGATORIEDADE DOS SERVIÇOS OU PROGRAMA DE APADRINHAMENTO COMO COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA AOS OS PROGRAMAS DE ACO- LHIMENTO

Os programas de acolhimento familiar e institucional não podem prescindir dos serviços ou de um programa de apadrinhamento para que possam cumprir efetivamente seu desiderato.

O acolhimento institucional e familiar são as medidas de proteção mais complexas dentre aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal 8.069/90 (BRASIL) – cuja execução demanda uma série de ações e serviços de modo a atender aos princípios elencados no artigo 92, 94, §1º, e, ainda, artigo 100, todos do mesmo Estatuto, em perfeita harmonia com o disposto no artigo 227 da Constituição da República.

Tais princípios e regras tipificadas revelam normas de eficácia plena, exigíveis de imediato do Estado, da Sociedade e da Família em benefício da criança e do adolescente (MACHADO, 2004, p. 393). O desatendimento revela omissão juridicamente inaceitável, passível de correção pela via jurisdicional provocada por quem

tenha legítimo interesse perante a Justiça da Infância e da Juventude.²

Antes da modificação do Estatuto pela lei 13.509/17 (BRASIL), quando não havia disciplina legal explícita do programa de apadrinhamento, normalmente sua implementação ocorria por portaria judicial do juízo da infância e da juventude, que vinculava os serviços técnicos do judiciário, os órgãos públicos e as associações civis, colhendo-se bons resultados, todavia tímidos na maioria das vezes e, mesmo assim, isolados em comarcas nas quais o envolvimento pessoal do juiz ou do promotor, ou de servidores das equipes interprofissionais fazia toda a diferença.

Mas não é possível contar com o interesse pessoal de um bom profissional, pois a tutela de direitos fundamentais da criança e do adolescente não pode depender de uma situação aleatória e infelizmente cada vez mais rara.

Com a nova disciplina legal, a Justiça da Infância e da Juventude devem apoiar e fiscalizar o programa ou os serviços de apadrinhamento a serem executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil.

No âmbito do Ministério Público, a via dos procedimentos administrativos da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude é adequada para induzir a referida política pública, vale dizer, mobilizar os órgãos públicos, associações civis e a comunidade a implementar o programa ou serviços de apadrinhamento, atuando em harmonia com o programa de acolhimento em execução na comarca.

Nesse sentido, quando ainda em atuação na promotoria da infância e da juventude de São José dos Campos, tivemos a oportunidade de buscar a implementação do programa de apadrinhamento afetivo, conclamando todos os entes envolvidos direta ou indiretamente com o acolhimento institucional – Entidades Cruzada Paroquial, APAR, Secretarias Municipais e comunidade - à estruturação de um projeto do respectivo programa, tudo com o envolvimento do CMDCA, a quem cabe a inscrição do programa, sua fiscalização e, mais do que isso, o estímulo do poder público e da iniciativa privada (FERRAZ, 2014, p. 437).

Patrícia Silveira Ferraz, na obra coordenada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, ressalta:

sendo o CMDCA o órgão deliberativo e controlador das ações que compõem a política de atendimento infantojuvenil, necessário que a este seja incumbida a função de inscrever os programas a serem desenvolvidos pelas entidades, viabilizando-lhe, assim, uma visão geral das ações existentes no município, com estratégias de atuação que busquem evitar ações sobrepostas ou dissonantes com a realidade local. (FERRAZ, 2014, p. 421).

Dessa forma, com a disciplina legal do apadrinhamento e o mandamento constitucional de prioridade absoluta, dirigidos a todos os atores responsáveis pela tutela dos direitos da criança e do adolescente, não resta dúvida de que cada Instituição deve ter sua estratégia e caminhar no sentido da humanização do atendimento prestado no acolhimento institucional e familiar e, no passo, a implantação do apadrinhamento é medida obrigatória e necessária em benefício dos acolhidos.

² Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, p. 82) proclama que o fundamento objetivo de uma tutela jurisdicional diferenciada para a criança e o adolescente reside, portanto, na existência de um microssistema disciplinador de relações jurídicas especiais e no trato da forma de distribuição da justiça, distinta, ao menos em parte, daquela usualmente prevista na codificação geral.

Assim, cabe ao Ministério Público, na sua instância administrativa superior, e aos seus membros, na confecção do Planejamento Estratégico, eleger como diretriz a tomada efetiva de providências para implantação do apadrinhamento em cada comarca, para que sejam, inclusive, prioritárias tais ações e cobradas pelos órgãos internos e externos de controle.

6 NOTAS CONCLUSIVAS

6.1. O programa de apadrinhamento foi introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 13.509/17, através da inserção do artigo 19-B e seus parágrafos.

6.2. O programa de apadrinhamento destina-se à criança e ao adolescente inserido em acolhimento familiar ou institucional para que estabeleça vínculos externos à instituição, com o objetivo de convivência familiar e comunitária, desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

6.3. Podem ser padrinhos ou madrinhas as pessoas maiores de 18 anos de idade que tenham comprovada aptidão inerente aos objetivos do programa de apadrinhamento. Também as pessoas jurídicas podem figurar como padrinhos e colaborar de diversas formas para o desenvolvimento do acolhido.

6.4. São destinatários do programa de apadrinhamento, prioritariamente, a criança e o adolescente com remotas chances de reinserção familiar ou colocação em família substituta.

6.5. O programa de apadrinhamento deve ser executado pelos órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil, com apoio e fiscalização da Justiça da Infância e da Juventude, que deve ser instada no caso de omissão na criação do programa.

6.6. No caso de evolução dos vínculos afetivos a ponto dos padrinhos e madrinhas desejarem a adoção do afilhado, o fato do apadrinhamento não é impeditivo de tal pretensão, desde que presentes os demais requisitos legais.

6.7. A implantação do programa ou serviços de apadrinhamento é política pública exigível como providência para humanização do acolhimento, inclusive perante o Poder Judiciário, pelos entes legitimamente interessados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em:

CNJ. **Quantidade de acolhidos por Estado.** Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnca/relatorio/ControleRelatorio.php?action=acolhido>. Acesso em: 09 jan. 2019.

FERRAZ, Patrícia Silveira. **A política de atendimento.** In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MACHADO, Martha Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** 1. ed. São Paulo: Manole, 2004.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VALENTE, Jane. **Família Acolhedora. As relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento.** 1. ed. São Paulo: Editora Paulus, 2014.

Submetido: 21/03/2019

Aprovado: 08/05/2019

MEDIAÇÃO PENAL E VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: UMA EXPERIÊNCIA NECESSÁRIA

*CRIMINAL MEDIATION AND GENDER
VIOLENCE IN BRAZIL:
A NECESSARY EXPERIENCE*

Celeste Leite dos Santos

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo

Doutora pela USP

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de
Coimbra

Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo CEAF-ESMP



RESUMO

O presente artigo analisa a questão da vitimização terciária de mulheres vítimas de violência de gênero em razão do desconhecimento dos operadores jurídicos dos aspectos cíveis abrangidos pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 na sua integralidade. Persiste a separação entre os aspectos criminais, cíveis e emocionais que surgem como consequências pelo crime praticado. A mediação penal constitui importante ferramenta extraprocessual de um Ministério Público Resolutivo, cabendo ainda ao parquet o dever de fornecer orientação jurídica adequada às vítimas de crimes.

Palavras-chave: Mediação. Violência de gênero. Sistema de justiça.

ABSTRACT

This article analyzes the question of the tertiary victimization of women victims of gender violence due to the lack of knowledge of the legal operators of the civil aspects covered by Law n. 11.340, dated August 7, 2016 in its entirety. The separation between the criminal, civil and emotional aspects that arise as consequences for the crime practiced persists. Criminal mediation is an important extra-procedural tool of a Public Prosecutor's Office, and parquet also has the duty to provide adequate legal guidance to crime victims.

Keywords: Mediation. Gender violence. Justice system.

SUMÁRIO

1. A violência de gênero e o marco legal brasileiro da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2016). 2. A mediação penal e a justiça restaurativa. 3. Características da mediação penal. 3.1. Objetivos da mediação penal. 3.2. Objeções à aplicação da mediação penal em contexto de violência de gênero. 3.3. Da possibilidade da mediação penal. 4. Conclusão. Bibliografia.

1 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O MARCO LEGAL BRASILEIRO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006)

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), marco legal no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, já completou mais de uma década sem que tenhamos alcançado sua plena efetividade, ou seja, a adoção de políticas públicas eficientes voltadas à prevenção, erradicação, bem como à repressão dos casos em que haja a prática de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º, incisos I a V da Lei n. 11.340) (BRASIL, 2006). Tal marco legal representou avanço, fruto de resposta à condenação do Estado Brasileiro pela Organização dos Estados Americanos (2001), apresentado pela Senhora Maria da Penha (Relatório n. 54/2001, Caso n. 12.051).

Houve significativa melhora em relação ao ciclo vicioso que vigorava no sistema de justiça brasileiro: a mulher sofria violência no recinto de seu lar, sofria revitimização ao levar o fato ao conhecimento das autoridades policiais (vitimização secundária – por meio de questionamentos inadequados e imputação de culpa do ocorrido à própria vítima) e novo episódio de vitimização pelo Poder Judiciário (vitimização terciária), seja na esfera penal em que os casos eram arquivados ou os réus absolvidos (frequentemente se arguia que seria a palavra de um contra a palavra de outro), seja ao deduzir sua pretensão perante a Vara de Família (através de alegações de que agia motivada por um desejo de vingança). Assim, a vítima era ouvida por todos os integrantes do sistema de justiça, porém não era escutada.

Atento à necessidade de se obter um grau civilizatório que almeje a igualdade efetiva entre homens e mulheres, houve por bem o legislador ordinário estabelecer o princípio do juiz do fato nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, *in verbis*:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas do Código de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitam com o estabelecido nesta lei (BRASIL, 2006, grifamos).

Desse modo, foi reconhecida a necessidade do tratamento integrado dos casos de violência doméstica e familiar não apenas para fins de apuração e prevenção, mas também devido à especialidade do conflito, que a causa seja apreciada pelo promotor de justiça e juiz de direito do fato, buscando não apenas a obtenção da reprimenda penal ao ato praticado, mas sobretudo a prevenção de novos delitos, através da preservação da integridade física, psíquica, moral e patrimonial da mulher, da prole e do próprio agressor.

A díade justiça criminal x justiça cível remanesce na prática de nossos Tribunais, uma vez que os juízes de direito e promotores de justiça com atribuição para officiar perante a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, via de regra, não apreciam as questões atinentes à guarda, ao patrimônio do casal e ao divórcio, limitando-se na grande maioria dos casos à análise da concessão de separação de corpos do casal e restrição de visitas à prole, a título de medida protetiva.

Desse modo, forçoso reconhecer que os juízes e promotores de justiça não aplicam a máxima do juiz e promotor do fato, ignorando a competência cumulativa que lhes foi atribuída, limitando-se a criar programas que ora isolam o agressor (programas educativos ao agressor, adoção de medidas protetivas que obrigam o agressor etc), ora isolam a mulher (adoção de medidas protetivas à vítima que possuem caráter cautelar, mas não solucionam o conflito), inexistindo um programa único que busque o tratamento do conflito apresentado de forma integrada, por meio de técnicas de gerenciamento adequado que são possíveis em um ambiente de mediação penal. Ambos se sentem penalizados pelo sistema de justiça e nunca acolhidos, entendidos e ainda que ouvidos, escutados. A participação de agressor e vítima, ainda que se adotem medidas visando à humanização do processo, remanesce no nível instrumental, por falta da integração de medidas que seriam possíveis no ambiente imparcial e de assunção de responsabilidades da mediação penal. A vitimização terciária se revela tão evidente que a deputada Erika Kokay propôs projeto de lei já aprovado em março de 2019 pela Câmara dos Deputados com o escopo de fixar que a vítima tem o direito à informação sobre a possibilidade da resolução plena de todos os aspectos cíveis e criminais envolvidos. Não mais se justifica em nossa sociedade que o Poder Judiciário não seja visto como um espaço de acolhimento a vítimas de crimes e constitua ele próprio um espaço de perpetuação do ciclo vitimizatório.

Nessa seara, abre-se espaço para a adoção de programas de mediação penal pré processuais e processuais no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário, devendo, desde já anotar-se que em razão da competência cumulativa do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher para processo, julgamento e execução dos crimes decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, na fase processual seria a sua disponibilização não apenas recomendável, mas obrigatória¹ (cf. art. 334 da Lei n. 13.105 (BRASIL, 2015a) c.c. art. 13 da

1 A esse respeito, estabelece o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015): “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a auto composição. § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A auto composição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte (BRASIL, 2015).

Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006).

2 A MEDIAÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Knopepfler (2002, p. 319) propugna que o advento da justiça restaurativa está ligado a um certo grau de fracasso em relação ao sistema penal clássico e sua expressão retributiva e reabilitadora. Pela concepção retributiva, a pena tende a restabelecer a ordem perdida em função da violação do contrato social, e impõe um sofrimento proporcional à infração cometida. O adágio correspondente ao *punitur quia peccatum est*, significa punir porque uma falta foi cometida. A concepção reabilitadora tende, quanto a isto, a ressocializar o delinquente e a determinar suas necessidades a fim de ajudá-lo e tratá-lo. O adágio consagrado é o *punitur ne peccatur*, punir para que ele não cometa nova infração penal.

A vítima é largamente negligenciada pelas duas concepções. De um lado há a canalização de um atávico desejo de vingança privada e sua transferência aos detentores do poder público pode revelá-la em si mesma, na medida em que leva a negar as feridas sofridas pela vítima, constituindo um vetor de vitimização secundária que amplifica o desejo de vingança que ela estava precisamente procurando apaziguar.

A teoria da justiça restaurativa ou reparadora, nascida nos anos 70 na América do Norte, procura aportar um corretivo às falhas do sistema criminal clássico. Uma das ideias fundadoras dessa corrente introduzidas pela criminologia de Nils Christie (1977, p. 1 e ss) é que as principais partes interessadas foram desapropriadas do conflito e devem ser devolvidas à titularidade. Alguns anos depois, Howard Zehr publicou a obra “Mudando De Lentes: Um Novo Foco para o Crime e a Justiça”, pelo qual o autor revela que a justiça criminal, enxerga o crime através de lente essencialmente retributiva, ignorando a vítima e o autor do fato. Para Zehr, as vítimas de crimes têm muitas necessidades, muitas delas ignoradas por nosso sistema de justiça criminal. De fato, o sistema judiciário frequentemente aumenta a lesão. Os ofensores são menos ignorados por este sistema, mas suas necessidades reais – por responsabilidade, por fechamento, por cura – também são deixadas sem solução. Tais fracassos não são acidentais, mas inerentes às próprias definições e suposições que governam nosso pensamento sobre crime e justiça. Zehr propõe a adoção de modelo restaurativo mais consistente com a experiência, com o passado e com a tradição bíblica. Parte da mudança na forma como o comportamento criminoso é observado: o crime deve ser entendido não apenas como violação à lei, mas também como lesão às vítimas e à comunidade, como uma ofensa entre duas pessoas e sua relação (ZEHR, 2005, p. 32 e ss).

Partindo da constatação de que nas sociedades ocidentais o sistema penal clássico exclui as pessoas (os mais afetados pelo fenômeno criminal), a justiça restaurativa participa da vontade de lhes implicar adequadamente (SAWIN; ZEHR, 2007, p. 41). Tanto quanto possível, as partes do conflito devem participar ativamente de sua resolução e mitigação de suas consequências.

A justiça restaurativa visa transformar a maneira como as sociedades con-

temporâneas apreendem e respondem ao fenômeno criminal e aos problemas dele decorrentes. Os objetivos perseguidos são a reparação e o apaziguamento dos preconceitos que a vítima sofreu, ainda que a responsabilização do delinquente tome em consideração a percepção de que seu comportamento não é aceitável e afetou os outros física, psicológica e materialmente.

Os princípios da justiça restaurativa se desenvolveram por diversas formas. Na América do Norte existem três abordagens relevantes: a mediação entre a vítima e o delinquente (Victim Offender Reconciliation Program – VORP), as conferências em família ou em comunidade (originárias de métodos práticos da Nova Zelândia e Austrália - Conferencing) e os círculos de sentença e reconciliação (Circles).

A corrente da justiça restaurativa conheceu progressiva e larga difusão através do mundo e em particular em toda a Europa, onde se desenvolveu, de forma predominante, o modelo de mediação penal.

3 CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO PENAL

Existem três definições de mediação em matéria penal. Para colocar em evidência as características de seu processo, irá se partir de um dentre eles, a Recomendação n. R (99) 19 (COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS, 1999) sobre a mediação em matéria penal adotada em setembro de 1999 pelo Comitê de Ministros da Europa. A mediação em matéria penal se define como “qualquer processo para a vítima e o infrator participarem ativamente, se consentirem livremente, para a solução das dificuldades resultantes do crime, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)”. Dentre seus elementos característicos, podemos destacar a confidencialidade absoluta das discussões encetadas no bojo da mediação, a liberdade das partes de aderirem a um processo de mediação e a qualificação adequada do mediador.

Na Espanha, o Conselho Geral do Poder Judiciário incluiu uma referência específica da mediação civil e penal como instrumento eficaz na resolução de conflitos: “Na mediação penal, vítima e infrator, através de um processo de diálogo e comunicação confidencial, conduzido e dirigido por um mediador imparcial, se reconhecem capacidade para participar em resolução [...]” (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2018). O Código Penal Espanhol (ESPAÑA, 1995) prevê as seguintes atenuantes genéricas: “a) o reconhecimento dos fatos; b) a reparação do dano causado; c) o perdão do ofendido”. De outra parte, a Lei Espanhola do Estatuto da Vítima do Delito (ESPAÑA, 2015) prevê um conceito amplo de vítima, não apresentando qualquer restrição aos casos em que haja violência de gênero.

A mediação penal pressupõe em primeiro lugar a existência de um conflito. O conflito resulta do antagonismo posicional das partes e o procedimento de mediação tende a desconstruir suas posições e lhes fazer evoluir, levando em conta os elementos subjacentes necessários à compreensão global da disputa e auxiliar as partes, notadamente, os medos, preocupações, percepções, sentimentos, emoções, interesses, necessidades e valores.

Em segundo lugar, o conflito em questão tem a particularidade de ter nascido

da prática de um crime. Tal circunstância induz necessariamente às necessidades e interesses particulares da vítima e do autor, os quais devem ser adequadamente tratados durante o procedimento de mediação.

Em seguida, a conduta do procedimento de mediação necessita a intervenção de um profissional especialmente formado para esta finalidade, imparcial e independente, para gerenciar sua disputa e negociar um acordo. O mediador aparece como um facilitador da comunicação entre as partes, que age sobre o processo de busca do acordo e não sobre o seu conteúdo. Através da escuta ativa, da reformulação e da maiêutica, ele ajuda progressivamente as partes a deslocarem a posição que apresentam em seus conflitos para identificarem seus interesses subjacentes e mudarem o paradigma comunicacional, a fim de explorar as trilhas de solução às suas diferenças.

O único obstáculo no tocante à adoção do presente modelo de procedimento de mediação é que o art. 30, §4º da Lei n. 13.140 (BRASIL, 2015) veda a sua confidencialidade caso constate a prática de crimes de ação penal pública. Entretanto, tal obstáculo pode ser facilmente dirimido com o prévio esclarecimento deste ponto às partes envolvidas no conflito². Acresça-se que tal obstáculo já existe nos casos apresentados diretamente à Vara de Família e Sucessões, sem que haja o benefício de que sejam trabalhados todos os aspectos apresentados no conflito.

3.1 Objetivos da mediação penal

Por intermédio desta técnica de gestão de conflitos, a infração é apreendida como direcionada às pessoas e suas relações e não simplesmente reduzida a uma transgressão de uma regra. Assim, a mediação penal é vista como “uma opção flexível, focada na resolução de problemas e no envolvimento das partes interessadas em complemento ou como alternativa ao processo penal tradicional” (COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS, 1999, p. 1).

Na perspectiva da vítima, o procedimento de mediação visa à satisfação do seu interesse em obter uma explicação, obter desculpas e uma reparação por parte do delinquente. Ele oferece a oportunidade de se fazer entender e de expressar sua

2 Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966, grifamos).

vitimização e consequências, contribuindo para apaziguar sua cólera e facilitando seu restabelecimento a longo prazo.

Para as vítimas, especialmente em um contexto familiar, os impactos morais ou emocionais são tão ou mais importantes que as consequências materiais. Assim, consoante propugna Zeher, a vítima pode obter resposta às numerosas questões suscitadas pela infração, tornando-a capaz de compreender os fatos e o porquê de ter sido alvo, o porquê de ter agido assim e como reagirá no futuro. A possibilidade de reencontrar o autor do fato permite à vítima obter uma certa quietude e atenuar o sentimento de insegurança gerado pela infração, tornando a vítima capaz de receber um pedido de desculpas e a expressão de um arrependimento sincero. Isto contribui para a diminuição de seu desejo de vingança.

A participação como verdadeiro ator no processo de resolução do conflito restitui à vítima o sentimento de dono/condutor da situação que lhe foi tolhida com o cometimento da infração. A revitimização faz com que ela perceba uma perda do poder de controle da situação. Relegada ao lugar de objeto da infração cometida, ainda que haja a responsabilidade do autor do crime pelo direito penal clássico, a vítima necessita de um papel ativo a fim de ter de volta o sentimento de controle da situação que lhe foi retirado.

Enfim, a vítima deve receber uma compensação pelos danos sofridos e, em particular, das perdas financeiras e materiais advindas da infração. A primeira compensação a ser obtida é de natureza pecuniária. É interessante revelar que a vítima busca mais do que uma compensação material, podendo esta assumir a feição material ou simbólica (pagamento de importância à vítima, prestação de serviços para a vítima, prestação de serviços em benefício da comunidade ou a um objetivo humanitário, publicação de uma retratação, etc).

Para o autor da infração a mediação tende a reforçar o seu senso de responsabilidade e a lhe oferecer oportunidades concretas de se emendar, tendo que enfrentar diretamente a consequência do crime praticado e a dor causada à vítima. Pelo seu papel ativo, e não apenas defensivo, o autor não é mais marginalizado enquanto membro da sociedade. Pelo reencontro com a vítima, o autor pode constatar as consequências humanas de seu comportamento e considerar sua vítima como uma pessoa, e não como um simples alvo ou um objeto. Pela personalização da vítima, o autor toma consciência concreta das lesões causadas (físicas, psíquicas ou materiais).

3.2 Objeções à aplicação da mediação penal em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher

A doutrina majoritária é contrária à aplicação da mediação penal aos casos de violência de gênero por entender que existe desequilíbrio de poder entre a vítima e o agressor; que o princípio da legalidade da ação penal é vulnerado, sendo discutível que o Estado possa renunciar ao jus puniendi (ARENAL, 2014); que sua aplicação é proibida pelo “Manual de Legislação de Violência Contra a Mulher” (UNITED NATIONS, 2010, p. 40), cujo ponto 3.9.1 recomenda “Proibir explicitamente a

mediação em todos os casos de violência contra a mulher, tanto antes como durante os procedimentos judiciais”; que permitir a mediação penal seria um retrocesso na luta contra a violência de gênero; que, no Brasil, a Lei Maria da Penha (2006) veda a aplicação de institutos da Lei n. 9.099 (BRASIL, 1995), tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

3.3 Da possibilidade da mediação penal

A objeção atinente ao desequilíbrio de poder entre as partes encontra na mediação técnicas adequadas para evitar a revitimização da mulher e muitas vezes revela o desconhecimento do procedimento de mediação e suas técnicas, uma vez que o mediador e as partes podem optar pela realização de audiências exclusivamente privadas (caucus), sendo revelado à outra parte apenas o que for expressamente acordado na sessão de mediação, mesmo no caso de prática de crime de ação penal pública, uma vez que este dever de não confidencialidade deve ser interpretado como referente aos órgãos de persecução penal. Aliás, em se tratando de violência de gênero, o delito cometido, em regra, não é desconhecido pela vítima e, nos crimes praticados sem violência física, não se pode negar ao autor do fato o direito de tentar celebrar, com participação direta do “parquet” nos crimes de ação penal pública e participação posterior nos crimes de ação penal privada, do direito de obter uma atenuação de pena pela confissão, uma valoração adequada das consequências do crime para a vítima ao aplicar a pena ou mesmo um acordo de não persecução penal (nos delitos praticados sem violência física), confessando integralmente o delito e reparando o dano causado. Assim, não há ofensa ao princípio da legalidade, mas aplicação sistemática da legislação penal.

A intervenção do Ministério Público na mediação, no caso de acordo entre as partes que verse sobre direito indisponível, porém transigível, é obrigatória por expressa disposição legal.

4 CONCLUSÃO

A violência de gênero comporta tratamento especializado do conflito familiar e/ou relacional existente. A inclusão dos verdadeiros atores do conflito em ambiente de gerenciamento de conflitos permite a manutenção dos laços existentes, mediante a transformação da comunicação disfuncional e a cessação de situações de violência.

O Estado, ao intervir em casos de violência de gênero substitui, seus protagonistas, mas não tem o poder em ambiente representativo e ficcional do ocorrido, de transformá-lo.

Não se pode negar às partes o direito de serem escutadas, ainda que separadamente (caucus) por especialista em gerenciamento de conflitos, bem como que subsequente julgamento abarque todas as consequências advindas de uma infração penal, sejam estas cíveis ou criminais, uma vez que ausente em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de oferecimento pelo parquet de acordo de imposição nego-

ciada de pena. Nos crimes de ação penal privada e naqueles condicionados à representação da vítima, a disponibilização da mediação penal favorece a obtenção de formas criativas de reparação do dano. Cumpre mencionar que a faculdade conferida à vítima em propor a queixa-crime ou oferecer a representação ou desta se retratar nos crimes de ação penal pública condicionada até o oferecimento da denúncia já se encontram disponibilizados no ordenamento jurídico brasileiro. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, não se pode negar às partes o direito de serem escutadas com a consequente reparação do dano à vítima e a correlata atenuação da pena a ser imposta ao infrator, ou, mesmo, a correta valoração da pena a ser imposta pelo magistrado dentro dos parâmetros legais estabelecidos no tipo penal secundário nos casos de ação penal pública incondicionada.

O tratamento integrado do conflito no Brasil está expressamente estabelecido no art. 13 da Lei 11.340 (BRASIL, 2006), que estabelece como regra para o processo, julgamento e execução o juiz e promotor do fato (competência cumulativa). A mediação se encontra disciplinada em leis específicas e posteriores, razão pela qual é direito das partes em situação de violência doméstica e familiar optarem ou não pelo uso desta técnica. Além disso, a vítima tem direito a que todos os aspectos do conflito (cíveis e criminais) sejam apreciados pelo juiz e promotor do fato, sendo a ausência de sua apreciação em ambiente especializado ato atentatório à sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ARENAL, Maria Amparo Renedo. **Mediación penal en violencia de género? No, Gracias.** Revista Europea de Derechos Fundamentales, n. 23, 177-198, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945878.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015a**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as Property**. The British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behavior, v. 17, 1977.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. **Mediación Penal**. [2018]. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/>. Acesso em: 15 maio 2018.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. **Recommendation N°. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters**. 1999. Disponível em: [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkunuteklifi/rec\(99\)19%20\(1\).pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkunuteklifi/rec(99)19%20(1).pdf). Acesso em: 16 maio 2018.

DITTMANN, Kuhn, Maag, Wiprächtiger (ed). **Entre médiation et perpétuité**. Zurich, 2002.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 16 maio 2018.

ESPAÑA. **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito**. Sevilla: Jefatura del Estado, 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>. Acceso en: 20 jun. 2018.

KNOEPFLER, Julien. **Médiation pénale, justice réparatrice, justice de proximité**. In: DITTMANN, Volker; KUHN, André; MAAG, Renie; WIPRÄCHTIGER, Hans (ed). Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité. Groupe suisse de criminologie. Zurich/Coire: Editions Rüegger, 2002.

OEA. Comissão Interamericana DE Direitos Humanos. **Relatório n. 54/2001, Caso n. 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 13

maio 2018.

SAWIN, Jennifer Larson; ZEHR, Howard. **The Ideas of Engagement and Empowerment**. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (ed.). Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 41-58.

UNITED NATIONS. **Handbook for Legislation on Violence against Women**. United Nations: New York, 2010. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

ZEHR, Howard. **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**. 3. ed. Scottsdale: Herald Press, 2005.

Submetido: 24/04/2019

Aprovado: 08/05/2019

NORMAS DE SUBMISSÃO

Submissões online:

A submissão de artigos científicos ou resenhas deverá ser feita por meio do sítio eletrônico da Revista Jurídica, acessível no seguinte endereço: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/index. Os artigos serão avaliados por meio do sistema conhecido como blind peer review, cabendo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica a decisão sobre sua publicação. São publicados artigos em português, inglês, francês e espanhol.

Diretrizes para autores:

- 1) O artigo deve ser inédito.
- 2) O texto deve estar em conformidade com as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
- 3) O texto não deve fazer menção ao nome dos autores em nenhum momento, de forma a garantir o anonimato necessário à avaliação pelo sistema *blind peer review*.
- 4) Os artigos científicos devem ser organizados na seguinte sequência: título, título em inglês, resumo (de, no máximo, 300 palavras), resumo em inglês, palavras-chave (mínimo 3 e máximo 5), palavras-chave em inglês, texto do artigo dividido em tópicos, referências bibliográficas, anexos.
- 5) Os artigos científicos devem possuir até 30 páginas, sendo estruturados na seguinte formatação: folha A4, posição vertical; fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaçamento entre linhas de 1,5cm; parágrafo de 1,5cm; margem superior e esquerda de 3cm, e inferior e direita de 2cm.

Cessão de direitos autorais:

Ao submeter o trabalho para avaliação, os autores concordam com a cessão dos seus direitos autorais para o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Outras informações, tais como casos em que é necessário aprovação de um comitê de ética, orientação sobre afiliação e sobre indicação de financiamentos, encontram-se no sítio eletrônico da revista.

