

Agosto 2017

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 18 – 2017

Camila Becker dos Santos
Caroline Giovanella Piccolli
Cibele de Souza
Everton Hertzog Castilhos
Ingrid Bays
Isadora Bays
Jaíse Burtet
Jéssica de Souza Antonio
Karine Azevedo Egypto Rosa
Laís Grás Possebon
Mateus Henrique de Oliveira Reis
Michelle Karen Batista dos Santos
Tainá Machado Vargas

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA do Rio Grande do Sul



**Porto Alegre/RS
2017**



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 8, V.18
(maio/agosto.2017). – Porto Alegre: DPE, 2017 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (Estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmará Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Cristiano Vieira Heerd

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Cassandra Sibemberg Halpern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antônio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Henrique Marder da Rosa

Janaína Rodrigues Oliveira

João Batista Oliveira de Moura

Mariana Py Muniz Cappellari

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Caroline Costa

Jéssica Trajano

Virgínia Feix

Witor Flores

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 | Centro Histórico

CEP 90010-100 | Porto Alegre/RS

Tel. (51) 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
AUTONOMIA E EMPODERAMENTO: APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER <i>Michelle Karen Batista dos Santos</i>	11
DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO POR PERDA DE TEMPO: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DO RIO GRANDE DO SUL E DO RIO DE JANEIRO <i>Camila Becker dos Santos</i>	35
A DISPOSIÇÃO CÊNICA DAS SALAS DE AUDIÊNCIAS E TRIBUNAIS BRASILEIROS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE ASSENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL <i>Karine Azevedo Egypto Rosa</i>	49
A ATIPICIDADE CRIMINAL DA DESOBEDIÊNCIA ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA: PROTEÇÃO SEM PUNIÇÃO GRATUITA <i>Laís Grás Possebon</i>	75
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM OLHAR SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL <i>Jáise Burtet</i>	103
NOVAS LUZES SOBRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO CRIMINAL <i>Everton Hertzog Castilhos</i>	139
O FETO CONDENADO: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MANUTENÇÃO DE MULHERES GRÁVIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO <i>Cibele de Souza</i>	171
13ª EMENDA, RACISMO E A PERPETUAÇÃO DA NEO ESCRAVIDÃO NO CENÁRIO GLOBALIZADO <i>Jéssica de Souza Antonio e Tainá Machado Vargas</i>	197

**A INFASTABILIDADE DA FORMA NO PROCESSO PENAL: (RE)DISCUTINDO O
FUNDAMENTO, A FINALIDADE, A NATUREZA JURÍDICA, O OBJETO E OS
SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Mateus Henrique de Oliveira Reis.....211

**O CRIME DE INFANTICÍDIO E A CULPABILIDADE DA AGENTE: UMA ANÁLISE
DA (DES) NECESSIDADE DE PUNIÇÃO**

Caroline Giovanella Piccolli, Ingrid Bays e Isadora Bays..... 245

APRESENTAÇÃO

Em sua décima oitava edição, cumprindo sua função de produzir e disseminar conhecimento, a Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, apresenta onze artigos cujo traço comum é a afirmar teses defensivas, necessárias para o avanço de uma perspectiva crítica do Direito e de sua atuação em favor da garantia dos direitos humanos e do acesso à justiça.

No primeiro artigo desta edição, **“AUTONOMIA E EMPODERAMENTO: APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER”**, a autora Michelle Karen Batista dos Santos tem por objetivo analisar as possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil em casos de violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher. O artigo analisa as Leis nº 9.099/95 e nº 11.340/2006, e expõe seus procedimentos para resolução dos conflitos entre os gêneros, marcados por violências. Em perspectiva crítica, autora propõe a Justiça Restaurativa como uma nova experiência jurídica capaz de ser meio para processos de empoderamento e autonomia.

Seguimos com **“DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO POR PERDA DE TEMPO: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DO RIO GRANDE DO SUL E DO RIO DE JANEIRO”**, de Camila Becker dos Santos. Baseada em pesquisa qualitativa através dos métodos técnico bibliográfico e de precedentes judiciais, a autora trata dos danos por perda de tempo nas relações consumeristas, a partir da discussão do instituto da responsabilidade civil, em especial dos danos extrapatrimoniais, cujo campo está em constante mutação, possibilitando a defesa de teses jurídicas até então não exploradas, ou pouco exploradas.

O artigo **“A DISPOSIÇÃO CÊNICA DAS SALAS DE AUDIÊNCIAS E TRIBUNAIS BRASILEIROS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE ASSENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL”**, de Karine Azevedo Egypto Rosa, tem como objetivo o enfoque crítico da prerrogativa de assento dos membros do Ministério Público, analisando a inconstitucionalidade da disponibilidade do mobiliário cênico dentro das salas de audiências e sessões de julgamento no que se refere ao processo penal. O artigo analisa prejuízos à defesa, seja esta feita pela Defensoria Pública ou por advocacia privada, à sociedade e, principalmente, à imparcialidade e legitimidade da decisão proferida, bem como do próprio julgamento.

Ainda no campo criminal, segue o artigo **“A ATIPICIDADE CRIMINAL DA DESOBEDIÊNCIA ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA: PROTEÇÃO SEM PUNIÇÃO GRATUITA”**, de Laís Grás Possebon. A autora tem por objetivo analisar o porquê de não restar configurado o delito de desobediência, tipificado no art. 330 ou no art. 359, ambos do Código Penal, quando ocorre descumprimento, por parte do agressor, das medidas profiláticas deferidas pelos Magistrados, no âmbito de violência doméstica e familiar contra mulheres. O estudo apresenta noções necessárias a respeito da criação e do funcionamento da Lei Maria da Penha, bem como mecanismos que foram trazidos por ela, discutindo, ainda, a atipicidade criminal da desobediência às medidas protetivas.

A implementação das audiências de Custódia no Brasil é tratada no artigo **“AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM OLHAR SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL”**, de autoria de Jaíse Burtet. O trabalho se propõe a abordar o controle de convencionalidade do instituto, implantado no Brasil por meio da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, após muita discussão acerca da hierarquia que os diplomas internacionais sobre direitos humanos ocupam no nosso ordenamento doméstico. Expõe, de maneira crítica, as suas principais finalidades, confrontando-as com alguns resultados práticos encontrados, os quais desvelam não só cultura punitivista que permeia o nosso Poder Judiciário, mas também os riscos de banalização do instituto.

Em **“NOVAS LUZES SOBRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO CRIMINAL”**, Everton Hertzog Castilho analisa o Procedimento Administrativo Disciplinar que ocorre no âmbito das casas prisionais, tendo como acusado aquele que cumpre pena no estabelecimento penal, de forma a delimitar, com exatidão, a quem compete cada ato, separando aquilo que compete ao Diretor da Casa Prisional e aquilo que compete ao Poder Judiciário. O artigo analisa, ainda, a controvérsia sobre a “prescrição” da pretensão do Estado em punir administrativamente aqueles que estão sob a sua tutela.

A seguir no artigo **“O FETO CONDENADO: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MANUTENÇÃO DE MULHERES GRÁVIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”**, a autora Cibele de Souza afirma haver um flagrante desrespeito às questões básicas da dignidade da vida humana quando se fala em sistema prisional brasileiro. Cibele explicita o contrassenso social que permeia a manutenção da mulher grávida no sistema prisional brasileiro, par-

tindo da análise dos preceitos legislativos que compõem o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como dos princípios da (In)transcendência da Pena e da Dignidade de Pessoa Humana.

A presente edição da revista inclui também a **“13ª EMENDA, RACISMO E A PERPETUAÇÃO DA NEO ESCRAVIDÃO NO CENÁRIO GLOBALIZADO”** de Jéssica de Souza Antonio e Tainá Machado Vargas. Neste estudo, as autoras refletem sobre os efeitos, se positivos ou negativos, produzidos a partir da 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, no que diz respeito à primazia ou não dos Direitos Humanos, bem como a (im) possibilidade de percebê-la como um processo de humanização. Tomando por base o documentário intitulado 13ª Emenda, discutem acerca das possíveis influências desse evento norte-americano para o restante do mundo, especialmente o Brasil, no tocante ao perfil da população carcerária.

Prosseguindo apresentamos o artigo **“A INFASTABILIDADE DA FORMA NO PROCESSO PENAL: (RE)DISCUTINDO O FUNDAMENTO, A FINALIDADE, A NATUREZA JURÍDICA, O OBJETO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS”**. Nele, Mateus Henrique de Oliveira Reis objetiva demonstrar o papel que a forma desempenha no processo penal, evidenciando a necessidade de que seja inafastável, porque materializa, ao mesmo tempo, garantia e limite: garantia ao acusado e limite ao poder de punir, que só se legitima quando observado o procedimento legal e previamente estabelecido. Ao resgatar as balizas que a Constituição Federal de 1988 previu, buscando dar ao processo penal traços acusatórios, e consolidando-o como único instrumento por meio do qual é possível aplicar a pena, servindo à efetivação de garantias, o autor afirma que a forma no processo penal reassume seu caráter capital e inarredável.

Finalizando, o artigo **“O CRIME DE INFANTICÍDIO E A CULPABILIDADE DA AGENTE: UMA ANÁLISE DA (DES) NECESSIDADE DE PUNIÇÃO”**, é assinado por Caroline Giovanella Piccolli, Ingrid Bays e Isadora Bays. O estudo primeiramente analisa duas modalidades relacionadas ao crime de infanticídio: o estado puerperal (inerente ao tipo penal) e a psicose puerperal (capaz de afastar o tipo penal). No segundo momento verificar a possibilidade de haver um afastamento da culpabilidade em decorrência da inimputabilidade da gestante quando esta se encontra abarcada tão somente pelo estado puerperal, e ao final as autoras avaliam a alternativa de aplicação de um direito penal mínimo para justificar o afastamento do tipo penal de infanticídio, e conseqüente absolvição da agente.

Depois de percorrer e abreviar os conteúdos desta edição, agradecemos o interesse pela leitura de nossa revista, reforçando o convite para nela participarem, com textos que contribuam para reflexão sobre os fundamentos da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, na realização de sua missão constitucional. Missão esta de garantir a prestação do serviço público de defesa pública, que só se destina e só existe para e pelas pessoas. Essa é uma das nossas razões de existir, que como as demais, relaciona-se a existir para e pela Democracia e para e pelos Direitos Humanos.

Porto Alegre, dezembro de 2017.

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI
DEFENSORA PÚBLICA
COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA

AUTONOMIA E EMPODERAMENTO: APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Michelle Karen Batista dos Santos¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil em casos de violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher. Para tanto, foram analisadas, brevemente, as Leis nº 9.099/95 e nº 11.340/2006, a fim de expor seus procedimentos para resolução dos conflitos entre os gêneros, marcados por violências. Realizadas as críticas ao campo dos desejos punitivos e à dupla vitimização das mulheres, apresenta-se a Justiça Restaurativa como uma nova experiência jurídica capaz de ser meio para processos de empoderamento e autonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Violência doméstica. Autonomia. Empoderamento.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Mulheres e o Direito Penal. 2.1 Patriarcado e as relações entre os gêneros. 2.2 Violências contra as mulheres. 2.3 Dupla vitimização. 3 Pensando a Justiça Restaurativa. 3.1 Principais incertezas. 3.2 Mulher como sujeito. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As violências contra as mulheres apresentam características específicas, motivo pelo qual devem ser tratadas como fenômenos complexos que abrangem aspectos próprios de conflitos interindividuais, ou seja, há que ser considerada cada particularidade das partes envolvidas. A violência constitui uma verdadeira prisão, onde o homem deve agredir, porque exerce o papel de dominação, e a mulher deve suportar cada agressão sofrida, porque assim foi construída, assim “se tornou mulher”, e o seu “destino” assim determina.

¹ Pós-Graduada em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Coordenadora do Grupo de Estudos em Criminologia(s) da Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB-RS). Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Advogada.

Muito se foi debatido acerca da violência exercida contra as mulheres no Brasil, e o Direito Penal acabou se tornando forte aliado no combate a essas violências. Em 1980 criou-se a Delegacia da Mulher; em 1988, a Constituição Federal além de objetivar a garantia de igualdade entre mulheres e homens, procurou coibir as violências no âmbito das relações domésticas; em 1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), tendo os Juizados Criminais recebido, prioritariamente, casos de violência doméstica; no ano de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340, conhecida nacionalmente como Lei Maria da Penha, prevendo a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica. Ainda, em 2015, a Lei 13.104 alterou o artigo 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, alterando também o artigo 1º da Lei 8.072/90, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Ao longo da história, se torna perceptível que as mulheres têm conseguido, a partir de muita luta e resistência, expor suas demandas e, de certa forma, alcançar respostas satisfatórias, como é o caso da Lei Maria da Penha e a tipificação do crime de Feminicídio, consideradas extremamente importantes para muitas mulheres e movimentos organizados, inclusive são reconhecidas como conquistas diante da luta contra todo o tipo de violência. No entanto, diante de uma sociedade que ainda se reformula com noções de patriarcado, machismo e androcentrismo, resta relutância acerca do tratamento dado às mulheres pelo seu dito aliado, o Direito Penal, este que, como qualquer outro, pode se tornar espaço de reprodução de preconceitos, opressões e violências.

O presente trabalho, então, longe de querer estabelecer qual é o melhor meio para receber e solucionar os casos de violência doméstica, surge com a necessidade de “gritar” os papéis socialmente impostos às mulheres e aos homens, e demonstrar como essa determinação, ou construção social, pode influenciar diretamente ao modo como o Direito Penal trata as mulheres vítimas de violências domésticas. Nesse âmbito, uma das nossas hipóteses é a possibilidade/necessidade de uma Justiça alternativa capaz de reconhecer e ouvir a mulher, transformando-a em sujeito do seu processo.

Inicialmente, busca-se expor sobre mulheres, seus papéis, as violências sofridas e as repostas dadas pelo Direito Penal às suas demandas – especificadamente, analisaremos com brevidade as Leis nº 9.099/95 e nº 11.340/2006, verificando as influências da sociedade patriarcal nas configurações de procedimentos para resolução de conflitos entre os gêneros, marcados por violências. Posteriormente, será discutida a Justiça Restau-

rativa e as principais incertezas, no que tange à sua aplicação aos casos de violência contra a mulher. Por fim, explanaremos sobre as possibilidades de uma Justiça Restaurativa que resgate as mulheres “dos seus lugares” de vítimas, passivas e incapazes de decidir sobre a própria vida, ou seja, esse é um trabalho sobre alternativas descriminalizantes e sobre mulheres sujeitos – da própria vida, da própria história.

2 MULHERES E O DIREITO PENAL

2.1 PATRIARCADO E AS RELAÇÕES ENTRE OS GÊNEROS

O conceito de patriarcado foi abordado por Mendes² - em grande obra que aborda a possibilidade de uma criminologia feminista -, podendo entendê-lo como a manifestação e a institucionalização do domínio masculino sobre mulheres e crianças que integram a família. Esse domínio se estende a toda a sociedade, garantindo que os homens também assumam os espaços públicos de poder, e que as mulheres sejam privadas de acesso a esses espaços, permanecendo-as nos territórios particulares.

Engels³ já se referia ao patriarcado como o sistema mais antigo de dominação. Esse sistema acabou justificando uma suposta superioridade dos homens em razão de uma suposta inferioridade biológica das mulheres, que teria origem na família, esta que, por bastante tempo, entre suas características, tinha uma autoridade exercida pela figura do pai, projetando-se para toda a ordem social. Esse poder foi alimentado e reforçado na história, determinando que as mulheres sejam submissas e subordinadas ao masculino⁴. Assim, o patriarcado se mantém e se reproduz, em diversas manifestações históricas, preservando a desigualdade entre os sexos e legitimando a discriminação sofrida pelas mulheres.

No processo patriarcal há a construção de “contratos” de sujeição das mulheres, o que possibilita um “contrato social”, este que dispõe direitos aos homens em detrimento da liberdade das mulheres, configurando-se um contrato de subordinação feminina que possibilita a dominação masculina⁵. A liberdade civil deixa de ser universal e se torna um atributo masculino que depende do direito patriarcal. O contrato original cria o contrato sexual – história de sujeição - e o contrato social – história de liberda-

² MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Global, 1984.

⁴ FACIO, 1999 apud MENDES, 2014, p. 88.

⁵ CISNE, Mirla. *Feminismo e consciência de classe no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 76.

de, de forma que a liberdade é dada aos homens e subordinação é imposta às mulheres, e esse direito patriarcal é criado pelo contrato⁶.

Brevemente, pode-se dizer que o Patriarcado tem sua raiz histórica associada à produção da propriedade privada, motivo pelo qual se conclui que a subordinação da mulher não é algo que existiu desde os primórdios da humanidade, é resultado de um processo histórico⁷. Saffioti⁸ afirma que o patriarcado não torna as diferenças entre mulheres e homens fixas e imutáveis, na verdade, ele qualifica as relações entre os sexos ao evidenciar o vetor de dominação e exploração do homem sobre a mulher presente na sociedade.

Diferente da categoria gênero, o patriarcado é utilizado, necessariamente, para se referir às relações de dominação, opressão e exploração masculinas, ou seja, esse nomeia as desigualdades que marcam as relações sociais de gênero⁹. Mas e aquele? O que se entende por sistema sexo-gênero?

Esse conceito, geralmente expresso como gênero, foi oferecido primeiramente pelas teóricas Kate Millet e Gail Rubin, como um sistema de relações sociais que converte a sexualidade biológica em produto da atividade humana¹⁰. Dessa maneira, a partir dos anos setenta, o movimento feminista usa-se do conceito de gênero para se referir à construção cultural do feminino e do masculino mediante os processos de socialização que formam os sujeitos desde o nascimento. A compreensão do termo foi considerada libertadora, pois se pôde demonstrar que a opressão sofrida pelas mulheres tinha como raiz uma causa social, e não biológica e natural¹¹. Saffioti ensina que:

Gênero também diz respeito a uma categoria histórica, cuja investigação tem demandado muito investimento intelectual. Enquanto categoria histórica, o gênero pode ser concebido em várias instâncias: como aparelho semiótico (Lauretis, 1987); como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos como grade de interpretação de significados, organizações e instituições sociais,

⁶ PATEMAN, Carole. O contrato sexual. São Paulo: Paz e Terra, 1993, p. 16-17.

⁷ CISNE, op. cit., p. 76-77.

⁸ SAFFIOTI, Heleieth. Gênero patriarcado violência. 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 56-65.

⁹ CISNE, op. cit., p. 77.

¹⁰ AMORÓS e MIGUEL ALVAREZ, 2005 apud MENDES, 2014, p. 86.

¹¹ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86.

identidade subjetiva (Scott, 1988); como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (Flax, 1987); como, numa certa instância, uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-mulher, mas também relações homem-homem e relações mulher-mulher (Saffioti, 1992, 1997b; Saffioti e Almeida, 1995) etc. Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino¹².

A construção social dos indivíduos, que se relaciona à ideia de mulher e homem, é importantíssima para a disseminação dos símbolos que marcam as representações sobre o feminino e o masculino. O estudo da condição das mulheres, mediante o conceito de gênero, representou a ruptura epistemológica essencial para retirá-las da invisibilidade¹³, por óbvio foi um passo muito importante em direção à compreensão das relações entre os sexos. As mulheres são, como categoria social, discriminadas, oprimidas, dominadas e subordinadas, já os homens estão na centralidade do poder¹⁴.

A construção social do gênero no patriarcado implica falar sobre espaços, papéis e estereótipos. De acordo com Andrade:

A esfera pública, configurada como a esfera da produção material, centralizando relações de propriedade e trabalhistas (o trabalho produtivo e a moral do trabalho), tem seu protagonismo reservado ao “homem” enquanto sujeito produtivo, mas não a qualquer “homem”. A estereotípia correspondente para o desempenho deste papel (trabalhador no espaço público) é simbolizada no homem racional-ativo-forte-potente-guerreiro-viril-público-possuidor.

A esfera privada, configurada como a esfera da reprodução natural e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico), tem seu protagonismo reservado à mulher, com o aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este, como veremos, o eixo da dominação patriarcal.

¹² SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência*. 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 47.

¹³ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

¹⁴ SAFFIOTI, op. cit., p. 117-118.

Os atributos necessários ao desempenho do papel subordinado ou inferiorizado de esposa, mãe e trabalhadora do lar (doméstica) são exatamente bipolares em relação ao seu outro. A mulher é então construída femininamente como uma criatura emocional-subjetiva-passiva-frágil-impotente-pacífica-recatada-doméstica-possuída. Em síntese, espaço público- papéis patrimoniais -, estereótipos do polo da atividade: ao patrimônio, o cuidado dos bens. Espaço privado – papéis matrimoniais -, estereótipos do polo da passividade: ao matrimônio, o cuidado do lar¹⁵.

Endossa-se o pensamento de Andrade, no sentido de que o simbolismo de gênero age com uma poderosa estereotipia e carga estigmatizante¹⁶. Esse simbolismo está enraizado nas estruturas, apresentando-se como diferenças biológicas, mas não passa de valores construídos socialmente, onde a figura do feminino é relacionada à subordinação e a figura do masculino é associada à dominação. Para os homens o espaço público, para as mulheres o espaço privado. O homem é razão, a mulher é emoção. São apenas confirmações de que as mulheres são construídas como não-sujeitos.

2.2 VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES

Com o desenvolvimento da sociedade patriarcal, os estigmas legitimaram exigências de padrões comportamentais femininos, como também ressaltaram os mecanismos de controle sobre os corpos das mulheres, que resumiam-se na aplicação, pelos homens, de penas privadas no núcleo da instituição familiar, sob o argumento de que se deveria “proteger a família”, “defender a honra” e “garantir o pátrio poder”¹⁷. Assim, com frequência, o controle patriarcal tem como consequência a prática de violências contra as mulheres, de todas as formas e por todos os meios¹⁸.

Na Roma antiga, o patriarca tinha o poder de decidir sobre a vida e a morte da sua esposa e dos seus filhos, atualmente tal poder não existe mais, no entanto, homens em todo o mundo continuam matando suas

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 141.

¹⁶ *Ibidem*, p. 145.

¹⁷ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 213.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.

companheiras, muitas vezes com excesso de crueldade¹⁹: ateando fogo, es-
quartejando, atirando e as deixando tetraplégicas etc.

Segundo o Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil²⁰, en-
tre 2003 e 2013, o número de mulheres vítimas passou de 3.937 para 4.762,
incremento de 21% (vinte e um por cento) na década, sendo que essas
4.762 mortes em 2013 representaram 13 homicídios femininos diários. Con-
cluiu-se ainda que as vítimas prioritárias são as mulheres negras, na faixa
de 18 a 30 anos de idade, preponderando a utilização de armas de fogo,
mas com concomitante aumento de estrangulamento, objeto cortante, e
indicação de maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/ba-
nais. Ainda, verificou-se que os principais locais da agressão são a rua
(31,2%) e o domicílio da vítima (27,1%).

No ano de 2014, o Mapa da Violência²¹ aponta que 223.796 mulheres
foram atendidas por terem sofrido diversos tipos de violência, sendo que
duas em cada três foram vítimas de violências domésticas, sexuais e/ou ou-
tras, ou seja, a cada dia de 2014, 405 mulheres demandaram atendimento
em unidade de saúde, por alguma violência sofrida. Em relação aos agres-
sores os dados aferiram que:

- 82% das agressões a crianças do sexo feminino, de <1 a 11 anos de idade, que demandaram atendimento pelo SUS, partiram dos pais – principalmente da mãe, que concentra 42,4% das agressões.
- Para as adolescentes, de 12 a 17 anos de idade, o peso das agressões divide-se entre os pais (26,5%) e os parceiros ou ex-parceiros (23,2%).
- Para as jovens e as adultas, de 18 a 59 anos de idade, o agressor principal é o parceiro ou ex-parceiro, concen-
trando a metade de todos os casos registrados.
- Já para as idosas, o principal agressor foi um filho (34,9%).
- No conjunto de todas as faixas, vemos que prepondera largamente a violência doméstica. Parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros (...) são responsáveis por 67,2% do total de atendimentos.

¹⁹ SAFFIOTI, Heleieth. Gênero patriarcado violência. 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abra-
mo, 2015, p. 48.

²⁰ WAISELFISZ, J. J. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Flacso Brasil. Disponível em: <
http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>.

²¹ Idem.

Sobre o tipo de violência sofrida, o Mapa traz que a violência física é mais frequente, pois está presente em 48,7% dos atendimentos, com especial incidência nas mulheres jovens e adultas, representando perto de 60% do total de atendimentos. Em segundo lugar está a violência psicológica, representando 23% dos atendimentos em todas as etapas, principalmente da jovem em diante. Em terceiro lugar tem-se a violência sexual (11,9%), com maior incidência entre as crianças de 11 anos de idade (29%) e as adolescentes (24,3%). Por fim, é importante ressaltar que a residência é o local privilegiado de ocorrência da violência não letal (71,9%), conforme os dados apurados²².

Sabe-se que “violência doméstica”, “violência familiar”, “violência conjugal”, “violência contra a mulher” e “violência de gênero” são fenômenos diversos que por vezes são tratados como sinônimos. No entanto, há que diferenciar os conceitos e tratar as especificidades. A “violência contra a mulher” pode ser remetida à Convenção de Belém do Pará²³, firmada em junho de 1994, que define como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada²⁴”.

A “violência doméstica” não se restringe ao gênero da vítima, abrangendo violências contra quaisquer pessoas que coabitem o mesmo espaço físico e unidade doméstica²⁵. Atinge, porém, pessoas que não pertencendo à família, vivem – parcialmente ou integralmente – no domicílio do agressor²⁶. A “violência familiar”, por sua vez, exige laços de consanguinidade ou afinidade, abrangendo quaisquer membros, dentro ou fora da unidade doméstica²⁷. Já a “violência conjugal” consiste na agressão praticada entre cônjuges, companheiros, namorados; e a “violência de gênero” é a categoria mais geral, sendo o vetor mais difundido aquele que apresenta a violência do homem contra a mulher²⁸.

²² WAISELFSZ, J. J. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Flacso Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>.

²³ GIONGO, R.C.P. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 30.

²⁴ Artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”.

²⁵ GIONGO, op. cit., p. 31.

²⁶ SAFFIOTI, Heleith. Gênero patriarcado violência. 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 76.

²⁷ GIONGO, op. cit., p. 31.

²⁸ SAFFIOTI, op. cit., p. 75.

Em relação à todos esses tipos de violência, no decorrer do tempo, quanto mais os dados subiam, demonstrando a gravidade da situação, mais se demandava proteção e uma legislação eficaz. A violência contra a mulher no âmbito conjugal gerou mais comoção, ocasionando ampla pressão popular. As pressões vinham de vários setores da sociedade, especialmente da mídia, que tomou para si a tarefa de publicizar as violências sofridas pelas mulheres por parte dos seus maridos, namorados, ex-companheiros etc.²⁹ Passou-se, então, a divulgar os casos extremos de violência, como o da cearense Maria da Penha Maria Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio por seu ex-marido.

Muitas constatações são feitas a partir de pesquisas quantitativas, em relação às violências domésticas e conjugais sofridas, e muito já se foi publicizado. No entanto, as mulheres continuaram e continuam sendo vítimas mais comuns nesses conflitos, restando a complexa fomenta e legitimação da necessidade de um maior rigor punitivo para os agressores. Muito se buscou no Direito Penal a intervenção necessária para cessar todos os tipos de violência, e muitas “conquistas” se obteve a partir dessa luta, no entanto, as mulheres não têm encontrado proteção e igualdade no Sistema Penal, ao contrário, nele têm encontrado reproduções das relações patriarcais e das relações de gênero.

2.3 DUPLA VITIMIZAÇÃO

O funcionamento interno do Sistema Penal somente é capaz de atingir sua significação completa quando é reconduzido ao sistema social, ou seja, é um sistema que está inserido nas estruturas, podendo-se dizer que também está condicionado ao patriarcado. Nesse ínterim, o Sistema Penal contribui para reproduzir e legitimar um controle sexista, além de racista e classista, no qual o simbolismo de gênero opera na sua estrutura conceitual, a começar pela linguagem³⁰.

Andrade³¹, nos ensina que existe uma expressão muito “cara” na nossa cultura que se chama machismo. Na bipolaridade de gênero, explica que o estereótipo do homem ativo e público é construído pelo direito penal

²⁹ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 213.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 140.

³¹ *Ibidem*, p. 142.

como o “criminoso”, e a mulher, fechada no seu espaço privado e recato, corresponde à “vítima”. Assim, dá-se “aos homens poderosos, mais improdutivos, o ônus da periculosidade e da criminalização; às mulheres fragilizadas (...) o bônus (?) da vitimação”³², mas não “qualquer” mulher, apenas as que não são subversivas.

Importante ressaltar que, como não havia igualdade entre mulheres e homens, a maioria dos crimes praticados contra as mulheres não chegava ao conhecimento das autoridades, e quando chegava não resultava em solução, gerando a “cifra oculta” do crime³³. Consequentemente, aparentava que não existia violência contra a mulher, o que só começou a ser alterado após a vigência da Constituição Federal do Brasil de 1988, onde houve a tentativa formal de se equiparar os direitos das mulheres ao dos homens, passando referida violência a ser tratada de forma diferente pelo sistema jurídico brasileiro³⁴.

Com a intenção de reformar o judiciário, no que tange a morosidade e a sobrecarga, em 1995, foi promulgada a Lei 9.099 que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, orientados pela oralidade, economia processual e informalidade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação e a transação penal. O modelo considerado como “Justiça penal consensual”, introduziu medidas despenalizadoras e demonstrou ampla preocupação com a vítima, algo nunca visto antes na legislação penal brasileira³⁵.

Aos Juizados Especiais Criminais competia julgar as infrações penais definidas pela Lei como de menor potencial ofensivo e, de acordo com o modelo de justiça consensual, a solução dada era sempre voltada para a conciliação, transação penal ou suspensão condicional do processo. Assim, os delitos praticados contra as mulheres no contexto de violência doméstica – ameaças, crimes contra a honra e lesões corporais leves –, passaram a ser considerados crimes de menor potencial ofensivo e, portanto, julgado nos Juizados Especiais Criminais. Porém, o alarmante foi que os crimes praticados contra as mulheres corresponderam cerca de 70% dos proces-

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 143.

³³ SUTHERLAND, 1985 apud MEDEIROS E MELLO, 2015, p. 213.

³⁴ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 214

³⁵ MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 74.

soz julgados nesses juizados³⁶, tornando-se, então, os Juizados Especiais, intermediários dos indicadores oficiais que evidenciaram os inúmeros casos de violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher, estes que eram desconhecidos, ou talvez ignorados, na sociedade brasileira³⁷.

Mas ao mesmo tempo em que eram vistos como benéficos às lutas das mulheres, por terem visibilizado o problema social da violência, os juizados ampliaram a esfera de controle social do Estado e pouco contribuíram para minimizar as violências domésticas sofridas³⁸. Wunderlich³⁹ aponta alguns fundamentos para explicar o fracasso da Lei nº 9.099, que aqui se faz importante frisar: impossibilidade de atendimento individualizado de cada caso, devido ao amplo número de conflitos e burocratização judicial; o despreparo dos juizes para atuarem como conciliadores, diante da falta de capacitação; a ausência da vítima nas audiências; a ausência de assistência estatal após o conflito, entre outros.

Ao classificar os casos de violência doméstica como delitos de menor potencial ofensivo, entendeu-se que a Lei estava retirando de tais situações a gravidade tão marcante entre elas⁴⁰. Assim, conduziu-se à discursos de confrontação aos juizados, com argumentos de que se estaria banalizando a violência sofrida pelas mulheres, caminhando-se para o retorno do direito penal e do processo penal tradicional no que tange à administração desses conflitos⁴¹, surgindo a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

A referida Lei, com amplo caráter protecionista e assistencialista, trouxe como inovação a responsabilidade do Estado de se utilizar de medidas integradas de prevenção à violência doméstica contra as mulheres. Ainda, facilitou o acesso à Justiça, possibilitou a utilização de medidas protetivas de urgência, além de ter previsto a criação de grupos multidisciplinares de apoio às vítimas e unidades de atendimento aos agressores. No

³⁶ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 14, nº 2, p. 409-422, mai./ago., 2006, p. 419.

³⁷ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 214.

³⁸ CAMPOS e CARVALHO, op. cit., p. 413.

³⁹ WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei 9.099. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35-48.

⁴⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Estudos Feministas*, v. 11, nº 1, 2003, p. 162.

⁴¹ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

entanto, por ter recebido o nome de uma mulher específica, fez com que todas as violências domésticas praticadas contra as mulheres fossem sempre associadas à violência sofrida por Maria da Penha, mais uma vez, assim como a Lei 9.099/95, não sendo possível tratar as diferenças, singularidades e particularidades de cada caso⁴².

Apesar da importância da Lei 11.340 e das diversas medidas de natureza extrapenal nela previstas, não há como deixar de lado o fato de que houve um retorno ao uso do direito penal para o enfrentamento das violências domésticas contra as mulheres, reafirmando o mito de que o sistema de justiça criminal é capaz de responder, além dos simbolismos, aos conflitos sociais⁴³. E, talvez, o que temos de mais grave, em relação à referida Lei, seria a decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, em 9 de fevereiro de 2012, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei Maria da Penha, determinando que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher serão processados mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, a autonomia da mulher foi retirada nos seus próprios processos.

Ao longo dos anos, com as propostas de solução para os conflitos domésticos, percebe-se que não houve uma mudança estrutural, justamente pela forma como as mulheres são tratadas. O Sistema Penal confere à mulher o mesmo tratamento que a sociedade lhe confere: passiva, vítima, incapacitada de decidir sobre a própria vida, necessitada de tutela especial, coitada, não sujeito, de forma que, quando a mulher recorre ao Sistema Penal, acaba sendo duplamente vitimada, mantida em “seu lugar passivo”.

Quando ocorre a apropriação do conflito pela instância pública, o sistema acaba por neutralizar a vítima, de modo que elas não podem mais decidir a respeito da via adequada para resolver a situação. A Lei, então, impõe às mulheres um regresso à época em que eram ignoradas e não tinham voz no espaço público⁴⁵. Talvez seja hora de superar os obstáculos, dando novos papéis às mulheres, de forma a compreender que todos somos responsáveis pela mecânica da violência e pela sua superação; que os

⁴² MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, 215-216.

⁴³ ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

⁴⁴ Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>.

⁴⁵ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 222.

homens e as mulheres são sujeitos nas relações de violência⁴⁶; que um conflito não poderá receber uma resposta única e nem ser considerado de forma objetiva⁴⁷, e isso significa dizer que é momento de problematizar a violência contra as mulheres e suas formas de resolução.

3 PENSANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Dentro da proposta de superar os obstáculos do controle patriarcal, objetivando retirar a mulher do papel unicamente disposto como “vítima”, apresenta-se a Justiça Restaurativa. Tendo em vista que tanto a Lei nº 9.099/95, quanto a Lei nº 11.340/2006, foram ineficazes para combater estruturalmente as violências domésticas, especialmente porque suprimiram a visão das mulheres sobre os conflitos e não trataram os casos como problemas sociais que são: singulares e únicos.

Primeiramente, cumpre-se falar que não há um consenso acerca da definição da Justiça Restaurativa, sendo um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver na prática. No entanto, há um relativo consenso a partir do conceito de Tony Marshall: “justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”⁴⁸. Importante frisar que para que as práticas restaurativas sejam efetivas no contexto em que são inseridas, é essencial que se extinga das relações sociais o hábito de punir, pois, como já mencionado, não é sobre violação da norma, mas é sobre a relevância da abertura de espaços públicos que sejam capazes de suprir déficits de comunicação que são alimentados diariamente pela linguagem⁴⁹.

Os valores restaurativos são divididos em: a) *não dominação* – as práticas restaurativas devem ser estruturadas para minimizar as desigualdades de poder; b) *empoderamento* – as partes devem atuar de forma livre e não devem ser impedidas de expressar o que realmente desejam, e a maneira pela qual acreditam que os danos podem ser reparados; c) *respeito*

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 157.

⁴⁷ ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

⁴⁸ MARSHALL, 1996 apud ACHUTTI, 2014, p. 63.

⁴⁹ COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 62.

aos limites – as decisões das partes não podem causar degradação ou humilhação, ou ultrapassar os limites legais estabelecidos como sanção; d) *escuta respeitosa* – as partes devem escutar respeitosamente as falas dos outros, de forma a não exercer nenhuma espécie de dominação; e) *igualdade de preocupação pelos participantes* – o acordo deve ser fruto de um procedimento igualitário, sendo considerados todos os pontos apresentados pelas partes; f) *responsabilidade e possibilidade de recorrer ao sistema de justiça tradicional* – direito das partes de submeter o acordo restaurativo à análise de um Tribunal, ou de optar por um julgamento no sistema tradicional de justiça em vez da justiça restaurativa; g) *respeito aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder*⁵⁰.

Ainda, expõe Achutti⁵¹ que os possíveis objetivos da Justiça Restaurativa são a reparação dos danos materiais, a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção de novos delitos, entre outros. E, as práticas mais conhecidas atualmente são: Apoio à Vítima, Mediação Vítima-Ofensor, Conferência Restaurativa, Círculos de Sentença e Cura, Comitês de Paz, Conselhos de Cidadania e Serviço Comunitário, podendo ser aplicadas nas fases de *pré-acusação* (encaminhado pela polícia ou pelo Ministério Público), *pós-acusação* (antes do oferecimento de denúncia, a ser encaminhada pelo Ministério Público), *judicial* (a qualquer momento, com encaminhamento pelo juiz) e *pós-judicial* (quando da execução da pena privativa de liberdade, como complemento ou como alternativa à prisão).

A Justiça Restaurativa está na pretensão de atribuir aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os recursos suficientes para enfrentar o conflito. E, no que se refere às situações de violência doméstica, não é mais possível pretender saber melhor do que a mulher o que é bom para ela, portanto, se faz necessário despertar a competência particular, adormecida pelo paternalismo das instituições⁵².

Tal modelo de justiça torna-se uma alternativa pacificadora para que se resolvam os conflitos, podendo ser empregada em inúmeras situações, como na resolução dos conflitos domésticos. A proposta não é o restabelecimento do vínculo conjugal, mas a busca por alternativas que podem ser altamente eficientes, de acordo com a particularidade de cada caso. Sen-

⁵⁰ BRAITHWAIT, 2002 apud ACHUTTI, 2014, p. 68-69.

⁵¹ ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69-82.

⁵² ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

do, através do diálogo, uma possibilidade de restaurar as marcas deixadas pela violência⁵³, sem desconsiderar que as partes eram pessoas próximas, que compartilhavam afetividades. Contudo, a temática está inserida em um contexto de ampla divergência, merecendo atenção especial, não só no que tange os argumentos jurídicos, mas, principalmente, no que se refere aos interesses das mulheres vítimas.

3.1 PRINCIPAIS INCERTEZAS

Quando mais houver desconhecimento acerca da justiça restaurativa, maiores serão as críticas e os medos em relação à sua aplicação. No entanto, não se pode ignorar a preocupação com os inconvenientes que podem surgir, devendo-se levar em conta qualquer ponto que limite a garantia da segurança e a erradicação da violência contra a mulher⁵⁴.

De fato ainda há certo receio acerca da mediação, pois entende-se que haveria a possibilidade da ocorrência de novas agressões, podendo a técnica não ser suficientemente intimidatória ou corretiva, gerando o risco de aproximação entre as partes - vítima e agressor⁵⁵. Outro argumento desfavorável é que a mulher ocupa posição de vulnerabilidade no marco das negociações, assim pode ocorrer uma vitimização secundária, em face do convívio com seu (ex)cônjuge, podendo, inclusive, traumatizar a vítima⁵⁶. Autores e autoras entendem que a mediação deve ser evitada nos casos de violência doméstica, quando da presença de episódios violentos que comprometeram o equilíbrio de poder entre vítima e agressor, pois já interferiram na capacidade de uma das partes representar seus interesses⁵⁷.

Grandes grupos feministas se opõem à aplicação da justiça restaurativa no que tange os conflitos domésticos, por consideraram a possibilidade de redução da gravidade dos fatos. Argumenta-se que reconhecer os métodos alternativos de mediação significa dizer que a violência é negociá-

⁵³ COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 63.

⁵⁴ LARRAURI, Elena. Mujeres y sistema penal. Buenos Aires: IBdef, 2008, p. 226.

⁵⁵ VALVERDE, Patricia Esquinas. Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: una oportunidad o un desatino? Universidade de Granada: Valência, 2008, p. 59.

⁵⁶ GIONGO, Renata Cristina Pontalti. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal. In: In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 182.

⁵⁷ SOARES, 1999 apud GIONGO, 2011, p. 185.

vel, no entanto, o ato violento não poderia ser tolerado pela vítima, tampouco pela sociedade⁵⁸. Larrauri⁵⁹ destaca que, na maioria dos acordos, a reparação da vítima se dá mediante pedido de desculpas, reparação econômica ou simbólica, o que contribui para que a justiça restaurativa seja enxergada como branda, ou seja, menos punitiva.

Entende-se que em um simples encontro não é possível interromper ciclos de agressão e violências, tampouco modificar o comportamento do agressor⁶⁰. No entanto, a mediação proposta por essa justiça alternativa é apenas uma forma de introduzir um processo de transformação que apenas se dará em longo prazo. A justiça restaurativa que aqui se propõe é uma etapa inicial de transmutação das relações violentas, considerando os reais desejos e necessidades da vítima, priorizando seu empoderamento enquanto mulher, sua proteção e fortalecimento de sua participação em espaços públicos de poder.

3.2 MULHER COMO SUJEITO

Não são poucas as mulheres que apresentam dificuldade em denunciar seu agressor, sendo essa dificuldade marcada pelo fato de que estas, em regra, são seus companheiros, por quem elas ainda nutrem sentimento, porque são pais dos seus filhos e/ou porque, em grande maioria, são os que sustentam financeiramente o lar. Imediatamente, a legislação penal vigente acaba dificultando o sucesso do processo de solução dos conflitos domésticos que envolvem violências contra a mulher, posto que não considera essas particularidades marcantes das relações conjugais. Contexto para problematizar se o direito penal consegue realmente solucionar os problemas que se propõe - erradicando a violência contra as mulheres, vítimas de violência doméstica, conjugal e familiar -, tendo em vista que, em grande parte, elas não desejam a persecução penal de seus agressores, apenas buscam um meio de cessar as violências sofridas⁶¹.

Os conflitos domésticos já geram consequências devastadoras às mulheres vítimas de violência, resultados que são negativos não só para elas, mas para todo o núcleo familiar, sendo que não é cabível uma (re)viti-

⁵⁸ GIONGO, *ibidem*, 187.

⁵⁹ LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires: IBdef, 2008, p. 226.

⁶⁰ GIONGO, *ibidem*, 188.

⁶¹ MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 232.

mização feminina dentro dos procedimentos penais. Até porque a violência, acima de tudo, é um problema social bem demarcado pelo patriarcado e pelo machismo, devendo o rompimento desse ciclo se dar mediante processos emancipatórios, a fim de se resgatar a paz dos envolvidos e trazer, precisamente, a mulher para o espaço público de disputa de poder.

Responsavelmente, urge analisar os pontos favoráveis à aplicação da justiça restaurativa aos casos de violência doméstica, familiar e conjugal, contra a mulher, pensando em possibilidades de ser atendido o interesse da vítima dentro desse sistema de mediação e conciliação, considerado emancipador. Costa, Aquino e Porto⁶² destacam a necessidade de se recorrer a mecanismos modernos capazes de efetivarem os direitos fundamentais das vítimas, tornando-as sujeitos dos processos de resolução de conflitos. Ainda, consideram que os espaços são constituídos por pessoas que possuem relações interativas, ricas em significados e significantes, motivo pelo qual o diálogo se torna essencial, e a justiça restaurativa se torna uma importante alternativa.

Nesse contexto, a abordagem restaurativa prioriza a pacificação dos conflitos por meio da cultura dialogal, onde se constata que a voz da mulher vítima foi silenciada pela dor, e seus direitos foram retirados ou violados por ato violento, razão pela qual tal justiça toma para si o desafio de articular estratégias de diálogo, visando o restabelecimento da mulher como ser ativo, com voz e percepções⁶³. A aplicação da mediação penal aos casos de violência doméstica pode ser extremamente útil aos delitos de natureza relacional, pois demonstra capacidade de reivindicar ou recuperar socialmente a mulher vítima, ao permitir que ela se expresse livremente dentro do campo do diálogo⁶⁴.

Giongo⁶⁵ salienta que a aplicação deste procedimento aos casos de violência doméstica apresenta maiores probabilidades de obter-se resulta-

⁶² COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 60-64.

⁶³ COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 62.

⁶⁴ GIONGO, R.C.P. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 98.

⁶⁵ Idem.

dos justos. A reflexão baseada na empatia, resultando em respostas mais flexíveis, possíveis e construtivas, considera aspectos que a aplicação das regras jurídicas, através do juízo tradicional, não releva. Não raramente, a vítima, mesmo após a representação, continua mantendo convívio com o agressor, por inúmeros motivos que vão desde ao afeto mantido, à guarda compartilhada dos filhos, assim, o sistema não pode simplesmente impor sua lógica sobre os conflitos relacionais. Necessita-se atenção às necessidades reais dos envolvidos, garantindo o encaminhamento a resoluções pacificadoras que permitam a segurança e a autonomia da mulher.

Profissionais que trabalham com mediação nos casos de violência doméstica se manifestam no sentido de que as dinâmicas emocionais, propostas durante os encontros, podem auxiliar o agressor no que diz respeito ao reconhecimento de sua responsabilidade. Valverde⁶⁶ evidencia que as pessoas mais próximas do agressor, quando desaprovam a conduta praticada, são capazes de possibilitar a consciência do dano causado. De forma que, quando o infrator escuta a exposição da vítima, bem como o da comunidade que o cerca, há a possibilidade de maior comoção, onde se reinterpreta o ocorrido, a fim de iniciar o processo de tomada de consciência do sofrimento que causou ilegalmente, considerando que a justiça restaurativa se constitui em um processo, e não em um único encontro⁶⁷.

Pesquisas americanas, canadenses e europeias demonstraram que tanto as mulheres vítimas quando os agressores, que viveram as experiências dos processos de mediação, mostraram-se mais satisfeitos com a justiça restaurativa do que com o sistema penal tradicional, verificando-se que as mulheres que abertamente dialogaram com os ofensores temeram menos a revitimização e o recebimento da reparação⁶⁸. Levando em conta, ainda, as mais variadas vantagens, tais como:

(...) o menor custo econômico, comparado aos gastos do funcionamento de uma prisão; a constatação de resultados positivos com respeito à vítima, ao delinquente e à comunidade, relacionados à maior flexibilidade do processo e de intervenção das partes, destacando estudos de campo o alto nível de satisfação por parte das vítimas e do autor do delito com a mediação, e em geral, com a administração pú-

⁶⁶ VALVERDE, Patricia Esquinas. Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: una oportunidad o um desatino? Universidade de Granada: Valência, 2008, p. 29.

⁶⁷ LARRAURI, Elena. Mujeres y sistema penal. Buenos Aires: IBdef, 2008, 235.

⁶⁸ SCHIFF, 2006 apud PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, (Monografias, 52), p. 80.

blica; a possibilidade de tratamento igualitário do autor, sendo ouvido pela vítima⁶⁹.

O modelo de restauração da justiça possibilita a reinserção da cidadania e da dignidade humana, calada pelo ciclo da violência, pelas desigualdades de gênero e pela dominação masculina. Ver tal alternativa como possibilidade é permitir alterações essenciais no comportamento social, transformando-se a prática da justiça e trazendo mudanças estruturais para as relações interpessoais⁷⁰. Contudo, para minimizar as chances de uma implementação malsucedida, a estruturação da justiça restaurativa deve se dar a partir das seguintes características, segundo Achutti⁷¹: a) *regulamentação legal do sistema*; b) *autonomia dos núcleos ou serviços de justiça restaurativa* – instituídos sob uma nova linguagem; c) *percepção da singularidade de cada caso*; d) *participação ativa das partes* – tanto na decisão sobre o encaminhamento dos casos quanto na resolução dos conflitos, na condição de principais interessados; e) *refutação de estereótipos* – evitando os efeitos da revitimização e da estigmatização; f) *presença obrigatória de profissionais metajurídicos* na condução dos procedimentos, a fim de agregar benefícios interdisciplinares; g) *atenção à busca da satisfação das necessidades das partes*; h) *necessária ligação com a justiça criminal tradicional*, para que possa ser capaz de provocar a redução do uso deste sistema e não ser relegada a mero apêndice do controle penal.

A mediação deve ser um processo de fortalecimento, dissolvendo o desequilíbrio social. A mulher vítima deve ser colocada em papel capaz de exercer sua força pessoal, e atitudes internas e externas, para lidar com o outro e defender seus interesses, sendo imprescindível que sua participação seja voluntária⁷². É importante, portanto, que se reconheça novas estratégias para o enfrentamento da violência doméstica, conjugal e familiar praticada contra a mulher, rompendo com velhos paradigmas e abrindo espaço para novas justiças que sejam verdadeiras aliadas das mulheres vítimas, de forma a ultrapassar as barreiras da seletividade, do controle patriarcal e paternalista das instituições. Permitir-se viver novas experiências

⁶⁹ CARRASCO ADRIANO, 1999 apud GIONGO, 2009, p. 104.

⁷⁰ COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Relações de gênero e sistema penal. Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 64.

⁷¹ ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

⁷² GIONGO, R.C.P. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 112.

jurídicas pode configurar o caminho para micro e macrotransformações, com mudanças estruturais nas relações de gênero, onde não mais se legitimem – como nos ensina Vera Regina Pereira de Andrade – “desigualdades inferiorizadoras” nem “igualdades descaracterizadoras”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle feminino no patriarcado legitimou inúmeras violências contra as mulheres, estas que se perpetuam até os dias atuais, em inúmeros desdobramentos. Tais violências não atingem apenas a dignidade da mulher, mas representam afronta aos direitos historicamente conquistados, mediante muita luta protagonizada por mulheres que desejavam romper com todos os tipos de opressão que caracterizam os papéis socialmente impostos. Apesar das conquistas atingidas até aqui, muito ainda tem-se que caminhar em relação ao combate à violência em todas as suas formas, sendo no presente trabalho analisadas aquelas cometidas dentro dos lares, no interior das vidas privadas.

De fato as violências domésticas, conjugais e familiares, devem ser combatidas, e seria irresponsabilidade não reconhecer o grande avanço no que se refere à inserção da temática no ordenamento jurídico– como as experiências da Lei nº 9.099/95 e da Lei nº 11.340/2006, onde se tornou visível os atos violentos cometidos contra as mulheres em âmbito doméstico, e garantiu determinados mecanismos de prevenção e combate às violências sofridas. No entanto, também não é sensato fechar os olhos para o controle realizado pelo sistema de justiça criminal, de forma que a revitimização feminina não pode ser endossada, devendo ser reconhecido o patriarcado como matriz histórica do sistema penal.

Ainda é notório que as mulheres que sofrem violências domésticas são tidas unicamente como vítimas, incapazes de decidir sobre o próprio conflito e necessitadas de tutela especial. Foi tirada a autonomia das mulheres quando o sistema penal tomou para si o conflito, reforçando as práticas sociais de silenciamento feminino, e desconsiderando que as vítimas são sujeitos, com uma história, com desejos, com direito de fala e expressões. A justiça restaurativa surge, então, como um meio de resolução de conflito que leva em consideração as partes, se colocando como processo de empoderamento e de não dominação.

É importante a abertura para novas experiências jurídicas que po-

dem ser capazes de romper com o ciclo da violência, e garantir alterações estruturais nas relações de gênero, produzindo mudanças fundamentais que colaborem para a cultura dialogal. Ao apresentar a justiça restaurativa como alternativa para resolução de conflitos que envolvam a violência doméstica contra a mulher, propõe-se, também, o enfrentamento aos desafios que buscarão minimizar as estratégias baseadas em diálogos, levando em consideração as incertezas da aplicação da referida justiça, mas avaliando com responsabilidade as possibilidades capazes de trazer a mulher para os lugares públicos de disputa de poder.

A presente análise busca, então, contribuir para a configuração de um novo paradigma, alternativo e descriminalizante, que acima de tudo busca retirar as mulheres do papel único de vítima – a fim de evitar a revitimização pelas práticas do sistema penal –, concedendo à elas voz, recolocando em papéis de sujeitos. Construir sociedades mais justas, solidárias, livre do patriarcado e do paternalismo das instituições, condiz em romper com antigas estruturas e se permitir viver novas experiências jurídicas, com amplo esforço para não serem malsucedidas e sem medo de se reinventar. A ideia da mediação e da restauração ultrapassa o campo dos desejos punitivo, e chega às possibilidades de permitir que as mulheres se enxerguem como sujeitos da própria história, da própria vida, garantindo o processo de emancipação e a real mudança dos agressores. Contra todo o tipo de violência, por igualdade nos espaços públicos de poder e por ampliação de possibilidades: esse deve ser o nosso lado.

5 REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico**. Estudos Feministas, v. 11, nº 1, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. **Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais**: análise a partir do feminismo e do garantismo. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 14, nº 2, p. 409-422, mai./ago., 2006.

CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.

CONVENÇÃO Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – **“Convenção de Belém do Pará”**. 06 Junho 1994. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acesso em 16 mai. 2017.

COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Tereziha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mu-

lher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Relações de gênero e sistema penal.** Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** São Paulo: Global, 1984.

GIONGO, R.C.P. **Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal:** aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal. In: In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Relações de gênero e sistema penal.** Violências e conflitualidade nos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal.** Buenos Aires: IBdef, 2008.

MEDEIROS, Carolina S.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Entre a “renúncia” e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. In: MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha:** uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista:** novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha:** uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa:** da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, (Monografias, 52).

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência.** 2ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

VALVERDE, Patrícia Esquinas. **Mediación entre víctima y agresor em la violencia de género:** una oportunidad o um desatino? Universidade de Granada: Valência, 2008.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Flacso Brasil. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. **O papel da vítima no processo penal**. Impressões sobre o fracasso da Lei 9.099. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO POR PERDA DE TEMPO: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DO RIO GRANDE DO SUL E DO RIO DE JANEIRO

Camila Becker dos Santos¹

RESUMO: Considerando o desenvolvimento da sociedade e a necessidade constante de readaptação do direito a ela, inovações jurídicas surgem a fim de amparar situações de fato que até então não eram protegidas. O instituto da responsabilidade civil, em especial dos danos extrapatrimoniais, é um campo que está em constante mutação ao nos possibilitar a defesa de teses jurídicas até então não exploradas, ou pouco exploradas. É caso dos danos por perda de tempo nas relações consumeristas, estudo ao qual se dedica o presente artigo. Trata-se de pesquisa qualitativa através dos métodos técnicos bibliográfico e de precedentes judiciais.

PALAVRAS CHAVE: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Dano. Perda de tempo. Relações de consumo.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tutela jurídica do tempo. 2.1 Dano temporal. 3 Dano por perda de tempo nas relações de consumo. 3.1 Direito do consumidor e dano por perda de tempo na jurisprudência do TJ/RS e TJ/RJ. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como decorrência de uma sociedade massificada, com produção e consumo de bens em larga escala, surge ao consumidor o desafio de lidar com a má prestação de produtos e serviços ofertados pelos fornecedores no mercado de consumo, especificamente quanto ao dispêndio de tempo para solucionar problemas advindos dessa relação jurídica.

Consumidores desperdiçam, de forma corriqueira, parcela de seu tempo para resolverem problemas atinentes às falhas nas prestações de produtos e serviços as quais foram originadas exclusivamente por seus fornecedores.

1 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Uniritter Laureat International Universities*. Pós graduanda *Lato Sensu* em Direito Civil com Ênfase em Contratos e Responsabilidade Civil pela *Uniritter Laureat International Universities*. Membro da CEJA da OAB/Esteio. Advogada.

Trata-se de tema de grande relevância na contemporaneidade com reflexos diretos na esfera jurídica, especificamente na seara do direito do consumidor, pelo que se faz necessário o estudo do tema para analisar a viabilidade de se considerar a figura do “tempo” como um bem jurídico tutelável e a viabilidade de reparação na esfera do direito do consumidor.

2 TUTELA JURÍDICA DO TEMPO

Muito mais que mera unidade de medida, o tempo é a tradução do próprio viver, pois é através dele que a vida é expressada, ou seja, a própria existência das pessoas. Embora não seja tutelado de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o tempo possui papel de destaque.

O tempo cria, modifica e extingue relações jurídicas, seja através de convenção entre as partes, seja através de previsão legal, a exemplo dos prazos de direito processual e de direito material, de modo a se tornarem essenciais para que haja segurança jurídica e efetivação de direitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o tempo aparece como elemento basilar para exteriorização dos institutos da prescrição e da decadência, previstos, por exemplo, nos artigos 205, 206 e 207 do Código Civil de 2002, e nos artigos 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor. Temos o tempo como regulador para a propositura de ações, apresentações de defesas, interposições de recursos, consolidação do trânsito em julgado e interposição de manifestações processuais em geral.

De uma análise da figura do tempo no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) se percebe que ele, embora não esteja expresso, aparece de modo implícito como um direito fundamental dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país que são a razoável duração do processo e a celeridade processual, conforme expresso no art. 5º, inciso LXXVIII, do referido diploma legal. Ou seja, nesse dispositivo, o constituinte reconheceu a essencialidade da figura do “tempo” para delimitação de período temporal para efetivação de direitos.

Como decorrência desse direito fundamental, há reiteradas decisões na jurisprudência brasileira condenando as partes em processos judiciais às penas legais da litigância de má-fé, em razão da interposição de recursos protelatórios, com clara intenção de retardar o julgamento final do processo, ocasionando morosidade no provimento jurisdicional².

² A exemplo de decisão nesse sentido, o REsp 1.376.010/SC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 15/06/2015.

No viés consumerista, o Decreto nº 6.523/2008 que regulamenta o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), por exemplo, demonstra a preocupação que os legisladores tiveram com a figura do “tempo” nessa seara ao preverem, no art. 4º, parágrafo quarto, que o tempo máximo de contato entre atendente e consumidor será regulado em lei específica³.

Com base nos exemplos acima trabalhados, podemos concluir que o tempo possui papel de destaque no ordenamento jurídico, sendo reconhecido como uma figura balizadora para fiscalização de garantias materiais e processuais no âmbito judicial, de modo a se tornar figura extremamente importante na esfera jurídica, passível, portanto, de tutela.

Embora o tempo não esteja tutelado de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, há que se ter em mente que o direito está em constante modificação para acompanhar o desenvolvimento social. Esse desenvolvimento acaba gerando novos direitos que, aos poucos, vêm sendo reconhecidos pela jurisprudência até eventual regulamentação. Como exemplo de novos direitos temos as teorias do dano moral punitivo⁴, abandono sócio afetivo⁵, perda de uma chance⁶, etc., que nada mais são do que construções doutrinárias que visam dar amparo jurídico a determinada situação de fato que anteriormente não era reconhecida como tal.

Isso porque, em que pese determinados interesses sejam previstos em legislação, eventual inexistência de previsão legal não impede que ocorra o reconhecimento de determinado assunto em razão de sua relevância social, transformando-a em interesse jurídico passível de tutela, porque é papel do julgador, no caso concreto, realizar uma análise teleológica de todo o sistema jurídico e verificar se ocorreu, ou não, infringência a ele.

Considerar o tempo como um bem jurídico tutelável é reconhecer a possibilidade desse bem ser lesionado e, conseqüentemente, de pleitear sua compensação. Essa compensação se perfectibiliza através do instituto da responsabilidade civil, especificamente por meio da figura do dano ao tempo, podendo também ser definido como dano temporal.

³ Art. 4º, § 4º, do Decreto 6523/08: Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada.

⁴ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acessado em: 05/05/2017.

⁵ CARDIN, Valéria Galdino. *Dano moral no direito de família*. 1ª ed. Livro Digital São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

2.1 DANO TEMPORAL

Para compreender o dano temporal é necessário analisar quem são seus titulares e, portanto, quem pode sofrer esse dano, bem como a forma que ele é exteriorizado no mundo da vida, tendo, em muitos casos, reflexos diretos na esfera jurídica.

Sendo o tempo o bem da vida responsável por proporcionar o próprio viver de cada pessoa, logo é a própria pessoa o titular do seu tempo, cabendo a ela, e tão somente a ela, definir a forma que irá dispor dele, sob pena de, assim não ocorrendo, ocasionar lesão ao tempo em razão de apropriação indevida por parte de terceiro. Ainda que pareça um tanto filosófico, de fato o tempo é essencial nos dias atuais, em uma sociedade massificada e tecnológica, e sua lesão merece proteção do sistema jurídico.

A figura do “tempo” deve ser vista não só como o transcurso de determinada unidade de medida de tempo, contada em segundos, minutos, horas, dias, semanas, meses e anos, mas como o decurso natural da própria vida, em que se destina parcela de tempo da vida à realização de determinado objetivo que é afeito. Ou seja, o tempo gasto com determinada realização de tarefa é, em outras palavras, o transcurso de parte do tempo da própria existência da pessoa.

Se a perda de tempo causa inconformismo em seus titulares quando decorre exclusivamente de seus atos, esse sentimento é agravado quando a perda do tempo decorre exclusivamente de terceiro que, por assim dizer, furta o tempo do seu titular sem que haja qualquer permissão desse para tanto, gerando um problema: o tempo perdido não pode ser restabelecido.

Em razão da impossibilidade de restabelecimento do tempo perdido por ato exclusivo de terceiro e em razão da lesão causada a esse bem implicitamente tutelado pelo ordenamento jurídico, é que surge a possibilidade de pleitear compensação do dano gerado através do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é instituto jurídico criado pelo legislador cuja função é reparar as consequências negativas de um ato, fato ou negócio danoso gerado por uma atividade, seja de pessoa física ou jurídica, que venha a causar dano a alguém ou alguma coisa, salvo se estiver amparado por alguma excludente do dever de indenizar⁷.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 01.

Não se falaria em responsabilidade civil e, conseqüentemente, em ressarcimento e compensação, ou, se preferir, indenização em sentido *lato sensu*, se não existisse a figura do dano, pois pode haver responsabilidade que não haja culpa, mas não pode haver responsabilidade sem que haja dano. Isso porque o dano é pressuposto do dever de indenizar e sem que haja uma concreta lesividade ao patrimônio econômico ou moral, não há falar em incidência do instituto da responsabilidade civil, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito⁸.

No caso do dano temporal, a lesividade está atrelada ao ato de terceiro que furtou o tempo de seu titular sem que houvesse qualquer consentimento do sujeito lesado, ocorrendo de forma arbitrária a supressão do tempo e ocasionando a perda de tempo útil. Essa perda de tempo é verificada de forma clara quando analisada na esfera consumerista, pelo que necessário seu estudo.

3 DANO POR PERDA DE TEMPO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Quando se trata de direito do consumidor, a responsabilidade civil foge da regra geral prevista no art. 927 do Código Civil, que impõe a necessidade de comprovação dos requisitos da conduta, dano, nexos causal e culpa/dolo, e passa a aplicar a responsabilidade civil sob a ótica objetiva.

A responsabilidade civil objetiva é aquela que prescinde da prova da culpa e do dolo para que haja o dever de indenizar por parte do agente causador do dano. Ou seja, para que haja sua configuração é necessário que apenas exista uma relação de causalidade entre a ação e o dano, mormente pela desnecessidade de comprovação de culpa ou dolo⁹.

Nessa espécie de responsabilidade civil, “é irrelevante o nexos psicológico entre o fato ou a atividade e a vontade de quem pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta,¹⁰” uma vez que baseada na teoria do risco¹¹.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

¹¹ A teoria do risco foi desenvolvida, principalmente na França, com o avanço da revolução industrial, quando frequentes eram os problemas que pairavam sobre a reparação do dano em acidentes de trabalho. Sob essa perspectiva, a teoria do risco tem o propósito de que todo prejuízo seja atribuído ao seu autor, independentemente de ter havido no ato a existência de culpa ou dolo, já que dispensável juízo de valores sobre a conduta do causador do dano. Isso porque toda pessoa que exerce atividade perigosa deve assumir os riscos dela decorrentes, arcando com a reparação do dano. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-181.

À luz do direito do consumidor, essa teoria é baseada no risco do empreendimento, em que aquele que exerce atividade no mercado de consumo está obrigado a responder pela segurança e qualidade de todos os produtos e serviços que colocou à disposição dos consumidores, respondendo por qualquer infringência, e em se tratando de fato do serviço a responsabilização está prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor¹².

Falar de dano temporal nas relações consumeristas é falar de danos causados exclusivamente por falhas de fornecedores de produtos e/ou serviços durante a prestação dos mesmos, de modo que a solução não foi prestada de forma adequada por utilizar tempo demasiado de vida do consumidor. Explicamos.

O Código de Defesa do Consumidor prevê no art. 4^a, inciso I, alínea “d”, e inciso V, que todos os serviços posto no mercado de consumo devem ser prestados com qualidade, sob pena de o fornecedor responder pelos danos que essa falha venha a causar no consumidor, seja de ordem material, seja de ordem imaterial.

O dano temporal, ou perda do tempo útil, está localizado dentro dos danos imateriais e muitas vezes é qualificado no dia a dia da doutrina e da jurisprudência como um mero dissabor, ou aborrecimento, que o consumidor sofreu em razão da má prestação de serviço por parte do fornecedor, razão pela qual não dá ensejo à incidência da responsabilização civil e, conseqüentemente, de compensação por dano moral.

Longe de querer transformar a responsabilidade civil em uma indústria do dano moral, o que se busca é a compensação de danos concretos. Alias, “não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos”¹³.

Trabalhando acerca dessa matéria, existe o posicionamento do advogado Marcos Dessaune, que elaborou tese de doutorado intitulada de “Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada”. Na sua concepção, o desvio produtivo nada mais é do que o desperdício do tempo que o consumidor se vê obrigado a realizar para resolver problema atinente à má prestação de serviços gerados exclusiva-

12 CAVALIERI FILHO, Filho, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 309.

13 CAVALIERI FILHO, Filho, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 308.

mente pelo fornecedor, ocasionando não só a perda de tempo como também a liberdade do consumidor, afetando diretamente seus momentos de dedicação à família, amigos, estudos, trabalho, lazer e descanso¹⁴.

Logo, conclui-se que a perda de tempo útil não só significa a perda sob um viés econômico, em que o consumidor deixa de auferir eventual renda durante o tempo que desperdiçou para resolver falha promovida exclusivamente pelo fornecedor, como também significa a perda do próprio tempo de vida, que é extremamente importante nesta atual sociedade massificada, com produção e consumo de bens em larga escala, em que ter tempo é sinônimo de vida digna com reflexos diretos para a promoção de relações familiares, profissionais e financeiras¹⁵.

O fator determinante para verificar se o consumidor fará *jus* à compensação por dano moral decorrente da perda de tempo útil, e consequentemente ultrapassando a esfera do mero aborrecimento, é o agir do fornecedor quando da resolução de eventual problema ocasionado por produto ou serviço que colocou no mercado de consumo. Se a atuação ocorreu de forma ágil, prestando devidamente a atenção necessária à solução do problema, não se estará diante de um dano moral indenizável. Agora, se o fornecedor foi ocioso na solução do problema, estaremos diante de clara incidência da responsabilidade civil por dano temporal¹⁶.

Para melhor compreensão do dano temporal por perda do tempo útil, essencial a realização de análise jurisprudencial sobre o assunto.

3.1 DIREITO DO CONSUMIDOR E DANO POR PERDA DE TEMPO NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS e TJ/RJ

Embora se trate de tese jurídica pouco explorada, existem Tribunais de Justiça Estaduais que já emanaram decisões fundamentando a existência do instituto da responsabilidade civil por perda de tempo útil, a exemplo dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, que serão analisados no decorrer deste tópico.

14 DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 130-134.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*. Revista Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro: COAD, 2013, p. 30.

16 MAIA, Maurílio Casas. *O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo*: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92, mar-abr, 2014, p. 161 – 176.

Com a finalidade de verificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à matéria, nada foi localizado. Em que pese a consulta jurisprudencial tenha indicado 7 acórdãos¹⁷ contendo a expressão “perda de tempo útil” aplicado à relação consumerista, em nenhum acórdão houve a análise pelo Tribunal acerca da existência ou não da responsabilidade civil, justamente por se tratarem de Agravos em Recurso Especial não admitidos com fundamento na Súmula 07 daquele órgão, que veda a análise probatória e, conseqüentemente, reanálise do caso.

Dado interessante à presente pesquisa é que todos os 7 acórdãos mencionados na pesquisa jurisprudencial do STJ têm por origem o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual imperiosa a análise de decisões daquele Tribunal Estadual acerca da matéria, que se mostra uns dos principais Tribunais do país aplicando a responsabilidade civil por perda de tempo útil na esfera consumerista.

Em pesquisa jurisprudencial realizada no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram localizados 196 acórdãos contendo a expressão “perda de tempo útil”, sendo que destes 110 se referem exclusivamente ao âmbito do direito do consumidor, julgados pelas câmaras especializadas de direito do consumidor, correspondendo a aproximadamente 56% de todos os acórdãos já julgados.

De forma unânime, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem decidido pela aplicação da teoria da perda de tempo útil, para fundamentar condenação ao pagamento de compensação por danos morais, quando constatado que o consumidor despendeu muito tempo para solucionar problemas ocasionados exclusivamente pelos fornecedores de serviços e que não tenha obtido qualquer êxito na via administrativa, necessitando ingressar no Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

Foi necessário, para tanto, realizar uma análise do tempo gasto pelos consumidores em tentar solucionar problemas na via administrativa, seja através de deslocamento reiterado do consumidor à empresa ré, seja através de diversos contatos telefônicos infrutíferos, seja através de espera reiterada de visita técnica que não ocorreu, entre outros. Tais decisões são realizadas com base no argumento de que o caso apresentado foge ao mero aborrecimento e às frustrações comuns do cotidiano, porque se trata,

¹⁷ São os 7 acórdãos mencionados na consulta jurisprudencial realizada no endereço eletrônico do STJ em 03/05/2017: AREsp 653800, AREsp 114331, AREsp 253639, AREsp 469417, AREsp 348703, AREsp 209680 e Ag 1379186.

definitivamente, de falha na prestação dos serviços que ocasionou a perda de tempo útil do consumidor, pois poderia tê-lo gasto a outro fim, como, por exemplo, seu momento de lazer.

Nesse sentido se manifestou o Desembargador Relator Marcelo Lima Buhatem:

Em que pese não ter ocorrido a negatização do nome da recorrente nos cadastros restritivos de crédito pela parte recorrida, a hipótese dos autos **não se caracteriza como mero aborrecimento**. Portanto, há que se considerar que houve **perda do tempo útil da apelante**, impondo-se a contatos telefônicos demorados, irritantes e infrutíferos, retirando o consumidor de seus deveres e obrigações, e da parcela de seu tempo que poderia ter direcionado ao lazer ou para qualquer outro fim. Uma vez que não tomou a devida cautela, na condução da relação jurídica e na observância das determinações legais, o dano decorre *in re ipsa*, ensejando o pagamento de compensação a título de danos morais. Logo, deve se reconhecer a responsabilidade civil da parte ré, diante do ilícito constatado, devendo compensar a parte autora pelos danos morais sofridos¹⁸. (Grifo originário).

Outra decisão interessante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi proferida pela Desembargadora Relatora Sandra Santarém Cardinali ao analisar o tempo como bem jurídico a ser protegido, sendo sua violação passível de indenização:

Sobreleva assinalar que a reclamação do autor/consumidor diz respeito à falha na prestação do serviço da ré, reconhecida em sentença, que culminou em aborrecimento e perda de tempo útil do autor. **O tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica, sendo irrecuperável sua perda**. Nesse diapasão, o conceito de dano moral vem sofrendo ampliação para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro. Portanto, mostram-se cabíveis os danos morais, ante o proceder da empresa ré, que não solucionou administrativamente a falha no serviço, vendo-se o consumidor compelido a ingressar em juízo para ver solucionado o problema enfrentado e não resolvido pela ré, configurado o desvio produtivo caracterizador da

¹⁸ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0099632-11.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 19/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

violação a direito da personalidade¹⁹.

De forma enfática, a Desembargadora Relatora Denise Nicoll Simões, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mencionou, como razões de decidir no julgamento da apelação nº 0037807-92.2013.8.19.0002, que o consumidor deve ser compensado por toda a perda de tempo útil que sofreu e todos os transtornos ocasionados, não sendo crível que prevaleça a tese do mero aborrecimento quando se trata, de fato, de má qualidade na prestação dos serviços²⁰.

Da análise de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se o reconhecimento de dano moral in reipsa, pelo fato do consumidor buscar tutela do Poder Judiciário para ver satisfeito seu direito, pois não solucionado na via administrativa, em decorrência de (a) desconto de valores indevidos na fatura²¹; (b) demora na entrega de produto contratado²²; (c) ausência de saneamento de vício do produto²³; entre outros.

Quanto ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) acerca do tema, em que pese tímido quando comparado ao TJ/RJ, foram localizadas 3 decisões em que foi reconhecida a possibilidade de compensação por danos morais quando decorrente de perda de tempo útil.

O primeiro processo localizado data de 2003, há 14 anos, tendo sido reconhecido que a perda de tempo com deslocamentos realizados pela consumidora para solução de problemas junto ao prestador de serviços e sendo ela profissional liberal, o tempo se torna elemento essencial em sua vida, porque depende dele para captação de sua clientela, razão pela qual gera o dever de indenizar²⁴.

As outras duas decisões do TJ/RS datam de 2015 e 2016 e se referem

¹⁹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0045377-38.2014.8.19.0021, Relatora: Des. Sandra Santarém Cardinali, data de Julgamento: 20/04/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

²⁰ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0037807-92.2013.8.19.0002, Relatora: Des. Denise Nicoll Simões, data de Julgamento: 14/07/2016, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

²¹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0037807-92.2013.8.19.0002, Relator: Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto, data de Julgamento: 09/03/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

²² RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0001756-50.2015.8.19.0087, Relator: Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto, data de Julgamento: 02/02/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

²³ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0039559-72.2013.8.19.0205, Relator: Des. Sandra Santarém Cardinali, data de Julgamento: 25/08/2016, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 70003750700, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, data de Julgamento: 24/06/2003, Primeira Câmara Especial Cível.

ao reconhecimento de compensação por danos morais de perda de tempo útil por (a) perda de tempo em deslocamento de viagem decorrente de atraso de voo que perdurou por 30 horas, ao invés de 5 horas²⁵, e (b) extravio de bagagem em voo internacional que causou, no todo, perda de tempo útil da viagem para reaver as bagagens²⁶.

Conforme restou demonstrado, ainda que de forma breve, o Poder Judiciário tem acolhido a tese da perda de tempo útil às relações consumeristas, reconhecendo que falhas reiteradas e/ou longas são passíveis de compensação por danos morais por parte dos fornecedores de produtos e serviços, por ultrapassar o mero dissabor do cotidiano, sob pena de, assim não fazendo, legitimar condutas que infringem o ordenamento jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade está sempre em constante modificação quanto ao seu desenvolvimento social e surgimento de situações até então não abarcadas pela literalidade do texto legal. Os aplicadores do Direito, deparando-se com tal situação, deverão utilizar uma interpretação hermenêutica teleológica para buscar respaldo e proteção a situações lesivas que são diariamente postas à apreciação do Poder Judiciário, tal qual o direito ao tempo que, muito embora não tenha previsão legal, é essencial para constituição do dano temporal.

O dano temporal, dano por perda do tempo útil ou dano por desvio produtivo, constitui papel relevante na atual sociedade massificada, com produção e consumo de bens em larga escala, para barrar condutas abusivas dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, especificamente quanto a ociosidade em promover soluções ágeis aos problemas ocasionados exclusivamente por eles.

Essa ociosidade caba refletindo diretamente na vida de cada consumidor afetado, justamente por interferir na disposição do tempo de cada um com atividades que lhes são oportunas, tais quais as relações familiares, profissionais e financeiras.

De modo tímido, verifica-se utilização dessa teoria pelo Tribunal de

²⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 70059514406, Relatora: Des. Maria Cláudia Cachapuz, data de Julgamento: 14/04/2015, Quinta Câmara Cível.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 70059514406, Relator: Juiz Luís Francisco Franco, data de Julgamento: 25/08/2016, Terceira Turma Recursal Cível.

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao contrário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que há muito profere decisões reconhecendo a perda de tempo útil do consumidor para condenar fornecedores ao pagamento de indenização por danos morais, com clara intenção de frear a má prestação de produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Correa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acessado em: 05/05/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/05/2017.

_____. Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm>. Acessado em: 05/05/2017.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 05/05/2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05/05/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 653800, Relator: Humberto Martins, Data de Julgamento: 11/03/2015, Segunda Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 114331, Relator: Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 20/06/2014, Quarta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 253639, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 16/06/2014, Terceira Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 469417, Relator: Marco Buzzi, Data de Julgamento: 16/05/2014, Terceira Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 469417, Relator: Marco Buzzi, Data de Julgamento: 16/05/2014, Quarta Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 348703, Relator: Humberto Martins, Data de Julgamento: 28/06/2013, Segunda Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 209680, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 31/10/2012, Terceira Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.376.010, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 26/06/2015, Terceira Turma.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano moral no direito de família**. 1ª ed. Livro Digital São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Filho, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Revista Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro: COAD, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAIA, Maurílio Casas. **O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92, mar - abr, 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0001756-50.2015.8.19.0087, Relator: Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto, Data de Julgamento: 02/02/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0037807-92.2013.8.19.0002, Relatora: Des. Denise Nicoll Simões, Data de Julgamento: 14/07/2016, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0037807-92.2013.8.19.0002, Relator: Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto, Data de Julgamento: 09/03/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0039559-72.2013.8.19.0205, Relator: Des. Sandra Santarém Cardinali, Data de Julgamento: 25/08/2016, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0045377-38.2014.8.19.0021, Relatora: Des. Sandra Santarém Cardinali, Data de Julgamento: 20/04/2017, Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0099632-11.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 19/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 70003750700, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 24/06/2003, Primeira Câmara Especial Cível.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 70059514406, Relatora: Des. Maria Cláudia Cachapuz, Data de Julgamento: 14/04/2015, Quinta Câmara Cível.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 70059514406, Relator: Juiz Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 25/08/2016, Terceira Turma Recursal Cível.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A DISPOSIÇÃO CÊNICA DAS SALAS DE AUDIÊNCIAS E TRIBUNAIS BRASILEIROS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRERROGATIVA DE ASSENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

Karine Azevedo Egypto Rosa¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o enfoque crítico da prerrogativa de assento dos membros do Ministério Público e analisar uma possível inconstitucionalidade da disponibilidade do mobiliário cênico dentro das salas de audiências e sessões de julgamento no que se refere ao processo penal. Serão abordados alguns fundamentos com o fim de demonstrar as diversas violações constitucionais que tal localização privilegiada do órgão ministerial acusador – que no processo penal atua como parte – nos locais de julgamento acarreta bem como os prejuízos causados à defesa, seja esta feita pela Defensoria Pública ou por advocacia privada, à sociedade e, principalmente, à imparcialidade e legitimidade da decisão proferida bem como do próprio julgamento.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativa de assento. Disposição cênica. Princípios constitucionais. Paridade de armas. Defensoria Pública e Ministério Público.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Mal Fadada Prerrogativa de Assento. 3 A Simbologia de Uma Sala de Audiências. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal há muito já descrito por Cernelutti como a “gata borralheira” do direito, é um dos ramos do sistema jurídico brasileiro que mais sofre com preconceitos e distorcidas visões, tanto dos próprios operadores do direito como da sociedade em geral.

Por ser uma seara voltada para processo e julgamento dos acusados pela prática de infrações penais, em regra pessoas marginalizadas dentro da estrutura social brasileira, ou, como afirma o mestre Nilo Batista, pes-

¹ Karine Azevedo Egypto Rosa, graduada em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, pós-graduada pela Universidade Candido Mendes em Direito Penal e Processual Penal e aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso e Defensoria Pública do Estado da Bahia.

soas “selecionadas pelo sistema”², passa-se a ideia de que cuida somente de pessoas culpadas, “bandidos” propriamente ditos, o que explica boa parte dos preconceitos enfrentados, principalmente pelos que atuam na defesa destes supostos inimigos do povo.

Até pouco tempo atrás, o processo penal fora usado como arma do próprio Estado para, através de falsas provas e acusações, enviar para a cadeia incontáveis opositores do regime militar, de forma a silenciá-los, servindo como legitimação para a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Todavia, ao longo dos recentes anos, mais precisamente após a promulgação da Constituição de 1988, passou por um processo de reestruturação de seus valores e diretrizes, de maneira que não restam dúvidas da intencional ruptura com o seu passado autoritário.

Anteriormente utilizado como meio de dominação e repressão, legitimador de vinganças pessoais e injustiças de todo o gênero, com o status constitucional que adquiriu com a nova Carta Magna e posteriormente transmitida à legislação infraconstitucional através de sucessivas reformas do Código de Processo Penal, passou a ser visto de outra forma, na qual os direitos e garantias individuais do acusado deixaram de ser secundários e passaram a protagonizar todo o trâmite do cenário processual.

Novos princípios, garantias e direitos incrementaram o texto constitucional ou por ele foram reforçados, conferindo aos acusados em um processo criminal maiores chances de defesa e de manutenção de sua liberdade individual durante todo o processo, passando a prevalecer a máxima de que a regra é a liberdade e a prisão é a exceção.

Diante destas atuais fundações constitucionais, passou a vigorar o sistema acusatório como modelo processual, deixando para trás o sistema inquisitorial que preponderava até então, revelando-se, então, incontáveis rituais, procedimentos e regras previstas em lei que não mais se adequam ao novo sistema, incompatíveis com o atual processo penal constitucional pátrio.

Muitas foram veementemente questionadas e combatidas pela Doutrina e, finalmente, abolidas do sistema (ou quase) com as reformas do CPP, como disposições que condicionavam o recurso contra sentenças con-

2 Para maiores esclarecimentos sobre a seletividade do sistema penal brasileiro, ler BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2011.

denatórias ao recolhimento do acusado à prisão e a busca indiscriminada pelo mito da verdade real.

Mas outros resquícios do modelo inquisitorial permanecem vigentes dentro do sistema, passando despercebidos por muitos, mas causando prejuízos de grande monta àqueles que ocupam a estigmatizada posição no banco dos réus e a seus defensores.

A concepção cênica das salas de audiências e de sessões de julgamentos de todos os foros brasileiros, onde se realizam os atos processuais de natureza criminal, é um desses ranços inquisitoriais que ainda insistem em permanecer, não obstante a sua incompatibilidade com as novas tendências do direito processual penal pós-1988.

2 A MAL FADADA PRERROGATIVA DE ASSENTO

A atual disposição cênica das salas de audiências e tribunais espalhados por todo o Brasil, desde as comarcas de interior até as Cortes Superiores, denota uma grande discrepância de posicionamento entre as partes do processo, passível de fácil percepção até para o mais leigo dos presentes em qualquer desses espaços judiciais.

O lugar de destaque ocupado pelo membro do Ministério Público ao lado direito do órgão julgador e em plano superior ao dos demais, tanto nas audiências cíveis quanto nas criminais, demonstra uma insinuante posição de prevalência no processo em relação aos demais atores processuais.

Tal posição espacial privilegiada do órgão ministerial advém de uma prerrogativa instituída pela legislação infraconstitucional da carreira, quais sejam: art. 18, I, “a” da Lei Complementar 75/93 e art. 41, XI da Lei 8.625/93, que dispõem, respectivamente, sobre a organização, atribuição e estatuto do Ministério Público da União e Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais.

Vejamos tais dispositivos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20 DE MAIO DE 1993
(...)

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

I - institucionais:

a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos

juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;

LEI Nº 8.625, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993

(...)

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

(...)

XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma.

A prerrogativa legal dos membros do Ministério Público de ocuparem posição imediatamente ao lado direito e em mesmo plano dos julgadores demonstra a desigualdade na distribuição das cátedras, revelando um injustificável tratamento privilegiado da acusação em detrimento da defesa, que insiste em permanecer, mesmo diante da sua afronta direta aos preceitos da nova Carta Magna.

A inconstitucionalidade de tal prerrogativa de assento à luz dos princípios constitucionais que conformam o processo penal gera diversos prejuízos para a defesa, para o acusado, para a sociedade em geral bem como para o próprio sistema penal, que requer o uso de instrumentos e elementos democráticos em todos os seus rituais e procedimentos, de forma a legitimar suas decisões e garantir efetivamente um processo justo.

Existe uma errônea ideia pregada por muitos doutrinadores que abordam esta questão de que tal situação não passa de um problema “irrelevante” perto das incontáveis adversidades que permeiam diariamente o processo penal brasileiro, devendo-se, portanto, os processualistas penais se atentarem às questões mais “relevantes”.

Contudo, quando se fala em liberdade, o principal direito inerente à dignidade humana, pilar basilar de nosso Estado Democrático de Direito, não há que se medir a importância de algo que a restringe: tudo- absolutamente tudo- é importante quando o que está em jogo é o direito de defesa do indivíduo processado e em vias de perder sua liberdade.

O membro do MP, quando atua dentro do processo penal na posição de acusador privativo do Estado- titular da ação penal pública -, função esta atribuída pela própria Constituição, atua de forma parcial, podendo então ser compreendido na qualificação de parte processual, assim como a defesa, corroborando a tese de que justamente por ser parte, não merece o

mesmo tratamento privilegiado de quando atua como *custus legis* nas demandas cíveis, imparcial e desinteressado na lide.

Na tentativa de adquirir a mesma impenhência do Ministério Público dentro das salas de audiências e garantir o exercício do direito de defesa no mesmo grau de igualdade, no ano de 2009 a Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar 132, que acrescentou o 7º parágrafo ao art. 4º da também Lei Complementar 80/94 -que dispõe sobre a Organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados- a fim de garantir aos membros da Defensoria o direito de se sentar no mesmo plano dos promotores de justiça.

Em destaque, o referido dispositivo:

LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 12 DE JANEIRO DE 1994

(...)

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

§ 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público.

Note-se que estas disposições surgiram após a Constituição de 1988, através de leis complementares que, inicialmente com o Ministério Público e algum tempo depois com a Defensoria Pública, buscaram de certa forma igualar as posições destas instituições dentro da distribuição dos espaços judiciais em que se realizam os atos processuais.

Portanto, percebe-se que tais prerrogativas institucionais de assento, tanto da Defensoria Pública quanto do Ministério Público não possuem status constitucional como outras prerrogativas concedidas a estas instituições previstas na CF, posto que foram apenas previstas em leis infraconstitucionais das próprias carreiras, sendo certo que os advogados privados sequer possuem previsão de prerrogativa neste sentido.

Extraímos então que não era a intenção do legislador constituinte conferir prerrogativa de assento nos espaços judiciais a nenhuma instituição indispensável à administração da justiça, quais sejam a Defensoria, o Ministério Público e aos advogados, o que nos leva a crer que não há e nem deve haver hierarquia nem diferença no tratamento entre tais funções, sendo todas igualmente essenciais e indispensáveis a uma decisão judicial justa e democrática.

A tentativa da Defensoria Pública de se igualar aos membros do Parquet no que se refere a sua posição espacial não obteve quase ou nenhum êxito, sendo raros os locais de julgamentos em que o defensor público possui realmente assento ao lado do promotor.

Isto se deu pelo fato de que o mobiliário dos espaços judiciários em todo o Brasil já estava de todo consolidado da maneira advinda dos períodos de exceção, ou seja, com o assento do promotor enraizado ao lado do juiz, e em razão da carência de verbas ou de falta de vontade dos magistrados locais de se adequarem a nova lei, somados à ausência de manifestação contrária a tal composição cênica pelos advogados e defensores, tudo se quedou do mesmo jeito que antes.

Com isso conclui-se que apesar de ambas as instituições -Ministério Público e Defensoria Pública- possuírem prerrogativas de assento previstas em lei nas salas de audiências e tribunais, apenas a prerrogativa do MP é realmente observada em todo o Brasil, razão pela qual esta se tornou o foco central das críticas, sendo a prerrogativa da Defensoria quase que esquecida em todo mundo jurídico.

Importante ressaltar neste momento que não se trata de tentar minimizar a importância desta grandiosa instituição republicana que é o Ministério Público nem de suas imprescindíveis atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídico-democrática, do sistema acusatório de processo penal e dos interesses coletivos bem como da correta aplicação da lei pátria, além de diversos outros.

O que se busca enfatizar é que esta estrutura cênica é manifestamente incompatível e inadequada ao modelo processual acusatório e aos princípios garantidores instituídos pela Constituição da República, pois gera um prejuízo ao acusado e sua defesa -por mais “insignificante” que seja para alguns- e a violação do direito à defesa de qualquer indivíduo, independente da gravidade do crime cometido, importa em uma afronta direta aos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos, o que, portanto, significa um desrespeito a todos os indivíduos da sociedade.

Busca-se apenas igualar a situação cênica dos móveis das salas de audiência de modo a adequá-la às diretrizes do novo processo penal constitucional, conferindo às partes locais equidistantes do julgador, em respeito aos princípios da isonomia e da ampla defesa, que garantem ao acusado o direito de ser processado por um procedimento justo e democrático.

Conforme ensinamento de Maria Lúcia Karam, “privilegiar a acusação, rejeitar ou minimizar o direito do réu a defesa, pretender investigar e obter condenações a qualquer preço significa minar os próprios fundamentos da democracia” (KARAM, Maria Lucia. *O direito a defesa e a paridade de armas*, p.5).

Há ainda que atentar que sentar-se no mesmo plano e imediatamente a direita do julgador, sejam juízes singulares, sejam presidentes dos órgãos judiciários, como dispõe a prerrogativa do art. 18, I, ‘a’ da LC75/93 não significa em hipótese alguma sentar-se ombro a ombro com o magistrado e prejudicar assim a defesa técnica.

Como sustentou Adriano Antunes Damasceno, “embora aos membros do Ministério Público seja assegurada por força de lei a prerrogativa de assento ao lado do magistrado, a validade de uma normatividade tem de estar aberta à comprovação discursiva” (MOREIRA, 2004, p. 170 *apud* DAMASCENO, Adriano Antunes. *A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil*, p.2.).

Diante disto, dentro da atual composição espacial dos espaços judiciais, faz-se necessária a redemocratização dos mesmos, indo de encontro com esta “inércia acrítica” que parece permear os legisladores e as Cortes Superiores, diante da escassez de precedentes sobre o referido assunto.

Em artigo, Maria Lúcia Karam e Rubens Casara expõem suas visões críticas sobre o tema:

Sem que quase ninguém se questione, sem que quase ninguém se pergunte, cotidianamente se repetem, da mais longínqua comarca ao Supremo Tribunal Federal, audiências e sessões em que o Ministério Público, órgão acusador no processo penal, diferenciadamente se coloca fisicamente junto ao órgão julgador, em inaceitável posição insinuadora de uma sua suposta imparcialidade e/ou superioridade. (KARAM, Maria Lúcia; CASARA, Rubens R. R. *Redefinição Cênica das salas de audiências e de sessões dos tribunais*. In: Revista de Estudos Criminais, n. 19. Porto Alegre: Instituto Interdisciplinar de Estudos Criminais, Jul./Set. 2005).

Necessário se faz frear esta corrida dos atores processuais em busca de um lugar privilegiado dentro do Judiciário, estando certo que todos- Ministério Público, Defensoria Pública e advogados privados- são essenciais tanto para a atividade jurisdicional quanto para a Administração da Justi-

ça, não devendo haver lugar para privilégios em prol de uma só categoria de operadores do direito em detrimento das demais.

Nesse sentido, conclui Ada Pellegrini:

Melhor seria se os operadores jurídicos, para além de suas vaidades corporativas, refletissem a magnitude de seus respectivos ofícios, mas no pleno respeito à relevância dos outros, aceitando que seus integrantes se sentem lado a lado, em local próprio e distinto daquele em que se desenvolve o ofício jurisdicional. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p.24).

3 A SIMBOLOGIA DE UMA SALA DE AUDIÊNCIAS

A cada dia muitas decisões que mudam a vida de uma pessoa são tomadas dentro dos limites de uma sala de audiência em um dos tribunais espalhados pelo território nacional. Todavia, apesar do grande poder de impacto que é capaz de gerar na sociedade, é possível afirmar que poucas são as pessoas que realmente compreendem todos os aspectos do sistema de justiça brasileiro.

O Poder Judiciário é, por si só, um dos Poderes do Estado mais impregnado de rituais, simbologia e mitos adquiridos ao longo do tempo e perpetuados desde sempre pelos que frequentam seus espaços, na maioria das vezes sem serem sequer percebidos.

Desde a imponência dos edifícios forenses até as vestimentas utilizadas por seus membros dentro dos espaços judiciários, tudo possui um significado- ainda que imperceptível à primeira vista- e denota a grandiosidade e diversidade de símbolos e rituais que revelam no dia a dia a rotina de hierarquia, ordem e poder que se exala em cada corredor.

A tradição jurídica brasileira é marcada por vestes, rituais e cerimônias que formam um complicado sistema de simbolismos, difícil de ser compreendido em todos os seus aspectos e significados sem um exame atento ou através de uma maior experiência pessoal.

Os símbolos estão presentes em toda estrutura de poder, dentro das mais diversas sociedades, culturas ou instituições, cada um sob uma forma determinada e específica, expressas ou não, criados para representar algo através de seu significado, sendo certo que um só símbolo pode ter diversas e diferentes acepções em cada lugar do planeta.

Para Pierre Bourdieu (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, 1989 p.9-11), atento aos fenômenos de percepção social, da produção simbólica e das relações informais de poder, o mito, a língua, a arte são instrumentos de conhecimento e de construção do mundo e, a partir disto, são concebidos sistemas simbólicos de alta, média ou baixa complexidade.

No que se refere ao âmbito jurídico, todos os ritos e procedimentos judiciais possuem um sentido, um significado real e concreto intrínseco ao sistema de justiça, que podem influir de diferentes formas para a consecução dos atos processuais bem como para a decisão final nos processos.

Tudo dentro dos espaços judiciários pode adquirir um simbolismo referente à área e ao lugar a qual pertence, podendo ser uma forma de comunicação, consciente ou subconsciente para os próprios funcionários, para os atores processuais e também para a sociedade em geral.

Segundo a Teoria do Agir Comunicativo, consubstanciada por Jürgen Habermas, “(...) nos procedimentos judiciais, a composição do tribunal, a posição de cada protagonista da relação processual conspira para a solução do caso penal” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Vol. I, 2003).

A própria justiça é simbolizada pela figura de uma mulher com os olhos vendados que carrega uma espada e uma balança em cada mão: a venda nos olhos representa a imparcialidade e a igualdade que deve dispensar no tratamento jurídico de todos, a espada representa a força, a ordem e as regras necessárias para se impor o direito e a balança a ponderação dos interesses em litígio.

Conforme o estudo do Instituto Lia Pires sobre o tema, “o mundo social é constituído em função de um sistema de significações”³, principalmente no âmbito do processo penal, em que a simbologia e o ritual assumem especial relevo para concretizar a significação de uma decisão judicial.

Para os autores deste estudo, advogados integrantes do Centro de Estudos da OAB/RS Marcelo Marcante Flores e Flávio Pires, a distribuição dos assentos dentro de uma sala de audiência é revestido por uma alta simbologia, que deveria mostrar justamente os fatores que asseguram a legitimidade de um julgamento: a equidade e a imparcialidade.

³ Estudo para elaboração de proposta de conclusão, realizado no ano de 2011 pelo Instituto Lia Pires a pedido da OAB/RS, sobre a disposição das partes nas salas de audiência, dando especial ênfase na disposição cênica do salão do Tribunal do Júri, com propostas para a redistribuição dos espaços.

O processo e sua simbologia devem ser adequados para mostrar a realidade que se pretende e determina a lei, isto é, a igualdade entre as partes, refletindo a todos sempre a neutralidade do juiz na condução de suas atribuições funcionais.

O assento ocupado pelos protagonistas do processo, o mobiliário de cada espaço judicial, o martelo do julgador, o salão do tribunal do júri, as grandiosas estátuas de mármore, os longos corredores, as obras de arte, tudo isto possui um significado simbólico que vai além da percepção visual.

A figura do magistrado, imponente em sua posição central e superior aos demais, com sua toga negra não deixa esconder o simbolismo de poder que tal posição remete aos demais presentes no local. Estes símbolos muitas vezes geram em muitos um temor reverencial que percebemos facilmente em uma oitiva de testemunha ou em um interrogatório de um acusado, nos quais a figura do juiz é capaz de gerar um constrangimento aos mais simples e humildes.

A arquitetura de um local contribui em alto grau para a concepção e sustentação de sua ordem social, política e hierárquica, não sendo o Poder Judiciário exceção. O design marcante, o ambiente solene, o mobiliário suntuoso e símbolos de natureza religiosa e republicana conferem aos espaços judiciais, de forma indireta, a formalidade e o poder que de lá emana.

Em regra, os prédios onde são instalados os órgãos responsáveis pela tutela jurisdicional do Estado são construídos para refletir os símbolos da justiça através de uma arquitetura simbólica que revela a intenção de demonstrar ao público e aos profissionais da área a poderosa estrutura que existe em seu interior.

Na maioria das vezes tal arquitetura influencia de forma subconsciente as pessoas que lá se encontram, já que o significado de seus símbolos geralmente não se apresenta de forma expressa e direta, mas sim atua como um meio inconsciente de comunicação, gerando mensagens e impressões no cérebro humano sem que seja sequer percebido pelos destinatários.

Trata-se de uma mensagem subjacente de hierarquia e poder que está incorporado no layout dos tribunais brasileiros. Os grandiosos edifícios públicos, que se distinguem visivelmente dos demais prédios do ambiente, bem como todo o cenário interno onde são tomadas as decisões enfatizam o poder que lá existe e os diferencia das demais classes sujeitas a este.

Embora muitos não percebam, tanto o exterior quanto o interior de um determinado edifício pode impactar diretamente a maneira como eles se comportam lá dentro e como sentem-se em relação às pessoas que lá trabalham.

Nesse sentido, é notório o sentimento de inferioridade que muitos sentem diante de um promotor, um defensor público ou, principalmente, diante de um juiz togado, em razão da própria importância do cargo que exercem, mas também em função da arquitetura do prédio onde os tribunais se localizam e pela própria estrutura e composição do mobiliário da sala em que se realizam os atendimentos e atos processuais.

Do mesmo modo, não se pode negar a provável superioridade que a maioria dos magistrados devem sentir em relação aos acusados, principalmente dentro do processo penal, cuja estigmatização dos réus se mostra mais presente do que nos demais ramos, em razão também, em parte, de sua localização espacial central e superior que ocupa na sala e também pelo próprio ambiente altivo que o cerca.

Ainda é possível destacar os símbolos do Estado e da democracia que são representados em bandeiras do país e do estado o qual o tribunal pertence, incutindo assim um senso de valores democráticos, reforçando a ideia pré-existente nos cidadãos de que a justiça está sendo feita naquele local e de que os direitos constitucionais dos indivíduos lá subjugados estão sendo devidamente respeitados.

Com base nisso, é possível entender a importância que os símbolos e rituais possuem dentro de todo o sistema judicial, não podendo ser tratados de forma simplista, pois é certo que possuem a capacidade de impactar e influenciar tanto o consciente quanto o subconsciente das pessoas e assim gerar consequências graves como influir diretamente no resultado de um julgamento ou outras de menor escala, como um mero constrangimento apenas.

Não há dúvidas de que o direito penal é o ramo do direito que, através do violento poder de punir estatal, mais interfere na liberdade individual e que possui maior capacidade de gerar consequências desastrosas na vida de qualquer pessoa que responda a um processo criminal, independente de ser proferida ao final uma sentença condenatória, vez que é inegável que o simples fato de ser imputado pela prática de uma infração penal já caracteriza uma estigmatização do sujeito perante a sociedade, seus familiares e amigos, que dirá o cumprimento de uma pena.

Sendo assim, partindo-se da necessidade da eficiência e garantismo atrelados ao processo penal, não é difícil enxergar a visão do Legislador Constituinte ao optar pela inclusão de suas regras na Lei Maior do Estado brasileiro, a Constituição Federal da República, já que esta fornece maior proteção a todos os acusados do que qualquer outra espécie legislativa, em razão de sua higidez e hierarquia no plano político-jurídico, impedindo assim que venham a ser eventualmente afrontados por leis infraconstitucionais ou quaisquer outras manobras legislativas.

Na Constituição encontram-se previstas uma diversidade de normas atinentes direta ou indiretamente ao processo penal. Algumas determinam apenas fundamentos sobre os quais ele deve ser construído e baseado, outras especificam regras gerais de direito material e processual que interessam ao processo penal e ainda temos diversas normas que abordam diretamente o conteúdo processual penal, todas servindo de corolário para a efetivação de um processo criminal justo e democrático.

Diante disto, nota-se a concepção moderna do processo penal brasileiro, que não se limita apenas à aplicação pura e simples do direito penal, mas também considerado como meio adequado de proteção das garantias e direitos individuais do acusado frente ao poderoso *ius puniendi* do Estado.

Nesse sentido, podemos observar que a estrutura cênica das salas de audiências, com a posição de privilégio do órgão estatal acusador, que ocupa a tribuna mais alta ao lado direito do juiz em contraposição à defesa, que se localiza em plano inferior, fere frontalmente o escopo garantista e de efetividade do processo criminal, na medida em que viola inúmeras garantias do acusado e ainda afronta o desejo social de um processo justo e democrático

Analisando toda a simbologia existente dentro de uma sala de audiência, deve ser considerado principalmente o valor simbólico intrínseco a cada posição ocupada por cada ator processual e o cotejamento entre a posição espacial privilegiada do Parquet e as consequências que geram tanto para os atores processuais quanto para os que assistem ao ato.

Tal simbolismo pode afetar diretamente o resultado final de uma demanda penal, principalmente no que se refere ao Tribunal do Júri, que, por ser composto por jurados leigos que julgam por sua íntima convicção, podem levar em consideração para a sua decisão a proximidade entre acusador e julgador e, assim, melhor valorar os argumentos da acusação.

Desse modo, a disposição do mobiliário dentro das salas de audiências também possui um significado próprio percebido através do simbolismo que cada posição espacial possui, seja mais próxima ou mais afastada do julgador, seja em nível superior ou não, sendo certo que não há qualquer caráter aleatório na maneira em que são distribuídos pela sala.

É fácil perceber que a fixação da bancada do juiz no lugar central e sob um pedestal foi metricamente pensado a fim de simbolizar a sua autoridade na presidência do ato, adquirindo ares quase que “divinos” de forma intencional para determinar o futuro dos réus que se encontram diante dele e em tablado de nível inferior, o que caracteriza sua submissão à decisão que será proferida.

Em contraste, a sociedade representada pelo público em geral se localiza nas extremidades da sala, distantes ao que se passa na audiência da mesma forma que estão alheias ao processo, caracterizando o baixíssimo poder de influir no resultado final da demanda, mas também simbolizando uma autoridade moral externa, observando e fiscalizando de longe a efetivação da justiça, podendo agir, em tese, caso esta não seja feita.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, as partes do processo penal – acusação e defesa – representadas, em regra, respectivamente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública ou profissional habilitado pela OAB, deveriam estar posicionadas em um mesmo local, já que possuem a mesma representatividade dentro do processo, a mesma qualificação jurídica de parte processual.

Contudo, não é isto que ocorre nos espaços judiciais brasileiros onde se realizam as audiências criminais. Apesar de ser parte assim como a defesa, o membro do MP ocupa posição diferenciada, destacada da defesa, imediatamente ao lado do julgador, conferindo assim a esta posição espacial um simbolismo diferente do que deveria ter, conduzindo a interpretações erradas sobre sua verdadeira qualificação no processo.

Ao observador se transmite uma impressão de proximidade e até de identidade entre o acusador e o julgador, o que certamente enseja uma confusão entre as atribuições de cada instituição, interferindo assim, mesmo que apenas de forma aparente, na imparcialidade do julgamento para os que a ele assistem.

Na estrutura cênica de toda sala de audiências e tribunais, quando se coloca o julgador ao centro e acima de todos os demais, importa ao sen-

so comum uma representação de que não há naquele espaço judicial cargo mais alto e mais repleto de justiça, certeza e correção para a aplicação da lei no caso concreto.

E justamente quando se coloca o membro do Ministério Público, que figura como órgão acusador no processo penal, imediatamente ao lado direito do julgador, sem nenhuma barreira física entre ambos, tal posição acaba por transmitir a seu favor, para todos aqueles presentes na sala, todo o poder -simbólico ou não- que decorre desta proximidade com a figura do magistrado.

No parecer oferecido pelo brilhante constitucionalista José Afonso da Silva à Ordem dos Advogados do Brasil, ele, em um tom irônico, fez uma inusitada comparação entre a prerrogativa de assento dos integrantes do Ministério Público com o simbolismo da religião católica, o qual prega que “aquele que sentar-se ao lado direito de Deus Pai Todo-Poderoso subirá aos céus.”

Em um Estado em que o processo penal é marcado pela adversariedade entre as partes, que está diretamente relacionado ao direito ao confronto, constitui-se um verdadeiro corolário do modelo acusatório a paridade de armas em seu sentido formal e material, no qual as partes adversárias devem ter as mesmas condições e instrumentos para buscar o convencimento do juiz, o que inclui necessariamente o viés simbólico de tais “armas”.

Em obra dedicada ao sistema adversarial, Diogo Malan sustenta:

(...) a passividade do órgão julgador até o final da contenda é considerada imprescindível, do ponto de vista endoprocessual para assegurar a neutralidade, com relação às versões fáticas apresentadas pelo acusador e pelo defensor. (...) Ademais disso, tais atributos de neutralidade e passividade também são considerados importantes na perspectiva extraprocessual, pois a confiança da sociedade na legitimidade do sistema processual depende da percepção deste último como algo confiável e justo, o que pressupõe a neutralidade do órgão julgador (MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no Processo Penal*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 19).

Esta composição cênica desigual interfere diretamente no sistema acusatório ao diferenciar o lugar das partes, impedindo que o sistema adversarial funcione como deveria. Uma parte estando distante e em local inferiorizado em relação à outra parte impede consideravelmente o con-

fronto igualitário que deve ser travado entre acusação e defesa perante o juiz, que é o “árbitro” neutro que irá decidir a demanda, encontrando-se acima e equidistante de ambas, demonstrando sua posição de sujeito desinteressado no caso penal.

Todavia, com a acusação ocupando local destacado ao lado do juiz, caem por terra tais princípios da acusatoriedade, como a adversarialidade, a paridade de armas e o tratamento igualitário, e, por via de consequência, prejudica a defesa ao serem afrontados no seu direito constitucional de contraditório e ampla defesa.

Conforme argumentou o Conselho Federal da OAB na Ação Direta:

Trata-se, portanto, de uma arquitetura/modelo que gera constrangimento funcional, pois ela dissimula a real posição que devem ostentar as partes em um processo conduzido pelos princípios e regras do Estado Democrático de Direito. Ou seja, perante a testemunha, o perito, o acusado e qualquer outro participante da relação processual, o mobiliário compõe a imagem de duas autoridades de igual hierarquia [o juiz e o Ministério Público]. (ADI nº4678. Rel. Min. Carmen Lúcia).

Embora *a priori* a disposição da cátedra atual não transpareça os empecilhos e prejuízos que causa à defesa técnica, impende-se dela uma forma de comunicação que é recebida pelo juiz, pelas partes e pela população em geral.

A proximidade destes dois atores processuais, uma vez que ambos representam o Estado, somados às inevitáveis conversas ao “pé de ouvido” incitadas pela própria intimidade do convívio diário traz a impressão – e apenas impressão – de que haveria uma parcialidade do julgador, que estaria desde já predisposto a aceitar os argumentos sustentados pela parte com quem tem maior afinidade aparentemente.

Na lição de Cláudia Aguiar Silva Britto, baseada nos ensinamentos de Habermas e sua Teoria doagir Comunicativo:

A “guerra” processual que se vivencia em âmbito judicial penal está muito longe de ser estabelecida como o ambiente democrático (...).

Certamente, a “beligerância” processual inicialmente representada pela estrutura física de caráter dominatário das salas de audiências, onde a relação triangular se escamoteia diante do paralelismo cênico, porém real, entre Estado-juiz e

Estado-acusação, alcança até mesmo o comportamento, as atitudes de linguagem manifestadas pelos representantes dos órgãos do Estado. A práxis cotidiana penal parece ser diametralmente oposta à lei, em boa parte, dos casos criminais. (BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo Penal Comunicativo: uma abordagem habermasiana para o processo penal*, p. 11).

Cumprido ressaltar que se trata apenas de impressão que chega aos observadores, posto que não se pretende aqui colocar sob dúvidas a seriedade e a responsabilidade com que os julgadores e os membros do Ministério Público realizam suas atribuições legais.

Entretanto, apesar de ser apenas uma mera impressão, ainda assim gera prejuízos à defesa e ao acusado, que diante dos demais estão colocados em posição inferior, passando também a impressão de que seus argumentos levantados durante a audiência terão menor valor no sopesamento com os argumentos apresentados pela acusação, o que não deixa de ser um “constrangimento funcional”, como afirma a OAB.

Ainda mais enfática, Maria Lúcia Karam afirma que o tratamento privilegiado conferido ao MP dentro dos tribunais nada mais é do que uma “violência simbólica” (CASARA, Rubens R. R; KARAM, Maria Lúcia. A redefinição cênica... *ob. cit.*, p. 1) contra a função daqueles que exercem a defesa do imputado, notadamente a Defensoria Pública e a advocacia.

Dispõe o parecer do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais um estudo sobre o tema, no qual chega a comparar a desigualdade no tratamento das partes dentro do processo penal à luta de gladiadores na Roma antiga, na qual um deles luta armado e protegido por uma armadura enquanto o outro, completamente desprotegido, ingressa na disputa apenas com uma rede e uma faca (TRESCHER, Stephan. *Human rights in criminal proceedings*, 2005).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do paradoxo que se extrai do processo penal atual, que está sempre dividido entre efetivar a justiça para garantir a paz social e ainda garantir os direitos individuais do acusado, o processo deve servir como instrumento social e democrático para a efetivação da tutela jurisdicional do Estado, em constante conformidade com as normas constitucionais.

Embora previsto em lei, tal privilégio do órgão acusador, quando contraposto com a nova concepção do processo penal pátrio, erguida sob a égide do contraditório e do devido processo, não merece permanecer resistindo.

Como sustenta Adriano Antunes Damasceno⁴, “no Brasil há práticas e ritos do cenário jurídico que adquirem o manto de sagrado e seguem avessos a críticas ao longo do tempo”. E é isto que ocorre com o tratamento privilegiado dispensado ao MP mesmo quando não atua com a imparcialidade de um fiscal da lei: transformou-se em um mito, que sempre esteve presente no âmbito jurídico e, portanto, inquestionável para muitos.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil -OAB- ingressou, em abril de 2012, com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF em face da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República buscando a inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos, que fora distribuída por prevenção à Ministra Carmen Lúcia e se encontra pendente de julgamento até o presente momento.

A OAB expõe a tradição jurídica penal autoritária reiterada pelo CPP a fim de enfatizar seus argumentos sobre a inconstitucionalidade requerida na ADI:

A questão, portanto, mais se relaciona com a tradição jurídica nacional, resultante de períodos de exceção em que a atuação do Ministério Público não se compadecia com o regime republicano e a necessidade de tratamento isonômico das partes na estrutura cênica judiciária.

Ou seja, a origem desse modelo de cátedra (...) funda-se na estrutura patriarcal e na ideologia de castas entranhadas na história brasileira, que durante muito tempo permitiu a manutenção de tratamentos privilegiados que não são, em grande parte dos casos, visualizados como tais. (ADI nº 4768. Rel. Min. Carmen Lúcia).

Nota-se que a sociedade brasileira ainda caminha a passos curtos em direção a um maior grau de civilidade, tendo em vista os inúmeros abusos e preconceitos que nos deparamos na prática da advocacia criminal e a prerrogativa de assento do MP está aí para que não nos esqueçamos disto, dentre outros exemplos.

4 DAMASCENO, Adriano Antunes. *A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil*. Tese inscrita perante a Comissão Julgadora do Concurso de Teses do X Congresso Nacional dos Defensores Públicos, 2011.

Na lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo, mais cuidado se pede ao se reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o Sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: *Processo Penal e Democracia, estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. PRADO, Geraldo; MALAN, Diodo (coords.). Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009)

Percebe-se uma temerária tendência político-social de conferir novas e supostas interpretações da Constituição em prol da sociedade, substituindo os ideais liberais e individualistas dos direitos fundamentais pelos direitos sociais, na tentativa de minimizar ou até extinguir os direitos do acusado em prol dos interesses supostamente pacifistas de uma “sociedade de risco”, que busca quase sempre por uma condenação como forma de solucionar o problema.

Ressalta Geraldo Prado que “é preciso questionar, colocar sob dúvida o estado de normalidade que parece imperar, perquirir a razão de ser das coisas para, se necessário, transformá-las” (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 2001, p. 23), principalmente diante do momento atual em que vivemos, cuja expansão do poder punitivo se estimula pelos clamores de segurança de grande parte da sociedade brasileira, que possui a errada visão de que a opção repressiva e o rigor do direito penal são a solução contra a elevação dos índices de criminalidade do país, uma falsa mas perene crença de que se melhora com mais pena, prisão e punição.

Em um Sistema Penal que historicamente tem sido “forte com os fracos e fraco com os fortes”, na qual a imposição de uma pena a um suposto autor do crime opera como uma espécie de absolvição aos demais autointitulados “cidadãos do bem”, nota-se a forte necessidade de uma reafirmação da efetividade de qualquer direito de defesa do réu- ainda que “irrelevante” para alguns – em busca do reequilíbrio entre as partes e, consequentemente, de um processo igualitário em que todos possuam as mesmas oportunidades e instrumentos na defesa de seus interesses.

Atento aos problemas do processo penal em todo mundo, há muito tempo atrás já questionava Francesco Carnelutti que “considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva de incivilidade? Mas é aquilo que acontece, infelizmente, nove entre dez vezes no processo penal.” (FELDENS, Luciano. *Ministério Público: entre Legitimidade Jurídica e Legitimidade Política*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). *Processo penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, 2009).

Defender os direitos do acusado significa necessariamente defender os direitos de cada indivíduo da sociedade e o cumprimento da lei não se faz apenas através de acusações e a obtenção de condenações, mas também pela fiscalização e a garantia ao respeito dos direitos fundamentais garantidos expressamente na Constituição de 1988.

Logo, quando se reivindica a aplicação efetiva de todos direitos e garantias constitucionais do acusado e a observância do sistema acusatório em todo o processo penal, se pressupõe que este seja norteado pelas bases do contraditório e da mais ampla defesa, sempre privilegiando a liberdade individual em detrimento do encarceramento.

As balizas constitucionais que delimitam a atuação do poder estatal punitivo foram insistentemente traçadas a fim de que a partir delas se extraísse a função de eficiência e garantia do processo penal, sendo certo que qualquer óbice à defesa do acusado deve ser incansavelmente combatida.

Em razão disto, não mais se pode aceitar que o processo seja utilizado como uma “arma” contra as minorias marginalizadas que respondem a um procedimento criminal, já que se constatou que o direito a um processo justo e igualitário é pressuposto de um Estado de Democrático de Direito a qual pertencemos desde 1988 graças a um tortuoso, porém vitorioso clamor social.

Apesar de o *layout* dos espaços judiciais terem se originado no período de exceção do Estado brasileiro, no qual vigorava uma estrutura patriarcal que estabelecia, de forma autoritária e discriminatória, posição superior ao órgão acusador estatal, ficou claro que este modelo não mais se adéqua a atual conjuntura estatal, como já visto, havendo real necessidade de sua reestruturação, uma readequação à luz dos preceitos constitucionais.

Uma verdadeira redemocratização das salas de audiências e de sessões de julgamentos de todo o país é imprescindível para que passem a

existir sob a égide do valor fundamental da república, a dignidade da pessoa humana, no qual a proteção dos direitos do imputado valha, tanto para o Estado quanto para a sociedade, mais do que uma condenação.

Certo é que tais avanços não serão obtidos apenas com a redefinição cênica das salas de audiências, haja vista que o processo penal brasileiro padece de inúmeros outros problemas crônicos e estruturais que colocam em maiores riscos a liberdade individual do imputado.

Entretanto, a guerra somente é vencida através da conquista de batalhas menores, uma por vez. E esta talvez seja uma batalha ínfima perto de toda a guerra que se tem pela frente, mas que nem por isso merece desconsideração, como já ficou bem comprovado em toda a exposição.

Logo, devem ser abolidas de uma vez por todas qualquer tratamento privilegiado de uma parte em detrimento da outra não só dentro do processo como também nos espaços judiciais, posto que a condição de parte é igual para todos e assim estão sob o mesmo degrau na escala hierárquica.

Qualquer tratamento privilegiado no processo penal somente deve ser admissível, de forma excepcional, nos casos em que seja para preponderar a tutela da liberdade individual do acusado e assim compensar o desequilíbrio real que existe entre o réu e o agigantado órgão estatal acusador.

A resistência do Ministério Público à necessária redefinição cênica, não abrindo mão de sua posição de superioridade, importa em descumprir os mandamentos constitucionais a ele conferidos, de defesa da ordem jurídica e social, já que o cumprimento de tais mandamentos exige uma defesa ativa da efetivação da cláusula do devido processo legal, o que é flagrantemente violado por sua prerrogativa de assento.

Ficou demonstrado que as formas, signos e símbolos estão sempre atrelados a significados concretos e a consequências reais dentro do processo penal, por isso necessitam serem repensados sob a ótica do modelo acusatório adotado na Lei Maior, de forma que tais símbolos judiciais existam para proteger o imputado da violação de seus princípios constitucionais e jamais para reforçar tais violações.

Apesar de ainda serem poucos os pronunciamentos judiciais e da aparente falta de interesse dos Tribunais Superiores em se debruçarem sobre o tema, existem algumas decisões que corroboram a tese aqui sustentada, que foram alvo de muita repercussão no meio jurídico.

O magistrado carioca André Luiz Nicolitt, nos autos do processo n. 2003.005.000056-7 negou validade aos dispositivos que preveem a prerrogativa de assento do MP quando este atuar em processo criminal, com o fundamento na paridade de armas, isonomia e também na teoria do agir comunicativo de Habermas.

Existe ainda Reclamação perante o STF, ajuizada pelo juiz federal Ali Mazloun da 7ª Vara Criminal Federal do Estado de São Paulo, que alterou a disposição de sua sala a pedido da Defensoria Pública da União, o que foi alvo de Mandado de Segurança impetrado pelos Procuradores da República locais, no qual foi concedida liminar suspendendo os efeitos da decisão.

Nesta Reclamação, que também fora distribuída por prevenção à Ministra Carmem Lúcia e ainda pendente de julgamento, o magistrado requer que o Supremo acolha as mudanças realizadas em sua sala de audiência bem como que seja adotado tal modelo de cátedra para todo o país, “com vistas a assegurar a paridade de tratamento entre acusação e defesa durante as audiências criminais” (Reclamação n. 12.011. Rel. Ministra Carmen Lúcia).

Não é possível abordar tal tema sem prestigiar o conhecido e festejado parecer (PELLEGRINI, Ada. *O processo em evolução*, p. 317) da ilustre processualista paulista Ada Pellegrini -cujo alguns trechos já foram aqui citados-, elaborado em resposta à consulta de alguns juízes-auditores da Justiça Militar Federal sobre a questão, no qual a doutrinadora condena categoricamente a postura corporativa do MP, que utiliza fracos argumentos na defesa de sua prerrogativa em detrimento da própria Constituição, classificando como “lamentável, até ridículo” tal posicionamento.

O STF também já teve a oportunidade de decidir sobre o tema em um recurso julgado em 1994, o qual teve como relatoria do Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto contrário à prerrogativa, com o seguinte teor:

MANDADO DE SEGURANÇA - OBJETO - DIREITO SUBJETIVO - PRERROGATIVA DA MAGISTRATURA. Tem-no os integrantes da magistratura frente a ato que, em última análise, implique o afastamento de aspecto revelador da equidistância, consideradas as partes do processo, como e o caso da cisão da bancada de julgamento, para dar lugar aquele que atue em nome do Estado-acusador. DEVIDO PROCESSO LEGAL - PARTES - MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA - PARIDADE DE ARMAS. Acusação e defesa devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que

desague em tratamento preferencial. A "par condicio" e inerente ao devido processo legal (ADA PELLEGRINI GRINOVER). JUSTIÇA MILITAR - CONSELHO DE JUSTIÇA - BANCADA - COMPOSIÇÃO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A Lei Complementar n. 75/93, reveladora do Estatuto do Ministério Público, não derogou os artigos 400 e 401 do Código de Processo Penal Militar no que dispõem sobre a unicidade, nos Conselhos de Justiça, da bancada julgadora e reserva de lugares próprios e equivalentes a acusação e a defesa. Abandono da interpretação gramatical e linear da alínea "a" do inciso I do artigo 18 da Lei Complementar n. 75/93, quanto a prerrogativa do membro Ministério Público da União de sentar-se no mesmo plano e imediatamente a direita dos juizes singulares ou presidentes de órgãos judiciários. Empréstimo de sentido compatível com os contornos do devido processo legal. (RMS 21884, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 17/05/1994, DJ 25-11-1994 PP-32302 EMENT VOL-01768-01 PP-00099). (Grifos nossos)

Apesar de esparsas, estas decisões judiciais reiteram o mesmo entendimento, ressaltando que os dispositivos legais que concedem prerrogativa de assento ao órgão ministerial dentro do processo penal não merecem prosperar, padecendo de uma explícita inconstitucionalidade.

Tais decisões também serviram de base para a fundamentação da ADI ajuizada perante o STF pela OAB, a qual se espera que o pronunciamento final da Corte seja no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos e, assim, por fim há pelo menos uma, dentre inúmeras disposições contrárias ao réu dentro do processo penal brasileiro.

A compreensão cênica das salas de audiências não pode ser visualizada sob a ótica carreirista, de maneira que o imputado seja a figura de menor importância dentro da sala. O processo penal e todos os direitos e garantias que o acompanham possuem sua existência atreladas à proteção do acusado e esta jamais deve ser olvidada.

Como bem salientado pelo maestral penalista Juarez Cirino em recente palestra⁵ em homenagem aos mestres Nilo Batista e Vera Malaguti, “o sistema penal brasileiro não passa de uma máquina de moer gente” e, sendo assim, este trabalho passa a ser uma singela contribuição na tentativa de abrandar a moedura.

⁵ Encontro de Criminologia Crítica: homenagem aos mestres Nilo Batista e Vera Malaguti, ocorrida em 30 de Abril de 2014 no auditório da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ.

5 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.** In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOUDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4768, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4768&processo=4768>>. Acesso em: 05 de Janeiro de 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar. **Processo Penal Comunicativo: uma abordagem habermasiana para o processo penal.** Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4558dbb6f6f8bb2e>. Acessado em: 26/04/2014.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** São Paulo: Book-seller, 2006.

CASARA, Rubens R. R. **A imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal brasileiro: um mito a ser desvelado.** In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. **Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais.** Revista de Estudos Criminais n. 19, Jul./Set. 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O juiz de garantias na reforma do Código de Processo Penal.** In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COGAN, Luiz A. Cyrilo. **Processo Penal Constitucional: uma análise principiológica.** Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br/ArtigosView.aspx?ID=2879>. Acesso em: 23 de Março de 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAMASCENO, Adriano Antunes. **A compreensão cênica da audiência de instrução e julgamento criminal no Brasil.** Disponível em: <http://www.ana-dep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO_ANTUNES_DAMASCENO.pdf>. Acesso em: 28 de Fevereiro de 2014.

FELDENS, Luciano. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Vinte anos de Constituição e o Processo Penal.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio. **As nulidades do processo Penal.** São Paulo: Malheiros, 1994.

HANSON, Ashley. **Scales of Justice.** SVSU. 2010. Disponível em: <www.svsu.edu/media/writingcenter/Hanson_01.pdf>. Acesso em: 03 de Abril de 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Memorial ADI n. 4768. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/>

ADI_n._4768_Concepcao_cenica_em_salas_de_audiencia_criminal-Memorial.pdf>. Acesso em: 12 de Fevereiro de 2014.

INSTITUTO LIA PIRES. **Estudo para elaboração de proposta de conclusão.** Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/estudo-instituto-lia-pires-paridade-de.pdf>. Acesso em: 12 de Fevereiro de 2014.

KARAM, Maria Lúcia. **O direito à defesa e à paridade de armas.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo Rudge (coords.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal.** Campinas: Millenium, 2000.

MOREIRA, Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1984.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, José Saulo Pereira. **Os arquivos da ditadura guardam segredos incômodos para o MP.** Em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-19/abrirem_arquivos_maior_surpesa_mp>. Acesso em: 22 de Abril de 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lênio. **A concepção cênica das salas de audiências e o problema dos paradoxos.** Disponível em: <<http://enk.com.br/lenio/artigos/>>. Acesso em: 14 de Fevereiro de 2014.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A ATIPICIDADE CRIMINAL DA DESOBEDIÊNCIA ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA: PROTEÇÃO SEM PUNIÇÃO GRATUITA

Laís Grás Possebon¹

RESUMO: O presente artigo versa sobre atipicidade criminal da desobediência às medidas protetivas da Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Tem por objetivo analisar o porquê de não restar configurado o delito de desobediência, tipificado no art. 330 ou no art. 359, ambos do Código Penal, quando ocorrer descumprimento, por parte do agressor, das medidas profiláticas deferidas pelos Magistrados, no âmbito de violência doméstica e familiar contra mulheres. Este estudo apresenta noções necessárias a respeito da criação e do funcionamento da Lei Maria da Penha, bem como mecanismos que foram trazidos por ela e, em seguida, explana acerca da atipicidade criminal da desobediência às medidas protetivas, deferidas em favor de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Desobediência. Atipicidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Análise acerca da Lei nº 11.340/06. 2.1 Relato histórico – A gênese da Lei. 2.2 Principais vedações trazidas pela Lei Maria da Penha. 2.3 Sujeitos Passivo e Ativo. 2.4 Conceito de violência doméstica e familiar. 3 Mecanismos de proteção que a Lei 11.340/06 oferece às vítimas. 3.1 Medidas protetivas que obrigam o agressor. 3.2 Medidas que protegem a vítima. 3.3 Meios de prevenção à violência doméstica ou familiar contra a mulher. 4 A atipicidade do crime de desobediência em relação às medidas de proteção. 4.1 Acerca dos crimes de desobediência no âmbito de violência doméstica e familiar. 4.2 Posicionamento pela configuração de desobediência em sede de violência doméstica e familiar. 4.3 Não-configuração de desobediência no âmbito da Lei Maria da Penha. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

¹ Bacharela em Direito pelo Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo. laisgpossebon@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha foi elaborada para reparar uma realidade misógina que, de norte a sul do Brasil, vitimou várias pessoas do sexo feminino – realidade relativa a uma mentalidade machista que, infelizmente, ainda conduz o modo de ser de muitos indivíduos. Após sua elaboração, as mulheres vitimadas encontraram diversos instrumentos de proteção, os quais são efetivos meios de garantia às seguranças física, psicológica, moral e patrimonial dessas ofendidas.

Ao ser realizada a leitura da norma em pauta, percebe-se que há várias medidas protetivas que obrigam os agentes a determinadas condutas e que protegem as vítimas. Todavia, o descumprimento de tais medidas, por parte dos agressores, não pode acarretar a configuração dos crimes de desobediência – tipificados no artigo 330 e no artigo 359, ambos do Código Penal –, uma vez que essas medidas impelem os agentes a cumprirem ordem de autoridade competente.

Nesse horizonte de questionamento, desponta o fator de que, nos dias atuais, embora haver discussão acerca da atipicidade da desobediência quando descumpridas as medidas profiláticas oferecidas pela Lei nº 11.340/06, ainda há posicionamento favorável à sua configuração, o qual acaba sendo colocado em prática e, assim, termina punindo gratuitamente eventuais descumpridores de medidas protetivas.

2 ANÁLISE ACERCA DA LEI Nº 11.340/06

2. 1 RELATO HISTÓRICO – A GÊNESE DA LEI

Apesar do século XXI ser a “era da informação”, é possível que algumas pessoas ainda não saibam o que acarretou a aludida norma ser denominada Maria da Penha e muito menos o que impeliu a sua criação. Os porquês são encontrados em uma comovente história, a qual se deve a diversas agressões praticadas contra Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, durante os anos de convivência matrimonial com M. A. H. V., professor universitário de origem colombiana, porém brasileiro naturalizado. Encontra-se na obra de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto elucidativo relato a respeito desse fato:

O motivo que levou a lei ser “batizada com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao

ano de 1983. No dia 29 de Maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M.A.H.V, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, suportou lesões que deixaram-na paraplégica. (...) Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passada pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão (2012, p. 25).

Seguindo o contexto da narrativa acima, Maria Berenice Dias:

As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Além de ter recorrido em liberdade ele, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses. Mais uma vez recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, é que M. A. H. V. foi preso (2007, p. 13).

O economista foi preso em outubro do ano de 2002, um pouco antes de ocorrer a prescrição do delito, uma vez que tal fato havia sido delatado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). A demora do processo e o alto índice de violência contra mulheres no país fizeram com que a OEA responsabilizasse o Brasil, em 2001, em relação às agressões de que Maria da Penha foi vítima e, ainda, acusasse o Estado de ser negligente com as situações de violência doméstica.

Suely Souza de Almeida discorreu sobre violência de gênero no país no passado e sobre o descaso do poder público em sanar tal opressão:

Sabe-se, entretanto, que, mundialmente, a violência doméstica tem atingido, predominantemente, mulheres e crianças. A única pesquisa nacional realizada no Brasil (FIBGE, 1990), que permite estimar a dimensão deste problema, indica que, se forem consideradas pessoas de ambos os sexos que declararam ter sofrido agressões físicas, as mulheres foram agredidas por parentes em proporção superior a duas vezes mais do que os homens (32,4% contra 10,7%). Do total de

homens nesta condição, 59,2% tinham entre 18 e 49 anos de idade, enquanto 82,0% das mulheres encontravam-se na mesma faixa etária. Esta, reitera-se, é apenas uma estimativa, pois, até o momento, inexistem no Brasil estatísticas oficiais específicas sobre violência doméstica, o que deixa clara a falta de vontade política do poder público para investir neste campo (1998, p. 19).

Destarte, acatando solicitações mundiais, assentadas em tratados internacionais, foi criada, no ano de 2006, a Lei nº 11.340, que recebe informalmente o nome de Maria da Penha, sendo a mais importante medida instituída como forma de ataque ao problema da violência doméstica. A aludida lei foi publicada em 8 de agosto de 2006, entrando em vigor em 22 de setembro desse mesmo ano, e trazendo, a seu modo, sob cuidados da Justiça, certa segurança e igualdade de gênero às vítimas.

2. 2 PRINCIPAIS VEDAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA

Com a promulgação da norma, foi vedada a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos delitos que se caracterizam em circunstâncias de violência familiar e doméstica, impossibilitando o emprego de penas pecuniárias e de medidas despenalizadoras. Foi vedada, também, a substituição de pena que implicasse pagamento isolado de multa. Tais determinações são encontradas nos artigos 17 e 41 da Lei Maria da Penha.

Contudo, a lei foi omissa no tocante às contravenções penais. Devido a isso, mesmo que fossem praticadas no âmbito da Lei nº 11.340/06, as contravenções poderiam ser alcançadas pela Lei nº 9.099/95, o que possibilitaria, nesses casos, a oferta pelo Ministério Público de proposta de transação penal e, após o oferecimento de denúncia, de suspensão condicional do processo, apenas sendo vedado pagamento de cesta básica ou outras prestações pecuniárias, conforme se depreende do teor do art. 17, pois o propósito da norma desse artigo é fazer com que o agressor cumpra pena de caráter pessoal, ou seja, privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Há grande discrepância entre doutrinadores e diversos profissionais do Direito acerca da omissão da norma em relação às contravenções penais. Alguns alegam que não se deve levar em conta a falha gramatical, e, sim, fazer a real interpretação teleológica da lei, a qual levaria a abranger na vedação tanto os crimes quanto as contravenções. Todavia, não se deve olvidar de que, na existência de dúvida, o correto a ser feito é considerar a

acepção que beneficie o réu, independentemente de quão delicada seja a situação.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, por meio de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), sobre tal questão e declarou constitucional o artigo 41 da Lei Maria da Penha, asseverando que é constitucional o afastamento das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, bem como decidiu, por controle difuso, que tais institutos despenalizadores devem ser afastadas das contravenções penais praticadas em situação de violência doméstica contra mulheres.

2. 3 SUJEITOS PASSIVO E ATIVO

Apesar de na letra da lei serem mencionadas como vítimas somente as mulheres, a abrangência da norma vai além dessa determinação, como entende a jurisprudência, pois não há motivo para deixar de fora da proteção legal as pessoas que se reconhecem como mulheres. Muitos doutrinadores já deliberaram sobre isso, como é o caso de Maria Berenice Dias:

O parágrafo único do artigo 5.º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. O preceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família alcançando as uniões homoafetivas. (...) Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção (2007, p. 35).

Logo, para ser beneficiário da lei, a condição necessária é ser mulher, satisfazendo tal exigência não somente a característica biológica, mas também o anseio de viver e ser aceito como sendo do sexo feminino. São considerados sujeitos passivos para efeitos da Lei Maria da Penha: mulheres, transexuais, travestis, que tenham identidade feminina, e as pessoas hermafroditas.

Já no que diz respeito ao sujeito ativo, faz-se importante destacar esta avaliação de Maria Berenice Dias:

Tanto pode ser um homem como outra mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor (2007, p. 41).

Assim, percebe-se que, para ser sujeito ativo na esfera da lei em tela, apenas se deve certificar se o agente praticou ilícito penal no âmbito de relação doméstica, ou de relação familiar, ou, ainda, de relação de intimidade.

2. 4 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Há nos artigos 5º e 7º, ambos da Lei nº 11.340/06, excelente conceito de violência doméstica, por isso é essencial que as suas interpretações sejam realizadas juntamente. O art. 5º evidencia que para estar abrangida pela Lei Maria da Penha a infração penal deve ocorrer no âmbito doméstico, ou envolver relação familiar, ou relação íntima de afeto. Nesse artigo de lei há sua definição e sua abrangência. Ademais, o art. 7º determina que para restar configurado ilícito penal em situação de violência doméstica, a conduta, que pode ser comissiva ou omissiva, deve causar dano à vítima, podendo ser contra a sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

Pedro Rui da Fontoura Porto ensina que a ação ou a omissão das formas previstas no art. 7º deve ocorrer conforme as modalidades descritas no art. 5º, para que assim reste-se disposto à maneira da Lei Maria da Penha:

A configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, todavia, não prescinde da presença simultânea e cumulativa de qualquer dos requisitos do art. 7º em combinação com algum dos pressupostos do art. 5º da mencionada lei. Assim, somente será violência doméstica ou familiar contra a mulher aquela que constitua alguma das formas dos incisos do art. 7º, cometida em qualquer das situações do art. 5º. (...) Mas se qualquer dessas formas de violência contra a mulher não for praticada nesses âmbitos ou em razão de relações afetivas atuais ou pretéritas, já não se poderá falar em violência contra a mulher, com a característica especializante de que aqui se cuida (2007, p. 24-5).

Por isso se faz necessária a compreensão contígua das normas de ambos artigos da lei, uma vez que, na ausência de disposição de um deles, o outro não terá préstimo se interpretado sozinho.

3 MECANISMOS DE PROTEÇÃO QUE A LEI Nº 11.340/06 OFERECE ÀS VÍTIMAS

A Lei nº 11.340 assegura medidas protetivas de urgência, as quais encontram-se expostas nos artigos 22 a 24 e são as determinações mais eficazes, como forma de proteção às ofendidas, trazidas por esse preceito legal, sendo elogiadas pelos doutrinadores, como evidencia Nilo Batista:

Certamente o setor mais criativo e elogiado da lei reside nas medidas protetivas de urgência. Ali estão desenhadas diversas providências que podem, no mínimo, assegurar níveis suportáveis do encaminhamento de solução para conflitos domésticos e patrimoniais (2007, p.12).

Tais medidas profiláticas possuem cautelaridade, isto é, elas têm por objetivo a garantia do desenvolvimento do processo de modo que não ocorram mais agravos às vítimas e, também, à pretensão punitiva do Estado. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto ressaltam:

As medidas elencadas neste dispositivo são adjetivadas pelo legislador como de urgência, assim como aquelas previstas no art. 23 e 24 da lei. Analisando as cautelares em geral, salienta Antonio Scarance Fernandes que “são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa (2012, p. 135).

Já no que diz respeito à aplicação das medidas, elas podem ser concedidas pelo Juiz, a requerimento de representante do Ministério Público ou da própria ofendida. Ao ser realizado tal pedido, o Magistrado terá o prazo de 48 horas para decidir sobre deferimento ou indeferimento do rogo, comunicar o MP e, se for necessário, encaminhar a vítima a órgão de assistência judiciária.

Vale destacar que as medidas podem, mesmo sem manifestação do representante do MP ou realização de audiência entre as partes, ser concedidas imediatamente pelo Juiz. Essas determinações encontram-se nos ar-

tigos 18 e 19 da lei em tela. Ainda, ao ofensor que descumprir as medidas impostas, a lei prevê a prisão em três hipóteses: prisão em flagrante, prisão preventiva e, por último, prisão por condenação com trânsito em julgado.

3. 1 MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

Há, no artigo 22 da Lei Maria da Penha, rol de medidas que obrigam os agressores a certas condutas, mas somente serão aplicadas quando for necessário e, mormente, para benefício das vítimas, uma vez que, além de assegurar a ordem pública, elas visam à garantia da integridade física, psicológica, moral e material da ofendida e de sua família. Tal artigo de lei não é exaustivo, sendo facultado ao Juiz, quando houver necessidade, aplicar outras medidas que favoreçam a segurança das ofendidas, conforme se retira de seu § 1º e da doutrina de Maria Berenice Dias:

As medidas protetivas que obrigam o agressor não impedem a aplicação de outras, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem. Deve o Ministério Público ser comunicado das providências tomadas (arts. 18, III, e 19, § 1º), podendo requerer o que entender cabível para a efetividade da tutela deferida (2007, p. 83).

Essas medidas cautelares poderão ser aplicadas de maneira simultânea ou não, conforme determinação do *caput* do artigo 22, o qual trouxe tal situação de maneira expressa.

O inciso I do artigo 22 discorre acerca de possível suspensão da posse ou restrição do porte de armas, o que poderá ser determinado pelo Magistrado. Quando se tratar de “suspensão da posse da arma de fogo”, deverá ser determinada busca e apreensão da arma, uma vez que é a única maneira de se concretizar a suspensão. Até aqui, no inciso em questão, deduz-se que a restrição ou a suspensão se refira a arma de fogo registrada e, quando necessário, com autorização para o porte. Contudo, se o autor do fato possuir arma de fogo ilegalmente, deverá ser determinada, de modo imediato, a busca e a apreensão dela e ele ainda estará sujeito a responder criminalmente por ilícitos da Lei nº 10.826/03.

Prima-se a doutrina de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Ressaltamos, em acréscimo, que o conceito de “arma de fogo” deve ser alargado para incluir, também, “acessório” ou

“munição” e “artefato explosivo ou incendiário”, cuja posse irregular também configura crime (respectivamente, arts. 12 e 16, III, da Lei 10.826/2003); e mesmo “brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo”, cuja fabricação, venda, comercialização e importação são vedadas pelo art. 26 do Estatuto (2012, p. 137).

Qualquer artefato ou até mesmo réplicas de armamentos podem ser utilizados como forma de intimidar as vítimas de violência doméstica, devido a isso há a importância de ser determinada a apreensão de tais objetos, restando aos magistrados arbitrar sobre essa questão.

No inciso II, há o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Nesse caso, tal medida serve para findar com as agressões sofridas pela mulher, o que a torna uma das medidas de maior relevância.

Já no inciso III, existe a proibição de determinadas condutas, sendo elas: aproximação da ofendida, seus familiares e testemunhas; contato com eles por qualquer meio de comunicação; e frequência de determinados lugares. A respeito dessa norma, Pedro Rui da Fontoura Porto salienta que:

As medidas acima elencadas, conquanto possam prevenir crimes e serem eficazes na proteção das vítimas reais e potenciais, esbarrarão, sem dúvida, nas dificuldades estruturais do Estado em implementá-las. (...) Isso não significa afirmar que tais medidas – de mais difícil fiscalização – não possam ou devam ser deferidas, mas apenas que sua imposição deve ser mais refletida, para não cair em injunções utópicas, próprias de países de primeiro mundo, mas inúteis em face de uma realidade estatal modesta e improvisada (2007, p. 95-96).

Sabe-se que nem sempre o cumprimento dessas limitações será executado pelos agressores, portanto, nesses casos, os Magistrados poderão aplicar medidas mais certas, como, por exemplo, proibir o autor do fato de transitar pela rua onde está situada a residência da vítima.

No tocante à norma do inciso IV, há restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar. Tal medida deverá ser deferida somente quando as agressões forem praticadas contra os dependentes menores. Não há motivo para deferi-la

quando a violência tiver ocorrido contra a mãe, apenas deverá ser estabelecido horário de visitas e restrição quanto ao lugar.

O inciso V traz a possibilidade de Juiz Criminal ou de Juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher fixar, junto ao deferimento de qualquer outra medida, os alimentos provisionais ou provisórios. A aplicação dessa medida é fundamental, pois muitas mulheres, por não possuírem renda própria, aceitam ser vítimas de agressões perpetradas por seus maridos.

Além disso, vale ressaltar que as medidas cautelares do art. 22 objetivam evitar que os agressores se prevaleçam de atitudes dominadoras para, ao longo da persecução penal, coagirem as vítimas e as testemunhas. Deste modo, as medidas protetivas poderão ter eficácia até o desenlace do processo criminal, podendo ser revistas ou novamente concedidas, conforme preceitua o § 3º do art. 18 da lei debatida.

3. 2 MEDIDAS QUE PROTEGEM A VÍTIMA

Com o desígnio de prestar auxílio às vítimas de violência doméstica ou familiar, o legislador trouxe institutos que possibilitam às ofendidas reorganizarem-se e viverem uma vida sem violência.

Nos artigos 23 e 24 da Lei nº 11.340/06, o intento diz respeito apenas à ofendida, não interferindo, de maneira direta, nas atitudes do autor dos fatos. Evidencia-se que praticamente todas as medidas que protegem as mulheres serão aplicadas simultaneamente com aquelas que obrigam os agressores, para que se assegure, de maneira absoluta, o bem-estar das vítimas. Veja-se o teor dos artigos acima mencionados:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher,

o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procaurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Percebe-se que as medidas que protegem a ofendida são instrumentos fundamentais à proteção das mulheres vitimadas pela violência doméstica ou familiar, uma vez que elas também se destinam ao auxílio de situações específicas de relações familiares e, ainda, de questões de cunho patrimonial.

Destarte, constata-se que as medidas protetivas acima descritas objetivam a assegurar a incolumidade da mulher na esfera de suas relações familiares, por isso destaca-se o ensinamento de Leda Maria Hermann:

os artigos 23 e 24, pela natureza das medidas que estabelecem, são mais compatíveis com processos cíveis. Aplicam-se, principalmente, a situações de violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da conjugalidade ou relações afins, com ou sem coabitação, embora a regra não seja absoluta (2008, p. 196-197).

Assim, seguindo o mesmo contexto, a norma do art. 33 desse diploma legal declara que, não havendo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em determinada comarca, as varas competentes serão as criminais. Faz-se importante destacar a doutrina de Maria Berenice Dias:

A Lei Maria da Penha repudiou os Juizados Especiais Criminais para apreciar a violência doméstica, tanto que criou Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs. Além de expressamente afastar a incidência da Lei 9.099/1995, deslocou a competência para as Varas Criminais, enquanto não estruturados os JVDfMs (art. 33). Mas foi além. Vedou a aplicação de penas restritivas de direitos e conteúdo econômico, como a entrega cestas básicas e o pagamento de multa (art. 17) (2007, p. 118-119).

De maneira indubitável, um dos maiores progressos trazidos pela Lei nº 11.340 foi o fato de concentrar somente em um processo judicial os litígios cíveis e as ações penais, uma vez que, dessa forma, as vítimas possuirão, ao mesmo tempo, todas as ferramentas de defesa dos direitos das mulheres.

3. 3 MEIOS DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha trouxe meios de precaução que servem para reduzir o índice de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, e não somente recursos para punir os sujeitos ativos de eventuais infrações penais que forem praticadas no âmbito desse diploma legal. As normas aduzidas em seus artigos 22 a 24 se restringem a servir como garantias às vítimas efetivas, porém, nas diversas determinações expostas na aludida lei, encontram-se outras medidas de proteção que não se limitam a casos específicos e prescrevem possíveis vias de solução ao problema.

No artigo 35 da Lei 11.340, resta-se demonstrado que o Estado poderá criar ou promover determinados métodos que controlem ou, quiçá, erradiquem as violências perpetradas contra as mulheres. Veja-se:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Seguindo o mesmo norte, há, no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal (1988), norma asseguradora de semelhante ideia:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A imprecisão do artigo 35, acima mencionado, ao usar a expressão “poderão”, resta-se reparada pela norma constitucional, uma vez que ela assegura a incumbência que o Estado possui de coibir a violência na esfera familiar.

É certo que não se pode fechar os olhos para a realidade brasileira, uma vez que, em várias cidades, não há outorga de serviços especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, devido a falta de recursos, os quais deveriam ser oferecidos pelo Estado. Nessas circunstâncias, para garantir a efetividade dessa norma, poderá o Ministério Público, ao perceber inércia do poder público em relação à criação ou promoção dos institutos dos incisos do art. 35, ajuizar medida judicial cabível, conforme se retira do art. 37 do diploma legal em pauta.

4 A ATIPICIDADE DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE PROTEÇÃO

4.1 ACERCA DOS CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Os Juízes de Direito, na maioria das vezes, ao deferirem e expedirem as medidas protetivas, advertem que eventual descumprimento importará em crime de desobediência. Havendo a prática da não observância de comando, os representantes do Ministério Público, comumente, oferecem denúncia contra os desobedientes com fulcro no art. 330 ou no art. 359, ambos do Código Penal. Veja-se o teor dos referidos artigos do CP:

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito

Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou

múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Ao se reconhecer o teor de tais artigos, faz-se imprescindível realizar

suas análises de modo que facilite a compreensão particular de cada um. No que diz respeito ao artigo 330, o jurista Fernando Capez aduz:

Para que exista o crime de desobediência é necessário que haja ordem legal emanada de funcionário público competente. Não se cuida aqui de pedido ou solicitação, por exemplo, promotor de justiça que, mediante ofício, solicita documentos. É necessário que haja uma ordem, uma determinação expressa, e que esta seja transmitida diretamente ao destinatário, isto é, àquele que tenha o dever de obedecê-la. Se o destinatário não foi devidamente cientificado, não se poderá falar no delito em tela (2009, p. 498).

Já no que refere ao artigo 359, o exímio Procurador de Justiça Rogério Greco manifesta que “caso a desobediência diga a respeito a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, terá aplicação, em virtude da adoção do princípio da especialidade, o art. 359 do Código Penal” (2013, p. 523).

Logo, percebe-se a infração penal tipificada no artigo 330 do Código Penal é genérica e ocorrerá quando não for atendida a ordem legal emanada de funcionário público competente, bastando para isso que o eventual infrator esteja ciente de tal ordem. Outrossim, verifica-se que a desobediência do artigo 359 do CP é específica, possuindo, como elementos especificantes, o exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus, somados com o que o indivíduo foi submetido a obedecer, bem como se ocorreu por decisão judicial.

Além disso, destaca-se a decisão da Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acerca do Recurso Crime nº 71004374930, a qual expõe:

APELAÇÃO-CRIME. EXERCER DIREITO A QUE FOI PRIVADO POR DECISAO JUDICIAL, ARTIGO 359 DO CP. CAPITULAÇÃO INCORRETA. DECISÃO DE AFASTAMENTO DO LAR, DECORRENTE DA LEI MARIA DA PENHA. DESCLASSIFICAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. MÉRITO. 1. Configurada a desobediência a ordem judicial de afastamento do lar advinda da Lei Maria da Penha, a capitulação correta é a do artigo 330 do CP e não a do artigo 359 do mesmo diploma, por não se tratar de exercício de direito privado, mas de efetiva desobediência a comando judicial. 2. Competência da Turma Recursal Criminal para julgamento do delito de deso-

bediência, ainda que originado de violação à medida protetiva por violência doméstica, vez que a vítima é a administração pública e não a parte protegida. 3. Conduta de desobediência que se reconhece atípica. A Turma Recursal passou a adotar entendimento de que, como a Lei n. 11.340/06 prevê, para a hipótese de descumprimento de medida protetiva, a possibilidade de prisão preventiva, impraticável cumular-se a aplicação do art. 330 do Código Penal. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004374930, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 13/05/2013)

Assim, constata-se que, apesar de ainda haver Promotores de Justiça que oferecem denúncia por desobediência de medida protetiva da Lei Maria da Penha com fulcro no artigo 359 do Código Penal, os tribunais têm decidido que a capitulação correta é a do artigo 330 do mesmo Codex, uma vez que não se trata de exercício de direito privado, porém de efetiva desobediência a mando de Juiz de Direito.

4.2 POSICIONAMENTO PELA CONFIGURAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA EM SEDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Atualmente, apesar de muito se falar sobre a não-configuração da desobediência quando descumpridas as medidas protetivas da Lei nº 11.340/06, ainda há posicionamento favorável à sua configuração, posicionamento, este, geralmente vago, mas com a alegação de que – tendo em conta a independência entre seara penal e cível – a previsão legal de medidas extrapenais não descaracteriza a desobediência.

Seguindo o mesmo norte, o brilhante jurista Guilherme de Souza Nucci afirma que "não se pode excluir a configuração de crime de desobediência, por parte do agente agressor, se, por exemplo, insistir em se aproximar da vítima, fora do limite mínimo previsto pelo magistrado." (2012, p. 1057)

Indo ao encontro da doutrina do citado desembargador, há a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acerca da Apelação Criminal nº 70061029567, que aduz:

APELAÇÃO-CRIME. DESOBEDIÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. TIPICIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. Não apenas o aumento da vulnerabilidade da mulher deve ser levado em conta para o reconhecimento da tipicidade das condutas do agente que descumprir as medidas protetivas previstas na Lei Maria da

Penha, nas iras do art. 359, do CP, mas também a necessidade de atendimento à tutela jurisdicional, de modo a garantir o prestígio à moralidade e probidade administrativa. Recebida a denúncia que imputou ao réu o crime do art. 359, do CP. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70061029567, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 25/09/2014)

Todavia, tal posicionamento não merece prosperar. Sabe-se que, se o suposto agressor descumprir as medidas a que foi coagido, poderá ser decretada prisão preventiva. Contudo, a prisão pelo descumprimento da ordem de afastamento reveste-se de caráter extrapenal, como meio de execução da ordem da autoridade, afastando a tipicidade da conduta. Com toda vênia da posição contrária, para restar configurada a desobediência, não basta somente o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo imprescindível a inexistência de previsão de sanção específica no caso de seu descumprimento.

4.3 NÃO-CONFIGURAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

Para haver configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que não exista previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, exceto quando a norma admitir expressamente cumulação.

Certifica-se que a medida protetiva de urgência não é uma ordem legal emanada da autoridade judiciária, muito menos preceito cautelar desamparado, a reclamar a base vaga e indeterminada do artigo 330 ou do artigo 359, ambos do Código Penal.

Pois a Lei nº 11.340/06 dispõe de medidas extrapenais para soluções de casos de descumprimento de ordem judicial, bem como prevê medidas de proteção às ofendidas, tornando, dessa maneira, inviável a responsabilização dos agressores pelos ilícitos penais descritos nos artigos 330 e 359, ambos do CP, uma vez que não há delito de desobediência quando lei, que possui teor não penal, prescreve penalidade administrativa, civil ou processual.

O ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, acerca de crime de desobediência, foi claro ao proferir seu voto. Veja-se:

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento (HC 22.721/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 30.06.03).

Seguindo o mesmo norte, o aclamado jurista Damásio de Jesus salienta:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexistente o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência. Isso porque a norma extrapenal prevê uma sanção administrativa e não ressalva a dupla penalidade (2002, p. 219).

Se determinado preceito legal, por desobediência de ordem lícita, prescrever sanção administrativa ou civil, é inconcebível a caracterização do delito em questão, exceto se esse preceito testificar a contingência de cumulação de emprego do artigo 330 e, também, do artigo 359, ambos do Código Penal.

Evidencia-se a decisão de Celso de Mello, eminente ministro do Supremo Tribunal Federal:

Cominação de multa diária *astreinte*, se desrespeitada a obrigação de não fazer imposta em sede cautelar. Inobservância da ordem judicial e consequente descumprimento do preceito. Atipicidade penal da conduta. *Habeas Corpus* deferido. Não se reveste de tipicidade penal. Descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária *astreinte* fixada pelo

magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência (STF - 2ª T.; HC nº 86.254-3-RS; Rel. Min. Celso de Mello; j. 25/10/2005; v.u.).

Outrossim, no artigo 536 do Novo Código de Processo Civil, há a possibilidade de o Magistrado determinar as medidas cabíveis – e necessárias – para assegurar o cumprimento, por parte do agressor, de eventual obrigação. Veja-se o teor do referido artigo:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Logo verifica-se que o delito de desobediência faz-se inflição genérica e abstrata, isenta de sanção específica, bem como os autores dos fatos serão informados, por intermédio de oficiais de justiça, no momento de suas respectivas intimações, acerca de medidas protetivas de urgência, que, eventual descumprimento das medidas profiláticas, fará com que o desobediente submeta-se a imposição de multa *astreinte* – multa cominatória devido atraso –, a expedição de MBA, decretação de prisão preventiva etc.

Seguindo mesmo contexto, a decisão da 1ª Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acerca do Habeas Corpus nº 0013752-49.2014.8.19.0000, expressa:

Com efeito, se descumprida a ordem judicial consistente em cumprir determinada medida protetiva, será cabível sua penalização proporcional e gradativa, prevista na lei de regência, com a imposição de multa por tempo de atraso (*astreintes*), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, e ainda requisitar auxílio da força policial, bem como decretar a prisão preventiva, se for o caso, a depender das consequências e gravidade desse desatendimento à ordem judicial. Destarte, a existência de sanção processual cautelar,

inclusive com a decretação de prisão preventiva, isto é, privação antecipada da liberdade do agressor que descumprir a ordem judicial, bem assim a ausência de ressalva expressa de cumulação das sanções penal e extrapenal, afastam o crime de desobediência. Dessa forma, atípica a conduta do acusado que descumpra medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha, não podendo ser punido pelo crime de desobediência. (HC nº 0013752-49.2014.8.19.0000, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Siro Darlan de Oliveira, Julgado em 11/06/2014)

Por sua vez, o brilhante mestre Pedro Rui da Fontoura Porto frisa:

Tais requisitos, por certo, são cumulativos, sendo necessário, antes de recorrer à medida extrema da custódia celular, esgotar-se medidas menos severas, previstas no art. 22 da LMP, uma vez que, assim como os JECRIMs teriam banalizado a violência contra as mulheres, é preciso evitar agora que a Lei Maria da Penha banalize as prisões preventivas dos homens. O legislador até previu a aplicação da *astreintes*, busca e apreensão e medidas cíveis de execução específica da obrigação, com aplicação subsidiária do CPC, conforme art. 22, § 4º, da LMP. Nesse caso, desobedecida alguma ordem judicial, antes da prisão preventiva, pode o juiz estabelecer multas diárias ou por ocorrência de descumprimento. Todavia, haverá momentos em que a prisão preventiva será necessária, mesmo em face de lesões leves ou ameaças sérias, pois não se pode mais incorrer em autêntica “crônica de uma morte anunciada” para deixar a vida ou a integridade física da mulher a alvedrio de seu autopropalado algoz. Quando as demais medidas não tiverem êxito, e o agressor venha transitando uma via de crescente ameaça à incolumidade ou à vida da vítima, a prisão cautelar se impõe como *ultima ratio*, para evitar desdobramentos de atroz gravidade (2007, p. 106).

Ainda, destaca-se que a Lei Maria da Penha pode ensejar a prisão preventiva do agressor inclusive no curso da investigação criminal quando ocorrer descumprimento das medidas protetivas de urgência, devido a sua progressividade e também a compreensão contígua de seus artigos 19 e 20.

No caso das medidas protetivas de urgência, tanto a Lei nº 11.340/06 como a Lei nº 12.403/11, que alterou o CPP, trazem sanção peculiar e preventiva para a circunstância de seu inadimplemento. Destarte, observa-se os artigos 20 e 22, § 4º, da Lei nº 11.340/06:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

(...)

§4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

E também o Código de Processo Penal em sua redação dada pela Lei nº 12.403/11:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Assim percebe-se que a lei em estudo permite a decretação de prisão preventiva de maneira a garantir a proteção das vítimas de violência doméstica ou familiar. Entretanto, retira-se de uma análise do Código de Processo Penal que a decretação de custódia cautelar está submetida a preencher os pressupostos do artigo 312 do CPP, o que não a deixa ser uma medida automática frente ao descumprimento de condições das medidas profiláticas. Veja-se o íntegro teor do aludido artigo:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Indo mais além, resta-se claro que as medidas previstas na Lei Maria

da Pena são cautelares progressivas, ou seja, possibilitam a decretação de prisão preventiva quando outros institutos forem descumpridos ou insuficientes à garantia da incolumidade física, psicológica ou patrimonial da vítima.

Seguindo mesmo paradigma, há a decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca da Apelação Criminal nº 70054804299, que manifesta que “o descumprimento de medidas protetivas impostas com base na Lei Maria da Pena não configura o ilícito de desobediência, haja vista que as medidas previstas na Lei nº 11.340/2006 são cautelares progressivas” (2014).

E há decisão mais recente da Quarta Câmara Criminal do TJRS, acerca da Apelação Criminal nº 70074142860, que expõe:

APELAÇÃO CRIME. DESOBEDIÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. FATO ATÍPICO. POSICIONAMENTO DA CÂMARA ALTERADO. PRECEDENTES DO 2º GRUPO CRIMINAL DESTES TRIBUNAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O descumprimento de medidas protetivas deferidas em favor da vítima, fundada na Lei Maria da Pena, não tipifica os crimes dos artigos 330 ou 359 do Código Penal, pois tais medidas são progressivas, facultado ao juiz, inclusive, a decretação da prisão preventiva do ofensor. Assim, prevista, na própria legislação, sanção para o descumprimento das medidas protetivas, inviável punição pelo mesmo fato. Rejeição mantida. Apelo improvido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70074142860, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 20/07/2017)

Corroborar-se que as medidas protetivas promovidas pela Lei nº 11.340 são cautelares, uma vez que protegem as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. São, outrossim, progressivas, pois podem progredir até a prisão preventiva dos agressores se medidas mais brandas não forem hábeis para garantir a proteção das ofendidas.

Por seu turno, e de modo didático, o criminalista Cezar Roberto Bitencourt ensina:

Quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexistente crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial

de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio* (2014, p. 1433-1434).

E, recentemente, acerca do Habeas Corpus nº 394.567, Maria Thereza de Assis Moura, ministra do Superior Tribunal de Justiça, decidiu:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. LEI MARIA DA PENHA. POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O trancamento da ação penal em habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória. 2. Na espécie, o descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do artigo 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida. 3. Ordem concedida a fim de reconhecer a atipicidade da conduta irrogada ao paciente pelo crime de desobediência, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, que rejeitou em parte a denúncia. (HC 394.567/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 09.05.2017)

Diante disso, vale destacar, por outra vez, que a prisão preventiva não tem por objetivo penalizar o infrator em face do descumprimento das medidas protetivas, porém somente assegurar a integridade da vítima da violência doméstica, uma vez que tais institutos profiláticos trazidos pela Lei Maria da Penha são cautelares progressivos e autorizam a aplicação de medida mais gravosa. Assim, não se trata de penalidade àquele que des-

cumpra a ordem judicial, mas de um meio de garantir a segurança da ofendida, isto é, de uma medida eficaz que compila os autores dos fatos a cumprirem os termos de eventual ordem judicial.

Ainda, o profissional do Direito deve agir com o máximo de cuidado em cada situação em que atue, por isso faz-se de grande relevância destacar a doutrina de Cesare Beccaria:

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a **ideia da força e do poder, em vez da justiça**, é que se tiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas (2007, p. 27). (g. n.)

Em meados do século XVIII, Beccaria evidenciava as imperfeições do sistema criminal de sua época e, a partir de suas críticas, castigos descomedidos se tornaram alvo de refutação por juristas. Destarte, no presente estudo, tal crítica ainda merece reconhecimento, uma vez que impelir eventual agressor a cumprir ordem judicial e, havendo por ele o descumprimento de tal ordem, torná-lo polo passivo de um processo criminal é de um poder excessivo e extremamente desproporcional ao caso.

Então, pode-se dizer que, a partir do momento que o ofensor seja forçado ao cumprimento da ordem de afastamento mediante a prisão, não ocorre a desobediência, ou seja, é afastada a persecução penal, seja com base no artigo 359, seja no artigo 330, ambos do *Codex Penal*.

Por fim, resta-se claro que o tipo penal de desobediência, no âmbito da Lei Maria da Penha, apenas configurar-se-á quando não existir medida eficaz a impelir o agente a cumprir ordem da autoridade competente, pois, assim, tratar-se-á de um instrumento que poderá puni-lo pelo descumprimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que a Lei Maria da Penha surgiu como intento de salvaguardar mulheres que por séculos sofreram violenta opressão por parte

da grande maioria dos homens, devido à subsistente cultura machista. Contudo, os homens não são os únicos possíveis sujeitos ativos no âmbito da Lei nº 11.340/06, pois é óbvio que uma mulher também pode agredir outra de suas iguais, bastando somente, para essa agressão ser abarcada pelo manto da aludida lei, que exista vínculo de relação doméstica, ou de relação familiar, ou, ainda, de relação afetiva entre ambas.

Importa referir que são encontradas, no esqueleto da lei em tela, diversas ferramentas que servem como escudo à vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher, as quais obrigam o agressor limitar-se a determinadas condutas, bem como protegem a mulher vitimada, não apenas fisicamente, mas também moralmente, psicologicamente e patrimonialmente, garantindo, inclusive, a segurança de seus familiares.

As medidas protetivas disseminadas pelo corpo da Lei Maria da Penha são cautelares, porque servem como instrumento de proteção preventiva e acessória, e também são progressivas, uma vez que podem progredir até prisão preventiva. Indo mais além, pode-se afirmar que tais medidas são cautelares progressivas, pois propiciam a prisão preventiva do ofensor, na hipótese de não haver medida mais amena a ser adotada, como forma de garantir a incolumidade física, moral, psicológica ou patrimonial da ofendida.

Infere-se, então, que, se o agente acabar descumprindo as medidas a que foi coagido, poderá ser decretada sua prisão preventiva. Logo, vale lembrar que essa prisão é revestida de caráter extrapenal, porque ela é usada como forma para execução da ordem do Magistrado, além de servir como proteção à vítima, o que torna atípico o fato de o agente ter desobedecido as medidas a que estava sendo forçado a se submeter.

Por fim, conclui-se que, enquanto existir medida que impila o sujeito ativo a obedecer determinada ordem, não ocorrerá a configuração da desobediência no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que o referido crime somente restará configurado quando não houver instrumento coagindo o ofensor a cumprir mando de Juiz de Direito, ou seja, resta-se claro que a precedente privação de liberdade do agente que desobedece ordem judicial, ou a existência de tal sanção processual cautelar, simultaneamente com a falta de preceito que assegure expressamente a cumulação das sanções penal e extrapenal faz com que a desobediência genérica e a desobediência específica não remanesçam configuradas.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely Souza de. **Femicídio – algemas (in)visíveis do público-privado**. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil**. In: Adriana Ramos de Mello. (Org.). Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689/1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006)**: conheça a lei que protege as mulheres da violência doméstica ou familiar. Disponível em: http://www.mulheresdireitos.org.br/publicacoes/LMP_web.pdf. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei nº 11.340/2006**. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 25/07/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 22721SP. Paciente: Amaury de Assis Ferreira Júnior. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 30 de junho de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 394567SC. Paciente: Lindomar Castilho dos Santos Rosa. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 09 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 86.254-3RS. Paciente: Anderson Peixoto Martins. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de setembro de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 4ª. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei como nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra A Mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº 0013752-49.2014.8.19.0000. Paciente: Luismar Martins Bucker. Relator: Siro Darlan de Oliveira. Rio de Janeiro, 11 de junho de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Crime. Apelação Criminal nº 70054804299. Apelante: João Carlos Bento da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 17 de julho de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Crime. Apelação Criminal nº 70061029567. Apelante: Ministério Público. Apelado: Leonardo Barreiro Simões. Relator: Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, 25 de setembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Crime. Apelação Criminal nº 70074142860. Apelante: Ministério Público. Apelado: Walter Pereira Castro. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Porto Alegre, 20 de julho de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Crime. Recurso Crime nº 71004374930. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Amarildo Cleomar Ponciano. Relator: Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, 13 de maio de 2013.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM OLHAR SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL¹

Jaíse Burtet²

RESUMO: As audiências de custódia restaram implantadas no Brasil por meio da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, após muita discussão acerca da hierarquia que os diplomas internacionais sobre direitos humanos ocupam no nosso ordenamento doméstico. Assim, o trabalho se propôs a abordar o controle de convencionalidade do instituto, além de expor, de maneira crítica, as suas principais finalidades, confrontando-as com alguns resultados práticos encontrados, os quais desvelam a cultura punitivista que permeia o nosso Poder Judiciário. Pelo exposto, defendeu-se a possibilidade de a audiência de custódia contribuir para a modificação do cenário do superencarceramento, bem como da violência institucionalizada, mas não sem se olvidar da capacidade de banalização do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Controle de Convencionalidade. Cultura punitivista. Superencarceramento. Violência institucionalizada.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Convencionalidade da Audiência de Custódia. 3 Da Audiência de Custódia. 4 Problemática em torno da Audiência de Custódia. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a audiência de custódia, para muito além de tão somente se expor as suas finalidades, bem como o seu caminho até a efetiva implantação, pressupõe uma necessária análise acerca de todo o sistema carcerário brasileiro.

Assim, na contramão do senso comum majoritário, o problema proposto consiste na demonstração do encarceramento em massa como um fator decisivo para o ciclo pernicioso de violência, razão pela qual a prisão

¹ Trabalho acadêmico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, avaliado com grau 10 pela banca examinadora na data de 31/07/2017.

² Advogada e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). E-mail: ja_burtet@hotmail.com

como *ultima ratio* do sistema cautelar precisa ser compreendida de uma vez por todas.

Os motivos deste trabalho situam-se na perspectiva de se conferir esta outra ótica para o ciclo da violência no Brasil, colocando-se a necessidade de limitação do poder estatal como um meio realmente eficaz para a garantia de uma sociedade mais pacífica, uma vez que todos os outros métodos falharam, em que pese não haja a devida reflexão sobre o ponto.

A relevância do tema consiste, portanto, na tentativa de se efetuar um exercício de desconstrução de conceitos pré-determinados, apontando-se a seletividade do sistema penal como um fator responsável pelo problema do superencarceramento, sendo o advento das audiências de custódia mais uma tentativa de resguardo do Estado Democrático Brasileiro, malgrado todos os percalços pelos quais o instituto vem passando desde a sua implantação.

Assim, o que se pretende demonstrar é qual a hierarquia que os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil têm no âmbito da nossa legislação interna, sobretudo no que tange àqueles que digam respeito aos direitos humanos, a partir de um olhar crítico sobre a cultura punitivista brasileira, responsável pelos principais entraves no tocante ao cumprimento da norma internacional.

Pelo exposto, será feita uma análise jurídico-doutrinária acerca das disposições dos Tratados internacionais à luz da nossa Constituição Federal, cotejando-se os achados com a jurisprudência atual sobre a audiência de custódia, ao passo que serão também expostos os principais objetivos do instituto, ao lado das inúmeras tentativas de seu esvaziamento pela prática judiciária e também pelos Projetos de Lei que supostamente se prestariam a regulamentá-lo.

2 CONVENCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia vem enfrentando desafios das mais variadas estirpes, os quais vão desde o problema (de sempre) de estruturação do aparelho estatal, até a dificuldade de interpretação e aceitação dos tratados internacionais como impositivos ao ordenamento jurídico interno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário,

traz em seu artigo 7.5 o comando o qual deixamos de seguir por muito tempo, qual seja, o de conduzir a pessoa presa, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais³.

Contudo, uma vez que o Brasil ratificou a CADH no ano de 1992, mas que o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal (CF)⁴ – que determina sejam os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados em quórum qualificado equivalentes às emendas constitucionais – foi inserido na Carta Magna somente no ano de 2004, para um impasse acerca de qual é, afinal, a natureza jurídica da CADH e, portanto, se ela seria realmente impositiva ou não para o Brasil.

Dentre comemorações de uns e protestos de muitos outros, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vêm tomando suas decisões acerca do tema, questões que serão agora analisadas, traçando-se uma linha do tempo desse processo desde a CADH até a implantação das audiências de custódia, sobretudo por meio da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mas cuja implementação ainda não é efetiva no Brasil.

2.1 DA PREVISÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS À AUTOMÁTICA INTEGRAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Na medida em que o Brasil ratificou diplomas internacionais, mormente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵ e a CADH, acabou por incorporar a normatividade convencional ao seu ordenamento jurídico doméstico, “obrigando-se a cumprir e fazer cumprir o regramento protetivo dos direitos humanos, tendo como norte, inclusive, a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte”⁶.

Desse modo, já em 1988, quando da redação primeira da nossa Constituição Federal, o parágrafo 2º, do artigo 5º restou claro no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros

3 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

5 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

6 GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.22.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁷.

Por esta razão, Flávia Piovesan⁸ pondera que a Carta de 1988 inovou ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário: “esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”.

Nesse mesmo viés, Nereu José Giacomolli⁹ argumenta que “os direitos e as garantias insculpidos nos diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, integram o denominado ‘bloco de constitucionalidade’, constituindo-se em fonte de proteção”.

Ante o exposto, constata-se que independentemente de o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal ter sido acrescido somente no ano de 2004, a CADH é, ou melhor, deveria ser de imposição automática ao ordenamento pátrio, tendo em vista que dispõe sobre direitos humanos, tendo caráter materialmente constitucional desde sempre.

Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁰ confere status constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos. A novidade aqui, no que concerne às ações do controle concentrado, é a de que são elas cabíveis fundamentadas “também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição e em vigor no País”.

Em harmonia com a tese de Mazzuoli, Mauro Fonseca de Andrade e Pablo Rodrigo Alflen¹¹ afirmam que o controle de convencionalidade pode se dar tanto em nível concentrado, como em nível difuso, a depender do procedimento tomado pelo Estado brasileiro após a ratificação: “se o texto ratificado se submeter ao procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF, haverá a possibilidade do controle concentrado; do contrário, somente pode haver o controle difuso”.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.53. ⁹ GIACOMOLLI, 2016. p.18.

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 12, n. 64, p.222-229, jul-ago 2015. p.224-225.

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.24.

Para a dupla de autores recém citada¹², é justamente essa possibilidade do controle difuso que vem embasando as diversas iniciativas do Poder Judiciário nacional com o fim de suprir a inércia do legislador.

Não obstante esteja devidamente demonstrada a necessidade de os juízes e Tribunais levarem em consideração não somente as regras domésticas, como também aquelas referentes à normatividade convencional, fato é que existe um enorme problema acerca da compreensão desse ponto.

Ainda que seja de fácil entendimento que a CADH se encontra, sim, inserta em nosso ordenamento jurídico desde a sua ratificação pelo Brasil, com efeitos imediatos, de modo que o artigo 7.5, o qual trata do que viemos a denominar de audiência de custódia, deveria ter sido respeitado desde sempre, uma gama de desculpas - porque não se pode dar outro nome a tanto inconformismo - vem sendo utilizada para que não se cumpra o comando do Tratado.

Uma vez que o nosso legislativo não se deu ao trabalho de regulamentar a audiência de custódia, acertaram os Tribunais que tentaram o fazer por meio de Provimentos Internos, assim como foram de extrema relevância as decisões do STF acerca do tema. Finalmente, a regulamentação do instituto por meio da Resolução n. 213/2015, do CNJ¹³ exerce papel crucial ante a ausência de legislação ordinária que disponha sobre a solenidade.

Nesse viés, Nereu José Giacomolli¹⁴ muito bem elucida que os juízes e Tribunais estão obrigados a avaliar, além das regras domésticas, a normatividade convencional, aplicando em cada situação processual concreta a regra que garantir maior proteção ao direito fundamental (*pro homine*).

Assim, coloca ainda o autor¹⁵: “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”.

No mesmo sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁶ esclarece que a primazia dos direitos humanos, consubstanciada no princípio internacional

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Resolução nº 213 de 15 de dezembro 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹⁴ GIACOMOLLI, 2016. p.23.

¹⁵ GIACOMOLLI, 2016. p.13.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.227.

pro homine, é uma tendência dos tempos pós-modernos, e determina que haja um diálogo entre as fontes, sopesando-se qual o melhor direito para o ser humano no caso concreto.

Pelo exposto, filia-se ao entendimento dos autores trazidos até aqui, o qual confere à CADH status constitucional, na medida em que a nossa própria Carta Magna nos permite tal interpretação.

Desse modo, conforme já afirmado, a audiência de custódia passou a ser impositiva no Brasil a partir do momento em que o país se tornou subscritor de tratados internacionais dispendo acerca da necessidade de apresentação imediata da pessoa do preso ao juiz, não bastando a mera remessa de um papel ao magistrado, que é o auto de prisão em flagrante (APF), previsto pelo artigo 306, parágrafo 1º, do nosso Código de Processo Penal (CPP)¹⁷.

Vale dizer, o artigo 7.5 da CADH é, e sempre foi, norma cogente dentro do nosso ordenamento interno. Na dúvida entre essa obrigatoriedade e o que disciplina o ordenamento doméstico, a solução encontrada deveria ter sido desde sempre aquela que melhor atendesse aos direitos do homem, em conformidade com o visto princípio *pro homine*.

2.2 DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COMO MEIO DE EFICÁCIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO INTEGRAL NO BRASIL

Perante o exposto até então, tem-se que, teoricamente, não precisaria haver alteração na nossa legislação interna para que a audiência de custódia passasse a ser realizada. Contudo, para que se coloque uma pá de cal nas irrisignações no tocante ao tema, mister se faz a sua formalização pelo Poder Legislativo.

Em igual tom, Nereu Jose Giacomolli¹⁸ registra a seguinte compreensão: “A normatividade convencional impõe ao Brasil o seu cumprimento e adaptação legislativa interna, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento dos direitos que se comprometeu a respeitar”.

Assim, dentro da vasta gama de tentativas legislativas encontradas, evidenciam-se os Projetos de Lei (PL) de iniciativa do Senado Federal, números 156/2009 e 554/2011, hoje já renumerados na Câmara dos Deputados.

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹⁸ GIACOMOLLI, 2016. p.22.

Antes mais nada, nota-se que desde 2009 existe uma tentativa no sentido de regulamentar a audiência de custódia. Ou seja, quando da reforma do CPP por meio da lei 12.403, de 2011¹⁹, já se poderia ter implantado a solenidade. Na realidade, parece que o tema da audiência de custódia está agora voga porque houve uma verdadeira imposição pelo Poder Judiciário, seja por meio das iniciativas dos Tribunais, seja pela Resolução do CNJ.

Quanto ao PL 156/2009²⁰, nasce ele em desacordo com o que dispõe o Pacto de San José da Costa Rica e com destino fadado ao fracasso, já que coloca como uma mera possibilidade ao alcance do juiz a realização da audiência de custódia, apesar de prever a figura do “juiz de garantias”.

Nesse viés, Andrade e Alflen²¹ colocam que, diante da facultatividade da apresentação do preso ao juiz, nem sequer se poderia afirmar que aquela proposição seria a precursora da audiência de custódia.

Deveras, o texto da forma como foi remetido para a Câmara não cumpre o que dispõe o artigo 7.5, da CADH e desafia todos os limites do bom senso. Parece que os nossos parlamentares querem ter o mérito pela suposta – para não dizer falsa – implementação da solenidade, sem desagradar aos que se opõem a ela.

Já o PL 554/2011²², arrastou-se pelo Senado Federal por cinco anos e, da leitura da sua redação final, observa-se que contém inúmeras falhas, a exemplo da exclusão dos demais tipos de prisão e da previsão de videoconferência, o que será tratado melhor a seguir.

Reitera-se que embora não necessitássemos propriamente de regulamentação, por se tratarem os termos da CADH e do PIDCP de norma cogente, urge que se alinhe de uma vez por todas o nosso ordenamento doméstico para que se honrem os Pactos ratificados.

No entanto, tem-se uma enorme desconfiança com relação aos aludidos Projetos, a julgar pela movimentação que o PL 554/2011 já sofreu ao

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

²⁰ BRASIL. Parecer nº 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>>. Acesso em: 15 maio 2017.

²¹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p. 33-34.

²² BRASIL. Ofício nº 1.370. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=Tramitacao-PL+6620/2016>. Acesso em: 15 maio 2017.

chegar na Casa Revisora, uma vez que restou apensado a nada menos que outros 220 projetos²³.

2.3 OS IMPORTANTES JULGADOS DO STF, A RESOLUÇÃO 213/2015 DO CN E O INCONFORMISMO DO STJ

Inicialmente, cumpre destacar que o STF vem moldando seu posicionamento ao longo dos anos. Conforme Andrade e Alflen²⁴, a reserva com relação ao cumprimento dos tratados internacionais fez com que fossem necessários vários pronunciamentos do Supremo de modo a deixá-lo patente.

Assim, conforme Wesley Sanchez Lacerda:

Para o STF (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO):

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado (art. 5º, §2º da CF) – valor supra legal;
- b) tratados de direito humanos aprovados com o quorum qualificado (art. 5º, §3º da CF) – valor de Emenda (portanto, constitucional);
- c) tratados comuns (alheios aos direitos humanos) – valor legal (equiparado à legislação ordinária);
- d) exceção – tratados sobre direito tributário (gozariam de valor supra legal por força do art. 98 do CTN)²⁵.

Não só o autor recém citado, como também a nossa Suprema Corte discordam da visão de Mazzuoli, minudenciada anteriormente. Nos julgamentos supracitados, o STF firmou a posição, portanto, de que a CADH tem valor supralegal, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

Conforme Lopes Jr. e Paiva²⁶, inobstante tenha sido uma maioria apertada que tenha decidido desta maneira, superada a divergência, “ambas as posições coincidem em um ponto crucial: a CADH é um paradigma de controle de produção e aplicação normativa doméstica”.

²³ BRASIL. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em: 15 maio 2017

²⁴ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.23.

²⁵ LACERDA, Wesley Sanchez. O controle Concentrado de Convencionalidade – da abertura principiológica ao fechamento hermético do sistema de direitos fundamentais: uma crítica à Valério Mazzuoli. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p.242.

²⁶ LOPES Júnior, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p.11-23, set./dez. 2014. p.14.

Assim, segundo Carlo Velho Masi²⁷, em novembro de 2014, o estado do Maranhão implantou a audiência de custódia por meio dos Provimentos 21 e 23/14. Contudo, foi no início de 2015 que a Presidência e a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) editaram o Provimento Conjunto n. 03/2015, o qual determinou a implementação gradativa da audiência de custódia em todo o estado de São Paulo, dando maior visibilidade ao instituto.

O mesmo autor²⁸ nos expõe que tão rápido quanto um mandado de segurança (MS) impetrado pela Associação Paulista do Ministério Público (APMP), denegado de pronto, foi o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), sob a alegação usurpação da competência legislativa.

No entanto, a ADI 5240²⁹ não somente foi rechaçada pela maioria dos Ministros, como também motivou a indicação, pelo Pretório Excelso, da adoção da audiência de custódia por todos os Tribunais do país, repisando o status supralegal da CADH.

Importante frisar ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347³⁰ ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) naquele mesmo ano, cujo julgamento, por maioria de votos, determinou fossem as audiências de custódia realizadas em todo o território nacional.

Foi a alavanca que faltava para que o CNJ editasse a Resolução número 213/2015, cujo mérito, segundo Caio Paiva³¹, foi proceder uma unificação normativa no âmbito da audiência de custódia, superando as disparidades existentes nas regulamentações dos Tribunais.

No entanto, como se não bastassem todos os percalços no caminho da audiência de custódia até então, veio a vez do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ignorar o instituto. Isso porque as decisões têm sido no sentido da

27 MASI, Carlo Velho. *Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. p.118.

28 *Ibid.* p.122.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 16 maio 2017.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Tribunal Pleno Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 maio 2017.

31 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.89.

desnecessidade da apresentação do preso para que goze do direito à realização da audiência de custódia.

Assim é o entendimento mais recente da 5ª Turma³² e também da 6ª Turma³³, sob o inacreditável argumento de que a convalidação da prisão em flagrante em preventiva esvazia a necessidade de realização da audiência de custódia.

No tocante às decisões, Soraia da Rosa Mendes e Ana Carolina F. Longo³⁴ alertam para a sua capacidade de sufocar o instituto da audiência de custódia, o qual está ainda no berço, inobstante a Corte Constitucional brasileira tenha impulsionado a necessidade de um compromisso maior do Judiciário com os documentos internacionais de direitos humanos.

Finalizando, recorre-se novamente aos autores Lopes Jr. e Paiva, os quais expõem a nossa sensação em relação ao sistema carcerário e à irrealização em modificá-lo por meio das audiências de custódia:

Perdemos o pudor. Chegamos, conforme anota Carnelutti, a um círculo vicioso, 'já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar'. Entre mortos e feridos, **vamos nos assumindo como o país que transita – artificialmente – entre rebeliões e mutirões, numa autofagia que faz, então, que o sistema alimente-se de si mesmo.** Eis-nos, portanto, adverte Vera Regina P. de Andrade. [grifo nosso]³⁵.

3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Para muito além dos objetivos imediatos da audiência de custódia que têm sido veiculados, insta que se destaque aquele que se considera o reitor de todo o instituto: a preservação do Estado Democrático de Direito.

Dele decorrem todas as outras finalidades, que vão desde o respeito aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, até a apuração

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 390.286 MG. Relator: Ministro. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700433710&dt_publicacao=12/05/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 388.105 SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700289713&dt_publicacao=17/04/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

³⁴ MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 287, p.9-10, out. 2016.

³⁵ LOPES; PAIVA, 2014. p.12.

de eventual violência policial e a tão falada humanização do processo penal, já que se leva o preso pessoalmente ao juiz.

Sob o viés do Estado Democrático de Direito, a audiência de custódia honra o princípio constitucional do contraditório, transpõe a barreira do papel e obriga os envolvidos, sobretudo os magistrados, a praticarem um exercício de alteridade, o que possibilita, assim, uma melhor análise acerca da necessidade de se enviar aquela pessoa detida para o sistema carcerário.

Ainda, com a apuração de eventuais abusos policiais quando das prisões, o que se pretende é justamente limitar o poder estatal, tendo em vista que, ao ser fiscalizada, a polícia tende a ter uma melhor compreensão no sentido de que tal poder do Estado não pode e não deve ser indiscriminado, segundo comando da nossa própria Carta Magna.

Desse modo, o que se pretende demonstrar agora são os principais porquês da audiência de custódia, sob a perspectiva da cultura punitivista no Brasil, bem como a sua funcionalidade a partir da Resolução 213/2015, do CNJ, cotejando-se os seus dispositivos com alguns resultados práticos encontrados desde já.

3.1 DA NECESSIDADE DA SUA REALIZAÇÃO COMO MEIO DE RESGUARDO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM OLHAR SOBRE A CULTURA PUNITIVISTA BRASILEIRA

A partir dos ensinamentos de Nereu José Giacomolli, tem-se que a fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, ao produzir efeitos jurídicos no âmbito do processo penal, estabelece que “o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, como se uma *res* fosse, mas como um sujeito de direitos, um sujeito do processo”³⁶.

Nesse sentido, Paulo Freire d’Aguilar³⁷ aponta que, ao assumir instrumentos à operacionalização da audiência de custódia, “o Brasil pode superar o paradigma do indivíduo-objeto e avançar no aperfeiçoamento de sua forma Democrática de Direito”.

Deveras, ao entrarem em contato com o preso, obrigam-se os atores

³⁶ GIACOMOLLI, 2016. p.14.

³⁷ D’AGUIAR, Paulo Freire. Subjetividade, prisão em flagrante e audiência de custódia: a aproximação da proposta constitucional, com a superação do paradigma indivíduo-objeto, por meio do direito à audiência. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão Cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). *Anais...* Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.248.

do processo ao reconhecimento da condição humana dos custodiados, o que fica facilmente esquecido se considerarmos que impera no país uma perversa lógica de polarização, consubstanciada nos discursos inflamados de ódio, os quais dividem as pessoas entre boas e más, ignorando fatos como a nossa abissal desigualdade social, bem como a utópica ressocialização dos apenados.

Sobre o ponto, Bernardo de Azevedo e Souza e Daniel Kessler de Oliveira³⁸ brilhantemente comparam o Direito Penal com futebol, uma vez que, no Brasil, o crime e a criminalidade são vendidos como produtos rentáveis, o que fomenta um alarmismo injustificado em matéria de segurança, conduzindo a sociedade a exigir a intervenção das instâncias de controle social de solução de conflitos: “*É a futebolização do direito penal*”.

A partir daí o corolário é aquele que já bem conhecemos: políticos se aproveitam do clamor social para reproduzir discursos exaltados, cooptando assim mais eleitores, que ingenuamente, acreditam nas soluções mágicas por eles apresentadas.

A criação de “leis mais severas”, termo utilizado geralmente pelos mesmos que se autodenominam “cidadãos de bem”, surge como uma fórmula milagrosa para a erradicação da criminalidade, ao passo que defensores dos direitos humanos são vistos como cúmplices de tudo aquilo que representa o mal.

Sobre a questão, Salo de Carvalho muito bem sintetiza:

A pseudo-necessidade de controle da criminalidade por meio do processo penal é fruto do sintoma contemporâneo da vontade de punir, que assola o nosso país, fomentado pelo discurso de políticas punitivistas, movimentos encarceradores e sentimento de impunidade difundido pelos meios de comunicação em massa³⁹.

Destarte, Souza e de Oliveira⁴⁰ fazem um alerta para os números que não batem: “Ocorre que ‘o Direito Penal que não prende ninguém’ vem ge-

38 SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler. A futebolização do direito penal. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 269, p.8, abr. 2015.

39 CARVALHO, Salo de apud GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. A Importância da audiência de custódia como efetivação do contraditório e legitimação da decisão judicial em um processo penal constitucional e democrático. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). *Anais...* Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.225.

40 SOUZA; OLIVEIRA, 2015. p.8.

rando uma população carcerária de mais de 700 mil presos e não há qualquer reflexão por parte da sociedade sobre a incompatibilidade destas informações [...]”.

De fato, olvidam-se os supostos “cidadãos de bem” que, ao longo dos anos, o recrudescimento da lei parece ter tido um efeito inverso daquele que acreditam, abstendo-se de pensar por si e de abrir-se para novas ideias sem apenas reproduzir o que lhes empurram via meios de comunicação.

Assim, o objetivo de coibir torturas no momento da prisão coaduna-se com o fato de liderarmos o *ranking*, dentre os 21 países pesquisados pela Anistia Internacional, cuja população mais teme sofrer algum tipo de tortura caso seja detida por alguma autoridade. Os dados conhecidos a partir dos manuscritos de Paulo Freire d’Aguiar⁴¹ dão conta de que 80% dos cidadãos brasileiros temem sofrer este tipo de violação.

Sobre esse resultado alarmante da pesquisa realizada, aliado aos comandos da nossa Lei Maior, pergunta-se: não estão aqueles que se insurgem contra a audiência de custódia, e mais, que negam que temos a polícia mais violenta do mundo⁴² furtando-se da sua responsabilidade nesse ciclo vicioso da criminalidade?

A corroborar o que conhecemos por seletividade penal, segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁴³, no ano de 2014, 61,67% dos encarcerados possuem a cor da pele negra ou parda, ao passo que somente 37,22% declararam-se brancos; ainda, 75,08% frequentaram a escola somente até o ensino fundamental completo.

Atente-se para a predominância da pele negra e da baixa escolaridade dos presos no nosso país, duas variáveis que dizem muito sobre a já mencionada desigualdade social como mola propulsora de violência.

Ainda, depreende-se, a partir dos mesmos dados do INFOPEN⁴⁴, que

⁴¹ D’AGUIAR, 2016. p.253.

⁴² Informação obtida por meio do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de segurança pública*. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.43. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017).

⁴³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017. p. 36.

⁴⁴ *Ibid*, p. 33.

os principais tipos de crimes cometidos pelos encarcerados também dizem muito sobre as mazelas de uma sociedade desigual, na medida em que 46% estão presos por crimes contra o patrimônio e outros 28% pela Lei de Drogas, sendo que somente 13% dos encarcerados perpetraram algum crime contra a vida.

Por sua vez, o 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁴⁵, ocorrido em 2014, dá conta de que os negros são 18,4% vezes mais encarcerados e 30,5% mais vítimas de homicídios do que os brancos no nosso país. Quanto à letalidade policial, a conclusão é a de que as polícias brasileiras mataram o equivalente ao que as polícias dos Estados Unidos da América em 30 anos, sendo, em 2013, no mínimo seis pessoas mortas por dia pela polícia brasileira.

Conforme a mesma pesquisa⁴⁶, o número de encarcerados atingiu 574.207 pessoas, sendo 40,1% delas presas provisoriamente, desconsiderando-se os presos sob custódia das polícias, de modo que 75% dos crimes que ensejaram a privação da liberdade são patrimoniais ou de drogas.

Em uma sociedade em que se prende mais por dinheiro do que pela vida, embora esta seja o principal bem tutelado pelo Direito Penal – já que o crime de homicídio inaugura a parte especial do nosso Código Penal⁴⁷ – não é de se surpreender que haja uma sintomática inversão de valores na hora de se falar sobre o combate à criminalidade.

A partir do Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, depreende-se que temos, no Brasil, hoje, um déficit de 250 mil vagas no sistema prisional, de modo que representamos a 4ª maior população carcerária do planeta, segundo dados do DEPEN:

Resultado disso é que hoje os já hostis e barbarizados espaços de confinamento sofisticaram-se em crueldade, tortura e maus tratos dispensados a todos aqueles ali inseridos. Pior do que isso: **não logramos no Brasil, com a cultura do ‘prender cada vez mais, construir mais presídios e aumentar o contingente de presos’ uma sociedade mais pacificada.** [grifo nosso]⁴⁸.

45 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de segurança pública*. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.06. Disponível em: <https://www.mppa.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

46 Ibid.

47 BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

48 Editorial. Audiências de Custódia: um ano desde a resolução CNJ 213. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 289, p.1-2, dez. 2016. p.1.

E está nessa informação de que não atingimos uma sociedade mais pacificada, mesmo com a explosão do sistema carcerário, o corolário lógico, elementar e cristalino de que o sistema, tal como ele está, não funciona. O excesso de adjetivos se deve ao fato de ser incompreensível que alguém possa acreditar que defender o respeito aos direitos básicos do ser humano esteja ligado com alguma espécie de “pena” ou de “cumplicidade” para com o indivíduo que pratica algum delito.

Daí a importância da audiência de custódia também com vistas ao que se tem denominado de desencarceramento em massa. No entanto, não adiantam mudanças de caráter legislativo descarcerizantes se não ocorrer, ao mesmo tempo, uma mudança de mentalidade no sentido de compreendermos, enquanto sociedade, que estamos errando, e muito, e há tempos.

Nesse viés, um exemplo colhido a partir do estudo de Silvestre e Melo é a Lei de Drogas, a qual trazia consigo a ideia de descriminalização dos usuários, mas que teve efeito exatamente contrário:

Como as mudanças legislativas de ordem ‘progressista’ nem sempre surtem efeitos sobre práticas conservadoras estabelecidas, o encarceramento de usuários e pequenos traficantes se tornou regra na atividade policial [...]”⁴⁹.

No mesmo caminho foi a já falada Lei 12.403/2011, cujo escopo era o de findar com o binômio da prisão-liberdade, oferecendo nove alternativas para o magistrado quando da desnecessidade do decreto de prisão preventiva. Ao contrário do que se almejava, “poucos são, no entanto, os juízes que conseguem se libertar do fetichismo da medida de prisão [...]”⁵⁰.

Responsável sempre por nos mostrar argumentos pouco conhecidos, Fauzi Hassan Choukr⁵¹ afirma que figura também dentre os objetivos da audiência de custódia a redução dos custos que o preso gera para o país. Conforme o autor, o Ministro Ricardo Lewandowski se lembrou, ainda que um pouco mais tarde no palco das discussões, que o preso custa, em média, cerca de três mil reais para os cofres públicos; multiplicado este valor

49 SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 293, p.8-10, abr. 2017. p.8.

50 Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 252, p.1, nov. 2013. p.1.

51 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de custódia*: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

por 120 mil presos e por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano.

Por fim, inerente ao Estado Democrático de Direito, conforme já referido supra, a audiência de custódia oportuniza o contraditório prévio, que até então era diferido para o momento do interrogatório, o qual poderia levar meses, por vezes até anos. A prisão preventiva da forma que se dava – e ainda se dá nas comarcas em que não foi implantada a audiência de custódia –, *inaudita altera pars*, constitui-se numa verdadeira violação ao princípio do contraditório.

Nesse sentido, segundo Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme⁵²: “[...] no Estado Democrático de Direito o contraditório deve ser a possibilidade real das partes influírem nas decisões proferidas pelo julgador”.

Feitas todas estas considerações acerca do intuito da audiência de custódia, resta-nos acreditar, mais uma vez, que elas vêm para contribuir um pouco na atenuação deste nosso vexatório cenário de encarceramento em massa, o qual é responsável - reitere-se, por nunca ser demais fazer um exercício de desconstrução de (pré)conceitos equivocados - pelo ciclo vicioso da violência em nosso país, dada a seletividade do sistema penal, a sua ineficiência e a total falta do seu controle por parte do Estado.

3.2 FUNCIONALIDADE A PARTIR DA RESOLUÇÃO DO CNJ EM COTEJO COM ALGUNS RESULTADOS PRÁTICOS DESDE JÁ

A partir de uma análise dos principais dispositivos da Resolução 213 do CNJ, observa-se que muito mais do que regulamentar as audiências de custódia em âmbito nacional, a aludida Resolução chama a atenção para a cultura do encarceramento, preocupa-se em finalmente operacionalizar as medidas cautelares diversas da prisão e, por fim, traça um verdadeiro manual de instruções, o qual deve(ria) ser utilizado pelos envolvidos quando da realização da solenidade.

Apesar de o CNJ ter oportunizado este código de conduta a ser seguido pelos juízes quando da audiência de custódia, observa-se que não é desta maneira que se tem procedido.

Depreende-se a partir de pesquisa recentemente publicada pelo Ins-

⁵² GUILHERME, 2016. p. 210.

tituto Conectas de Direitos Humanos⁵³, a qual observou e coletou dados em 393 casos de audiência de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, na cidade de São Paulo/SP, entre julho a novembro de 2015 – durante o Projeto Piloto, portanto – e entre dezembro de 2015 até maio de 2016, que existe uma postura conservadora por parte do nosso judiciário, no geral, a qual acaba por obstaculizar todos os objetivos do instituto.

Tanto é que, apesar de o CNJ ter disposto acerca da impossibilidade de produção de provas durante a audiência de custódia, no caso-síntese extraído da pesquisa do Instituto Conectas⁵⁴, tem-se uma situação de suposto crime de roubo, na qual o magistrado indaga veemente se o custodiado confessaria a prática do crime.

Pelo Protocolo de número II, intitulado de “Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, inserto na Resolução, o CNJ é escorrido em explicar o que se entende por tortura, determinado quais as condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência de custódia, de modo a deixar o denunciante livre de ameaças ou intimidações em potencial que possam inibir o relato, ditando ainda os procedimentos relativos à coleta de informações sobre práticas de tortura durante a oitiva da pessoa custodiada, bem como para coleta do depoimento dessa vítima de tortura.

Outrossim, o mesmo Protocolo busca conscientizar os envolvidos na audiência de que as perguntas devem ser feitas de maneira simples, repetindo-as, se necessário, e compreendendo a eventual dificuldade de assimilação pelo preso.

Parece que também não houve o devido entendimento do ponto pelos envolvidos. A partir da mesma pesquisa⁵⁵, tem-se que a Defensoria precisou reformular as perguntas feitas aos presos diversas vezes, ou mesmo os próprios magistrados, sem que isso gerasse qualquer autocritica na maneira como estavam conduzindo aquilo que deveria ser um diálogo.

53 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017.

54 *Ibid.* p.100.

55 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.56.

Por derradeiro, dispõe ainda o Protocolo de número II que a escuta deve ser priorizada, de modo que se deve adotar postura respeitosa com relação ao gênero e aos limites da vítima de tortura, não fazendo perguntas ameaçadoras.

Para aqui o principal ponto espinhoso da audiência de custódia. Em um sistema em que já temos jurisprudência aos montes dizendo que a palavra dos policiais tem um valor probatório incontestável, já era sabido que qualquer tentativa no sentido de se reduzir a violência policial seria duramente criticada, amplamente mal interpretada e largamente desrespeitada.

Ainda que todos saibamos que existe um excesso nas abordagens policiais, nem todos estão dispostos a assumir isto publicamente, seja porque enfraqueceria as teses acusatórias ou quiçá condenatórias, seja em virtude da variável estudada no subitem anterior: em se tratado dos “inde-sejáveis” permite-se que seus mínimos direitos sejam tolhidos, com o amplo apoio da população, da mídia e com a vista grossa dos que deveriam prezar pelo controle externo da atividade policial.

Deveras, ao longo das 128 páginas que revelaram como se realizaram as audiências de custódia na cidade de São Paulo, durante os meses de pesquisa, o Instituto Conectas de Direitos Humanos expõe a verdadeira face do nosso Poder Judiciário, e ela é seletiva e pouco sensível com as mazelas sociais. *In verbis*:

Juiz(a): Os policiais já conheciam a senhora? Como foi a abordagem? Fizeram a senhora tirar a roupa, não tinha policial feminina? Do nada falaram que se a senhora não assumisse a senhora ia morrer? Do nada assim? A senhora sabe o nome dos policiais? Por que a senhora não narrou isso pro delegado? Por que consta aqui que a droga era sua e o dinheiro também? (caso 251) [grifo nosso]⁵⁶.

Destaca-se, no caso acima, não somente a naturalização da violência policial, como também a normalização de uma conduta sexista, extremamente grave por parte dos agentes, segundo o relato da presa.

Quando, enquanto sociedade, acreditamos que uma pessoa acusada de um crime não merece ter sua dignidade sexual respeitada pelos pró-

56 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.58.

prios que deveriam tutelar esse direito para todas(os), é sinal de que estamos realmente doentes: “Ele enfiou a mão no meu sutiã, colocou a mão dentro da minha calcinha para me revistar. Foram dois policiais’ (Relato em audiência de custódia caso 130)”⁵⁷.

Concluindo o estudo, o Instituto Conectas de Direitos Humanos responsabiliza a todos os envolvidos pela naturalização da violência policial:

De qualquer modo, Ministério Público, Magistratura, Defensoria e Instituto Médico Legal não podem se isentar da responsabilização diante deste cenário. O monitoramento demonstra haver atuação, via de regra, protocolar, o que contribui para a perpetuação da tortura e os maus-tratos [grifo do autor]⁵⁸.

Atualmente, todos os Tribunais dos estados da Federação e do Distrito Federal têm Provimentos próprios, embora alguns tenham inovado em comparação com a Resolução 213/2015, a qual entrou em vigor na data de 01/02/2016, conforme a própria determinou.

4 PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Na medida em que a audiência de custódia parece ser (felizmente) um caminho sem volta, restam superadas as longas discussões que se sucederam no âmbito da implantação do instituto.

O impasse agora se dá principalmente com relação à redação final do Projeto de Lei 554/2011, que acaba por modificar substancialmente os termos da Resolução 213/2015, tendo potencialidade para esvaziá-la.

Ainda, a capacidade da audiência de custódia alcançar os seus objetivos no Brasil desde a sua implantação não tem sido das mais satisfatórias, conforme se demonstrou durante vários momentos do subitem anterior.

Esses e os demais pontos espinhosos que circundam o instituto serão expostos a partir de agora.

4.1 DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO EM OUTRAS MODALIDADES DE PRISÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA SUA NÃO REALIZAÇÃO

57 *Ibid.* p.46.

58 *Ibid.* p.116.

Existe uma tendência de se falar da audiência de custódia como se abarcasse somente a modalidade da prisão em flagrante.

Isso ocorre tanto por parte da doutrina, como por parte da própria Resolução do CNJ, a qual dispõe que o instituto se aplica às outras modalidades de prisão somente no seu artigo 13, quando o parágrafo único esclarece que, nesse caso, devem ser aplicadas todas as demais disposições cabíveis.

Nesse sentido, Andrade e Alflen⁵⁹ colocam que, embora a Resolução 213/2015 não tenha uma redação tecnicamente perfeita, “seu artigo 1º já faz referência à apresentação da pessoa presa em flagrante ou apreendida, dando a entender que não só da prisão em flagrante trata aquela resolução”.

Ocorre que o PL 554/2011, tal como ele está, determina a realização da audiência somente nos casos de flagrante, deixando de conferir esta obrigação para as outras modalidades.

Se houver a aprovação do texto nestes moldes, seguirá o Brasil negando vigência à CADH, a qual em momento algum restringe a apresentação do custodiado a somente uma modalidade de prisão.

Assim, a utilização do instituto também nos casos de prisão temporária é de suma relevância, já que a nossa legislação é nada mais do que o reflexo da seletividade penal do nosso sistema, o que fica claramente demonstrado logo pelo artigo 1º, da Lei 7.960/89⁶⁰, o qual dispõe expressamente, por meio da parte inicial do inciso II, o fato de o indiciado não possuir residência fixa como uma hipótese de cabimento para prisão temporária⁶¹.

Por óbvio que os contrários à audiência de custódia dirão que a própria lei que regula a prisão temporária já traz a solenidade embutida. No entanto, cumpre observar que o parágrafo 2º, do artigo 3º, da referida lei traz como uma mera possibilidade ao magistrado, de ofício ou a requerimento de quaisquer das partes, determinar a apresentação do preso, sem especificar, entretanto, qual seria a finalidade dessa apresentação.

⁵⁹ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.55.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

⁶¹ O Protocolo número I, da Resolução 213/2015, do CNJ, intitulado de “Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia”, traz em seu bojo um tópico específico pelo qual se determina não seja penalizada a pobreza, em uma tentativa de se afastar a vulnerabilidade social como critério de seletividade em desfavor das pessoas custodiadas. O alerta máximo se dá em relação aos moradores de rua, uma vez que a conveniência para a instrução criminal ou a dificuldade de intimação para comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar.

Quanto à prisão preventiva, assevera Caio Paiva⁶² que a audiência de custódia, nesses casos, propicia ao magistrado ratificar as razões que o levaram ao decreto.

Ademais, o já citado artigo 1º, da Resolução do CNJ é claro no sentido de que, independentemente da motivação ou natureza do ato, deve a pessoa detida ser apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas para que seja ouvida sobre as circunstâncias da sua prisão ou apreensão.

Parece que o Conselho já previu a necessidade de esclarecer que a gravidade do ato não é motivo para cercear o direito do preso de ser conduzido ao juiz para que possa exercer a ampla defesa e o contraditório.

Tal preocupação é legítima, na medida em que vemos nas decisões dos magistrados Brasil afora uma gama de decretos de prisão preventiva baseados tão somente na gravidade do delito ou no que denominam de clamor público/social, valendo-se da vagueza do termo “garantia da ordem pública”, expresso no caput do artigo 312, do CPP.

É justamente por esta banalização da utilização da prisão preventiva é que se reitera deva ser garantida a audiência de custódia também nos casos em que ela não decorrer da análise de uma situação flagrancial.

Ressalta-se, no entanto, que a situação pode se dramatizar ainda mais, uma vez que o PL 156/2009 coloca a realização da solenidade como uma mera possibilidade ao alcance do dito “juiz de garantias”, tal e qual faz a lei da prisão temporária supracitada, desvirtuando, portanto, simplesmente todos os objetivos do instituto.

No que se refere às consequências da não realização da audiência de custódia, nem o PL 554/2011, nem a Resolução 213/2015 tratam do assunto, limitando-se esta última a esclarecer que os que já se encontravam presos quando da implantação, teriam o direito garantido somente nos processos cuja apresentação não tenha ocorrido ao longo da instrução.

No entanto, se existe uma regulamentação que impõe o cumprimento da solenidade, bem como todo um movimento para que se dê vigência aos Tratados Internacionais com os quais o Brasil se obrigou, não é lógico, nem coerente com o discurso que não haja consequências pelo seu descumprimento.

⁶² PAIVA, 2017, p.93.

Assim, Carlo Velho Masi⁶³ pontua que quando houver demora na apresentação do preso, a consequência é a caracterização do excesso de prazo, o que constitui o constrangimento ilegal: “Já a sua não realização conduz à ilegalidade da prisão, que também leva ao seu relaxamento”.

Em igual tom, Caio Paiva⁶⁴ assevera que a não realização do ato torna a prisão ilegal, dando ensejo ao seu relaxamento, nos termos do artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal: “Trata-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão”.

Pondera o mesmo autor⁶⁵ que equivocado é o entendimento de que basta o Tribunal determinar a realização da audiência de custódia quando, em sede de habeas corpus, alegar-se que ela não ocorreu oportunamente. Isto porque acaba por haver uma redução da potencialidade do instituto, porquanto o juiz a quo seria obrigado a realizar a audiência “sem espontaneidade para analisar, desarmado, eventuais pleitos de liberdade apresentados pela defesa”.

Entretanto, conforme exposto no item 2.3, a situação é ainda pior, uma vez que o STJ tem se posicionado no sentido de que a não realização da audiência de custódia resta superada quando a prisão em flagrante for convalidada em preventiva. Desta feita, forçosa a conclusão de que o “Tribunal da Cidadania” não está a par dos pressupostos básicos e elementares do instituto, já que se utiliza de justificativa completamente descabida.

Diante desse cenário, tem-se que a aprovação do PL 554/2011, tal como ele está, significa um retrocesso para o instituto. A alteração do CPP sem a ampla previsão das audiências de custódia seria uma frontal violação aos termos dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, além de não se coadunar com a Resolução do CNJ.

4.2 A POSSIBILIDADE DE DILAÇÃO DO PRAZO E A UTILIZAÇÃO DE VIDEOCONFERÊNCIA SEGUNDO O PROJETO DE LEI EM TRÂMITE

Outro ponto que causa extrema preocupação com relação ao Projeto de Lei 554/2011 diz respeito à possibilidade de dilação do prazo para apresentação do preso em três hipóteses, quais sejam, dificuldades operacionais da autoridade policial, impossibilidade da autoridade judiciária em

⁶³ MASI, 2016. p.183.

⁶⁴ PAIVA, 2017. p.122-123.

⁶⁵ *Ibid*, p.123.

realizar a inquirição do preso e ainda, surpreendentemente, quando se tratar de crime que envolva organização criminosa.

Ou seja, além de se ampliar as hipóteses de descumprimento do lapso temporal de 24 horas após a lavratura do APF – 48 horas na prática, portanto –, está o Poder Legislativo propondo nada menos do que um elastecimento de até nove dias, a depender do caso, o que é absolutamente desproporcional à luz do Pacto de São José da Costa Rica e da Resolução 213/2015, do CNJ.

O grande risco do primeiro cenário é que, malgrado haja a previsão expressa de necessidade de decisão fundamentada por parte do juiz, acabe por ser invocada a dificuldade operacional de maneira indiscriminada e arbitrária, já que bem conhecemos o problema com o conceito da palavra “excepcionalidade” por parte do nosso Poder Judiciário.

Quanto à segunda hipótese, causa perplexidade a disposição em dias úteis para a reapresentação desse preso que teve o direito à entrevista com o magistrado cerceado em virtude da impossibilidade desta autoridade judiciária em realizar a inquirição. Vale dizer, então, que se este fato se der em uma sexta-feira, significa que quer o Senado Federal que o custodiado seja reapresentado somente na segunda-feira, sem falar nos dias em que houvesse feriado, o que esvazia totalmente o espírito do instituto.

Contudo, o maior destaque vai para a última hipótese, já que para os nossos parlamentares aqueles que cometem um crime mediante organização criminosa⁶⁶ devem receber tratamento diferenciado, não sendo seres detentores dos mesmos direitos que os outros.

Pela redação do dispositivo, é possível que o delegado decida, por conta própria, que não irá conduzir o(s) preso(s) à presença do juiz nos prazos delineados para os outros crimes, de modo que na pior das hipóteses, teríamos um prazo de nove dias neste caso (24 horas para remessa do APF + 72 horas no caso de dificuldades operacionais + cinco dias).

Felizmente, as audiências de custódia ainda estão sendo realizadas no âmbito da Resolução 213/2015, do CNJ, a qual veda que a motivação ou

⁶⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017

natureza do ato sejam balizadores para o prazo de apresentação, conforme já mencionado anteriormente.

Não obstante, como solução para os problemas envolvendo as tais dificuldades que seriam as responsáveis pelo elástico dos prazos, tem-se defendido o uso da videoconferência, sendo esta mais uma previsão expressa do PL 554/2011 da qual se discorda.

Tanto é que, além de esta possibilidade não ter vindo nem sequer prevista na Resolução do CNJ, a normativa internacional não deixa qualquer margem para que a apresentação seja mediante videoconferência, sendo os artigos 7.5 da CADH e 9.3 do PIDCP bastante claros no sentido de que: a) deve haver a condução da pessoa presa; b) deve ser esta condução sem demora; c) deve ser à presença da autoridade judiciária.

Sobre o assunto, apontam Andrade e Alflen⁶⁷ que “a jurisprudência da CIDH se estabeleceu no sentido de que a apresentação do preso ou detido deve ser pessoal”.

Podia se pensar que antes por videoconferência do que “nada”, já que existem comarcas de difícil acesso. Nessa esteira, tem-se que a falta de estrutura não pode mais ser a primeira escusa da qual se lança mão quando se fala de sistema carcerário.

É preciso franqueza: o problema todo gira em torno de uma mentalidade retrógrada que persiste e é frequentemente reproduzida, reiterada e acreditada pela sociedade. Tudo o que surgir com o potencial de quebrar esta mentalidade e tirar da zona de conforto essas pessoas que creem na prisão e nas penas mais duras como meios eficazes de combate ao “mal” será rechaçado de pronto. Não obtendo êxito, outras “soluções” serão trazidas, a exemplo da videoconferência. É bem por isso que ela não deve prosperar.

4.3 CRÍTICAS À CAPACIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ALCANÇAR SEUS OBJETIVOS: IMPACTOS DESDE A IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

A partir de tudo quanto foi exposto, é chegada a hora de se realizar uma conferência no que concerne à realidade atual da audiência de custódia sob o prisma da consecução dos seus objetivos.

⁶⁷ ANDRADE; ALFLEN, 2016. p.63-66.

Desse modo, Fauzi Hassan Choukr⁶⁸ pondera que os primeiros números, na grande mídia, foram sensacionais para os que esperam uma equilibrada aplicação do modelo das cautelares com o efetivo emprego da prisão como *ultima ratio* cautelar.

De fato, noticiou-se no sítio eletrônico do CNJ⁶⁹, em 05/05/2015, que o projeto lançado experimentalmente no mês de fevereiro em São Paulo já teria sido responsável pela redução em 45% do número de prisões provisórias no estado. O Ministro Ricardo Lewandowski chegou a afirmar que o instituto teria potencialidade para promover uma profunda modificação no cenário do sistema carcerário brasileiro.

Em consonância com a desconfiança de Choukr no que se refere aos números, Carlo Velho Masi⁷⁰ assevera que os índices até então apresentados não podem ser tidos como conclusivos, pela falta de publicação de estudos científicos quantitativos mais abrangentes, especialmente pela ausência de dados disponíveis sobre os percentuais de manutenção da prisão em flagrante antes da implantação.

Nesse sentido, Mateus Marques e Mauro Fonseca Andrade⁷¹ observam que para que seja possível uma verdadeira mudança na realidade prisional brasileira, precisa-se investir não somente em mecanismos legais ou em logística, mas também na figura do juiz, bem como no seu processo contínuo de formação e qualificação para que, resguardadas as suas opiniões pessoais, possam “melhor aquilatar a real necessidade que a privação da liberdade de alguém possuirá para o atingimento dos fins da persecução penal em nosso país”.

Nesse viés, Thiago M. Minagé e Alberto Sampaio Jr.⁷² apontam que em nada adianta o juiz “olhar no olho”⁷³ do conduzido se o fizer com uma mentalidade de etiquetamento.

68 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de custódia*: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

69 ZAMPIER, Débora. Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. *CNJ*, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

70 MASI, 2016. p.161.

71 MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 282, p.11, mai. 2016. p.11.

72 MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Carlos Alberto. A Questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, n. 93, v. 16, p.54-61, ago/set. 2015. p.58-59.

73 Pontuam os autores que a expressão foi cunhada por Aury Lopes Jr.

Partindo-se para uma análise geral, a partir de consulta ao sítio eletrônico do CNJ⁷⁴, depara-se com os dados estatísticos referentes à audiência de custódia em todo o território nacional até março de 2017. No total, 215.329 audiências foram realizadas, sendo que 97.704 dos casos resultaram em liberdade, o que representa 45,37%, ao lado 117.625 casos em que houve a conversão em prisão preventiva, representando 54,63%.

Chama a atenção para a mudança no cenário com relação à estatística anterior. Na obra de Carlo Velho Masi⁷⁵, sintetizou-se o mapa da implantação encontrado no sítio eletrônico do CNJ, na data de 03/05/2016, evidenciando-se que o número de liberdades provisórias superava o de prisões preventivas naquela época.

A partir desses dados, pode-se chegar a duas conclusões. A primeira vai no sentido de que realmente ainda não temos uma análise quantitativa confiável, tendo em vista que estamos em fase de implementação. A segunda conclusão é aquela na qual já se suspeitava desde sempre: se não houver uma mudança de mentalidade, com um conseqüente freio na cultura punitivista, o caminho da audiência de custódia será o mesmo das já tão citadas cautelares alternativas ao cárcere, qual seja, o do fracasso no que tange à concretização dos seus objetivos.

Destarte, reitera-se: a mudança na mentalidade é tão importante – se não mais importante – quanto alterações legislativas e estruturais.

Outrossim, além de estar se observado uma possível inefetividade no objetivo do desinchação da malha carcerária, visualiza-se que os relatos de violência policial não vêm sendo levados em consideração. Esta percepção tem por base tanto as pesquisas empíricas apresentadas em diversos momentos deste trabalho, quanto o pífio percentual de casos em que houve alegação de violência no ato da prisão (4,79%), exposto pelo CNJ⁷⁶.

Tanto é que, novamente conforme a pesquisa realizada pelo Instituto Conectas⁷⁷, incredivelmente foi argumentado que a audiência de cus-

74 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados estatísticos/mapa de implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

75 MASI, 2016. p.159-160.

76 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados estatísticos/mapa de implantação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

77 CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arqui>>

tódia não seria o momento para trazer à tona os relatos de violência policial ou de considerar relatos de agressão: “Há presunção de veracidade da palavra dos policiais, não é o momento de levar em conta sua versão, será analisado depois’ (Manifestação do Ministério Público no caso 87)”.

Ademais, outra dificuldade observada pelos pesquisadores foi com relação ao correto encaminhamento dos casos de violência policial:

Com a implementação das audiências de custódia, o que ocorre hoje é que, na maioria dos casos, o relato de tortura e maus tratos trazido da rua, após passar por Magistratura, Defensoria Pública e Ministério Público, termina voltando para as mãos da instituição acusada de ter praticado a violência. [grifo nosso]⁷⁸.

Destarte, apesar de ser um dos principais objetivos da audiência de custódia, fica nítida mais uma vez a criação de um instituto com ideias louváveis na teoria, mas com pouca preocupação com a sua operacionalização, bem como parca fiscalização da prática.

Ainda é cedo para se afirmar, mas parece haver uma forte tendência para que a questão da diminuição da violência policial não passe de mais uma utopia e de mais dados que serão inseridos em pesquisas com pouca qualidade, baseadas em relatórios fornecidos pelos próprios Tribunais e que serão comemorados pelos mais desavisados.

Nada substitui o olhar de pesquisadores presentes nas salas de audiências, os quais fazem o importante papel de denunciar a quantidade de vezes em que não foram registrados os relatos de maus-tratos ou as situações em que foram os relatos desacreditados sob a alegação de que seriam artimanhas defensivas à obtenção do relaxamento da prisão⁷⁹.

Nesse sentido, apontam as autoras Valença e outros⁸⁰ que existe, no Brasil, uma dificuldade em se responsabilizar agentes estatais que praticam tortura. Para as autoras, ainda não se pode falar em fracasso das au-

vos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. Acesso em: 26 maio 2017. p.67.

⁷⁸ *Ibid*, p.112.

⁷⁹ CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017. p.75.

⁸⁰ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 280, p.8-9, mar. 2016.

diências de custódia, já que a simples condução do preso ao juiz já representa uma vitória: “...para alcançar as suas potencialidades, será preciso insistir em mudanças mais profundas na cultura judiciária e ministerial, que, talvez, as próprias audiências poderão provocar”.

Em igual tom, Cláudio do Prado Amaral⁸¹ assevera que o advento formal da audiência de custódia revela um verdadeiro e louvável esforço institucional por parte do TJSP em dar efetividade para um processo penal pautado nos princípios constitucionais: “A medida, contudo, depende em sua maior parte da direção que os magistrados darão ao procedimento, ou dito de outro modo, dependerá da política criminal que cada juiz vier a aplicar ao velho-novo instituto”.

Expostos os verdadeiros impactos da audiência de custódia desde a sua implantação no Brasil, principalmente sob o prisma do suposto desencarceramento, que não se sabe exatamente se está havendo, mas desconfia-se, e muito, que a resposta seja negativa, e também da velada violência policial, a qual já não aparecia antes nos autos de prisão em flagrante e segue não aparecendo como deveria nos termos das audiências, mas pelo menos “esbofeteia” a face dos que estão ali reunidos para o ato, já que ficam obrigados ao contato pessoal, finaliza-se com uma citação de Alexis Andreus Gama e Gustavo Noronha de Ávila, que bem expõe a impressão que se ficou com relação ao instituto da audiência de custódia:

Por outro lado os ilegalismos não deixarão de cessar. Ao contrário. As infindáveis discussões acerca das possíveis nulidades geradas pela não realização da audiência de custódia, no passado e presente, são exemplos inequívocos. **Enquanto discutimos categorias como ‘prejuízo’, ‘absoluta’ e ‘relativa’, o genocídio praticado pelo sistema penal segue seu curso.** [grifo nosso]⁸².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa científica, a conclusão principal é a de que não existem diplomas internacionais, nem Resoluções, tampouco alterações legislativas que sejam capazes de minimizar a condição vexatória na

81 AMARAL, Claudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 269, p.4-6, abr. 2015. p.6.

82 GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66, ago./set. 2015. p.65.

qual se encontra o Brasil em termos de sistema carcerário enquanto não houver uma mudança de mentalidade, que urge necessária tanto por parte do leigo, quanto inclusive – e principalmente – por parte do operador do direito.

Assim, buscou-se analisar a audiência de custódia sob o ângulo da convencionalidade, que é o controle de compatibilização da norma doméstica com os Tratados de direitos humanos ratificados pelo país. O desfecho a que se chegou neste ponto foi o de que o Pacto de São José da Costa Rica possui status constitucional, assim como todos os outros diplomas internacionais anteriores à Emenda Constitucional número 45/2004 que versem sobre direitos humanos, tendo em vista a sua automática integração ao denominado bloco de constitucionalidade. Outrossim, viu-se que caso não haja consenso quanto a tal hierarquia dos Tratados, as decisões a serem tomadas em âmbito interno devem se pautar, a partir de um diálogo entre as fontes, naquela regra que garanta a maior proteção ao direito fundamental (*pro homine*).

Desta feita, a análise do que almeja o instituto da audiência de custódia foi toda construída a partir da cultura punitivista brasileira, demonstrando-se dados coletados em pesquisas oficiais, os quais dão conta de que o sistema penal é seletivo, ineficiente no combate aos delitos de maior gravidade e reproduzidor de uma violência cíclica. Assim, possibilitado o contraditório em fase cautelar, abre-se a possibilidade de um melhor equilíbrio de forças, ainda que a tendência à estigmatização do preso esteja fortemente enraizada na cultura do nosso Poder Judiciário, o qual não foi capaz de compreender até hoje a prisão processual como *ultima ratio* do sistema.

Ainda, procurou-se expor a principal problemática em torno da audiência de custódia, demonstrando-se a necessidade da sua realização em todos os tipos de prisão, uma vez que nem os diplomas internacionais subscritos pelo país, nem a Resolução do CNJ se atêm a tão somente uma modalidade de segregação. Ademais, expôs-se que no momento não contamos com a publicação de estudos conclusivos sobre os impactos do instituto sobre o contingente de presos provisórios, haja vista que não há um registro de quais eram os percentuais de liberdades provisórias concedidas, bem como de prisões preventivas decretadas anteriormente à implantação das audiências.

No que se refere ao outro propósito do instituto, as pesquisas empíricas, novamente trazidas para o ponto final do trabalho, expuseram que a violência policial não tem sido levada em conta pelos atores do processo, sendo

a palavra dos acusados frequentemente descredibilizada, de modo que não são, muitas vezes, sequer mencionados os relatos de maus-tratos nos termos das audiências. Outrossim, desvelaram as aludidas pesquisas que carece o sistema da montagem de uma necessária estrutura para onde se possa dar o devido encaminhamento dos casos de tortura, uma vez que estão sendo remetidos estes casos, muitas vezes, para as próprias Corregedorias das polícias, o que esvazia totalmente esta crucial finalidade do instituto.

O que se conclui, por derradeiro, é que não existia – e talvez ainda não exista – um interesse dos nossos parlamentares em regulamentar as audiências de custódia, o que demonstra que não estão eles implicados com o que é melhor para a sociedade, mas sim o que é melhor para as suas respectivas popularidades. Destarte, não obstante tenha se tentado demonstrar todos os bem intencionados e necessários objetivos das audiências, existe um sério risco de o instituto ser degenerado com a aprovação dos Projetos de Lei tais como eles estão, não conseguindo alcançar, portanto, os seus objetivos almejados.

No entanto, se ao longo dos tempos grandes mudanças precisaram vir com muito barulho, não é diferente com relação à cultura do encarceramento no Brasil. Derrubar o mito da impunidade, desconstruir a falácia de que as leis são brandas, bem como minimizar a seletividade do sistema penal são transformações que demandam tempo, sacrifícios e assumir uma postura impopular, preço que poucos se dispõem a pagar.

Isso posto, acredita-se que, ao lado de doutrinadores que já fazem muito bem este papel de desconstrução de (pré)conceitos, os quais também ganham um rótulo de “garantistas”, tem-se que é necessária uma formação de profissionais que operam com o Direito mais voltada para o seu caráter humanitário. Preparar melhor aqueles que provêm, na sua maioria, de setores privilegiados da sociedade para julgar, acusar e inclusive defender aqueles que vêm majoritariamente de setores marginalizados, é essencial para que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária.

Encerra-se com a certeza de que muito ainda precisa ser discutido para que se promova uma significativa mudança de paradigma no cenário do sistema carcerário. Pode ser que as audiências de custódia não passem de mais uma fracassada tentativa de se frear a cultura punitivista e todas as consequências negativas que dela decorrem. Contudo, qualquer investida que busque amenizar o caos no sistema carcerário, bem como a violência institucionalizada é com certeza válida.

Se o instituto da audiência de custódia representa um auxílio, ainda que mínimo, para a construção de uma sociedade mais equilibrada, conclui-se que ela é muito bem-vinda.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Da Audiência de Custódia em São Paulo. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 269, p.4-6, abr. 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Ofício nº 1.370. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514470&filename=Tramitacao-PL+6620/2016>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Parecer nº 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Projeto de Lei nº 6620 de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Resolução nº 213 de 15 de dezembro 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 27 abril de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 388.105 SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700289713&dt_publicacao=17/04/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 390.286 MG. Relator: Ministro. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700433710&dt_publicacao=12/05/2017>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 DF. Tribunal Pleno Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://>>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 maio 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de custódia**: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. 2015. Disponível em: <<https://fhchoukr.jus-brasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 23 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 27 abril 2017.

CONNECTAS DE DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada**: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 1. ed. São Paulo, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: 26 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Dados estatísticos / mapa de implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

D'AGUIAR, Paulo Freire. Subjetividade, prisão em flagrante e audiência de custódia: a aproximação da proposta constitucional, com a superação do paradigma indivíduo-objeto, por meio do direito à audiência. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão Cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRASPP). **Anais**....Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Editorial. Audiências de Custódia: um ano desde a resolução CNJ 213. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 289, p.1-2, dez. 2016.

_____. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 252, p.1, nov. 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de segurança pública**. Ano 8, 2014, ISSN 1983-7364. p.43. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/8o_anuario_brasileiro_de_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 62-66, ago./set. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. A Importância da audiência de custódia como efetivação do contraditório e legitimação da decisão judicial em um processo penal constitucional e democrático. In: GIACOMOLLI, Nereu José. (Org.). Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal (IBRAS-PP). **Anais....** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LACERDA, Wesley Sanchez. O controle Concentrado de Convencionalidade – da abertura principiológica ao fechamento hermético do sistema de direitos fundamentais: uma crítica à Valério Mazzuoli. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p.11-23, set./dez. 2014.

MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 282, p.11, mai. 2016.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 12, n. 64, p.222-229, jul-ago 2015.

_____. **Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. A mão que balança o berço: a audiência de custódia e a proteção insuficiente pelo STJ. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 287, p.9-10, out. 2016.

MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Carlos Alberto. A Questão político-criminal da audiência de custódia. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, n. 93, v. 16, p.54-61, ago/set. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 293, p.8-10, abr. 2017.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler. A futebolização do direito penal. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 269, p.8, abr. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 280, p.8-9, mar. 2016.

ZAMPIER, Débora. Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento. **CNJ**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

NOVAS LUZES SOBRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO CRIMINAL

Everton Hertzog Castilhos¹

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar o Procedimento Administrativo Disciplinar que ocorre no âmbito das casas prisionais, tendo como acusado aquele que cumpre pena no estabelecimento penal, de forma a delimitar, com exatidão, a quem compete cada ato, separando aquilo que compete ao Diretor da Casa Prisional e aquilo que compete ao Poder Judiciário. Da mesma forma, aproveita-se o tema para analisar a controvérsia sobre a “prescrição” da pretensão do Estado em punir administrativamente aqueles que estão sob a sua tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento Administrativo Disciplinar. Divisão de Competências. Mérito do Ato Administrativo. Audiência de Justificação. Separação de Poderes. Prescrição.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Delimitação da competência do Diretor da Casa Prisional e da competência do Juízo da VEC – Proibição de análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário – Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. 3 A prescindibilidade da audiência de justificação. 4 Conseqüências lógicas da decisão administrativa que reconhece a falta grave. 5 Ofensa ao Princípio da Legalidade e aos Princípios da Federação e da Separação de Poderes (CF). 6 Ofensa a dispositivos da legislação infraconstitucional. 7 A questão da prescrição envolvendo faltas disciplinares. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A partir do julgamento do Recurso Especial n. 1.378.557 (Recurso Repetitivo), restou editada a súmula 533 do STJ, que passou a exigir a instau-

¹ Defensor Público desde 2008, lotado na 2ª Defensoria Pública Especializada em Execução Penal de Novo Hamburgo desde 2012. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999). Advogado tributarista de 1999 até 2008. Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2004). Examinador de Direito Tributário no IV Concurso para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública (2014). Co-autor da obra Defensoria Pública Estadual – Questões Discursivas Comentadas, da Editora Juspodivm, que está na sua 2ª edição (2016). Designado pela Defensoria Pública para atuar como Consultor Tributário/Parecerista junto à Comissão de Finanças, Planejamento, Fiscalização e Controle da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do projeto Defensoria Itinerante no Sistema Prisional.

ração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de faltas graves:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Ocorre, contudo, que a súmula – isoladamente considerada – dá causa a prejuízos sérios às pessoas presas, as quais acabam por aguardar meses e meses (quizá anos) pela realização de um PAD (Procedimento Administrativo Disciplinar), para, só então, terem a solenidade aprazada (sem mencionar o tempo de espera da própria solenidade, após a designação da data), tudo isso “regredidos cautelarmente” até a realização das chamadas “audiências de justificação” (uma espécie de prisão preventiva aplicada na execução penal que, muito embora conte com massivo apoio da jurisprudência, em verdade, não encontra amparo em nenhuma norma legal).

Antes da súmula, podemos dizer resumidamente que o tramitar processual acontecia da seguinte maneira. As faltas graves de fuga e acusação de crimes ficavam dispensadas do PAD, restando a exigência do procedimento administrativo para as demais faltas. Então, com ele (ou mesmo sem, quando se tratasse de fuga ou de crime), era feita mais uma audiência em Juízo. Porém, no caso gaúcho, as audiências em Juízo eram praticamente reservadas aos casos das faltas que não contavam com o procedimento da fase administrativa. Ou seja, nos casos em que havia PAD, não havia audiência judicial. Por outro lado, nos casos em que não havia PAD, era realizada uma solenidade na presença de um Juiz de Direito.

Hoje, após a edição da súmula, o trabalho está incoerentemente dobrado, pois: constatada a falta, é feito PAD para todas as espécies de infrações disciplinares (incluindo-se fugas e práticas de delitos), onde é ouvido o apenado e são produzidas as provas pertinentes, para então, depois (na chamada audiência de justificação perante o Juiz), o apenado ser novamente ouvido e serem novamente produzidas provas. Hoje, a autoridade administrativa reconhece ou não a falta disciplinar e pune o apenado administrativamente. Só que o Juiz da VEC também analisa a acusação de falta grave, instrui o feito, produz provas, ouve o apenado, para então decidir se reconhece ou não a prática de falta grave (e, em assim o fazendo, aplica aquilo que chama de “consequências legais”, o que no seu entender são penalidades de aplicação automática diante do reconhecimento da falta grave).

Ora, o exercício da ampla defesa e do contraditório – justamente os fundamentos que levaram a súmula a exigir o PAD para todo e qualquer caso – não pode ser mais prejudicial ao apenado, do que se ficasse sem aquele procedimento de defesa.

Hoje, no entanto, é exatamente o que vem acontecendo. Os apenados do sistema prisional estão sendo punidos por perseguirem seus direitos. A garantia do PAD, consagrada com a edição da súmula, acabou por ferir de morte outro princípio tão fundamental quanto, que é o da celeridade processual. E, como o direito envolvido aqui é a liberdade do indivíduo, a demora processual está a causar prejuízos incomensuráveis (quijá irreparáveis) aos integrantes do sistema prisional.

De qualquer maneira, parte dessa problemática se esvai se olharmos para o acórdão que deu origem à súmula, a fim de entendermos os motivos que levaram os ministros do STJ a seguirem este caminho.

Resumidamente, e desde já adiantando a discussão, podemos enumerar que o STJ afirmou textualmente o seguinte:

- ✓ o Juízo da VEC não tem competência para determinar a instauração de PAD's
- ✓ o Juízo da VEC, igualmente, não tem competência para reconhecer ou deixar de reconhecer faltas graves
- ✓ a competência para o reconhecimento de faltas graves é do Diretor do estabelecimento prisional
- ✓ a competência para aplicar sanções ao apenado que praticar faltas graves é do Diretor do estabelecimento prisional
- ✓ a competência do Juízo da VEC está restrita a aplicar (ou não) um ou alguns dos chamados “consectários legais”
- ✓ ainda, poderá o Judiciário exercer o controle de legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos, quando provocado, sob pena afrontar a inércia da jurisdição
- ✓ consequência lógica disso é que os tais “consectários legais” não são de aplicação obrigatória em qualquer caso
- ✓ o apenado é ouvido pelo Juízo da VEC, em audiência de justificação (se necessário), para que este decida se aplica ou não os assim chamados “consectários legais”

✓ a audiência de justificação é prescindível

De qualquer maneira, nos itens a seguir, exploraremos melhor a tese, com o que passamos diretamente ao seu exame.

2 DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO DIRETOR DA CASA PRISIONAL E DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VEC – PROIBIÇÃO DE ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

De forma bastante objetiva, podemos extrair do acórdão em questão que as faltas disciplinares, por ocorrerem no âmbito das casas prisionais, estão submetidas ao crivo e à análise dos Diretores dos respectivos estabelecimentos. Somente a estes cabe a análise da falta, o reconhecimento ou não da mesma como falta grave e a sua respectiva punição. Ao Juízo da VEC (Vara de Execução Criminal), por outro lado, ao receber a comunicação administrativa de que foi reconhecida uma falta grave, cabe apenas analisar o que fazer com essa notificação, isto é, quais serão os efeitos para o PEC (Processo de Execução Criminal). Assim, abre-se ao magistrado a possibilidade de decidir se é o caso (ou não) de aplicar as consequências jurisdicionais que a lei prevê, quais sejam: regressão de regime, alteração da data-base e perda da remição (aliás, a lei sequer fala que deve haver audiência para tal desiderato).

Veja-se que ao Poder Judiciário não compete – sequer – a homologação (ou não) do PAD; afinal, ele não é órgão revisor da esfera administrativa. O procedimento administrativo é completamente autônomo em relação à função jurisdicional. Não existe uma atribuição do Judiciário para analisar, homologar, sancionar, etc., uma decisão administrativa. Para isso existe o Recurso Administrativo, previsto no art. 29 do RDP.

Nem mesmo a natureza mista da execução penal pode ser desculpa para a intromissão do Poder Judiciário na atividade administrativa das rotinas prisionais (onde se insere também a disciplina penitenciária), conclusão facilmente extraída da obra de Guilherme de Souza Nucci (2007b, ps. 941/942):

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. **É certo**

que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.” (o grifo é nosso)

De qualquer maneira, evidentemente que não se pode excluir o PAD da apreciação do Poder Judiciário, até mesmo por previsão constitucional (art. 5º, XXXV, da CF). Porém, admitir que o Poder Judiciário possa agir sem provocação, também importa em violação ao princípio da inércia da jurisdição (“*ne procedat iudex ex officio*”). Dito de outra forma, o Juiz não pode receber o PAD e decidir homologá-lo ou não. Não lhe compete fazer isso.

O próprio RESP n. 1.378.557 deixa isso claro, quando o Min. Marco Aurélio Bellizze afirma:

Assim, **embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos** realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. (pág. 24)

Trata-se de verdadeiro princípio do Processo Penal, mais especificamente da Jurisdição Penal. Buscando auxílio na definição de Aury Lopes Jr (2012, p. 447):

Como decorrência do sistema acusatório anteriormente explicado e para garantia da imparcialidade (princípio supremo do processo), a inércia da jurisdição significa que o poder somente poderá ser exercido pelo juiz mediante prévia invocação. Vedada está a atuação *ex officio* do juiz (daí o significado do adágio *ne procedat iudex ex officio*).

Portanto, veja-se que a jurisprudência deixa claro que o Juiz poderá analisar o caso “quando provocado”, ou seja, quando o ato administrativo for impugnado judicialmente. Somente mediante provocação é que o Poder Judiciário pode agir (“*ne procedat iudex ex officio*”). Provocação de quem? Dos atores processuais que fazem parte do cenário processual penal: Ministério Público, Apenado, Defesa Técnica, etc.

Havendo provocação, daí sim compete ao Poder Judiciário o controle da legalidade/constitucionalidade dos atos e decisões proferidas pelo Diretor do presídio (função de controle dos atos administrativos). Não pode o magistrado, porém, substituir-se de ofício ao Diretor da casa prisional e, no caso de não concordar com a decisão administrativa, simplesmente proferir outra em seu lugar (como historicamente ocorre). Mesmo nesse caso, o Juiz não homologará ou deixará de homologar o procedimento. Ele analisará as alegações trazidas pelas partes e, então, caso verifique uma ilegalidade ou uma inconstitucionalidade, deverá ele anular o procedimento.

Veja-se que o Juízo da VEC não pode se intrometer na seara administrativa. Caso a direção do estabelecimento prisional decida que o fato está prescrito, que é (ou não é) falta grave, que não é o caso de apuração por qualquer outro motivo, então este tem total autonomia para assim agir. Na suspeita do magistrado de que possa a direção estar envolvida em ilegalidades, deve acionar outros meios de fiscalização. Mas não pode usar o apenado para tal controle. Questões administrativas são resolvidas nesta seara exclusivamente, em nenhuma outra. As consequências dos atos administrativos para o processo de execução criminal, por outro lado, é que serão da competência do magistrado titular da VEC. Dito de outra forma, os efeitos penais do reconhecimento da falta é que serão submetidos à apreciação do Poder Judiciário (daí a natureza mista da execução penal).

Entretanto, não pode o Juízo da VEC adentrar na seara administrativa, sob pena de afrontar dispositivos legais e constitucionais.

Vejamos o voto condutor do aresto, da lavra do Min. Marco Aurélio Bellizze. São várias as passagens que podemos transcrever para ilustrar o argumento (oriundo do RESP n. 1.378.557 citado acima):

Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que **o poder disciplinar**, na execução da pena privativa de liberdade, bem como na restritiva de direitos, **será exercido pela autoridade administrativa** a que estiver sujeito o condenado.

Assim, no âmbito da execução penal, a **atribuição de apurar a conduta faltosa do detento**, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, **ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar**, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais.

Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional

...

Corroborando esse entendimento, o art. 54 da LEP é claro ao estabelecer que **as sanções dos incisos I a IV do art 53**, quais sejam, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, **serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento.**

...

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, **determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz** da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º).

Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48:

...

Dessa forma, constata-se que a **Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o "processo" de apuração da falta disciplinar** (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, **é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor**, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.

Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

...

Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua **oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.**

Nota-se que **os procedimentos não se confundem**. Ora, se de um lado, **o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa;** de outro, **a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.**

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu artigo 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. (os grifos são nossos)

Veja-se que a transcrição acima é longa mas necessária. O que resta evidenciado é que compete ao Magistrado com atuação na VEC apenas apreciar se é o caso de aplicação das sanções previstas na lei. Porém, a decisão sobre a instauração, a instrução e o reconhecimento acerca da existência da falta grave cabem exclusivamente ao Diretor do Presídio, que é quem detém o Poder Disciplinar.

O Min. Marco Aurélio Bellizze transcreve ainda trecho de doutrina especializada, a qual também se pede licença para reproduzir (JULIOTTI, 2011, p. 79):

O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. **Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos.** (grifamos)

A corroborar essa orientação, pode-se citar igualmente a obra de Guilherme de Souza Nucci (2007b, ps. 941/942), a qual assevera com todas as letras:

O poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa (art. 47, LEP), o que confere o caráter misto à execução da pena (parte dela é conduzida pelo juiz; outra parte é fruto da administração do presídio).

...

As faltas apuradas serão devidamente comunicadas ao juiz da execução penal para produzir os reflexos na individualização executória da pena, podendo implicar regressão de regime, perda de dias remidos, impedimento de saída temporária, dentre outros (art. 48, parágrafo único, LEP). (o grifo é nosso)

Em outras palavras, o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa. Ao juiz compete, tão somente, aferir as consequências penais daquele reconhecimento administrativo. É a lição expressa e categórica de Guilherme de Souza Nucci.

Concluindo seu voto, o Min. Marco Aurélio Bellizze analisou o caso posto em julgamento e afirmou com todas as letras:

Na hipótese dos autos, conforme se verifica do termo de audiência às fls. 20/22, o Juiz da Vara de Execução Penal da Comarca de Porto Alegre/RS, notificado da recaptura do apenado Fabiano Cougo, instaurou procedimento judicial para apurar o cometimento de falta grave pelo detento e, após a

manifestação da defesa e do Ministério Público na audiência de justificação, reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinando a alteração da data-base para futuros benefícios, deixando, contudo, de regredi-lo para o regime mais gravoso, tendo em vista que o apenado já se encontrava no regime fechado.

Assim, o referido procedimento encontra-se em total desconhecimento com os dispositivos da Lei de Execução Penal, porquanto o magistrado usurpou a atribuição exclusiva do diretor do presídio para apuração e reconhecimento da falta grave, valendo ressaltar, ainda, que sequer havia a necessidade de realização dessa audiência judicial, em razão da impossibilidade de regressão do regime carcerário, não sendo a hipótese, por conseguinte, sequer de aplicação do art. 118, inciso I e § 2º, da Lei nº 7.210/1984. (grifamos)

Das transcrições acima, percebe-se que a delimitação de competências deve ser assim entendida:

✓ Diretor da Casa Prisional: instauração, instrução e reconhecimento (ou não) das faltas disciplinares, aplicação de algumas sanções, representação ao Juiz sobre o caso;

✓ Juiz da Vara de Execuções Criminais: realização de audiência para oitiva do apenado (se entender necessário, adiante demonstrar-se-á que a mesma é dispensável), aplicação de algumas sanções (igualmente, se verificar que é o caso).

Veja-se que, inclusive, em uma passagem do seu voto, o Min. Marco Aurélio Bellizze chega ao ponto de afirmar que a oitiva prevista no artigo 118, § 2º, da LEP, é chamada erroneamente – e sem base legal – de audiência de justificação. Afirma o Ministro que o equívoco decorre do fato de que a audiência referida não tem por finalidade justificar nada, nem analisar se o caso é de falta grave ou não. Na verdade, a audiência se presta, apenas, para deliberar acerca da regressão de regime, que será então determinada ou não pelo Juiz da execução:

oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.

Aliás, permitir que o Juiz possa reconhecer como falta grave um fato que a autoridade administrativa não reconheceu dessa forma, é o mesmo

que permitir que o Poder Judiciário possa se imiscuir no mérito de um ato administrativo. Ora, nosso sistema jurídico não permite tal situação, sob pena de afronta ao princípio federativo da repartição de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

E tão séria é a importância do princípio, que foi elevado expressamente à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, incisos I e III, da CF).

Da jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, retiramos que:

Conquanto seja possível a revisão judicial dos atos administrativos, o exercício do controle jurisdicional limita-se à legalidade de tais atos, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito destes, sob pena de ferir o princípio constitucional da separação dos poderes. (Recurso Cível Nº 71006082291, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 13/12/2016).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cuja matéria se encontra pacificada no âmbito da 1ª Seção (informativo 382):

A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo. (MS 14.134-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26/8/2009)

A 3ª Seção da corte Superior não diverge desse entendimento (informativo 300):

O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar a análise de mérito do ato impugnado. (MS 12.629-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/8/2007)

Ainda do âmbito do STJ, e mesmo que diga respeito a um PAD contra funcionário público (em razão de falta disciplinar no exercício da função), retiram-se valiosas lições que em tudo são aplicáveis ao PAD oriundo das casas prisionais:

Outrossim, o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incurção no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar. Precedentes. (MS 21.544/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJE 07/03/2017)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 941) refere três possibilidades de controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário: o controle dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Quanto aos motivos, citando o eminente Caio Tácito, afirma o ilustre doutrinador (MELLO, 2007, ps. 941/942):

Em repetidos pronunciamentos, os nossos Tribunais têm modernamente firmado o critério de que a pesquisa da ilegalidade administrativa admite o conhecimento, pelo Poder Judiciário, das circunstâncias objetivas do caso. Ainda recentemente, em acórdão no RE 17.126, o STF expressou, em resumo modelar, que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração.

...

Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.

Quanto à finalidade, verdadeiramente se trata da questão do desvio de finalidade do ato administrativo. Ou seja, será o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade para a qual foi instituída. Um exemplo de desvio de finalidade trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello seria a prática de ato pelo agente em razão de razões particulares, estranhas ao interesse público (MELLO, 2007, p. 944).

Por fim, quanto à causa do ato, trata-se de observar a relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto (MELLO, 2007, p. 945). Ou seja, é preciso que haja uma relação de causalidade, de compatibilidade lógica entre a sua causa (o fato que lhe deu origem) e o seu conteúdo.

Concluindo sua análise, refere o renomado doutrinador que este controle do Poder Judiciário jamais pode ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal (MELLO, 2007, ps. 955/956). Isto é, não pode ir além de questões de legalidade. Para ele (MELLO, 2007, p. 956):

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Hely Lopes Meirelles comunga de idêntico entendimento, quando faz as seguintes afirmações em sua obra (1996, ps. 609/611):

É um controle a *posteriori*, unicamente de *legalidade*, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

...

Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a *legalidade*, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*.

...

O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração.

A *competência do Judiciário* para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da *legalidade* e da *legitimidade* do ato impugnado. Por *legalidade* entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por *legitimidade* entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda atividade pública.

Talvez o autor que mais tenha aprofundado o tema do CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, tenha sido o Prof. Juarez Freitas. Em sua obra, o autor profere lições que não divergem dos doutrinadores anteriores (2004, p. 226):

controle judicial haverá de ser o de “administrador negativo”, em analogia com o de “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porque, como dito, se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deveria agir, está obrigado a emitir juízo sobre como não deveria agir, em função dos princípios superiores do sistema administrativo, não mais prosseguindo a posição passiva de outros tempos.

Logo, o que se tem no caso analisado (e que não foi dito de forma expressa pelo Min. Marco Aurélio Bellizze no julgamento do RESP 1.378.557) é uma evidente situação em que o Poder Judiciário, historicamente, vem se intrometendo na seara administrativa para julgar o próprio MÉRITO administrativo, ainda que disso não tenha se apercebido.

Com essas balizas fixadas, entende-se o porquê da necessidade do PAD. Será nele que haverá o reconhecimento ou não da falta grave. Depois, encerrado este procedimento, o feito será remetido a Juízo, quando então o Juiz:

- ✓ Se provocado, anulará o PAD, por algum vício;
- ✓ Na ausência de provocação determinará (ou não) a regressão de regime, a alteração da data-base e a perda da remição (mas não poderá se imiscuir na competência do Diretor do Presídio, reconhecendo ou não a suposta falta grave).

Assim, as atuais situações em que o Poder Judiciário ordena a instauração de PAD's, homologa ou deixa de homologar procedimentos ou profere decisões em que reconhece fatos como faltas graves revelam-se absolutamente ilegais/inconstitucionais.

3 A PRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Um dos grandes registros que pode ser extraído do acórdão é a afirmação textual no sentido de que a chamada audiência de justificação é dispensável. Ou seja, trata-se de ato processual que não tem necessidade de existir.

O Min. Marco Aurélio Bellizze registrou a seguinte lição:

Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o

preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.

Ou seja, revela-se absolutamente dispensável a audiência judicial de justificação. Em verdade, se o apenado foi assistido por advogado particular/Defensoria Pública na seara administrativa, estão atendidos os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. E, se nessa audiência, o apenado já foi ouvido, cumprido estará o requisito do § 2º do artigo 118 da LEP.

Como salientado acima, a doutrina também conforta essa ideia, como se verifica da transcrição já feita da obra de Guilherme de Souza Nucci (2007b, p. 960), a qual refere expressamente que o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa (conforme art. 47 da LEP), enquanto que ao Juiz compete analisar os reflexos do reconhecimento da falta na individualização executória da pena, podendo implicar regressão de regime, perda de dias remidos, impedimento de saída temporária, dentre outros (art. 48, parágrafo único, da LEP).

Ou seja, o Juiz analisa os reflexos do PAD na execução penal, de maneira que a audiência será dispensável se o apenado já tiver sido ouvido perante a autoridade administrativa. Veja-se que a LEP não exige que o apenado seja ouvido pessoalmente pelo magistrado titular da VEC.

E nesse contexto é que o STJ entendeu que revela-se imprescindível a realização de PAD, pois é lá na seara administrativa que tudo acontece. Ao Juízo da VEC compete apenas e tão somente decidir acerca da aplicação (ou não) daquilo que é equivocadamente chamado de “conseqüências legais”.

A má compreensão do Poder Judiciário acerca do teor do acórdão, porém, vem ocasionando prejuízo irreparável aos apenados. Afinal, ao decidir por realizar audiências de justificação para toda e qualquer falta, ao mesmo tempo que exige PAD para tudo, o Poder Judiciário acaba por tornar

um direito do apenado em malefício. O direito ao PAD acompanhado de um defensor acaba por se tornar um pesadelo, e isso não pode ocorrer. Uma injustiça não pode ser reparada apenas para substituí-la por outra (como vem ocorrendo hoje, em que apenados ficam aguardando em regime mais severo – chamada regressão cautelar – por uma audiência que pode levar até 1 ano ou mais). É preciso que se dê coerência ao sistema processual penal. E, no presente caso, a coerência manda que as audiências de justificação em Juízo sejam dispensadas, exatamente como destacado pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, ao citar o exemplo do Estado de São paulo e o Enunciado 7, editado por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária (realizado na cidade de Mogi das Cruzes).

É a única solução que coloca tudo em seu devido lugar. Sem mencionar que essa forma de proceder termina por desafogar o Poder Judiciário, na medida em que não precisa ficar realizando audiências a esmo, sem necessidade.

4 CONECTÁRIOS LÓGICOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RECONHECE A FALTA GRAVE

Costuma-se dizer que a regressão de regime e a perda de dias remidos são conectários lógicos do reconhecimento da falta grave, como se fosse algo de aplicação automática. Contudo, a partir da leitura do acórdão, verifica-se que isso não é bem assim.

Se o reconhecimento da falta é matéria exclusiva da competência do Diretor do Presídio, e se ao Juiz compete apenas ouvir o apenado, quando julgar necessário, para decidir se aplica as penalidades que lhe compete, isso significa dizer que a regressão de regime (ou qualquer dos conectários previstos em lei) não são de reconhecimento obrigatório. Serão critérios de proporcionalidade/razoabilidade que levarão o Juiz a decretar tais sanções. Observa-se, portanto, que as sanções não são corolário lógico e muito menos de aplicação obrigatória. Muito pelo contrário, são de imposição facultativa. Estão a disposição do Magistrado, mas isso não quer dizer que sempre tenha que aplicá-las. Até porque, pela falta, o apenado já terá sido punido anteriormente pela Direção da casa prisional e pode ser que a sanção aplicada tenha sido suficiente para a responsabilização do fato. Logo, o Magistrado tem a opção de de aplicá-las ou não.

Pensar de forma diferente, isto é, que são obrigatórias por se tratarem de um conectário lógico, seria o mesmo que tornar a possibilidade de

audiência judicial um ato inútil. Isso porque, na medida em que a Casa Prisional é quem decide sobre a falta grave, e vindo o procedimento (PAD) para Juízo, bastaria o próprio Cartório Judicial calcular e aplicar as penalidades a todo e qualquer caso de forma automática. Não haveria nenhuma necessidade – sequer – de apreciação judicial a respeito. E este não parece ter sido o escopo da lei. Seja pela utilização da Interpretação teleológica (de acordo com a sua finalidade), seja pela utilização da interpretação sistemática (enquanto norma inserida em uma sistema), a conclusão é a mesma.

Assim, forçoso o raciocínio de que as tais “consequências” legais são, na verdade, de aplicação facultativa.

5 OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AOS PRINCÍPIOS DA FEDERAÇÃO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF)

Considerando os elementos que foram trazidos acima, podemos observar que o Poder Judiciário extrapola seguidamente a competência que lhe foi atribuída pela Lei de Execução Penal (ao proferir decisão que invade a atribuição exclusiva do Diretor do Presídio), o que implica dizer que há uma afronta direta ao Princípio da Legalidade, insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Da mesma maneira, estando o Poder Judiciário histórica e sistematicamente adentrando no mérito administrativo, verifica-se violação frontal e direta dos Princípios Federativo e da Separação dos Poderes, como previstos no artigo 2º e no artigo 60, § 4º, incisos I e III, todos da Constituição Federal.

Por fim, o princípio da inércia da jurisdição é de caráter supralegal, consequência natural do sistema acusatório inaugurado pela Constituição Federal. Como bem destacado por Aury Lopes Jr (2012, p. 233):

... não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição.

Assim, ainda que de forma implícita, pode-se extrair com tranquilidade a conclusão de que a inércia da jurisdição é efetivamente um princípio jurídico-constitucional, em razão da interpretação sistemática do texto magno (como já salientado pelo Prof. Aury Lopes Jr. nas transcrições ante-

riores). Este, ao fim e ao cabo, resta igualmente violado, na medida em que o Poder Judiciário age sem a devida provocação (ofendendo o brocardo *ne procedat iudex ex officio*).

6 OFENSA A DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Considerando, outrossim, os fundamentos trazidos anteriormente, forçoso concluir que o Poder Judiciário, igualmente, desborda daquilo que lhe atribui a Lei de Execução Penal, havendo afronta assim aos artigos 47, 48, 54, 118, 125, 127 e 181, todos deste diploma legal.

Os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado:

Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

Outrossim, o art. 54 assegura quais sanções são da competência do Diretor do Estabelecimento Prisional e quais são do Juiz da Vara de Execuções Criminais:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Sabe-se que determinadas consequências e sanções são da competência do juiz da execução penal: a regressão de regime (art. 118, I), a revo-

gação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º):

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

...

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a", "d" e "e" do parágrafo anterior.

Assim, da leitura atenta dos dispositivos, e na esteira do entendimento sedimentado pelo STJ em sede de Recurso Repetitivo, a reorientar toda a jurisprudência brasileira, verifica-se que a atual prática processual afronta cada um dos dispositivos acima, na medida em que o Poder Judiciário exerce competência que não lhe foi atribuída, qual seja, a de reconhecer a prática de faltas graves, além de determinar a instauração de PAD's, sem ter a autoridade necessária para isso. Em verdade, tais atribuições são do Diretor do Presídio, sendo que a competência do Juízo de Direito é limitada a: (1) analisar quais os efeitos da decisão administrativa ao Processo de Execução Criminal; e (2) se provocado, efetuar o controle de legalidade/constitucionalidade).

Porém, o Poder Judiciário, ao deixar de aplicar corretamente os comandos legais referentes aos dispositivos citados, termina por afrontar de forma direta cada um deles, tornando possível a via recursal especial, por ofensa direta aos artigos 47, 48, 54, 118, 125, 127 e 181 da LEP.

Não suficiente a afronta aos dispositivos da LEP, forçoso ainda concluir que a iniciativa do Poder Judiciário no sentido de agir sem provocação, ao determinar a instauração de PAD's ou mesmo imiscuir-se nas atribuições de autoridades administrativas sem provocação (*ex officio*), acaba por afrontar o artigo 3º do Código de Processo Penal, em sua combinação com o artigo 2º do Novo Código de Processo Civil, os quais trazem o Princípio da Inércia da Jurisdição, lá do processo civil, para o processo penal.

7 A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO ENVOLVENDO FALTAS DISCIPLINARES

Muita confusão tem cercado esse tema. O principal equívoco que se verifica na prática, principalmente por parte dos atores judiciais, é no sentido de misturar a prescrição administrativa com a prescrição penal. Vejamos um exemplo de acórdão nesse sentido:

Prescrição do PAD: Consoante entendimento pacificado no STF, os artigos 36 e 37 do RDP do Rio Grande do Sul não têm o condão de regular prescrição penal. Razoável que assim seja, eis que o art. 22, da Constituição Federal, é taxativo ao delimitar a competência da União para legislar sobre direito penal. Assim, não havendo prazo específico na Lei de Execuções Penais, para instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, usa-se por analogia o menor prazo prescricional disposto no art. 109 do CP, ou seja, 03 (três) anos. Não transcorridos 03 anos entre a data da recaptura e a data da

instauração do PAD. Preliminar afastada. (Agravo Nº 70073123168, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 10/05/2017)

O mesmo tipo de entendimento equivocado vem sendo “pacificamente” reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como destacado na decisão acima, em acórdão do Tribunal de Justiça do nosso Estado. Contudo, todas as decisões envolvidas, ao tratar da matéria, fazem referência expressa ao HC n. 92.000/SP, deixando de aprofundar a questão. O problema é que, mesmo este julgado referido, não aprofundou a análise da referida problemática.

Na verdade, o HC n. 92.000/SP trata apenas do TERMO INICIAL para a contagem do prazo prescricional, o que no caso restou fixado como sendo a data da recaptura. Quanto ao mais, o STF manteve a decisão proferida no HC n. 56.053/SP, oriundo do STJ, que era a decisão atacada pelo remédio constitucional.

Indo, na sequência, junto ao STJ, para analisar o teor do referido julgado, percebemos que a análise também foi superficial, limitando-se a reproduzir o entendimento igualmente “pacificado” naquele Superior Tribunal. Há, no entanto, grande dificuldade em se encontrar qual seria o julgado original, isto é, aquele que teria fixado o entendimento tão seguidamente reproduzido e até hoje não questionado.

Rastreando a pesquisa aos primeiros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, chegamos ao ano de 2003, oportunidade em que o Min. Paulo Medina, ao relatar o HC n. 24.266/SP, aparentemente analisou o tema pela primeira vez. Pelo menos é o único acórdão que não remete a nenhum anterior, sendo que na linha cronológica parece realmente ser o pioneiro no assunto (os demais acórdãos que lhe antecedem apenas analisavam outras questões relativas às faltas graves que não a prescrição da própria falta administrativa). Mas a prescrição propriamente dita, esta somente apareceu a partir deste julgado. E, mesmo nele, a questão passou ao largo. Vejamos o voto do Min. Paulo Medina:

Pretende a parte impetrante o reconhecimento da prescrição da infração disciplinar que embasou a decisão que determinou, em detrimento do paciente, a regressão ao regime fechado e o perdimento dos dias remidos anteriores à data da falta.

Em face da ausência de previsão legal de prescrição das infrações disciplinares praticadas na execução penal, requer a aplicação analógica do menor prazo prescricional previsto na lei penal, ou seja, 02 (dois) anos.

A infração disciplinar em que incorreu o paciente encontra-se prevista no art. 50, II, da Lei nº 7210/85, consistindo na fuga ou evasão.

O ato de fuga constitui-se em infração permanente, razão pela qual a prescrição bienal argüida iniciaria-se somente com a recaptura.

A prática da falta disciplinar pelo réu ocorreu em 16/06/1997, havendo sido recapturado em 11/09/2000, sendo este o marco inicial do prazo prescricional de 02 (dois) anos invocado.

Digno de nota que, mais uma vez, o assunto não foi aprofundado. Veio ele trazido ao STJ pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que atacava decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado para fazer prevalecer, dos prazos prescricionais do Código Penal aplicados, aquele que fosse menor (já que a LEP era silente a respeito). Mas, em momento algum foi feita qualquer análise no sentido de qual seria o prazo prescricional correto. Nem mesmo se aquele prazo do artigo 109 do CP seria o correto a se aplicar no âmbito da disciplina administrativa penitenciária. O recorrente, no caso a Defensoria Pública daquele Estado, elaborou o recurso competente já partindo do pressuposto inicial de que a prescrição era a do artigo 109 do Código Penal, discutindo apenas qual dos incisos seria o aplicável (pleiteava, no caso, em face da omissão legislativa, o reconhecimento do menor prazo previsto, entendimento este que prevaleceu e terminou por orientar toda a jurisprudência nacional).

Porém, o que se verifica é que o equívoco jurisprudencial decorre de uma interpretação falha da legislação penal e processual penal, bem como da legislação administrativa e constitucional, como já foi dito alhures.

No caso específico da prescrição, deve-se separar as esferas administrativa e penal, exatamente como fez o Min. Marco Aurélio Bellizze, ao analisar o caso que originou a súmula 533 do STJ. Prescrição administrativa e prescrição penal não se confundem, muito embora a jurisprudência e os operadores constantemente incorram nesse erro.

Segundo Damásio de Jesus (2001, p. 17), na obra mais completa sobre o assunto prescrição: “Prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo.”

Elencando os fundamentos da prescrição em nossa legislação penal, Damásio aponta os 3 que, no seu entender, seriam os principais (2001, ps. 18/19):

- ✓ o decurso do tempo;
- ✓ a correção do condenado; e
- ✓ a negligência da autoridade.

Veja-se que ao analisarmos mais a fundo o instituto, já nos elementos que fundam a prescrição podemos extrair a conclusão de que há uma prescrição administrativa (regida pelas legislações estaduais, no exercício da competência suplementar), que deve ser reconhecida quando houver inércia da autoridade ADMINISTRATIVA, e uma prescrição penal, para quando houver inércia por parte do Poder Judiciário. Logo, as duas coisas não se misturam. Novamente, forçosa a conclusão de que a prescrição das faltas administrativo-disciplinares não pode ser regulada por lei penal. Seria a direta interferência de uma esfera na outra, o que não pode ocorrer sob pena de afrontar o Princípio da Separação de Poderes, além de outros dispositivos constitucionais e legais.

Da análise, também, da obra de Guilherme de Souza Nucci (2007a, ps. 580/581), extrai-se valorosa lição, quanto ao conceito de prescrição:

É a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.

Ou seja, mais uma vez o destaque de que a prescrição penal aplica-se para reconhecer a falta de interesse do Estado na repressão do CRIME, e não de uma falta administrativa. O uso da palavra não foi em vão pelo autor. De fato, todo cientista do direito deve se utilizar da precisão terminológica, justamente para melhor analisar o objeto de estudo (o contrário, isto é, a imprecisão não é característica da pesquisa científica, onde também se enquadra a pesquisa jurídica). Em outras palavras, partindo-se dessa premissa, que se revela basilar, podemos afirmar com elevado grau de exatidão, inclusive com substrato nas lições de NUCCI, que a prescrição penal se aplica para a punibilidade de CRIMES.

O mesmo autor faz ainda uma breve análise acerca da apuração das faltas e imposição de sanções (NUCCI, 2007b, p. 960). Infelizmente, não

analisou a questão da prescrição. Mas, como já salientado à exaustão acima, mesmo este autor reconhece que a seara administrativa não se mistura com a seara da execução penal. Uma coisa é o poder disciplinar, exercido pela autoridade administrativa; outra coisa, bem diferente, são os reflexos que o reconhecimento da falta pela autoridade administrativa terão na execução penal (conforme já destacado pelos escritos de Nucci (2007b, ps. 941/942), referidos anteriormente)

Logo, inexorável a conclusão no sentido de que o prazo prescricional da falta administrativa deve ser o do Regimento Disciplinar Penitenciário – RDP, não tendo nenhum sentido a aplicação do artigo 109 do Código Penal para o âmbito da apuração das faltas graves, que são faltas administrativas, de cunho disciplinar. Como as faltas administrativas não são crimes, não devem sofrer a incidência da legislação penal.

O que se percebe é que o equívoco jurisprudencial (que persiste até hoje) reside justamente na aplicação inadequada de dispositivos de leis federais na ausência de leis específicas, problema já percebido e descrito por Wellington Pacheco Barros (2005, pp. 33/34):

O grande problema na compreensão e assimilação do processo administrativo, e, como de regra, de todo o direito administrativo, reside na ausência de leis específicas e de aplicação de leis de outros entes ou mesmo de fontes doutrinárias, muitas delas de aplicação inadequada. Na resolução de conflitos administrativos municipais ou estaduais, não raramente, por ausência de regras de processo administrativo em cada um destes entes, se remete às regras federais sem nenhum pejo de violação ao princípio federativo. A remissão às regras de processo administrativo somente pode ocorrer com expressa autorização legislativa. E muitas vezes isso é aplicado, mesmo na constância de regras expressas

Então, no plano do dever-ser, como que deveria ocorrer a análise da prescrição nas faltas disciplinares? Primeiramente, destacamos que se deve olhar o assunto sob o prisma do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto n. 46.534/09).

O RDP regula a prescrição nos artigos 36 e 37:

Art. 36 - Considerar-se-á extinta a punibilidade pela prescrição quando, a partir do conhecimento da falta, não ocorrer a

instauração do Procedimento Disciplinar no prazo de 30 (trinta) dias. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Parágrafo único – Nos casos de fuga, inicia-se o cômputo do prazo a partir da data do reingresso do preso no sistema prisional, oportunidade em que será comunicada imediatamente a recaptura ao Poder Judiciário para que proceda da forma do art. 22, III. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Art. 37 - O Procedimento Disciplinar deverá ser concluído no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da sua instauração, podendo ser prorrogado por 30 (trinta) dias na hipótese de justificada necessidade. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Parágrafo único – A prorrogação que trata o caput deste artigo será concedida pela autoridade administrativa a quem o Conselho Disciplinar estiver vinculado e, caso o procedimento não seja concluído no prazo previsto, será considerado prescrito.

A primeira coisa que se deve ter em mente é que faltas disciplinares são atribuição das Casas Prisionais, como já destacado alhures. Então, forçoso concluir que o Poder Judiciário não pode “determinar” que seja instaurado nenhum procedimento. O máximo que se poderia cogitar é do Poder Judiciário noticiar algum fato para a Direção do estabelecimento penal envolvido para que tome as providências que entender pertinentes (como instaurar um procedimento se ainda estiver no prazo legal). Porém, neste espectro de atuação, a Casa Prisional teria total liberdade para oficiar de volta, respondendo que entende não ser o caso de falta grave, por exemplo, ou mesmo que o fato já está prescrito pelo regimento penitenciário.

De qualquer forma, considerando-se a seara administrativa, deve-se analisar a data do fato e a data de instauração do PAD. Se superior a 30 dias, verifica-se prescrição. Da mesma forma, a prescrição ocorre se o procedimento se alongar além do permitido. Segundo a norma regimental gaúcha, o procedimento disciplinar deve ser concluído no prazo de sessenta dias, a contar da sua instauração, podendo ser prorrogado por trinta dias na hipótese de justificada necessidade.

O primeiro equívoco é entender que a prescrição tratada pelo RDP seria prescrição PENAL. De fato, dela não se trata. A prescrição penal, cuja competência exclusiva para legislar é da União, encontra-se regulada no Código Penal. Mas disso não se trata quando o assunto é faltas administrativas. As faltas disciplinares são faltas administrativas e como tais devem ser tratadas, circunscritas ao âmbito do poder disciplinar. Cabe, neste pas-

so, destacar o art. 24 da Constituição Federal, que determina ser competência também dos Estados e Municípios (em conjunto com a União) legislar sobre direito PENITENCIÁRIO. E é aqui que se enquadram as regras de prescrição de faltas administrativas disciplinares, praticadas dentro do sistema penitenciário.

A sua repercussão penal, posterior, é outro assunto e que deve sofrer interpretação diversa (os efeitos penais do reconhecimento administrativo de uma falta grave é que recaem sob o olhar do Poder Judiciário). Mas a apuração, análise e sanção de uma alegada falta grave é um problema administrativo disciplinar, sujeito à legislação administrativa penitenciária. Neste passo, possível a análise da prescrição administrativa enquanto fato administrativo, ocorrido no âmbito disciplinar.

Logo, se o Juízo da VEC não pode se imiscuir em tarefas exclusivas da Direção Prisional (como o poder disciplinar), da mesma maneira não pode interferir em questões como a prescrição administrativa penitenciária.

A prescrição do Código Penal, que deve ser lida da maneira como registrado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (“não havendo prazo específico na Lei de Execuções Penais, para instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, usa-se por analogia o menor prazo prescricional disposto no art. 109 do CP, ou seja, 03 [três] anos”), deve assim ser entendida apenas para que o magistrado aplique aquelas chamadas “consequências legais”, se entender que é o caso de aplicá-las. Ou seja, notificado acerca do reconhecimento de uma falta grave, terá o magistrado até 3 (três) anos para decidir se: regride o regime do apenado, altera a data-base e decreta a perda de 1/3 da remição (digno de nota que pode optar por todas, nenhuma, apenas uma ou, até mesmo, a combinação de duas delas).

Dito de outro modo: a prescrição administrativa da falta disciplinar deve ser aquela prevista no regulamento administrativo respectivo (quando previsto nas legislações estaduais); já para os efeitos PENALIS do reconhecimento administrativo da falta (aplicação ou não dos “conseqüências legais”), daí sim será o caso de aplicação analógica do prazo prescricional do artigo 109 do Código Penal, por omissão da LEP.

Afinal, são esferas diferentes, a penal e a administrativa. Cada uma com regramentos próprios e consequências próprias. Tanto que a jurisprudência mansa e pacífica a respeito é a seguinte:

As instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. (Precedente: RMS 26.510/ RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010) (RMS 26951 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 17-11-2015 PUBLIC 18-11-2015)

Dessa forma, é perfeitamente cabível que a prescrição administrativa tenha regramento diferenciado da prescrição penal. Uma esfera não interfere na outra. A prescrição administrativa atinge tão somente a pretensão da Direção da casa prisional em investigar e punir o apenado por uma alegada falta ADMINISTRATIVA.

Vejamos um outro caso. Por exemplo, o art. 142 da Lei 8112/90, que prevê os prazos de prescrição para a punição disciplinar no âmbito administrativo do servidor público federal. Ninguém dirá que a norma é inconstitucional. E por quê? Porque editada de forma escorreita, seguindo os trâmites legais e, também, porque as esferas administrativa e penal são independentes. Ninguém pensaria em dizer que os prazos do Código Penal teriam aplicabilidade às faltas ali previstas.

O Regimento Disciplinar Penitenciário (RDP) não é diferente. De fato, a única diferença é que o fundamento para a sua edição não está no artigo 22 da Constituição Federal, como equivocadamente se aponta, simplesmente porque ele não regula prazos de prescrição penal. Ele nunca pretendeu isso. Basta olhar o art. 1º dele para se perceber isso:

Este Regimento Disciplinar destina-se a estabelecer os princípios básicos da conduta, da disciplina, direitos e deveres dos presos no Sistema Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul

E, neste passo, ele se enquadra como norma afeita ao artigo 24 da Constituição da República, onde está a chamada competência concorrente/suplementar dos entes federativos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, **penitenciário**, econômico e urbanístico;

...

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Logo, a previsão normativa dos artigos 36 e 37 do RDP não tem nada de inconstitucional, pois regulam a prescrição para apuração de faltas ADMINISTRATIVAS, no âmbito do exercício do poder disciplinar inserido na atribuição dos Diretores de casas prisionais. Ou seja, trata-se de legislação PENITENCIÁRIA, que, por se inserir dentro do Poder Executivo (administração pública), acaba por se inserir na esfera do direito administrativo. Inclusive, não por outra razão, chama-se de Administração Prisional.

Assim, sendo a LEP omissa, incide a hipótese dos parágrafos do artigo 24 da CF/88 de exercício da competência suplementar. Ou seja, o Estado tem toda a legitimidade (competência plena) para editar normas que regulem matéria omissa na legislação federal, até que sobrevenha legislação federal a respeito. Portanto, perfeitamente constitucionais os artigos 36 e 37 do RDP.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 777), “Os Estados também podem suprir o rol de matérias do art. 24, I a XVI, da Constituição, colmatando possíveis vazios normativos, muitos dos quais oriundos da inércia do legislador.”

O mesmo se tira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn n. 3.098/SP:

O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais,

suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

A “pá de cal” sobre o assunto parece vir, novamente, da lição de Guilherme de Souza Nucci (2007b. p. 942), que é de clareza solar:

Dessa maneira, é preciso frisar caber à União, privativamente, a competência para legislar em matéria de execução penal, quando as regras concernirem à esfera penal ou processual penal (art. 22, I, CF). Sob outro aspecto, quando envolver **matéria pertinente a direito penitenciário**, vinculada à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais, normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal, entre outros temas correlatos, **a competência legislativa é da União, mas concorrentemente com os Estados e Distrito Federal** (art. 24, I, CF) (o grifo é nosso).

Na verdade, a confusão tem origem na questão já destacada pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, em que Juízes acabam por interferir de maneira equivocada na atividade disciplinar – no próprio mérito administrativo –, que é atribuição exclusiva do Diretor das Casas Prisionais. A realidade é que cada um tem esferas próprias de atuação, com regramentos próprios, valendo o mesmo para a prescrição.

Dessa forma, aplicar o art. 109 do Código Penal a casos equivocados termina por afrontar de forma direta o dispositivo legal em questão, assim como atinge os artigos 22 e 24 da Carta Magna, de forma inclusive a permitir o manejo dos recursos extraordinários (Especial e Extraordinário).

8 CONCLUSÃO

Em função de tudo o que foi exposto, não restam dúvidas que o Poder Judiciário – junto com os demais atores judiciais – vem historicamente adentrando no mérito de atos administrativos, muito embora não tenha tido a intenção de fazê-lo. Ao permitir que se possa oficiar órgãos administrativos da forma como se faz hoje (ordenando a instauração de procedimentos disciplinares) e ao enfrentar o mérito dos atos administrativos (relegando o administrador prisional a um segundo plano, como se suas decisões não tivessem validade), o Poder Judiciário causa inúmeros transtornos e injustiças – muito embora, repita-se, não tenha sido essa jamais a sua intenção.

O acompanhamento da jurisprudência reiterada, assim como do dia a dia das Varas de Execuções Criminais, permite afirmar com absoluto grau de convicção que os Juízes (e os demais atores judiciais) dão tudo de si para fazer o sistema funcionar. Os agentes e serventuários envolvidos são verdadeiros guerreiros dentro do sistema público. Afinal, diferentemente de outras varas com competências mais glamorosas, a execução criminal não recebe a atenção que mereceria receber, até para implementar todas as políticas públicas que seriam necessárias. E a imagem junto à sociedade não é das melhores, pois quem atua perante a área prisional recebe olhares “duvidosos”, tendo em vista que lida com “bandidos” (fato que tem se agravado com as recentes questões envolvendo o agravamento da crise da Segurança Pública).

Nesse sentido, olha-se com parcimônia e afirma-se que, muito embora bem-intencionados, os agentes envolvidos acabaram por colaborar com uma injustiça gritante ao longo de anos de decisões “reiteradas”, sem jamais questionar os fundamentos e motivos dessas decisões. Nem mesmo Defensores, Promotores e Advogados passaram ilesos em relação a isso. A responsabilidade, decididamente, não é exclusiva do Poder Judiciário. O problema é que cabe a este a última palavra, o que acaba por deixá-lo mais em evidência, apenas isso. Mas devemos lembrar que a Magistratura decide a partir daquilo que lhe é apresentado.

Nesse passo, é importante que se dê a devida atenção aos problemas levantados neste estudo. É preciso sair daquela atuação “no automático” que o dia a dia impõe, para que se possa questionar o Processo de Execução Criminal com a profundidade que ele merece.

Assim, depois de tudo o que restou apresentado, algumas conclusões podem ser extraídas:

- ✓ a competência para instaurar, conduzir a instrução do PAD, reconhecer a prática de uma falta grave e aplicar sanções administrativas é do Diretor do estabelecimento prisional

- ✓ o Juízo da VEC não tem competência para determinar a instauração de PAD's

- ✓ o Juízo da VEC, igualmente, não tem competência para reconhecer ou deixar de reconhecer faltas graves

- ✓ a competência do Juízo da VEC está restrita a aplicar (ou não) um

ou alguns dos chamados “consectários legais” (que não são de aplicação obrigatória em qualquer caso)

- ✓ se provocado, poderá o Judiciário exercer o controle de legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos

- ✓ Na ausência de provocação determinará (ou não) a regressão de regime, a alteração da data-base e a perda da remição (mas não poderá se imiscuir na competência do Diretor do Presídio, reconhecendo ou não a suposta falta grave).

- ✓ a audiência de justificação é prescindível

- ✓ diante da omissão na LEP, a prescrição de faltas disciplinares será aquela regradada nas legislações estaduais, quando houver essa previsão

Diante desse quadro de conclusões que o estudo impõe, e até para otimizar a atuação processual penal nos feitos atinentes à execução criminal, poder-se-ia sugerir inclusive a seguinte forma de agir, quando do aporte nos autos da notícia do reconhecimento administrativo de uma falta grave:

- ✓ vista dos documentos para o Ministério Público e a Defesa (constituída ou Pública) para analisarem o procedimento e formularem as alegações pertinentes (se as entenderem necessárias);

- ✓ na ausência de requerimentos, o Juiz apreciará se é o caso de aplicação (ou não) de uma, todas ou apenas algumas das consequências que entender cabíveis (regressão de regime, alteração de data-base e/ou perda da remição);

- ✓ no caso de haver alegações, poderá então (agora devidamente provocado) declarar a ilegalidade/inconstitucionalidade, se entender que estas existem; ou, na hipótese de entender não haver nenhum vício, apreciar se é o caso de aplicação dos efeitos referidos no item anterior.

Proceder dessa maneira parece atender de forma conciliadora e integral a todos os princípios processuais mencionados acima, tanto os constitucionais como os legais. Da mesma forma, haveria um grande incremento de agilidade na procedimentalização dos PADS e na sua apreciação judicial (que inclusive dispensaria audiências desnecessárias). De outra banda, o apenado veria o seu direito apreciado com agilidade, fato que teria como efeito direto a própria pacificação das casas prisionais (hoje superlotadas, algumas à beira de um colapso).

Pode-se inclusive dizer que é semelhante a uma negociação do tipo “ganha-ganha” (do inglês “win-win negotiation”), pois: de um lado, ganha o apenado em justiça e celeridade; ao mesmo tempo, do outro lado, ganha o Poder Judiciário que, ao não precisar realizar audiências a esmo, pode direcionar o foco do seu trabalho para questões mais práticas, como a própria fiscalização prisional ou mesmo a análise dos pedidos formulados pelos jurisdicionados. Ainda, uma consequência feliz e inesperada da solução apresentada: ganha também o Poder Executivo, pois, não havendo mais necessidade de audiências de justificação, também não há mais a necessidade de transporte de presos, o que gera uma grande economia de recursos para o Estado.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição, revisada e atualizada, de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009

FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

JULIOTTI, PEDRO de JESUS. **Lei de Execução Penal anotada**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – parte geral – parte especial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

O FETO CONDENADO: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MANUTENÇÃO DE MULHERES GRÁVIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Cibele de Souza¹

RESUMO: Há um flagrante desrespeito as questões básicas da dignidade da vida humana quando se fala em sistema prisional brasileiro. Tal premissa é agravada quando a mulher passa a fazer parte deste sistema. A questão central do presente trabalho é explicitar o contra-senso social que permeia a manutenção da mulher no sistema prisional brasileiro, especificamente, no que diz respeito à manutenção da mulher em estado gravídico, partindo da análise dos preceitos legislativos que compõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como dos princípios da (In) transcendência da Pena e da dignidade de Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional. Mulheres encarceradas. Gravidez no cárcere.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A mulher criminosa, o feto condenado. Garantias constitucionais para quem? 3 Cárcere infantil: conseqüências plurais. 4 Encarceramento feminino: sob o viés abolicionista. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O encarceramento feminino ressurge como nova problemática a ser enfrentada pela sociedade brasileira, tendo em vista o aumento exorbitante retratado nas taxas do último levantamento nacional de Informações Penitenciárias². Para além de uma análise politizada do problema, se perquire no presente trabalho a análise crítica das condições imputadas à mulher, ao feto e, posteriormente, ao bebê no cárcere. Observar-se-á, de forma

¹ Pós-graduanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC - PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, e do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Ávila. Tem experiência nas áreas de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal. Advogada com inscrição na OAB/RS 92.686.

² Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

pontual, as violações dogmáticas verificadas nos casos de reclusão das gestantes.

O Princípio da (In) transcendência da Pena³ não é aplicado no caso da mulher encarcerada, especificamente no que diz respeito à maternidade na prisão. A afirmação é inculpada na análise de diversos estudos⁴ que comprovam a extensão da pena da mãe ao “feto/bebê”.

Segundo dito princípio, a pena não pode ser imposta e/ou cumprida por terceiro que não tenha contribuído para o cometimento da infração. Desta forma, o princípio inculcado no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal inviabilizaria a manutenção da mulher grávida em situação prisional, já que a pena desta se estende inexoravelmente ao filho, não só durante a gestação e período de aleitamento, mas ecoando por toda sua existência.

Assim como a questão do encarceramento feminino é sintomaticamente invisibilizada pela sociedade, as nuances e as problemáticas que envolvem a maternidade na prisão também o são. Segundo Mello⁵ não existe diálogo sobre os danos gerados aqueles que “cumprem” a pena com o recluso, ou seja: “[...] a família, principalmente, no que tange aos malefícios causados para os filhos dos reclusos, sobretudo diante da prisão materna.”

Entende-se inevitável a discussão sobre como a extensão da pena afeta primeiramente o “feto/bebê” e, posteriormente, a sociedade como um todo, sendo perceptível a desordem na manutenção do encarceramento de mulheres em estado gravídico.

Nesses termos, as Regras de Bangkok⁶ assim problematizam a questão do encarceramento feminino:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por his-

³ FRANÇA, Mayara Braz. *O mito do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal*: efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados. 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Fran%C3%A7a%2C+Mayara+Braz>. Acesso em: 10.05.2017.

⁴ ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias ; 31); LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; Tese de Doutorado – Violência, tráfico e maternidade: um estudo sobre as mulheres encarceradas.

⁵ MELLO, Daniela Canazaro de. *A prisão feminina: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal* / Daniela Canazaro de. – Porto Alegre, 2014. 2 v.

⁶ *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Pág. 9.

tóricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas.

Com base nas especificidades do questionamento proposto, pretende-se alertar a sociedade para o problema oriundo ao crescimento mundial do encarceramento feminino, qual seja: o aumento de crianças em situação prisional não regulamentada.

Tal constatação manifesta um contra-senso social, já que o menor infrator tem sua situação regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, vez que o tratamento dispensado a estes leva em consideração o período de formação das crianças e adolescentes, não permitindo a submissão delas ao sistema prisional, respeitando de tal modo as peculiaridades que compõe o processo de formação do indivíduo.

A despeito disso, Mello corrobora a problemática aventada sob o viés psicológico da ligação entre mãe e filho:

É através desta relação de dependência e de cuidados que vai se estabelecendo uma relação de aprendizado do mundo e internalizações extremamente importantes para o processo de desenvolvimento de uma criança. “Os sujeitos ocupam seu lugar no mundo, modificando-o e modificando-se, mas a partir daquelas ‘verdades’ interiorizadas desde o nascimento⁸.”

Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha insculpido como prioridade a proteção do “menor” nas múltiplas questões que influenciam sua formação, dita prerrogativa não é verificada no caso das mães em situação prisional, já que as crianças expostas a estas condições demonstram, por vezes, a assunção/interiorização da rotina do sistema penitenciário onde vivem⁹.

Para além de qualquer discussão sobre a necessidade da manuten-

⁷ *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 06 agosto 2017.

⁸ MELLO, S. L. *Família, uma Incógnita Familiar*. In: AGOSTINHO, M.L.; SANCHEZ, M. (Orgs.). *Família: conflitos, reflexões e intervenções*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 16.

⁹ DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Ius, 2010.p.29

ção do vínculo materno, bem como da manutenção do bebê junto à mãe pelo maior período possível, que não se faz pertinente no presente estudo, se questiona a necessidade da manutenção dessas partes (mãe/bebê) no sistema prisional nos moldes como conhecemos.

Entre as diversas questões que fundamentam as omissões do estado perante a gestante encarcerada, considera-se a realização do parto com algemas e a separação da mãe e bebê ao fim do período de aleitamento a forma mais desumana de repressão social. Somente no ano de 2016 houve um posicionamento efetivo coibindo a utilização de algemas durante o parto, o que demonstra o descaso absurdo com as questões intrínsecas à vida das mulheres. O contexto social que é conivente com este ato de tortura desnuda a sociedade individualista, patriarcal e machista em que (co) vivemos¹⁰.

A questão central do estudo proposto busca incitar o questionamento sobre a necessidade de manutenção dessas “gestantes/mães” no sistema prisional, bem como se a prisão seria a melhor forma de resolução dos delitos praticados pelas mulheres¹¹, especificamente no que diz respeito a problemática do encarceramento de mulheres em estado gravídico.

Com base na análise de dados colhidos em relatórios, bem como outros trabalhos¹² que realizaram entrevistas com mulheres em situação prisional, pode se observar diversas violações sofridas pelas apenadas, bem como pelos seus filhos. Os dados recentes relatam que o Brasil conta com aproximadamente 37 mil mulheres encarceradas¹³.

Com base na pesquisa do INFOPEN¹⁴: “[...] de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres no Brasil”. Essas

¹⁰ O meu local de fala aqui é como mulher, que embora “livre” sente o peso das amarras sociais diariamente, por isso a utilização da expressão “ (co)vivemos”.

¹¹ No mesmo sentido, as ideias perpassadas na reportagem de Raquel da Cruz Lima e Anderson Lobo da Fonseca. Disponível em <http://diplomatique.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

¹² Estas foram algumas pesquisas que suplantaram a elaboração do presente estudo: Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão; INFOPEN Mulheres – junho de 2014; Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011; Condições, processo e experiência do encarceramento feminino: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná;

¹³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sítio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.08.2017.

¹⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sítio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.08.2017. p. 5.

mulheres encarceradas, na maioria das vezes, representam a única base de uma relação familiar já muito restrita. O crescimento da população carcerária feminina está intimamente vinculado à busca destas mulheres por um meio alternativo de subsistência familiar, o que demonstra, por conseguinte, a fragilidade das políticas públicas nacionais.

É importante frisar que a grande maioria está presa por tráfico de drogas, o que complica mais a situação destas, já que o tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, o que impossibilita a progressividade no sistema de cumprimento da pena e fixa prazos maiores para a obtenção do livramento condicional¹⁵.

Por “família” entende-se o grupo necessário de pessoas para garantir a sobrevivência do indivíduo, sendo esta tida como meio “natural” e “universal” da manutenção e reprodução dos homens¹⁶. Ressalta-se aqui a função social da mulher, função esta que deveria ser a premissa *primeva* da análise sobre a necessidade da aplicação da pena de prisão às mulheres. Os danos oriundos dessa ausência materna perpassam gerações, vão muito além do papel do “homem” provedor da família, pois estas cumprem um papel psicológico essencial¹⁷.

Insta esclarecer que os discursos produzidos acima, não tem o condão de anular as questões relativas a “vida” das mulheres, muito menos restringi-las ao cumprimento de uma “função social reprodutora”, longe disso. O que se pretende no presente trabalho é questionar a crueldade na condução e manutenção das mulheres e seus filhos no sistema prisional, jamais delimitar o papel das mulheres em sociedade.

No que diz respeito a normatização das mulheres encarceradas em estado gravídico, a legislação demonstra-se instável, vez que não determina de modo contundente o período de manutenção dos bebês/crianças com suas mães no cárcere.

A legislação pátria determina que a grávida tem direito de amamentar seu filho durante seis meses¹⁸. Entretanto, passado este período, a sepa-

¹⁵ FERRARI, Ilka Franco. *Mulheres encarceradas*: elas, seus filhos e nossas políticas. Rev. Mal-Estar Subj. Fortaleza, v. 10, n. 4, p. 1325-1354, dez. 2010. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151861482010000400012&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 10.06.2017.

¹⁶ LANE, S. T. M. *O que é Psicologia Social*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002

¹⁷ LIMA, Raquel da Cruz e FONSECA, Anderson Lobo. *A prisão adequada para as mulheres e a que não existe*. Disponível em <http://diplomatie.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

¹⁸ Conforme exposto no Art. 83, §2º da Lei 7.210 de 1984. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua nature-

ração entre mãe e filho ocorre de modo desumano, imputando consequências psicológicas tanto à mãe quanto à criança. Em que pese o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tenha emitido uma resolução determinando os critérios para o processo de separação entre mãe e bebê, definindo que a idade da criança quando da separação deve ser de 01 ano e 06 meses. Dita resolução não é devidamente aplicada, sendo perceptível a aplicação paliativa da norma nos termos da vontade de cada região.

Verifica-se ainda, a partir da análise legislativa, a inobservância das esparsas leis que, de algum modo, tentam regulamentar e conservar a relação entre as mães encarceradas e seus filhos. Entre os imperativos legislativos criados com o intuito de minimizar os danos causados pelo encarceramento feminino, tem-se a Lei nº 11.942¹⁹, que prevê a possibilidade de os filhos permanecerem com as mães, em creches instaladas nas penitenciárias, até os sete anos de idade. Com a promulgação desta legislação, surgiram outros questionamentos quanto aos reais benefícios da manutenção de crianças em estabelecimentos prisionais.

Inicialmente, tem-se o disposto no Art. 5, Inc. L, da CF²⁰, Art. 83 e 89 da Lei de Execuções Penais²¹, e a Resolução nº 3 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP²², entre os dispositivos mais utilizados pelos operadores jurídicos no tocante ao tema.

Entretanto, existem diversas resoluções, regras e normas emitidas por diferentes instituições e organismos internacionais que buscam criar meios para a aplicação de uma pena mais digna. Pertinente ao tema ressal-

za, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

¹⁹ Dá nova redação aos Arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942. Acesso em 10 set. 2016.

²⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

²¹ Lei 7.210 de 1984 – Institui a Lei de Execução Penal. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 02 de maio de 2017.

²² CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA – CNPCP. Resolução n. 3/2009, publicada no Diário Oficial da União no dia 16/7/2009, na Seção 1, p. 34-35. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=16/07/2009&jornal=1&pagina=34&totalArquivo s=76>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

ta-se as regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (**Regras de Tóquio**) e os Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, que renovam a tentativa de aplicação de penas subsidiárias ao cárcere, **Resolução 58/163, de 22 de dezembro de 2003**, pela qual convidou governos, órgãos internacionais e regionais relevantes, instituições nacionais de direitos humanos e organizações não governamentais para que prestasse maior atenção na questão das mulheres em prisões, com o intuito de identificar os problemas fundamentais e formas de abordá-los, **Resolução 63/241, de 24 de dezembro de 2008**, na qual exortou todos os Estados a que dessem atenção aos impactos da privação de liberdade dos pais e do encarceramento de crianças e, em particular, para identificar e promover boas práticas em relação às necessidades e ao desenvolvimento físico, emocional, social e psicológico de bebês e crianças afetadas pela privação de liberdade dos pais²³.

No tocante às mulheres, tais normas deveriam ser consideradas como regras básicas para análise e aplicação da pena. Observa-se ainda a total ausência de empatia por parte dos operadores jurídicos, homens ou mulheres, que acabam por transcender o seu papel no processo, acumulando sobre as mulheres punições extras pelo simples fato de ser o que são: “mulheres”.

Apesar das legislações relacionadas ao tema visar à proteção dos direitos fundamentais dos filhos, a vida dessas crianças nas prisões não reflete essa proteção como prioridade. O que se verifica é uma enorme divergência entre o proposto pelo texto legal e o praticado dentro dos estabelecimentos prisionais.

Em uma pesquisa realizada numa penitenciária Carioca, percebeu-se que a manutenção das crianças com suas mães deturpa direitos básicos garantidos pela Carta Constitucional. Nesse passo, questionar-se-á qual direito é considerado mais relevante? Quais são os dogmas capazes de manter uma vida ainda incipiente em situação tão degradante? Por que condenar uma vida nos meandros do próprio ventre, quando contamos com diversas diretrizes capazes de elucidar uma nova perspectiva para a resolução de ditos problemas?

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 80p. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2017

Para tanto, pretende-se a urgente análise sobre os malefícios fomentados pelo encarceramento feminino, buscando, com este estudo pensar meios eficientes para resolução da problemática ora exposta.

2 A MULHER CRIMINOSA, O FETO CONDENADO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PARA QUEM?

Desde os primórdios da humanidade, as questões atinentes à criminalidade foram determinadas como algo exclusivo da personalidade masculina. Entretanto, foi na idade moderna, quando o poder passou a ser exercido explicitamente pelos homens, no centro de uma sociedade patriarcal, é que as mulheres passaram a ser controladas e submetidas aos ditames comportamentais elegidos pelo poder punitivo.

Nesses termos, os escritos de Lombroso e Ferrero²⁴, defendiam que as mulheres não estavam capacitadas para o crime, aduzindo, que quando “criminosas”, seriam tão somente “adulteras”, “caluniadoras” ou “cúmplices de algum homem”. Na mesma linha, Freud²⁵ entendia que a criminalidade feminina estava ligada à um complexo masculino, não sendo as condutas desviantes e a agressividade características intrínsecas a personalidade feminina.

Tais ideias, nos parecem absurdas, contudo, seguem guiando e determinando os discursos jurídicos da contemporaneidade. Segundo Larrauri, à mulher desviante é atribuída uma dupla sanção, independente do ato cometido, está é socialmente taxada como inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos), tendo em vista a cultura patriarcal predominante²⁶.

No mesmo sentido, *Antony* observa que:

[...] la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de

²⁴ FERRERO, G. LOMBROSO, C. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Firenze: Torino, 1903, P.31-47. Disponível em: <<http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 02 maio. 2017.

²⁵ LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 2.

²⁶ LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em:<< <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/larrau11.htm>>>. Acesso em: 03 maio 2017.

«mala» porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil²⁷.

Para Lemgruber, a relação entre mulher e crime envolve vários aspectos, entre eles: diferenças biológicas e socioculturais, através das quais as conquistas sociais das mulheres, creditada, sobretudo, ao movimento feminista e, provocando a gradativa mudança de papéis, levam a supor que “à medida que as disparidades socioeconômicas entre sexos diminuem, há um aumento recíproco da criminalidade feminina”²⁸.

Através das inúmeras pesquisas realizadas com mulheres encarceradas, que enfatizam a temática da violência, percebe-se que a prisão, seja pela privação da liberdade ou pelos abusos que fomenta, representa apenas mais um meio na teia das múltiplas violências que convolam a história de parcela substancial da população feminina²⁹.

No Rio Grande do Sul, a população carcerária feminina, representa 5,45 % do total de indivíduos que estão cumprindo pena privativa de liberdade nos estabelecimentos Estaduais, em comparação aos 94,55% de homens na mesma situação, o número nos parece ínfimo³⁰. Entretanto, essas mulheres, “selecionadas/recrutadas” pelo poder punitivo cumpram um papel de suma relevância social, embora vivam abandonadas a própria sorte desde sempre, dada a inexistência de políticas públicas efetivas.

O crescimento da população carcerária feminina enquanto fenômeno ressentido instiga a análise proposta, vez que os erros de agora serão fomentadores da violência de amanhã. *A priori* temos a “guerra contra as drogas”, como principal fator de fomento a violência vivenciada no País³¹. Embora, dita guerra seja apenas um meio de legitimação da exclusão social vivenciada diariamente pelas camadas mais pobres da sociedade brasileira, os novos rumos dessa “guerra”, a partir da manutenção de mulheres/gestantes no cárcere, propiciam a especulação do aumento e reprodução dos índices de violência social.

²⁷ ANTONY, Carmen. *Mujeres invisibles*: las cárceles femeninas en América Latina. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/las-carceles-femeninas-en-america-latina>. Acesso em: 04 maio 2017.

²⁸ LEMGRUBER, J. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. RJ: Editora Forense, 1999. P.6.

²⁹ SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras*: Vida e Violência Atrás das Grades. RJ Ed. Garamond Ltda., 2002.

³⁰ Índice apresentado pelo. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=31. Acesso em 02 maio 2017.

³¹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2 ed. – 1 reimp – Belo Horizonte: Ed. D'iplácido, 2017. 694 p.

Para Ferrajoli: “Um Sistema penal, nos termos como proposto, considerar-se-á justificado somente se a soma das violências que pretende prevenir for superior às violências por ele instituídas por meio das penas estabelecidas.”³² Nestes termos, parece-nos urgente repensarmos as questões atinentes ao encarceramento feminino sob o viés dos princípios e garantias insculpidos na CF/88.

A indagação inicial: “Garantias constitucionais para quem?” pretende uma análise profícua sobre as contradições normativas verificadas quando da manutenção de crianças no cárcere. Embora, a CF/88 tenha concedido inúmeros princípios e garantias como meio de proteção ao cidadão frente às arbitrariedades do poder do Estado, verifica-se que estas não são devidamente observadas.

Da simples leitura da Carta Magna, depreende-se à análise dos princípios da legalidade, da igualdade, da lesividade, da humanidade, da personalidade da pena, entre outros tantos que pretendem limitar o *jus puniendi* e orientar ordenamento jurídico nacional.

Insta observar que o texto constitucional encontra-se em posição hierárquica superior sobre as demais normas do ordenamento, devendo ser observado e acolhido por todas as demais espécies normativas.

De outro norte, têm-se o Direito Penal como instrumento de controle social drástico, que deve ser empregado em *ultima ratio*, em face do seu caráter mais violento, consolidado pela prática dos meios coativos mais intensos, já que obsta a liberdade do indivíduo, o qual deveria pautar-se obrigatoriamente pelos preceitos Constitucionais³³.

Entretanto, restou perceptível quando da realização do presente estudo, que há uma gama de princípios e garantias constitucionais que poderiam suplantar a aplicação de penas alternativas as mulheres que vivenciam a realidade da maternidade no cárcere. Infelizmente, está não parece ser a ambição da sociedade punitivista e, conseqüentemente, a fundamentação utilizada e (re) produzida, diariamente, pelos operadores jurídicos.

A garantia da (in) transcendência da Pena é um princípio penal explícito no texto constitucional, assim realizado pelo legislador como meio de maior ratificação da sua importância, sendo precedido pelo princípio da

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

humanidade, que é considerado o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

No contexto ora delimitado, *França* observa alguns dos efeitos que a violação ao princípio constitucional, insculpido no art. 5º, XLV, da CF, imputa à essas crianças: “são retiradas do convívio social livre, são privadas do relacionamento com seus familiares e amigos, desenvolvem-se em um ambiente insalubre e com alimentação pouco nutritiva”³⁴.

Em que pese a Lei 13.257/2016, que alterou o Art. 318 do Código de Processo Penal, tenha sido redigida com uma proposta de substituição das prisões preventivas por domiciliares para as mães/gestantes mantidas em cárcere privado quando do cumprimento de pena provisória³⁵, referida legislação não se mostra suficiente para correção do problema.

Desde a entrada em vigor, os dados apontam que o STJ proferiu, apenas trinta e duas decisões determinando o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar³⁶, o que demonstra a ‘parcialidade’ com que dito dispositivo vem sendo vergastado na prática.

Embora o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seja um dos mais utilizados no enfrentamento das múltiplas injustiças sociais praticadas pelo Estado, Ingo assim leciona sobre a necessidade de pensarmos os abusos sob a ótica da “tríade dos direitos”:

[...] tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual – em que pese a discussão travada sobre a sua caracterização como direito ou princípio fundamental – se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...]³⁷

³⁴ Advogados pedem HC a todas as presas grávidas e mães de crianças até 12 anos. *Revista Consultor jurídico*. Disponível em: Acesso em 12 maio de 2017.

³⁵ Lei http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

³⁶ “Advogados pedem HC a todas as presas grávidas e mães de Crianças até 12 anos”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-08/advogados-pedem-hc-todas-presas-gravidas-maes-criancas/>. Acesso em 08 maio de 2017.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfrang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed., rev. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. P. 208.

Com fulcro no disposto nos princípios constitucionais, concluímos que às penas têm caráter personalíssimo, sendo incabível, portanto, sua extensão aos “fetos/filhos” das condenadas. Considera-se, portanto, inaceitável que a pena recaia sobre qualquer outro ser estranho ao delito praticado, postulando-se, aqui a análise do mais fundamental dos direitos, nos termos aduzido por Ingo, qual seja: à vida.

Para Zaffaroni³⁸: *“a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deve evitar toda consequência da pena que afete a terceiros”*. Para além da inobservância dos princípios constitucionais, especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana e da (in) transcendência da pena, verifica-se aqui uma disfuncionalidade na aplicação da pena, visto que a ressocialização aduzida não se congloba pela crueldade do ato de manter um inocente encarcerado.

A pretensão ressocializadora cai por terra, juntamente com as garantias constitucionais, quando da manutenção de terceiros, inocentes, e, totalmente alheios ao cometimento do crime, em situação de restrição de direitos e liberdades. A extensão da pena não é sopesada pelos operadores jurídicos, que tratam a manutenção dessas crianças como algo natural, como mera consequência da conduta desviante praticadas pelas mães encarceradas.

3 CÁRCERE INFANTIL: CONSEQUÊNCIAS PLURAIS

Em que pese, a discussão aventada mantenha total incongruência com os limites expostos pela Carta Magna, a questão que se coloca neste ponto, versa sobre a manifesta incoerência do sistema Punitivo, quando o assunto perpassa os direitos e garantias de um feto/bebê/criança.

O cárcere infantil é precedido de uma invisibilidade social, seja pela ausência de dados confiáveis, vez que não há obrigatoriedade na prestação de dados pelos estabelecimentos prisionais brasileiros, sejam ainda pelo tratamento dispensado as mulheres encarceradas em estado gravídico.

Embora as informações existentes não conglobem a realidade fática. Segundo dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 30 de junho de 2014, havia 1925 crianças encarceradas. Ditos dados

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIARANGELI, José Henrique. : parte geral. 9. Ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. V. 1, p. 160.

aduzem que destas 1925 crianças, 342 eram menores de 06 meses, e, apenas, 121 estavam alocadas em penitenciárias que dispunham de berçários³⁹.

Sobre a manutenção de uma criança em cárcere privado, mesmo com observância dos ditames legais, assim leciona Spitz: “[...] no decorrer do primeiro ano de vida, a criança passará por um estágio de simbiose psicológica com a mãe, a partir do qual a criança estará preparada para o próximo estágio em que são desenvolvidas as interações sociais, isto é, hierárquicas.”

O autor é incisivo ao afirmar que a formação psíquica do bebê é prejudicada pelo ambiente desfavorável em que se encontra, podendo ser comprometido pelas condições desfavoráveis imputadas a mãe, bem como pela ausência de recursos necessários para reforço dos estímulos essenciais para um desenvolvimento pleno⁴⁰.

Nos termos do modelo da “equação etiológica”, utilizado por Zimmerman⁴¹ para descrever os meandros da formação do aparelho psíquico humano, resta delimitado os três fatores que contribuirão essencialmente para a formação do psiquismo humano, quais sejam: a) fatores “heredo-constitucionais”, b) antigas experiências emocionais e c) experiências traumáticas da vida adulta.

Braga e Angotti referenciam em sua pesquisa à opinião de uma das “condenadas” por elas entrevistadas, que enfrenta o cárcere na companhia do filho: “A criança não devia se sentir presa, deveria ter a vida de uma criança total, criança” [...] “A criança acostuma com essa vida...perai que vou lá roubar pra voltar pro meu lugar (cadeia)”⁴².

No tocante a importância da presença dos pais na formação do “Ser”, Zimmerman discorre sobre o fenômeno da “transgeracionalidade”, por meio do qual sugere que: “cada um dos genitores da criança mantém a internalização de suas respectivas famílias originais com os correspondentes

³⁹ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011*. Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. p.350.

⁴⁰ SPITZ, René A. *O primeiro ano de vida*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 5-6.

⁴¹ ZIMMERMAN, David E. *Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMMERMAN, David E. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010, p.113 – 114).

⁴² Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. 92 p: il. – (Série Pensando o Direito, 51). P. 41

valores, estereótipos e conflitos”⁴³. Ou seja, para o autor, a “transgeracionalidade”, retrata os padrões de identificação criados pela criança, a partir do nascimento, por meio dos quais resultarão os modelos de repetição que ecoarão por toda a vida adulta.

A relação entre mãe e filho no cárcere, merece especial atenção no que tange às dificuldades psicológicas vivenciadas pelas mulheres quando do enfrentamento da realidade da vida reclusa. A necessidade de compreensão e afirmação de si, em uma instituição total⁴⁴, perpassa uma infinidade de questões, que nos termos das ideias de “aniquilação da identidade” e “normalização da personalidade” defendidos por Foucault⁴⁵ comprometem de modo qualitativo a psique das apenadas e, conseqüentemente, o desenvolvimento psíquico de seus filhos.

Os efeitos dessa relação deturpada pelo cárcere residirão por toda vida deste ser intrauterinamente já condenado. O feto não possui qualquer relação com o crime cometido por sua genitora, entretanto, sofre os efeitos da aplicação de punições inconstitucionais, indignas e visivelmente exacerbadas. As penas atreladas a estas crianças não podem sequer ser nominadas, visto que ultrapassam os limites e finalidades da pena.

No que diz respeito ao tema, assim concluem *Cantù e França*, após realização de uma pesquisa na Penitenciária Feminina do Paraná: “incontestável que essa experiência acarreta em problemas no desenvolvimento psíquico, emocional e intelectual. A gravidez é um estado que não combina com as privações do sistema carcerário”⁴⁶.

A primeira infância é considerada pelos especialistas como o período mais importante do desenvolvimento do ser humano. Nestes termos aduz Santa Rita:

Aqui não se pode esquecer que é notória a dimensão particular dos primeiros anos de vida na formação do ser humano e portanto, essa fase representa o desenvolvimento da criança em diversos aspectos tais como: estrutura física, nu-

⁴³ ZIMERMAN, David. *Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010, p.115.

⁴⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhet. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁴⁶ FRANÇA, Leandro Ayres & CANTÙ, Mariana Coelho. *Condições, processo e experiência do encarceramento feminino: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná*. Revista Direito e Democracia. V. 16, n. 2 (2015). Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2290>. Acesso em: 05 maio 2017.

trição, dimensões de saúde e aspectos emocionais, afetivos, sociais, cognitivos e intelectuais, construindo as bases de sua personalidade⁴⁷.

Em que pese, o ECA em seu Art. 9º determine que: “*o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade*”, tal procedimento, por si só não é suficiente para elucidação do problema.

A análise realizada observa que os direitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não conglobam às questões profundas que envolvem o feto encarcerado. Embora o estatuto estabeleça alguns poucos direitos, questiona-se, quais destes são efetivamente cumpridos.

Segundo as conclusões expostas por Santa Rita⁴⁸, não se verifica um trabalho conjunto entre os órgãos de proteção à criança e ao adolescente, judiciário, legislativo e o Sistema penitenciário que abriga essas vidas em formação.

Vanessa Fusco Nogueira⁴⁹ Simões assim expressa sua discordância quanto a opção legislativa de manutenção de creches no interior dos estabelecimentos prisionais, vez que entende que “*não deixa de ser um ambiente prisional, que limita a convivência da criança apenas àquele núcleo, violando seu direito à infância e à convivência junto a outras crianças*”. Conclui criticando ainda “*a utilização banal da palavra creche para significar espaços que não cumprem a finalidade correlata ao conceito*”.

Desvela-se assim a prioridade da prática punitiva sobre a observância aos direitos básicos do “menor”. A legislação que aduz ter como missão a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos (Constituição Federal), bem como a legislação específica que visa resguardar a primeira infância e a vida das crianças e adolescentes (ECA) não congloba a proteção necessária aos fetos/bebês encarcerados.

⁴⁷ SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 70. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>. Acesso em 05 maio 2017.

⁴⁸ SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 91-94. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/hle/10482/6377>. Acesso em 05 maio 2017.

⁴⁹ Entrevista concedida a Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti para realização da pesquisa intitulada – *Dar à luz na sombra*: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. 2014. P. 38.

Não nós parece existir fundamentação cabível para o deferimento da manutenção dessas mães e seus filhos no cárcere. Observa-se que existem diversas normas capazes de resguardar os direitos dessas crianças à uma primeira infância digna, distante do cárcere, contudo, estas não são aplicadas pelos operadores jurídicos, o que demonstra total desrespeito com os princípios e garantias Constitucionais.

4 ENCARCERAMENTO FEMININO: SOB O VIÉS ABOLICIONISTA

Em posse dos argumentos e teorizações realizadas, nos parece coerente pensar um sistema punitivo sob um viés abolicionista, especialmente, no que diz respeito às mulheres.

Mathiesen⁵⁰, defensor do abolicionismo penal, relembra as palavras do criminologista Alemão Sebastian Scheerer quando do questionamento sobre as possíveis vitórias abolicionistas: “nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade”⁵¹. Para Mathiesen, embora o abolicionismo penal nos pareça irreal, sua existência imaterial proporciona a factibilidade do porvir.

A par disso, propomos uma última análise da problemática exposta sobre o viés abolicionista, vez que, está nos parece a tentativa mais acertada para resolução dos impasses criados quando da manutenção de crianças no sistema prisional brasileiro.

Passetti⁵² descreve o abolicionismo penal como: “[...] uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão” que tem como premissa básica “problematizar e contestar a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno”, desmistificando “os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal, e a ineficácia das prisões.”

⁵⁰ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? VERVE – Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003.p.89-95. Idbem Apud Sebastian Scheerer. “Towards abolitionism” in Contemporary Crisis, 1986, P 7.

⁵¹ Idbem Apud Sebastian Scheerer. “Towards abolitionism” in Contemporary Crisis, 1986, P 7.

⁵² PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. VERVE - Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n. 9. 2006. P. 83. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>. Acesso em 17 de maio de 2017.

Segundo o autor, a rebeldia do abolicionismo penal de Hulsman⁵³: “[...] favorece liberar a ida dos modelos, tornando-a mais salutar, mais en-saísta, e suprimindo a autoria.” Nesses termos: “O abolicionismo penal passa a ser uma outra linguagem, que arruína autorias individualizadas em pes-soas, cargos, procedimentos ou instituições”⁵⁴.

Kenarik Boujikian⁵⁵ observa que para perceber as violações há que estão submetidas às mulheres presas “bastaria ver a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e as regras de Bangkok. O rol de garantias é o rol de violações”⁵⁶. A par disso, demonstra-se, no mínimo, pertinente pensar um novo modelo de resolução de conflitos que contradiga os ditames falidos pré-estabelecidos.

No tocante, aos problemas que surgem quando da proposta de uma leitura penal abolicionista, Passeti leciona “O abolicionismo penal, assim como o anarquismo, é um pensamento em aberto, inacabado, diverso, composto de singularidades, mas que podem ser uniformizadas ou unificadas pelos critérios do pluralismo democrático ou das afinidades grupais”⁵⁷.

Outra questão que merece especial atenção é a motivação sublima-da por parte dos operadores jurídicos quando do indeferimento de medi-das alternativas ao encarceramento. Em uma pesquisa realizada por Ana G. Braga e Naila I. C. Franklin, concluí-se que uma das motivações para inapli-cabilidade de novas alternativas ao encarceramento feminino, ou ainda, para adoção de medidas de prisão domiciliar nos casos das gestantes en-carceradas são os preconceitos arraigados à sociedade brasileira, que re-produzem uma cultura extremamente patriarcal. Neste sentido o relato das pesquisadoras sobre o tema:

[...] eviden ciou-se a incompatibilidade das categorias de mãe e criminosa (principalmente traficante) para os julgado-res que, nas denegações, justificavam-se pela influência ne-

⁵³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*: O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.

⁵⁴ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 106. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁵⁵ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e membro do GET-Mulheres. Como juíza jamais trabalhou diretamente com mulheres encarceradas, mas tem uma militância na área que se materializa via GET.

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.92 p.: il. – (Série Pensando o Direito, 51), p. 36.

⁵⁷ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 99. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

gativa que a mulher representaria para os filhos, tendo como base seu comportamento criminoso ao traficar entorpecentes e, por isso, não poderia ser beneficiada tendo como argumento sua maternidade ou gestação. De outra parte, algumas concessões embasavam-se na esperança de que a vivência da maternidade despertasse princípios morais da mulher, afastando-a do mundo do crime. Assim, para o sistema de justiça criminal, ou a mulher é criminosa e o sistema retira a oportunidade de vivenciar a maternidade, ou a mulher é mãe e o sistema irá conceder a prisão domiciliar na espera que não seja mais criminosa. Esse tipo de argumentação/decisão evidencia o caráter patriarcal e discriminatório do sistema de justiça criminal em relação à mulher, que não é julgada apenas por sua conduta, mas também pelos rompimentos dos papéis de gênero imposto, os quais ela deveria desempenhar para que sua maternidade fosse reconhecida e respeitada⁵⁸.

O ideal abolicionista⁵⁹ por este estudo instigado visa realizar uma reviravolta no atual sistema penal, e, assim possibilitar um novo percurso na busca de respostas à “situação-problema”, ultrapassando a concepção do “indivíduo perigoso”, que norteia o direito penal na contemporaneidade, propiciando o recomeço a partir da prática da educação livre do castigo.

Para tanto, pretende demonstrar que os atos praticados por essas mulheres, em sua grande maioria, são reprimidos por uma questão político – social. Partindo-se da premissa que o crime é uma ficção social, posto que criado e determinado pelos homens nos termos de suas ambições político sociais, a prioridade a pena privativa de liberdade não nos parece aceitável.

A propósito disso, necessário se faz um olhar atento sobre o propósito escondido por de trás da manutenção dessas crianças no cárcere. Assim como as condutas desviantes, após o encarceramento, passam a fazer parte da própria concepção do indivíduo sobre si mesmo. Essas crianças - filhas do cárcere – têm internalizado e arraigado em sua história o estigma de suas mães⁶⁰. Nesse contexto Passetti observa que “[...] permanece, todavia, inabalável a secular crença na associação pobreza periculosidade,

⁵⁸ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão*: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. P.370.

⁵⁹ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 99. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁶⁰ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. : uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375.

sem a qual o sistema penal, no passado e no presente, não garante sua continuidade com reformas institucionais, mais ou menos democráticas”⁶¹.

Segundo dados apresentados pelo 5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia⁶², no Rio de Janeiro vêm crescendo o número de casos em que os juízes passaram a aplicar a prisão domiciliar como medida alternativa ao encarceramento de mulheres. Para Emanuel Queiroz, coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio, verifica-se uma “tendência dos juízes em observar a política de proteção das mães com filhos menores de 12 anos, instituída a partir da alteração do Código de Processo Penal pela Lei 13.257/2016”⁶³.

A construção de uma resposta ao problema do encarceramento feminino e, por conseguinte, do encarceramento infantil perpassa as ideias abolicionistas que visam de pronto a erradicação dos sistemas impostos, para criação da melhor resposta possível dentro dos limites do problema. Pensar em um abolicionismo penal feminino é pensar a observância das garantias básicas detidas no texto constitucional⁶⁴ para construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

⁶¹ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 98. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁶² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

⁶³ BOLETIM CONJUR. *75% das mulheres soltas em audiência de custódia no RJ têm filhos de até 12 anos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-23/75-mulheres-soltas-custodia-rj-filhos-12-anos>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

⁶⁴ Constituição Federal - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; Art. 227. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art227. Acesso em: 17 de maio de 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a legislação existente não possui domínio sobre as nuances que compõem o tema central do presente estudo, qual seja: a questão da problemática do encarceramento feminino e sua implicação no caso da manutenção das gestantes/mães no sistema penitenciário brasileiro.

Conforme asseverado anteriormente, a pena imputada às mães não deve perpassar o limite de sua existência, sendo necessária a construção de um novo modelo quando se fala em encarceramento feminino, independentemente, de estar se falando de mulheres gestantes ou não.

As necessidades femininas são anuladas pelo cárcere. Além das imbricações expostas no contexto das “gestantes” verificam-se outras tantas violações fundamentadas pela legislação pátria que são esquecidas pela sociedade.

O “punitivismo” tem sido a palavra de ordem verificada nas concepções e práticas dos operadores jurídicos, no caso em tela, especificamente, de juízes e promotores, que invalidam a análise da aplicação de qualquer outra medida alternativa ao cárcere⁶⁵. Pugna-se, com base no todo exposto, uma análise aprofundada da real finalidade de manutenção de gestantes no cárcere, levando-se em consideração os prejuízos que atingem a criança, a qual é imputada uma pena indigna.

No cerne do problema, questiona-se porque não se valer dos ideais abolicionistas para resolução dos conflitos que envolvam mulheres. A finalidade da pena demonstra-se esvaziada quando aplicada a estes casos concretos, vez que a punição resta estendida a um inocente, que sofrerá sanções degradantes, coabitando em local considerado inapropriado até para adultos.

Em posse das palavras de Mathiesen, brindamos o estudo com o questionamento sobre como de fato modificar o sistema carcerário, especificamente, no contexto feminino, eivando a propagação das condutas danosas e irracionais à que estão submetidas estas mulheres e crianças. Assim leciona o autor:

⁶⁵ *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

De tudo isso, podemos concluir que muito de nossa luta para alcançar, escancarar, revelar e então eliminar o calcanhar de Aquiles do sistema carcerário – sua irracionalidade fundamental e total – precisa ser direcionada à televisão e aos meios de comunicação de massa em geral, já que são seu escudo mais protetor. Isso faria com que os outros escudos caíssem e liberassem o segredo. Em vista dos grandes interesses econômicos nos “negócios de entretenimento” e dos enormes avanços tecnológicos envolvidos, esta é uma tarefa formidável⁶⁶.

Por fim, considera-se inconcebível a manutenção das crianças nos presídios nos moldes atualmente propostos. Fica a urgente análise sobre os malefícios que o encarceramento destas por decisões judiciais, em que o julgador poderia analisar o caso sopesando todos os fatos a ele inerentes e, de tal modo, determinar de forma mais acertada as questões relativas à “moradia” dos filhos na prisão, bem como a finalidade da manutenção destas mulheres nos presídios.

6 REFERÊNCIAS

ANTONY, Carmen. **Mujeres invisibles**: las cárceles femeninas en América Latina. Nueva Sociedad. Buenos Aires, n. 208, p.73-85, mar/abr. 2007.

BOLETIM CONJUR. 75% das mulheres soltas em audiência de custódia no RJ têm filhos de até 12 anos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-23/75-mulheres-soltas-custodia-rj-filhos-12-anos>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é a prisão**: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.92 p.: il. – (Série Pensando o Direito, 51).

⁶⁶ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? *VERVE* - Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003. p.105. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em 12 de maio de 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.257** de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>.

BRASIL. **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.html>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>.

BRASIL. Departamento de Planejamento. Superintendência dos Serviços Penitenciários(SUSEPE). **Dados Estatísticos: Sexo**. Rio Grande do Sul, 2012.

BRASIL. **Lei n. 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatórios Estatísticos – Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação. Estatística gerada pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen (versão dez 2011).

BRASIL. Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE). Relatórios Estatísticos – Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação. Estatística gerada pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen (versão mar. 2012).

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de Custódia. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

ESPINOZA MAVILA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias ; 31);

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRERO, Guglielmo. LOMBROSO, Cesare. **La donna delinquente, la prostituta e la donna normale**. Firenze: Torino, 1903, P.31-47. Disponível em:<<http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 02 maio de 2017.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANÇA. Mayara Braz. **O mito do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal**: efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados. 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Fran%C3%A7a%2C+Mayara+Braz>>. Acesso em: 07 set. 2016.

FRANÇA, Leandro Ayres & CANTÚ, Mariana Coelho. **Condições, processo e experiência do encarceramento feminino**: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná. Revista Direito e Democracia. V. 16, n. 2 (2015). Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2290>>. Acesso em: 05 maio 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.

LANE, S. T. M. **O que é Psicologia Social**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em:<<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/larrau11.htm>>.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tese de Doutorado – **Violência, tráfico e maternidade**: um estudo sobre as mulheres encarceradas.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.09.2016.

LIMA, Raquel da Cruz e FONSECA, Anderson Lobo. **A prisão adequada para as mulheres e a que não existe**. Disponível em <http://diplomatique.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

LOBATO, Aline *et al.* **Mulheres criminosas**: analisando a relação entre a deestruturação familiar e criminalidade. 10 p. Disponível em: <http://www>.

abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/242.%20mulheres%20criminosas.pdf.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história**: O amor materno atrás das grades. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-30012008-141820/pt-br.php>>. Acesso em: 11 de agosto 2017.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **VERVE** – Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003. p.105. Disponível em: <<<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>>>. Acesso em 12 de maio de 2017.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina**: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal / Daniela Canazaro de. – Porto Alegre, 2014. 2 v.

MELLO, S. L. **Família, uma Incógnita Familiar**. In: AGOSTINHO, M.L; SANCHEZ, M. (Orgs.). **Família**: conflitos, reflexões e intervenções. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista Verve**. n. 9. 2006.

Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<www.conjur.com.br/2017-mai-08/advogados-pedem-hc-todas-presas-gravidas-maes-criancas>.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 70. Disponível em:< <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>>.

SARLET, Ingo Wolfrang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. Ed., rev. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: Vida e Violência Atrás das Grades**. RJ Ed. Garamond Ltda., 2002.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. – 1 reimp – Belo Horizonte: Ed. D'iplácido, 2017. 694 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. Ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. V. 1.

ZIMERMAN, David. **Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

13ª EMENDA, RACISMO E A PERPETUAÇÃO DA NEO ESCRAVIDÃO NO CENÁRIO GLOBALIZADO

Jéssica Antônio de Souza¹
Tainá Machado Vargas²

RESUMO: Neste estudo, busca-se refletir os efeitos, se positivos ou negativos, produzidos a partir da 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, no que diz respeito à primazia ou não dos Direitos Humanos, bem como a (im)possibilidade de percebê-la como um processo de humanização. Para tanto, tomar-se-á por base o documentário intitulado 13ª Emenda, a partir do qual, por meio de revisão bibliográfica, quer-se propôr uma discussão acerca das possíveis influências desse evento norte-americano para o restante do mundo, especialmente o Brasil, no tocante ao perfil da população carcerária.

PALAVRAS-CHAVE: 13ª Emenda. Racismo. Desumanização. Cárcere.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Por Detrás da 13a. Emenda Estadunidense: Um Making Of (Des)Humano. 3 A 13a. Emenda: Uma (Re)Leitura das Entrelinhas. 4 O Racismo Carcerário: Um Fator de Engorde nos Presídios Norte-americanos e Brasileiros. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO:

O objeto do presente trabalho busca aproximar-se da crítica racial e dos seus efeitos, analisando dados produzidos sobre prisões no Brasil e nos Estados Unidos. O intuito é refletir sobre as reiteradas práticas institucionais que reproduzem, historicamente, modelos criminológicos similares, capaz de revelar o aparelhamento ideológico estatal e a seletividade sobreposta a temática do preconceito nas práticas judiciais. A marginalização da cultura negra nos dois países desencadeia a retomada de processos históricos cruciais de opressão e silenciamento do povo negro, orientando flu-

¹ Servidora pública lotada no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos-DPERS, graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica PUC-RS. Pós-graduada em Ciências Penais pela mesma instituição de ingresso. Membro do Grupo de Estudos e Intervenção em matéria Penal – GEIP/UFRGS.

² Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica PUC-RS. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisas em Políticas Públicas de Segurança e Administração de conflitos nos campos da Justiça penal – GEPESQ/PUCRS. Membro do grupo de estudos em Globalização e Direitos Humanos.

xos migratórios por perseguições, e, resultando em um grande número de extermínios todos os anos.

Sabe-se que é dentro desde contexto não particularizado de violência urbana que argumentos reformistas a favor de medidas de intervenção econômica e, derivados da iniciativa do capital na construção dos presídios brasileiros, despertam a adesão de muitos setores interessados. Partindo de uma perspectiva experiencial norte-americana e suas peculiaridades, serão pensados os inúmeros opostos para se debater o ‘comércio’ das prisões, que movimentam milhões de dólares ao ano nos EUA com políticas ostensivas de encarceramento de pessoas, e suas respectivas famílias, ao convívio dentro do sistema penitenciário criminal.

Embora seja criado para cumprir a lei, por que o sistema penitenciário propicia condições para a instrumentalização dos excessos e dos abusos? O Estado se organiza no sentido de reprimir (desorganizadamente) ou se beneficia desses interesses na clandestinidade da lei? Essas e outras questões justapostas à temática da violência urbana e racismo no Brasil e nos EUA atentam para a necessidade de enfrentamento acadêmico, social, e, sobretudo profissional ao modelo clássico de encarceramento. Repensando a disponibilidade dos serviços de defesa judicial especializados, que oferecem alternativas de resistência frente a uma única possibilidade de justiça, equilibrada por padrões econômicos e delicadas relações estatais governistas.

2 POR DETRÁS DA 13ª EMENDA ESTADUNIDENSE: UM MAKING-OF DESHUMANO.

No dia 12 de agosto deste ano, a cidade universitária de Charlottesville, localizada no Estado norte americano de Virgínia, ex-colônia sulista, despertou a atenção mundial ao desencadear a mobilização de grupos, ideologicamente organizados, de extrema direita, comprometidos a resgatar a prática do discurso de repúdio às minorias, retomando os processos de mobilização civil contra a população negra e imigrante, entre os anos 1965-1970. Remontando as experiências desse acontecimento, que deixou 19 feridos e provocou a morte de uma jovem, é possível presumir uma nova tendência de formação desses movimentos radicados, que se autodenominam neonazistas, supremacistas brancos e/ou outros grupos de ódio. Apropriando-se dos mesmos discursos intolerantes e totalitários, já produzidos em um passado jacente, esses grupos os interpretam na tentativa de recha-

çar o apoio internacional dos governos às crises humanitárias, negligenciando as pautas públicas que abordam direitos sociais às minorias, ou ainda, invalidando a aplicabilidade dos Direitos Humanos em tempos de grave crise migratória mundial. Sobretudo, nessa intensa efervescência política de ambos os lados, tem-se despertado a necessidade de se discutir, em especial, sobre o fortalecimento da violência nas ações de tais grupos, de extrema direita, e a sua recente desinibição, em um cenário globalizado, dirigido por intenções políticas cada vez mais austeras, e, economicamente, liberais.

Em verdade, sabe-se que enquanto algumas manifestações simbólicas se consolidam, culturalmente, de formas invisíveis, a violência econômica se impõe como algo diferente. A violência assumida no mundo atual passa pelo entendimento dessa que é a “maior” das violências experimentais em nossa sociedade, que naturaliza a sua força de dominação em nome de ideais progressistas. É claro que grande parte do discurso de ódio às minorias, que também se recalca em fortes questões raciais associadas à desigualdade, às discriminações e hierarquia do poder institucional (representativo, parlamentar, executivo e judiciário), que é horizontalmente embranquecido nos dois países em análise. Esses fenômenos, tão profundamente estruturados nas bases dessas sociedades, são constantemente capitalizados pelo ideal de crise contemporânea que se enfrenta no “outro”. No mesmo sentido, o solipcismo da extrema direita radical acusa e vinga-se do “outro”, na medida em que encontra reposta às suas frustrações na antipatia “projetada” pelo diferente, uma vez que este movimento nega ou invisibiliza tudo que esteja além de si mesmo.

Partindo do pressuposto de que a mais incompreensível das indignidades humanas é dirigir preconceitos e/ou violência em razão da cor da pele de outrem, principalmente deste momento em diante, onde o mundo presencia fortes cenas de intolerância religiosa servindo de combustível para estimular práticas militares irracionais de destruição. Essas e outras transformações radicais se operam internamente, dentro da clandestinidade dos governos, subsidiando práticas administrativas que acentuaram o clima de ódio contra minorias, contra os imigrantes e os refugiados nos Estados Unidos. Apoiados, inclusive, pelo próprio presidente da nação mais poderosa do planeta. Mas afinal, como compreender então os processos de culturalização xenofóbica (essencialmente racista) em uma das mais antigas democracias já consolidadas no velho mundo. Uma breve análise reconstitutiva dos processos históricos e sociais no século passado nos mos-

tra, evidentemente, que o imperativo do caráter patrimonialista, o mesmo que canalizava ambientes, sobrepujava as condições de autoridade servil e interligava as relações de trabalho aos círculos domésticos de produção, desde o sistema escravagista, e, por toda a extensão do continente norte americano ainda segue influente nos dias de hoje.

Nesses e em outros sistemas aprendidos/exportados de “domesticação” de seres humanos, como a escravidão nas Américas, não há que se cogitar dúvidas ao pensar que os desdobramentos na consolidação do democratismos e na conflagração do movimento industrial tenham sido subsidiados por braços negros, à custa do sangue escravizado, e mal parido dentro do precário cenário das senzalas (latino)americanas. Somando-se a inúmeras dívidas e corpos produzidos durante esse doloroso processo de desumanização. A saber, que como produto declive de uma sociedade colonial em processo de transição republicana, a população negra no Brasil, bem como a dos EUA, presenciou tristemente o seu legado histórico, junto com o seu capital cultural, ser lentamente encoberto pelos valores de uma nova sociedade pré-concebida por (paupérrimas) compreensões científicas e religiosas. Ambas, contaminadas por violentos fundamentos relativistas e de supremacia racial, cada qual reforçando aspectos pontuais sobre o domínio de seu conhecimento na vida em sociedade. Logo, a dialética da comunidade científica ainda é e foi demandada, por inúmeras vezes no transcurso da história, como método de revalidar preconceitos e justificar violências contra as minorias. Muitas dessas concepções teóricas eram discriminatórias, pois, ajudariam a naturalizar no inconsciente cultural, popular, e institucional que fatores biológicos cominados, ou não, a desvios patológicos de personalidade, e de que fatores predominantes como raça e pobreza, são influentes rudimentares para explicar motivações e causa dos crimes. Argumento, esse, importante de se pensar a resiliência de algumas organizações partidárias no Brasil em relação às ações afirmativas que priorizem atender as diversidades de demandas da população negra, ao contrário de marginalizá-las, inclusive por suas crenças³.

Ainda que uma grande maioria populacional seja negra e latina, a implementação de políticas afirmativas nos EUA existe na área da educação, contudo, não privilegia um sistema universal de cotas como no Brasil. Ocorre que na prática, essas prerrogativas existem pela via casuística da

³ Referência implícita ao projeto de Lei de nº 1.960/2016 que dispõe sobre a proibição da utilização, mutilação e/ou o sacrifício de animais em pesquisas, em rituais religiosos ou de qualquer natureza no Município de Cotia, no Rio Grande do Sul.

jurisprudência, não como estratégia legislativa de enfrentamento diante de legados históricos que consolidam e perpetuam privilégios no presente. Outro ponto decisivo é o sistema que qualifica minorias sub-representadas em universidades privadas, deriva de um processo meritocrata de seleção, conforme o histórico curricular do candidato como alicerce de iniciação à vida acadêmica. A falta de um diálogo construtivo, de uma consciência política mais engajada e conectada com as distancias sociais, tanto do cidadão norte americano como do brasileiro médio, sem desconsiderar a interveniência de valores totalmente comprometidos com fins mercantis, reduz as oportunidades no ensino educacional e profissionalizante em ambos os países para a comunidade negra, principalmente ao egresso do sistema penitenciário. Desta forma, os ressentimentos e o ranço de ser tratado como indivíduos de segunda classe, e não como constituintes da história de formação do seu país, permanecem latentes.

Ainda sobre a trajetória de desensibilização e aniquilamento histórico do povo negro, esta por sua vez, foi totalmente absorvida pelas práticas institucionais dos estados norte-americanos, através do ‘mito’ híbrido do homem negro estuprador/criminoso, que, de certa forma, pôs fim ao problema do excedente populacional gerado após a abolição da escravatura. Ou seja, paradigmaticamente, à medida que os congressistas sinalizavam o fim do conflito separatista da Guerra de Secessão ou Guerra Civil Americana (1861-1865) conquistando a preeminência do norte em relação aos interesses dos confederados escravocratas, promulgava-se a 13ª emenda à Constituição dos EUA. Nesta, a escravidão foi formalmente abolida mediante clausula pétrea. No entanto, essa mesma cláusula que declarou o fim da escravidão e/ou da servidão involuntária ilegais, abriu exceções de oponibilidade às pessoas recolhidas pelo sistema de justiça criminal “como castigo por um crime” cometido. Iniciou-se, portanto, um conflito transgeracional de caça às bruxas, que perdura até os dias de hoje e produz estatísticas altíssimas de encarceramento nos Estados Unidos, responsável pelo 5ª lugar em *ranking* mundial, ou por 25% do total de presidiários do planeta⁴. Entre os tipos penais de maior incidência estão o uso de drogas e passar cheques sem fundo, ou seja, condutas não criminalizadas no Brasil e em vários outros países. De acordo com os dados extraídos do Centro Internacional de Estudos Penitenciários, do King's College, em Londres, existem 751 presidiários para cada 100 mil habitantes. Se incluirmos nesta conta apenas os adultos, 1% da população do país está na prisão.

⁴ Dados extraídos do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/>> último acesso em: 10/10/2017. 19h05min.

3 A 13ª EMENDA: UMA (RE)LEITURA DAS ENTRELINHAS.

“Não haverá, nos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.”, é o que diz a 13ª Emenda Constitucional Norte-americana. Fato é que, essa redação é produto de todo um processo de desumanização e causa da perpetuação de outros problemas. Ao mesmo tempo que o texto parece, ingenuamente, atentar para a proteção dos direitos humanos, abolindo a escravatura e a exploração física dos trabalhadores, em letras miúdas, o legislador encontrou uma forma de permitir tais práticas quando recaírem sobre réus penalmente processados ou meramente encarcerados. Sim, no contexto norte-americano, estar encarcerado não pressupõe a existência de um processo, visto que, no mais das vezes, o encarceramento acontece em razão de um acordo entre o réu e o Estado.

Enquanto no Brasil, para que se execute uma pena é necessária a existência de um processo, sendo ele o único meio legítimo de se chegar aquela, no Direito Norte-americano, como bem problematizado no documentário, em função da severidade das penas, inclusive de seus mínimos legais, é temerário apostar em um processo judicial. Dependendo da “justiça estatal”, na realidade dos EUA, é quase que esperar um “banho de chuva no Deserto do Saara”, ainda mais se o réu se enquadrar em um estereótipo predeterminado. Entre o temor do que de mais grave pode lhe acontecer e a “pseudogarantia” de uma pena previamente determinada, muitos acabam optando por esta, por meio de um acordo proposto pelo órgão acusador e perante o Poder Judiciário, no qual se renuncia a existência do processo penal. Em outras palavras, em vez do sujeito aguardar o julgamento cuja sentença poderá ensejar sua prisão perpétua, ele se rende ao acordo de cumprir 5 anos de privação de liberdade pela suspeita da prática de um determinado crime, por exemplo.

Diferentemente do que pode parecer, não se trata, pois, de uma pena negociada, tampouco negociável, uma vez que, ao réu, cabe apenas assentir com o quantum de pena proposto, sem espaço para flexibilização, ou ainda, recusá-la e, mesmo assim, aguardar o trâmite do processo encarcerado. No entanto, a verdade ainda consegue ser mais subversiva; optar pela pena acordada corresponde nada menos do que uma falsa garantia ao réu, vez que o Estado não alimenta interesse algum em reinseri-lo na sociedade. Aliás, não há mecanismo algum capaz de reivindicar sua liberdade ao término da pena. Se a proposta do acordo aparentava uma alternativa mais bené-

fica ao réu na concepção de alguns, o Estado Norte-americano atingiu seu objetivo. Qual Estado seria tão flexível a ponto de dar ao réu a liberdade de concordar com o quantum de pena que terá de cumprir? Senão uma vantagem, o que mais isso poderia ser? Aos olhos de quem nega a complexidade do sistema, de fato, só resta a concordância. Por outro lado, percebe-se ser essa nada mais do que uma emboscada estatal travestida de garantia individual, na qual o Estado, “todo-poderoso” está exercendo um interesse unilateral de retirar aquele sujeito da sociedade, e, de qualquer modo, detê-lo atrás das grades, não apenas pelo simples fato de puni-lo, mas também, e principalmente, como uma forma de alimentar o complexo industrial do encarceramento: nos EUA, o cárcere não funciona apenas como um mecanismo de coerção e retenção da prática criminosa, isso, aliás, chega a ser secundário se comparado com o interesse econômico que mobiliza a máquina estatal. Daí porque o acordo se traduz como a própria satisfação do interesse estatal no aprisionamento; de um lado, a força da máquina seletora de réus e, de outro, só mais um, que nem cidadão mais o é, tentando fazer valer seu acordo de liberdade apazada e tendo sua voz silenciada. Aliás, não há o que se pensar em voz daqueles que ocupam as prisões norte-americanas, uma vez que o cárcere trata de invisibilizá-los, emudecê-los e, porque não, objetificá-los aos olhos do Estado e da sociedade.

Há, ainda, um outro efeito colateral desse acordo penal que se oculta por detrás das grades mas que, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, mostra-se como um verdadeiro mitigador de direitos: a presunção de culpa. Isso porque, ao selecionar os réus e propôr-lhes um acordo penal, cujo aceite ou não, implicará seu aprisionamento, o Estado os presume culpados e não inocentes, como preceituam os tratados internacionais, inclusive a Convenção Interamericana de Direitos Humanos da qual os EUA é signatário. Logo, além de violar um direito fundamental e convencional, a legislação norte-americana compactua com a ideia de prender inocentes e, uma vez mais, reage apenas homologando novos acordos penais e prendendo mais inocentes diariamente.

Mais problemático do que a subversão do princípio da presunção de inocência à presunção de culpa, no entanto, é quando esta recai, seletivamente, sobre a liberdade de uma clientela específica. Aliás, não há objeção alguma em tratar a população carcerária estadunidense como clientes do sistema penal quando, em verdade, sua existência produz nada menos do que milhões de dólares anualmente no país às custas de uma casta inferiorizada e racialmente definida.

A criminalização de negros e de pobres, ou preferencialmente pobres negros, como mostra o documentário, é uma prática “naturalizada” entre as instituições públicas, as quais selecionam um a cada três jovens negros para prender; realidade essa que se transfere e se ratifica pelo percentual de 42% de homens negros nos cárceres norte-americanos. Não há clientes mais garantidos no sistema penal do que os pobres e negros, quando, em verdade, sabe-se que são fáceis de entrar e difíceis, para não dizer impossíveis, de conseguir sair.

Todavia, tal discrepância racial entre a população carcerária nos EUA, não é fenômeno constante, tendo se reforçado na última metade do século XX, com o Pós-Guerra, sobretudo a partir de 1988, como lembra Waquant (2013, p. 333), ao analisar as práticas punitivas, ano em que o Presidente Norte-americano Jorge W. Bush pôs-se a veicular, durante a campanha eleitoral, um anúncio emblemático falando da condenação de um homem negro por ter supostamente estuprado duas mulheres brancas. A partir daí, a proporção total de negros presos progrediu vertiginosamente, de modo que, para cada um branco encarcerado, oito negros são privados de sua liberdade.

Tal fenômeno, dada sua complexidade, não pode ser percebido apenas do ponto de vista endógeno e formal, é preciso propôr-se uma reflexão quem sabe sociológico do ato de punir massivo. Na concepção de Garland (1995, p. 282): “as práticas penais não devem ser vistas como um evento singular e específico, e sim como uma instituição social que vincula uma estrutura complexa e densa de significados.” Em verdade, para ele, isso se deve ao fato de, “apesar da aparência de autonomia, as instituições sociais (independentemente do tipo) se ligarem com outras instituições e com o mundo exterior, ao receberem a influência de aspectos econômicos, políticos, culturais e tecnológico-constituintes do ambiente.”

Nesse sentido, compreender o máximo encarceramento como produto de práticas institucionais interligadas, ou ainda, de uma macrocorporação institucional legitimada pela própria formatação do Estado, é pressuposto indispensável para compreender o que mantém e reforça as práticas punitivistas. Quando o próprio aparato estatal dispõe e enaltece um Conselho Americano de Intercâmbio Legislativo (American Legislative Exchange Council - ALEC), como sendo uma espécie de clube privado formado por políticos, majoritariamente republicanos, e corporações, cuja função criar leis de cunho conservador e contrárias à justiça criminal e as encaminhar para legisladores republicanos, quiçá os mesmos que o compõem. Daí porque

pensar as práticas punitivas a partir unicamente das instituições policiais, responsáveis pelo policiamento ostensivo é ignorar o poder do complexo industrial carcerário e de todo aparato que o permeia no contexto norte-americano. As polícias fazem apenas uma frente das práticas punitivas raciais, mas suas ações são micro se comparadas com todas as demais instituições que a mobilizam, sendo a economia, por certo, a propulsora dessa engolidora máquina humana de pobres e negros para dentro do cárcere.

Fato é que, na concepção estadunidense, punir muitos não é o bastante, é preciso punir demasiadamente; é como se as grades não constituíssem uma punição em si mesmas, de sorte que não se impede nem repudia quaisquer arbitrariedades que venham a atentar contra a vida ou dignidade daqueles que se encontram sob custódia do Estado.

Panopticamente falando, a 13ª Emenda à Constituição Norte-americana traduz-se como um mecanismo chancelador de práticas desumanas e arbitrárias, cumprindo apenas requisitos formais de proteção dos direitos humanos. De fato, a força da ressalva constante da parte final do texto, no que diz respeito à permissão de condutas escravocratas e práticas de trabalho forçado para quem esteja encarcerado ou simplesmente recebendo algum tipo de punição por parte do Estado, em relação à regra de proibição dessas ações, é tão maior a ponto de aquela fagocitar esta, de modo a torná-la inócua perante o ordenamento jurídico. Se um dos espaços em que o racismo e a escravatura mais se expandem é justamente o cárcere, ingênuo seria pensar na sua efetividade para repelir as desumanidades, pelo contrário, o intuito é usá-la como instrumento legitimador da violência estatal. Quando a população carcerária do país ocupa a quinta posição no ranking mundial, sendo 42% composta por pobres negros, às custas dos quais a indústria carcerária se sustenta e se fortalece, para manter esse interesse, esquizofrênico seria não promulgar uma emenda com esse teor legitimador de tais práticas.

4 O RACISMO CARCERÁRIO: UM FATOR DE ENGORDE NOS PRESÍDIOS NORTE-AMERICANOS E BRASILEIROS.

Ao contrário do que possa suscitar, a realidade carcerária norte-americana não é, e nunca será, fechada em si mesma, na medida em que a cultura dos EUA reflete na sociedade ocidental como um todo. Não é à toa que o Brasil, ao tomar o modelo norte-americano como exemplo, o superou no ranking de maior população carcerária do mundo em relação ao total de habitantes, ocupando a quarta posição. Fato é que nós não apenas somos

um espelho dos EUA no que diz respeito ao encarceramento em massa, mas também às condições desumanas no interior dos cárceres.

Em um país cuja maior parte da população é negra, contar com o encarceramento de 17,5% desses em presídios públicos e 17,5% em presídios privados⁵, é minimamente preocupante. Não se trata, pois, de uma mera coincidência; tanto nos EUA como no Brasil, a população carcerária tem cor e classe socioeconômica, correspondendo, em sua grande maioria, a negros e pobres. Trata-se, pois, daquilo que Lopes Jr. (2015, p. 194) entende como “etiquetamento do processo”, ou Labelling Approach, perspectiva criminológica que retira do réu sua identidade para outorgar-lhe outra que seja degradada, estigmatizada, conforme a complexidade da situação do réu, bem como o ponto de vista do observador. Nas adjacências da teoria do etiquetamento social aplicável ao processo penal, para além do perfil desviante atribuído ao réu, há também outras mazelas sociais que contribuem para essa rotulação, entre as quais estão: o racismo, a preferência por classes economicamente desfavorecidas, as quais contribuem para uma seletividade penal, lecionada por Becker.

Assim como nos EUA, a regra geral seria a abolição de práticas racistas, mas a realidade a ignora, no Brasil, guardadas proporções, proíbe-se a execução de penas cruéis, como sendo essa das garantias fundamentais, mas, ao fim e ao cabo, o que se encontra no interior dos presídios são condições desumanas para cumprimento de pena. Constitucionalmente, rechaçamos pena de morte, mas, em uma via reflexa, quando o Estado, por omissão, deixa de prestar assistência médica àqueles que se encontram sob sua custódia e esses acabam falecendo pela falta de socorro, o que seria isso senão uma maneira de puni-los pela morte? Por certo, o Brasil não executa a pena de morte de imediato, mas diante do sistema carcerário fadado ao fracasso e insuficiente para a população que dele demanda, estatisticamente não há como negar essa realidade que, em 2014, traduzia-se em torno de 158/1000 óbitos nas penitenciárias públicas.

Em que pese a 13ª Emenda Constitucional Norte-americana tenha validade apenas no território estadunidense, é leviano enxergar seus reflexos apenas para dentro do limite geográfico dos EUA, quando esse, em verdade, corresponde a uma potência mundial em termos econômicos e políticos que se projeta em todo Ocidente, de modo que, facilmente, os países,

⁵ Dados obtidos a partir do relatório do INFOPEN de 2014. Pgs 36-38. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>

inclusive o Brasil, se apropriam de seus discursos para chancelar práticas subversivas que estejam adotando em seus ordenamentos e sentem-se autorizados a tanto.

Todavia, na medida em que os sistemas carcerários norte-americano e brasileiro se aproximam em muitos aspectos, não há como negar um ponto de polarização entre eles, ao menos por enquanto, no que diz ao modelo econômico de gestão penitenciária. Enquanto nos EUA impera a privatização dos presídios, a fim de (retro)alimentar a máquina capitalista de privação da liberdade e fomentar a rentabilidade na indústria prisional, no Brasil predomina a publicização carcerária, à exceção de uma única penitenciária, segundo dados do Ministério da Justiça, cujo modelo corresponde à parceria público-privada, localizada em Ribeirão das Neves, em Minas Gerais. Trata-se, pois, de um pequeno deslocamento do Estado apenas no que tange à gestão do presídio, de modo que cabe a empresas privadas prover os meios para que as penas sejam cumpridas, operando limitadamente, ficando a custódia e a garantia do cumprimento das penas sob a responsabilidade estatal. Falar em privatização dos presídios, a exemplo do modelo norte-americano, é descentralizar o ônus do Estado quando ele próprio é o único interessado na punição, e, a um só tempo, entregar o sujeito ao mercado carcerário, cuja liberdade é objeto de produção de lucros. Os milhões de dólares a que o documentário A 13ª Emenda procura enfatizar, cumulado com o elevado índice de encarceramento norte-americano, senão suficientes, são a prova da falência do sistema privatizado. Há, contudo, quem defenda esse modelo como a solução inarredável do desencarceramento, percepção essa que, se sustentável em si mesma, não produziria um aumento sêxtuplo da população carcerária estadunidense em quatro décadas.

5 CONCLUSÃO:

A partir desse estudo, em que se pretendeu traçar um paralelo entre a realidade carcerária dos Estados Unidos da América, transposta no Documentário A 13ª Emenda, e no Brasil, o maior ponto de contato que se pode perceber foi justamente os processos de desumanização que atravessam as grades e recaem sobre aqueles que se encontram sob custódia do Estado. Desumanizações essas fruto de conjunturas históricas objetificadoras dos indivíduos e que carregam segregações raciais e socioeconômicas que se introjetam nas instituições estatais, retroalimentando discursos separatistas, racistas, xenofóbicos, facilmente reproduzidos por meio de práticas punitivas.

A 13ª Emenda Constitucional dos EUA, a um só tempo, representa um avanço formal para a humanização do país e um retrocesso material na efetividade de tal implementação. Enquanto se está a cumprir um papel formal de proteção dos direitos humanos impedindo práticas escravagistas, na contramão, encontra-se uma brecha para excepcionar a regra, criando condições legítimas para permitir a inaplicabilidade daquela quando se está diante de indivíduos submetidos à punição estatal. Prática essa que, em verdade, paralelamente, muito se verifica no Brasil. Enquanto formalmente protegemos os direitos humanos assegurados pela Constituição Federal, por detrás das grades estamos entregando aos apenados condições subumanas de sobrevivência, negando-lhes assistência médica, omitindo-lhes socorro em casos de risco de morte como forma de invisibilizá-los.

Percebe-se, pois, uma correspondência refletiva entre os clientes do sistema penal norte-americano e os selecionados para ingressar nos cárceres brasileiros; seletivamente, ambas populações carcerárias têm cor definida e condições socioeconômicas preestabelecidas, sendo estas representadas pelos pobres e, aquelas, pelos negros. Mas, se, por um lado, os encarceramentos em massa norte-americano e brasileiro se aproximam nesse ponto, por outro, eles se afastam, ao menos por hora. Isso porque, enquanto o interesse estadunidense em alimentar a máquina encarceradora mostra-se dúplice, marginalizando os menos favorecidos e sustentando financeiramente o complexo da indústria carcerária, no Brasil, ao menos até o momento, o viés encarcerador tem se voltado mais para reafirmar as condutas seletivas de eleição dos clientes penais, uma vez que, do ponto de vista econômico, não há o que se falar em interesse estatal dada a publicização dos presídios. Certo é que, na sequência de como o Brasil vem se espelhando nos EUA, vislumbra-se, futuramente, uma sedução por esse modelo de privatização dos presídios, ou ainda, a própria parceria público-privada, cujo discurso estadunidense preocupa-se tão somente a ressaltar os ganhos econômicos, vendendo-se facilmente a seus seguidores, sem apontar o alto preço que a sociedade paga por essa sistemática de “mercadorização” da liberdade individual.

6 REFERÊNCIAS

BECKER, Wohoward S. **Outsiders: Um estudo da sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. 1944; tradução Heci Regina Candiani. 1ªed. São Paulo: Boitempo, 2016.

SENERA, Ricardo. **'Sou nazista, sim'**: o protesto da extrema-direita dos EUA contra negros, imigrantes, gays e judeus. 12 ago. 2017. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional=40910927-?ocid=socialflow_facebook> Acesso em: 27 ago. 2017.

GARLAND, David. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

LOPES JR., Auri. **Direito processual penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ministério da Justiça. Dados extraídos do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Junho de 2014, 88-90 pp. Disponível em:<http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

13ª EMENDA. Direção: Ava Duvernay. Produção: Howard Barish. EUA, 2016. Disponível em <<https://m.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=QZNL-NqnEYfM>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

LIPTAK, Adam. Estadão Internacional. EUA lideram *ranking* dos países com maior número de prisioneiros. **Reportagem jornalística adaptada do The New York Times**, 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/america-do-norte,eua-lideram-ranking-dos-paises-com-maior-numero-de-prisioneiros,161669>> Acesso em: 28 ago. 2017.

Diário de Notícias. Confrontos em marcha de supremacistas brancos em Charlottesville. Declarado estado de emergência. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/centenas-de-brancos-supremacistas-marcham-hoje-na-cidade-norte-americana-de-charlottesville-8701934.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BUTLER, Bethonie. **“A 13ª Emenda”** revela como o sistema penitenciário dos EUA perpetua a escravidão. 15 out. 2016. Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/>>

tv/a-13-emenda-revela-como-o-sistema-penitenciario-dos-eua-perpetua-a-escravidao-by7w9aw2e9qmky9lqhj4djdb0>. Acesso em: 26 ago. 2017.

A INAFSTABILIDADE DA FORMA NO PROCESSO PENAL: (RE) DISCUTINDO O FUNDAMENTO, A FINALIDADE, A NATUREZA JURÍDICA, O OBJETO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Mateus Henrique de Oliveira Reis¹

RESUMO: Este artigo objetiva demonstrar o papel que a forma desempenha no processo penal, evidenciando a necessidade de que seja inafastável, porque materializa, ao mesmo tempo, garantia e limite: garantia ao acusado e limite ao poder de punir, que só se legitima quando observado o procedimento legal e previamente estabelecido. Para tanto, imprescindível (re)discutir o fundamento, a finalidade, a natureza jurídica, o objeto e os sistemas processuais penais. Assim, resgatadas as balizas que a Constituição Federal de 1988 previu, buscando dar ao processo penal traços acusatórios, e consolidando-o como único instrumento por meio do qual é possível aplicar a pena, servindo à efetivação de garantias, cuja natureza é de situação jurídica e o objeto é a pretensão acusatória, a forma no processo penal reassume seu caráter capital e inarredável.

PALAVRAS-CHAVE: Forma. Processo penal. Garantismo penal. Sistema acusatório.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo Penal: por que e para quê?. 3 A natureza jurídica e o objeto do processo penal. 4 Os sistemas processuais penais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã”². Assim principia a obra que, talvez, tenha sido a que descreveu de forma mais impactante a experiência pela qual pode passar o réu de um processo penal autoritário, burocrático, sigiloso, em suma, carente de qualquer direito ou garantia. É em *O Processo*, romance de Franz Kafka, que o exemplar funcionário de um banco é detido na

¹ Graduado em Direito Pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Rede LFG. Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS.

² KAFKA, Franz. *O Processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p.39.

manhã em que completava seus trinta anos de idade e, a partir de então, vê-se acusado pela suposta prática de um crime, com amparo em uma lei e por uma justiça que desconhece. Inicialmente, K. pensa não se passar de uma brincadeira, porém logo percebe tratar-se de algo sério e que, por mais esforço envide para demonstrar sua inocência, não conseguirá desvencilhar-se do desumano procedimento, até que, em um desfecho inesperado, na véspera de seu trigésimo primeiro aniversário, o process(ad)o fenece.

A Constituição Federal de 1988, na estrutura piramidal da ordem jurídica, “representa o escalão de Direito positivo mais elevado”, porque, materialmente, é “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”³. Ela assegura diversos direitos e garantias no que toca ao direito processual penal, decorrência lógica do Estado Democrático e de Direito, conforme anunciam seu preâmbulo e o *caput* do artigo 1º. Assim, a possibilidade de se verificar um processo de todo kafkiano parece afastada na conjuntura democrática constitucional vigente. Não obstante, sabe-se que a efetividade das normas constitucionais “resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo”, havendo reiterados, quiçá generalizados, casos de descumprimento aos preceitos normativos de hierarquia constitucional, como, “por exemplo, quando uma norma confronta-se com um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevaletentes na sociedade”⁴.

Esse parece ser o cenário quando se pensa no processo penal brasileiro. O Código de Processo Penal – inspirado no fascista Código de Processo italiano de 1930, o “Código Rocco” – evidencia seus traços inquisitórios em muitos pontos, afrontando a Constituição Federal, que, inspirada na árdua luta pelo fim da ditadura e pela definitiva reabertura democrática, consagrou a prevalência da liberdade individual à intervenção desmedida e arbitrária do Estado na vida dos cidadãos. Nessa intrincada relação, há quem adote interpretações que têm como ponto de partida o Código em detrimento da Constituição, tornando a norma superior tendencialmente ineficiente, e a inferior, tendencialmente ilegítima⁵.

3 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.240.

4 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.83.

5 É o que ensina Luigi Ferrajoli ao referir-se aos modelos de direito penal mínimo e máximo, identificados, respectivamente, com os modelos do “Estado de direito” e do “Estado absoluto ou totalitário”: “Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências convivem entre si, caracterizando a primeira

Todavia, “se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária [...], a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”⁶. Diante disso, conquanto seja, em certa medida, compreensível a dificuldade de se desenraizarem os citados sentimento social e tendências prevaletentes na sociedade, após quase três décadas entre nós, já é passada a hora de a Constituição transformar-se em força ativa, de se ter “vontade de Constituição”, como formulado por Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamento e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille for Verfassung)*⁷.

O proveito decorrente do respeito à Constituição não compensa os interesses momentâneos, e “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado”. Ao reverso, quem não está disposto a isso, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”⁸. A interpretação que se deve fazer é a que conforma as disposições do Código de Processo Penal à Constituição, ou seja, uma leitura e uma filtragem hermenêutica constitucional do processo penal, e não o contrário, de modo que os direitos fundamentais assegurados na Carta da República não sejam restringidos ou suprimidos.

os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua superação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.101-102).

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.8.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.19.

⁸ BURCKHARDT, Walter apud HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.22.

Partindo dessas premissas, poder-se-á (re)discutir o fundamento, a finalidade, a natureza jurídica, o objeto e os sistemas do processo penal, bem como demonstrar a inafastabilidade da forma no processo penal.

2 PROCESSO PENAL: POR QUE E PARA QUÊ?

O homem lidou com a resolução dos conflitos surgidos na sociedade de distintas maneiras no decorrer da história, o que está diretamente atrelado à investigação acerca de por que existe o processo penal.

Em um primeiro momento, prevaleceu a vingança privada, a autodefesa ou a autotutela, em que o mais forte, pessoalmente ou por sua comunidade familiar, de forma totalmente arbitrária e tumultuária, impunha ao suposto violador do direito alheio a solução – nada jurídica – que entendia cabível ao ato por este praticado⁹. Solução que, a par de egoísta, era assaz perigosa, porque “o ofendido podia ser mais fraco que o autor do ataque e, assim, longe de obter a reparação do delito ou do dano sofrido, podia experimentar um novo e mais grave ataque”¹⁰. Com a certeza do cometimento de graves excessos, negava-se o próprio direito ao deixar a cargo dos indivíduos lesados a solução de seus conflitos, “de modo que frequentemente o juízo, ditado pelo ódio, era uma nova violação do direito”¹¹.

Após, surge o instituto da arbitragem, inicialmente facultativa e privada, mais tarde obrigatória e, por derradeiro, pública¹². Pode-se, aqui, começar a falar em monopólio estatal da justiça e do direito de punir. Afinal, era preciso que a solução dos litígios ocorresse de forma pacífica e justa, ficando a função de solucioná-los a cargo de um terceiro, que, além de árbitro, deveria ser mais forte para tornar a decisão respeitada e obedecida por todos. Somente o Estado poderia ser esse terceiro¹³.

Porém, o monopólio estatal da jurisdição assumiu formas arbitrárias, pois o juiz confundia-se com o legislador e a ideia da existência de um rito inalterável estabelecido como freio de quem exercia a jurisdição não era convincente. É nesse momento que, com a multiplicação das tarefas de governo e a aversão ao fato de o julgador representar o ofendido, nasce uma classe de cidadãos especialmente designados para exercer a função

⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.285.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.5.

¹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.285.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.25.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.5-6.

jurisdicional, a magistratura, que “assinalou uma época memorável no progresso civil, e é apenas nela que num Estado se pode esperar a realização da liberdade”¹⁴. Pôde-se, então, vislumbrar a fisionomia do juízo penal que hoje conhecemos, com o estabelecimento de ordenações que limitam a autoridade dos juizes e retiram da justiça traços de arbítrio, superstição ou autocracia, tomando a forma de uma instituição racional¹⁵.

A administração da justiça penal passa a ser função tipicamente estatal; o método de composição de litígios, o processo. Ao mesmo tempo, o direito de punir, antes nas mãos dos particulares, agora é exclusivo do Estado (convertendo-se em verdadeiro poder-dever), visto que os bens ou interesses tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, donde se extrai o dever estatal de dispor, além do *jus puniendi*, do *jus persequendi*, que vai realizar aquele¹⁶. O processo torna-se o instrumento de concretização do direito penal, que estabelece geral e abstratamente as condutas não permitidas e as penas correspondentes à violação da norma. Isto é, verificada a existência, em tese, da prática de um ato previamente proibido (*nullum crimen sine lege*¹⁷), unicamente por meio do processo admitir-se-á a imposição da pena ao indivíduo a quem se imputa a prática da infração (*nulla culpa sine judicio*¹⁸)¹⁹. Logo, a pena é o efeito jurídico do delito e do devido processo penal. Contudo, o processo não é efeito jurídico do delito, e sim da necessidade de impor a pena por meio do processo²⁰. Escreve Aury Lopes Jr., em precisa síntese sobre o que aponta como o “princípio da necessidade do processo penal em relação à pena”, que:

Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor

¹⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.290.

¹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.291.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.3.

¹⁷ Trata-se do axioma garantista A2 do “sistema penal SG” formulado por Luigi Ferrajoli, ao qual dá o nome de princípio da legalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.93). No direito pátrio, é estampado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, cujo teor é reproduzido no artigo 1º do Código Penal.

¹⁸ Trata-se do axioma garantista A7, que Ferrajoli nomina como princípio da jurisdicioriedade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.495). Pode ser identificado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

¹⁹ Nesse ponto, indispensável referir a perspicaz lição introdutória de Geraldo Prado em seu *Sistema acusatório*, no sentido de que “o princípio mencionado - *nulla poena sine judicio* - não se exaure assim na mera legalidade dos procedimentos penais [...], fundamentando-se, para além da simples legalidade formal dos modos de proceder, em uma perspectiva ética que vai cimentar-se na legitimidade constitucional da atuação dos principais personagens envolvidos com a persecução penal e na estrutura e funcionamento das instituições próprias desta atividade” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.1).

²⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.61.

*uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena*²¹.

Se, por um lado, seria muito mais fácil e cômodo que o Estado, detentor do poder-dever de punir e responsável pela administração da justiça, irrogasse a sanção penal imediata e automaticamente, prescindindo do processo e ratificando sua soberania, por outro, “os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cedo e desenfreado, passaria a cometer”²². Ciente de que o exercício de qualquer poder resulta em inevitável possibilidade de abusos, o Estado limitou-se, reconhecendo a necessidade do processo. Deve, portanto, “antes de tornar efetiva sua pretensão de punir, colocá-la em confronto com os direitos de liberdade daquele contra quem vai exercer o *ius puniendi*”²³.

Não é por outra razão que a Constituição Federal previu a garantia do devido processo legal ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli, da submissão à jurisdição, cuja importância está para o direito processual penal assim como o princípio da legalidade está para o direito penal. A esse respeito, escreve o jurista italiano:

Precisamente, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio da submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição²⁴.

Esse o motivo pelo qual existe o processo penal. Na sua ausência é inviável, no âmbito de um Estado de Direito, a reprovação da conduta tida como delituosa, a imposição de uma pena legítima, inclusive se o acusado consentir, porque não há sujeição à pena senão por ato judicial²⁵. É inarre-

²¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.62.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.12.

²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.6.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.496.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.64.

dável, pois, a ocorrência de um encadeamento de atos legalmente previstos com o fito de apurar a existência do fato e a culpa (em sentido amplo) do imputado em relação à prática de um ato tipificado pela lei como crime para que, ao final, o juiz decida absolvê-lo ou condená-lo, dosando, neste caso, a reprimenda que a ele deve ser infligida. Dessa forma, “pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais”, mas também “assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais”²⁶.

Em contrapartida, é indispensável perquirir: qual a finalidade do processo penal? Ou, para que processo penal? Uma pronta, fácil e não menos acertada (porém simples e reducionista) resposta, considerando o que foi dito, é dizer que seu escopo consiste em realizar, concretizar, efetivar o direito penal material ou substancial.

Quanto a isso, veem-se diversificados posicionamentos na doutrina. Afirma Francesco Carrara que, se se considera o juízo penal tanto no aspecto objetivo como no subjetivo, seu fim mediato coincide com o da pena, isto é, o restabelecimento da ordem, turbada pelo delito; o imediato é que o juízo intelectual resulte conforme a verdade, o que consiste no fim político do juízo, exteriormente considerado, porque não basta ter alcançado seu fim jurídico (conhecimento da verdade), mas também ser acreditado pelo povo, em razão de terem sido observadas as formas²⁷.

Semelhantemente, Tourinho Filho anota existir uma finalidade mediata, que se confunde com a do direito penal (paz social), e uma imediata, “que outra não é senão a de conseguir a ‘realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia jurisdicional’”. E arremata o autor: “Sua finalidade, em suma, é tornar realidade o Direito Penal”²⁸.

Nessa linha, Figueiredo Dias escreve ser fim do processo penal, “numa fórmula propositadamente neutral e incolor, a afirmação (realização) do direito substantivo que corresponde ao objecto do processo”²⁹. Mais à frente, assevera que “o verdadeiro fim do processo penal só poder ser a

²⁶ TOURINHO FILHO, *Fernando da Costa. Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.13.

²⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.300-301.

²⁸ TOURINHO FILHO, *Fernando da Costa. Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.30.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.40-41.

descoberta da verdade e a realização da justiça (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)”³⁰, e finaliza: “o processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto*”³¹.

Segundo magistério de José Frederico Marques, a finalidade do processo penal é, igualmente, a aplicação, de maneira justa, das normas do Direito penal à pretensão fundada em fato penalmente relevante. Entretanto, nega que a descoberta da verdade seja finalidade imediata do processo, porquanto é ela meio e modo de reconstrução do fato sob julgamento, assim como propõe Magalhães Noronha³². O juiz, ensina Frederico Marques, para aplicar a lei penal ao caso em análise (finalidade), tem de possuir conhecimento acerca da exata verdade dos fatos ocorridos (meio e modo)³³.

Diante desse apanhado, é possível concluir que a materialização, a aplicação do direito penal é tida, seguramente, como finalidade do processo penal, havendo certo dissenso quanto à satisfação de uma pretensão e à busca da verdade.

Sem embargo, parece estar mais alinhada à democratização operada pela Constituição o posicionamento segundo o qual, para além das finalidades listadas, o processo penal existe precipuamente para proteger o acusado – que, submetido à jurisdição penal, é débil perante o aparato estatal e torna-se vítima da violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena³⁴ – e desempenhar o papel de instrumento de efetivação de seus direitos e garantias, sobretudo e primeiramente constitucionais. Por isso que “o escopo justificador do processo penal”, afirma Ferrajoli, “se identifica com a garantia das *liberdades* do cidadão, mediante a garantia da *verdade* – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”³⁵.

Com efeito, “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desem-

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.43.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.46.

³² “O processo, como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio.” (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4).

³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.62-64.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.37.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.503.

penha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”³⁶. Havendo o Estado tomado para si o monopólio da jurisdição, deve fazê-lo de forma a não tornar a perseguição criminal fonte de arbítrio e abusos. Melhor é que procure atingir o escopo de cumprir os ditames do Direito Penal, de caráter repressivo, atento à liberdade, com o que deve se comprometer o direito processual penal, sem violar os princípios e as regras decorrentes do devido processo legal. Antes de instrumento por meio do qual se efetiva a lei penal, é instrumento de limitação do poder de punir (*jus puniendi*) e de perseguir (*jus perseguendi*), porque ao réu não se pode mais conferir a condição de objeto do processo penal, senão de sujeito de direitos; ao processo, caso tenha falhado o legislador (panpenalização), é permitido ser filtro do (ab)uso de poder, “a última instância de garantia frente à violação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do direito penal”³⁷. Daí afirmar Afrânio Silva Jardim que “o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das *lides*”³⁸.

Isso parece decorrer naturalmente da escolha feita pelo constituinte de 1988. Erigida a República ao Estado Democrático de Direito e inaugurado um sistema de amplas garantias individuais, consagrando a presunção de inocência e o estado de liberdade como regra, não mais se poderia conferir ao processo a finalidade exclusiva de mero veículo de aplicação da lei, “mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”³⁹. Por conseguinte, a máxima efetividade das garantias fundamentais deve ser a finalidade ambicionada pelo processo, de instrumentalidade constitucional em vez de tão somente legal.

No entanto – há de se ressaltar –, isso não se confunde com apologia ou espécie de defesa à impunidade⁴⁰. “Não custa lembrar que exercício de direitos fundamentais não implica estímulo à criminalidade”⁴¹. Ocorre que, se o caminho necessário à pena é o processo, que só é válido se respeitadas as garantias e direitos fundamentais, e ao Estado incumbe ser uma reserva de ética e de legalidade, preferível a tutela do direito do acusado no caso de um processo irregular, pois geraria nada mais que o perigo de os coassocia-

³⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.32.

³⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.48.

³⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.94

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.8-9.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.32.

⁴¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.64.

dos não verem o culpado condenado. Violado o direito em prejuízo do incriminado, haverá um mal certo e positivo, não apenas pela eventualidade de ser condenado o inocente, como também por pesar sobre cada cidadão o temor de ser a próxima vítima de algum erro ou aberração judiciária⁴². Aqui, vê-se (mais uma) distinção entre direito penal mínimo e máximo, agora relativamente às suas respectivas certezas e incertezas, posto que:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias⁴³.

Em que pese o Estado detenha poder persecutório-punitivo, é limitado pelas garantias processuais, de modo que repressão e garantias não se excluem, mas coexistem. Não obstante, entre repressão com autoritarismo e repressão com garantias, esta é radicalmente menos danosa e sempre melhor⁴⁴.

3 A NATUREZA JURÍDICA E O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Das várias teorias formuladas acerca da natureza jurídica do processo penal, sobressaíram-se as que conceberam o processo como relação jurídica e como situação jurídica, cujos principais teóricos foram, respectivamente, Oskar von Bülow e James Goldschmidt. As demais foram abandonadas com o passar do tempo (tais como as privatistas do processo como contrato, quase contrato e acordo) ou tiveram poucos adeptos (como as publicistas do processo como serviço público e como instituição), contribuindo para a discussão e a evolução do processo⁴⁵.

Sobre a primeira daquelas teorias, a princípio, cabe destacar que não se deve a Bülow a gênese da ideia do processo como relação jurídica. Sabe-

⁴² CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.296.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.103.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.93-94.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.96.

-se que antes de sua obra *Die Leher von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen*⁴⁶, publicada em 1868, já se verificava a existência de antecedentes históricos denotando ser o processo uma relação. Exemplifica-se com a passagem de Búlgaro, jurista italiano medieval⁴⁷, e com o teor do escrito inicial do Título XX do Livro 3 das Ordenações Filipinas⁴⁸, nos quais é possível ver a incipiência dessa doutrina⁴⁹. Contudo, é cediço que foi Oskar von Bülow quem primeiro sistematizou a teoria do processo como relação jurídica, atribuindo-se a ele o mérito de melhor formulá-la e conceituá-la⁵⁰.

Conforme essa concepção, o processo é uma relação de direito público, distinta da de direito material, que se estabelece entre o juiz e as partes (autor e réu), “entendida como o conjunto de **posições jurídicas ativas** (direitos, poderes e faculdades) e **passivas** (obrigações, deveres, sujeições e ônus) que as partes possuem no processo”⁵¹. De direito público, pois o vínculo se dá entre as partes e o órgão público da Administração, entre cidadãos e funcionários do Estado⁵². Além disso, é uma relação que se desenvolve de modo progressivo e contínuo, “caracterizada por sua unidade, complexidade e dinamismo”⁵³. Bülow deixa de lado o aspecto externo do processo, o procedimento, e passa a vê-lo desde seu aspecto interno, a relação jurídica processual⁵⁴.

Grande discussão erigiu-se acerca do formato como se estabelece a relação processual. Se uma relação linear, em que a reciprocidade de direitos e obrigações entretetece-se somente entre autor e réu; se angular, entre autor e juiz de um lado e entre réu e juiz de outro, excluída a possibilidade de ocorrer entre as partes; ou se triangular, ocorrendo entre as partes diretamente e entre as partes e o juiz. Sobre o acerto deste último desenho e as falhas dos outros dois, Frederico Marques escreve:

⁴⁶ Em espanhol, publicada como *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, conforme anota Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394).

⁴⁷ *Judicium est actum trium personarum, judicis, actori et rei* (juízo é atividade de três pessoas, juiz, autor e réu).

⁴⁸ “Três pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande, e réu que se defenda.” (Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <<http://goo.gl/fkICDd>>. Acesso em: 08 maio 2016).

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.435.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.47; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.98; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.435.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395

⁵² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.98-99.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395.

A doutrina *linear* não tem sentido, por isso que afasta da relação processual a figura do juiz, o que é absurdo. A angular se nos afigura incompleta, embora já tenhamos tido como a mais acertada. A teoria triangular é a que melhor retrata a relação processual, por ser a mais completa e perfeita. A doutrina angular, por exemplo, não explica as relações jurídicas que surgem dos acordos processuais, relações que criam vínculos primordialmente entre as partes⁵⁵.

Igualmente, Tourinho Filho⁵⁶ e Aury Lopes Jr.⁵⁷ concebem a relação jurídica processual como triangular, complexa, não apenas entre as partes ou entre as partes e o juiz. As partes podem exigir do órgão jurisdicional a decisão a respeito da controvérsia, o juiz tem o poder-dever de decidir, assim como autor e réu, baseados no contraditório, relacionam-se. De fato, “quando verificamos que existe uma relação de direitos e deveres recíprocos entre acusador e acusado (como ocorre em relação aos direitos fundamentais), não se pode negar que exista uma verdadeira relação jurídica (complexa) entre eles”⁵⁸.

Trasladada para o processo penal, a doutrina do processo como relação jurídica representou o avanço de ser o acusado tratado não mais como objeto do processo, mas como sujeito de direitos integrante da relação processual⁵⁹. Assim sendo, pode exigir do juízo a efetiva prestação jurisdicional, que deve não apenas satisfazer a pretensão do órgão acusador, como também tutelar suas garantias constitucionais, e está no mesmo patamar da parte autora (paridade de armas), podendo exercer seus direitos, poderes e faculdades indistintamente, em relação ao juiz e à acusação, seja ela pública ou privada⁶⁰.

A teoria de Bülow, porém, embora amplamente aceita, não estava imune a críticas. E a mais relevante veio de James Goldschmidt, que idealizou o processo como uma situação jurídica. Para esse processualista, o processo é o direito numa condição dinâmica, composto de uma série de situações processuais que as partes atravessam para alcançar uma sentença definitiva favorável. O que antes era direito subjetivo transmuda-se em me-

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.438.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.18.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.100.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.100.

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.99.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.101.

ras possibilidades, expectativas, perspectivas⁶¹. Traçando um paralelo entre a guerra e o processo, arquitetou a ideia de que as situações vantajosas decorrem simplesmente da luta e da vitória, diante do aproveitamento de uma ocasião ou do descuido de uma obrigação, de modo que pode surgir um direito que será desfrutado pelo vencedor que não lhe era próprio antes da batalha⁶². Para Aury Lopes Jr.,

Essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável⁶³.

Sinteticamente, a teoria goldschmidtiana preconiza que, no decorrer do processo, surgem situações jurídicas das quais brotam chances, cujo bom aproveitamento permite que a parte se liberte de cargas probatórias e caminhe em direção a uma decisão favorável⁶⁴. Conforme forem aproveitadas as possibilidades surgidas dessas chances, ou seja, executados atos visando à obtenção de vantagens processuais, verifica-se a expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável. Assim, não incumbe às partes obrigações, mas “*cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações”⁶⁵.

No processo penal, a carga probatória – conceito relacionado à unilateralidade, não passível de distribuição, e sim de atribuição – é inteiramente da acusação, pois o acusado é protegido pela presunção de não culpabilidade ou de inocência. Pode-se cogitar, no máximo, em assunção de riscos pela defesa, por exemplo, quando não produz elementos probatórios para colaborar na formação do convencimento do julgador em favor do

⁶¹ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do processo penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do estado de direito. *Revista dos Tribunais*, v.798, abr. 2002. p.465.

⁶² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.45.

⁶³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.103.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.103.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.104-105.

réu. Nesse caso, haveria potencialização da perspectiva de uma sentença desfavorável, mas não a retirada da carga probatória das mãos da acusação para as da defesa⁶⁶.

Não se olvida das objeções formuladas à teoria do processo como situação jurídica, mormente a de Enrico Liebman, no sentido de que as situações de incerteza apontadas por Goldschmidt referem-se à *res in iudicium deducta*, à relação substancial controvertida, e não ao processo em si. “O que estaria posto em dúvida, e talvez não existisse, seria o direito material, não o *iudicium*.”⁶⁷ A despeito disso, afigura-se mais adequado crer que, na seara penal, “a dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual.”⁶⁸ É dizer: não há falar em direitos pré-existentes postos em juízo, porém em comprovar a existência deles ao término do processo, do qual terá mais probabilidade de sair vencedor aquele que soube aproveitar melhor as chances surgidas durante seu andamento e cujo resultado é incerto, sujeito aos riscos, à instabilidade e à incerteza inerentes à realidade processual; distante, pois, da segurança, da estabilidade e da certeza dos conceitos abstratos e artificiais do direito material⁶⁹.

Realmente, à vista do que foi exposto até aqui, é custoso compreender a ideia de que em momento prévio ao término do processo o Estado possui e está em condições de exercer o poder-dever de punir, já que, assim, possuiria uma única posição pré-definida ao julgamento do imputado: puni-lo. O órgão estatal encarregado de promover a ação penal (Ministério Público) nada mais faria do que exigir a confirmação da pretensão punitiva. Fazendo as vezes de um credor, buscaria em juízo a pena como se fosse um direito seu que o réu, por ter inobservado uma obrigação, deve adimplir⁷⁰. No entanto, tão certo quanto dizer que praticado um fato aparentemente criminoso exsurge para o Estado o poder-dever de punir, instrumentalizado pelo de perseguir, é dizer que esse poder-dever é condicionado à existência integral do processo (devido processo legal), em que se verificará a veracidade da imputação e a viabilidade de seu exercício, a cargo exclusivamente do Estado-juiz.

A partir disso, é possível tratar do objeto do processo penal, o que

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.105.

⁶⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.46.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.108.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.107-108.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.201.

envolve o tratamento de dois temas de intenso debate doutrinário: lide e pretensão.

É consabida a lição de Francesco Carnelutti de lide como conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. Apesar de ter sido bem recepcionada no processo civil, encontra severa resistência no processo penal, porque, diferentemente do que ocorre naquele, neste não se busca remover o desacordo entre o acusador e o acusado em torno da existência do delito e da pena, de modo que, ainda que as partes estejam veiculando alegações coincidentes, seja para a procedência, seja para a improcedência da ação penal, o juiz não poderá julgar de plano o processo, afastando ou impondo a pena⁷¹. Isto é, caso ocorrido o crime, não surge um direito subjetivo que possa ser exigido fora dos limites do processo penal, dado seu caráter necessário em relação à pena. Não se há falar, pois, em conflito de interesses e, conseqüentemente, em lide penal⁷². De outro modo:

Dizer que existe um conflito entre o interesse público ligado à segurança pública e o interesse individual da liberdade pode ser tanto verdadeiro quanto falso, dependendo do ângulo sob o qual se examina a questão. O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal⁷³.

Inexiste outro método, senão o processo, de substituição da vontade das partes no campo penal. Assim, a atuação da vontade da lei não pode ocorrer diretamente entre autor e réu para que se possa verificar o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida a ser levado a juízo. Inclusive Carnelutti, conforme consignam Afrânio Silva Jardim⁷⁴, Aury Lopes Jr.⁷⁵ e Gustavo Badaró⁷⁶, reformulou sua concepção em relação ao processo penal em outras duas oportunidades: na primeira, passou a proclamar que o conteúdo do processo penal não seria a lide, mas a pretensão punitiva, vendo-o como um tipo intermediário, parte contencioso, parte voluntário; na segunda, seu conteúdo seria a controvérsia, pois as partes comun-

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.401.

⁷² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.184.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.101.

⁷⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.38.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.184.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.402-404.

gam de um mesmo interesse, que é o do réu, em que pese haja divergência quanto à existência do fato imputado ao acusado. Nesse último desenho de sua doutrina, passou o autor italiano a admitir o processo penal como de jurisdição voluntária, porque, para ele, a pena seria algo bom, um remédio para o criminoso redimir-se do erro cometido.

Logo, se é incorreto ou controvertido falar que não existe lide no processo penal⁷⁷, pelo menos se deve acatar que é categoria acidental a ele⁷⁸. Parte da doutrina brasileira, entretanto, ainda admite existir lide penal e, além disso, pretensão punitiva⁷⁹. Rechaçada a lide penal como objeto do processo (ou reservada à categoria acidental), também é necessário analisar criticamente a possibilidade de sê-lo a pretensão punitiva, haja vista não haver dúvida de ser uma pretensão. Quem defende ser o objeto do processo a pretensão punitiva, faz-o sob o argumento de que, até o momento em que é cometida a infração, “o Estado, que tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa.”⁸⁰ O erro está em confundir a pretensão material com a processual.

Com efeito, a pretensão punitiva “é uma pretensão que já existe antes do processo, e que será seu substrato. Contudo, de nenhuma forma se identifica com a pretensão processual, veiculada mediante a demanda ou a acusação.”⁸¹ O que constitui o processo penal, portanto, não é o *jus puniendi* (embora seja ele sua razão de ser e o íntegro), que está a cargo do juiz, mas a pretensão processual. Repisando uma vez mais o caráter essencial do processo à imposição da pena (*nulla culpa sine iudicio*), o objeto sobre o qual recairão os elementos que o integram não se confunde com o poder nascido do delito de impor a sanção penal por meio de uma sentença penal conde-

⁷⁷ Corroborando o posicionamento de inexistir lide penal, Aury Lopes Jr. faz interessante registro: “Inclusive, nosso legislador constituinte não acolheu a ideia de lide penal, tanto que no art. 5º, LV, da Constituição, consta que ‘aos litigantes’ (litigantes = lide = processo civil) e aos ‘acusados em geral’ (acusados = pretensão acusatória = processo penal) são assegurados o contraditório e a ampla defesa.” (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.180).

⁷⁸ É o que admite Afrânio Silva Jardim, para quem “poderá ou não haver lide no processo penal, dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor, tanto na ação condenatória, quanto nas ações penais não condenatórias. [...] Não obstante, urge admitir que a lide não lhe é essencial, podendo o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do réu à pretensão do autor”. Mais à frente, afirma: “Rigorosamente, o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação.” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.35-36).

⁷⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.2; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.6-8; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p.27-28.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.2.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.409.

natória. Ao reverso, a possibilidade de o juiz exercer esse poder de penar tem como condição o acolhimento da acusação, que, caso não o seja, obstaculiza a pena, tida como consequência, e não objeto do processo⁸².

À acusação não incumbe, pois, exigir a adjudicação de um direito próprio – em semelhança ao que ocorre no processo civil – à pena, mas exercer um direito potestativo de acusar (*ius ut procedatur*), seu dever de ação, pois o “*jus puniendi* somente se realiza no campo material, ou seja, no poder estatal de impor restrições de condutas à coletividade, ou, de outro modo, de produzir normas incriminadoras”⁸³. Com base nisso, Aury Lopes Jr. afirma ser objeto do processo penal uma pretensão acusatória,

vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz por meio de uma pena ou medida de segurança. O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular. Ao acusador [...] corresponde apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal por meio do juiz, e não do Ministério Público (e muito menos do acusador privado)⁸⁴.

Tem-se, desse modo, o processo penal como uma complexa e incerta situação jurídica cujo objeto é uma pretensão processual acusatória em vez de uma relação jurídica cujo objeto é a lide. Assim, afastasse-o das categorias gerais do processo e aproximasse-o de categorias próprias, com vistas às suas peculiaridades.

4 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

As formas pelas quais o processo penal se manifestou desde seu surgimento até a contemporaneidade se confundem com a compreensão dos problemas culturais e políticos que deram ensejo a seu aparecimento de uma ou de outra maneira. As mudanças ocorridas no seio das sociedades sempre repercutiram no direito, sobretudo no direito penal, porque é a expressão do poder repressivo do Estado. Entretanto, como bem adverte Julio Maier, “apesar de que todo o Direito é filho da cultura humana e das ideias políticas que ela cunha, as mudanças de orientação política apare-

⁸² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.182.

⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.103.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.206.

cem mais ‘a flor da pele’ no Direito processual penal”⁸⁵. É o processo penal que toca o indivíduo. É ele o ramo mais humano e que, a partir de cada um dos sistemas pelo qual foi histórica e teoricamente construído (acusatório e inquisitório), melhor evidencia a história política e cultural de uma sociedade⁸⁶. Por essa razão, constata-se que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e possuem sólida base democrática; o sistema inquisitório, em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em prejuízo dos direitos individuais⁸⁷.

Tendo isso em mente, não é difícil compreender por que o primeiro sistema processual penal a surgir foi o acusatório, dominando em todo o mundo antigo, desde os tempos da Grécia Antiga até o século XIII, com a queda do Império Romano Oriental⁸⁸. Enquanto prevaleceu no delito a ideia de uma ofensa a interesses privados, e não à sociedade, essa era a única forma possível de processo. Nela, o próprio ofendido ou qualquer do povo poderia exercer o direito de ação contra o ofensor, os quais se apresentavam diante de um árbitro para solver a controvérsia; a acusação, excepcionalmente, era exercida pelo ocupante de um cargo público, prevalecendo a outorga ao ofendido. Tinha-se em mente a premissa de que ninguém poderia ser levado a julgamento sem uma acusação que outro indivíduo sustentasse contra si, existindo uma bem delineada divisão dos poderes exercidos no processo – acusar, defender e julgar –, sem que se cogitasse a possibilidade de que quem exercesse algum deles se imiscuisse em outro⁸⁹.

⁸⁵ “*a pesar de que todo el Derecho es hijo de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen más ‘a flor de piel’ en el Derecho procesal penal*” (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.442-443, tradução nossa).

⁸⁶ Sistema pode ser compreendido como “conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.60); “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.46); ou, ainda, como “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.30, 1998. p.188).

⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.136. Paulo Rangel consigna escólio no mesmo sentido: “Os sistemas processuais [...] são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues.” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.53).

⁸⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.446.

⁸⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.313-314.

As características clássicas desse sistema processual surgem, então, como a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, publicidade e oralidade do debate e o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz⁹⁰. Pode-se acrescentar, ainda, a liberdade do acusado até a condenação definitiva, a continuidade dos atos e a síntese em todo o procedimento⁹¹, bem como, quanto à valoração da prova, o sistema da íntima convicção⁹².

Quando a República Romana dá lugar ao Império, que já não contava mais com a civilidade e o costume de liberdade que haviam permitido o bom funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, começa a surgir a *cognitio extra ordinem*, que, paulatinamente, substitui o sistema adotado até então (*questiones*)⁹³. Esse é o primeiro procedimento inquisitório do qual se tem notícia. Desenvolvido e decidido de ofício, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe para os delitos públicos ou de lesa-majestade, baseava-se na detenção do acusado, utilizado como meio de prova, inclusive por meio da tortura. Inicialmente, teve caráter excepcional, mas, com o passar do tempo, transformou-se na regra e ruiu a tradição acusatória⁹⁴.

O que antes era uma conquista obtida com o sacrifício da sociedade romana e uma honra disputada pelos mais nobres cidadãos, tornou-se uma “ruindade alimentada pelo ódio e pela avidez. [...] Um instrumento de justiça e uma garantia para liberdade, como foi o direito de acusar, converteu-se em meio de despotismo e opressão”⁹⁵. Foram os defeitos da atividade das partes ao acusar – as quais muitas vezes se mantinham inertes, seja em razão da mudança dos costumes e a adequação social de práticas antes tidas como criminosas, seja porque tornaram seu direito à provocação meio de tirania –, que possibilitaram o surgimento do sentimento de que o combate à delinquência não poderia permanecer nas mãos de qualquer do povo, pois sua eficácia estava comprometida. Associado a isso, o crescimento da comunidade romana, marcada por tensões cada vez mais violentas, e

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.520.

⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1957. p.314.

⁹² MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.445.

⁹³ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.114/2015, mai./jun. 2015. p.386.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.520-521.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.84.

a necessidade de regulamentar a acusação, instituindo um processo mais ágil e de formas mais elásticas, criaram a concepção de que era prescindível uma acusação formal e que o processo poderia ser promovido de ofício pela autoridade judiciária:

O exercício da acusação foi sendo limitado e onerado, inclusive cominando-se penas ao acusador que abandonasse o processo antes do final. Foram estabelecidas causas de acusação obrigatória, revogando-se o princípio da livre iniciativa do cidadão, vigente na *iudicia publica*. A pena, que anteriormente era fixada em lei e somente conferida ao magistrado a função de decidir pela sua aplicação ou não aplicação, agora é aplicada pelo julgador sopesando-se as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime (personalidade do réu, comportamento anterior e posterior ao fato etc.), dotando-o de ampla discricionariedade, inclusive permitindo-o fixar pena diversa daquela legalmente determinada⁹⁶.

Luigi Ferrajoli assinala que, após a queda do Império Romano Oriental, voltou a vigor o sistema acusatório, “confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais, evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório”, e, por fim, consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão⁹⁷. Não obstante, no século XIII, diante da ascensão da Igreja e, conseqüentemente, do Direito Canônico, conhece-se, de fato, o sistema inquisitório de processo penal, espreado para as legislações laicas de toda a Europa nos séculos seguintes, porque os soberanos viram nele uma arma poderosa para o exercício do poder (ilimitado)⁹⁸. Por isso Francesco Carrara anota ser esse “o método mais especialmente adequado aos regimes despóticos”⁹⁹.

O processo penal passa a ser fundado em denúncias anônimas e iniciado de ofício, buscando, basicamente, punir o pecador, mordermente o hege, já que fundamentado na intolerante verdade absoluta de que a humanidade foi criada na graça de Deus e dela não se poderia afastar. Aos inquisidores era dada a infalibilidade, os únicos capazes de ler e compreender as escrituras e, assim, encarregados de, a qualquer custo – eram permitidos todos os tipos de meios cruéis visando à prova máxima, a confissão –, buscar a verdade pré-concebida que detinham acerca do perigo ao dogma

⁹⁶ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.114/2015, mai./jun. 2015. p.387.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.521.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.94.

⁹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.318.

que representavam os tidos como hereges. E com a assunção do Cristianismo ao *status* de religião oficial, a questão torna-se política. As punições, antes intramuros, passam a ser legitimadas pelo Estado, permitindo a severa repressão que marcou a história por mais de cinco séculos, semelhante à mortífera e metafísica ideologia de segurança nacional inerente aos regimes autoritários e totalitários do século passado¹⁰⁰.

A característica essencial do processo inquisitório é a concentração do poder processual nas mãos de uma única pessoa, à semelhança do que ocorria em relação à concentração dos poderes de soberania, segundo o regime político absolutista¹⁰¹. Com efeito, as funções de acusar, defender e julgar são agrupadas nas mãos do juiz, que inicia, de ofício, o processo, colhe as provas e profere a decisão ao final, podendo submeter o imputado à tortura durante a instrução para obter sua confissão. O processo é escrito, não contraditório e sigiloso, podendo chegar ao extremo de não ser conhecido o sentenciante, o conteúdo da sentença e sequer o momento da execução da pena, afora nenhuma garantia ser conferida ao réu¹⁰², a não ser a consciência e a religião dos julgadores¹⁰³. De um duelo leal e franco, com igualdade de poderes e oportunidades, o sistema inquisitório transforma o processo penal, nas palavras de Aury Lopes Jr.:

[...] em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz¹⁰⁴.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.146 et seq.

¹⁰¹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.446.

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.94-95.

¹⁰³ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.321.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.144.

É no fim do século XVIII que o processo penal deixa de ter caráter inquisitivo, com o irromper do pensamento reformador do Iluminismo, que, redescobrimo os valores garantistas que inspiraram a tradição acusatória, denunciava a irracionalidade e a desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição. Com a Revolução Francesa, foi natural, logo após 1789, a tentativa de adotar-se o sistema acusatório puro, baseado no júri, na acusação pública, na oralidade e em todas as demais características antes listadas. Porém, esse tipo processual não perdurou no ambiente europeu pós-Revolução Francesa. “Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele ‘monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório’, que foi assim denominado ‘processo misto’”¹⁰⁵.

Misto¹⁰⁶, ensina Julio Maier, porque, embora no começo da Revolução tenha-se postulado o retorno ao sistema acusatório puro, como formulado pelos gregos, aperfeiçoado pela República Romana e conservado na Inglaterra, a solução que se encontrou foi um compromisso: manter certas regras da Inquisição, sobretudo a persecução penal pública e a averiguação da verdade histórica como meta do processo penal, mas fazer certas mudanças, provenientes do processo grego, as quais condicionam as duas máximas inquisitoriais (persecução penal pública e a averiguação da verdade histórica como meta do processo penal). Em síntese, de valores absolutos durante o predomínio do processo inquisitório, a persecução pública e a busca da verdade tornam-se relativas são mitigadas e têm os meios pelos quais podem ser alcançadas limitados pelas garantias e direitos fundamentais da pessoa humana¹⁰⁷.

Em termos práticos, o *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808 foi, de fato, a lei base do sistema misto¹⁰⁸. Isso porque inaugurou um modelo processual que reuniu e alternou os dois modelos anteriores. Tal qual no

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.521.

¹⁰⁶ Há autores que, além de “misto”, utilizam o termo “acusatório formal” para designar o que entendem por essa espécie de processo penal (v.g., RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.51). Incrédulo, Alberto Binder registra: “Por isso, sob esta aparente ‘mistura’ esconde-se, na realidade, uma repotenciação do modelo inquisitivo, já que desaparecem todos os interesses e o sistema judicial fica convertido em pura prática estatal e todos os interesses particulares englobados na ideia de ‘interesse geral!’” E última, sucinta e taxativamente: “O ‘acusatório formal’ é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias.” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.51).

¹⁰⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.450.

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.454; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.95.

inquisitório, nas duas primeiras fases procedimentais (investigação preliminar e instrução preparatória), permanece a predominar o segredo, a ausência de contraditório, a escritura e a concorrência das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz. No entanto, na terceira fase (julgamento), o processo passa a se desenvolver oral, pública e contraditoriamente¹⁰⁹. Entre nós, visto como um “monstro”¹¹⁰ por alguns, é tido, por outros, como o sistema que “uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”¹¹¹.

Para Jacinto Coutinho, todos os sistemas processuais penais são mistos, haja vista inexistir, hoje, sistemas puros. O que diferirá o sistema acusatório do inquisitório será como se dá a gestão da prova, considerando que uma das finalidades do processo penal é justamente reconstruir um fato pretérito tido como crime. Isto é, o núcleo fundante de cada um desses modelos processuais será a maneira como as partes e o juiz se portam frente à produção da prova, pois a divisão de tarefas, por si, é insuficiente para determinar se o sistema é de um ou de outro tipo. Assim, o princípio unificador do sistema inquisitório é o inquisitivo; do acusatório, o dispositivo. Não há, entretanto, “princípio misto”. No primeiro, o juiz concentra a gestão da prova, o acusado é mero objeto da investigação e é visto como o detentor da verdade, da qual deve dar contas ao julgador. No segundo, por sua vez, a gestão da prova está nas mãos das partes, cumprindo ao juiz decidir, exclusivamente, com base nas provas que elas trouxeram ao seu conhecimento. Logo, “misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”¹¹².

Diante disso, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”¹¹³. Posição semelhante

¹⁰⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.95-96.

¹¹⁰ Além do já citado Luigi Ferrajoli, Aury Lopes Jr., fazendo uso das lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, também alerta para os perigos do sistema misto: “O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório [...]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro.” (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.154).

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008. p.116-117.

¹¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n.30, 1998. p.165-167.

¹¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n.30, 1998. p.167.

sustenta Aury Lopes Jr. ao afirmar que o sistema brasileiro é “(neo)inquisitório”¹¹⁴, mas sem deixar de anotar que “a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório”¹¹⁵. Não sem razão essas posições. O Código de Processo abunda regras que conferem ao magistrado o poder de interferir na instrução probatória e praticar atos de ofício¹¹⁶, como se fosse o verdadeiro promotor da ação penal, em manifesta afronta ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

E não calha, por mais convincente que se pareça, o argumento posto em defesa desse “neoinquisitorialismo”, no sentido de que essa atuação poderia se dar em prol da defesa, buscando reparar uma atuação deficiente que, eventualmente, culminaria com uma condenação injusta¹¹⁷. Por coerência sistêmica, nem em prol da acusação, nem em prol da defesa deve atuar o magistrado, sob pena de tisonar, em ambos os casos, sua imparcialidade.

Se a atuação da acusação não foi suficiente para formar o convencimento do julgador, ou seja, se há dúvida, resta-lhe apenas uma saída: absolver o acusado, conseqüente do *in dubio pro reo*, e não diligenciar para a produção de provas que demonstrem a responsabilidade penal. Agora, se a atuação da parte autora foi a necessária para formar um juízo condenatório (de certeza, portanto), em detrimento de uma atuação pouco efetiva da defesa, que poderia, hipoteticamente, demonstrar contra-argumentos que permitiriam a dúvida (dúvida essa a ser derruída por quem acusa – ônus probatório da acusação), deve-se pagar esse preço pelo sistema acusatório e condenar o imputado. Como bem pontua Ferrajoli, “nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos”¹¹⁸. Esse é o gravame de, a par de separar as funções, transferir às partes a gestão da prova. Afinal, “diante do inconveniente de ter de suportar uma atividade incompleta das partes

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.163.

¹¹⁶ Não se esperava o contrário de um Código que, em sua Exposição de Motivos, anunciou que “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*” (*Vade-mécum OAB e concursos*: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.619). Pode-se arrolar, exemplificativamente, as regras do artigo 127, artigo 196 e artigo 209, sem falar no malfadado artigo 156.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.12-13.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.515.

(preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não a destruir, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz¹¹⁹.

Com isso, não se pretende ignorar que a defesa, materialmente, regra geral, em comparação à acusação, especialmente quando exercida pelo Ministério Público, é tecnicamente despreparada e, quando se pensa no serviço público de defesa judicial, desequipada. Para essa problemática, a solução não está em facultar ao juiz poderes, mesmo que suplementares e subsidiários, para determinar a produção de provas *ex officio*, todavia em, conforme escreve Aury Lopes Jr.:

[...] criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às partes que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional. Somente assim se poderá falar de processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção de justiça. [...] O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade. Trata-se de (re)pensar a questão, a partir de Dussel, da necessidade de criar um terreno fértil para que o réu tenha “condições de fala” e possa realmente ter “fala”. Ou seja, adotar uma ética libertatória no processo penal e não voltar à era da escuridão, com um juiz-inquisidor¹²⁰.

De outro lado, há autores que sustentam ser o sistema brasileiro o acusatório, em virtude de as normas constitucionais terem seguido, como dito, orientação de índole acusatória, portanto contrária às disposições do Código, de índole inquisitória¹²¹. Daí que, tendo em vista a supremacia formal e material da Constituição, suas normas deveriam prevalecer sobre as do Código, dando um caráter acusatório ao processo penal. Contudo, o nosso processo penal acusatório não é ortodoxo¹²², havendo, ainda, diver-

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.141.

¹²⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.141.

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.9-15; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.53; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.96-97.

¹²² O que, *mutatis mutandis*, Geraldo Prado vai chamar de “teoria da aparência acusatória”. Para ele, conquanto, sem dizer, a Constituição tenha se filiado ao sistema acusatório, porque assegura ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal pública e ao acusado diversas garantias, como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e a publicidade, “se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tri-

atos conferidos ao juiz que, a rigor, deveriam competir às partes, como requisitar inquéritos; ser destinatário da representação; decretar, de ofício, a prisão preventiva; determinar a produção de prova que bem quiser e entender; ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outros¹²³.

Isso só reforça a afirmação de não haver sistemas puros, mas que apenas ora apresenta mais características acusatórias, ora inquisitórias¹²⁴. O que não significa que não possa haver a predominância de um sobre o outro, especialmente quando se tem em mente o principal critério diferenciador: a gestão da prova. Seria até mesmo errôneo sustentar, hodiernamente, que há sistemas puros. Luigi Ferrajoli bem esclarece essa questão, diferenciando os sistemas teórica e historicamente, tendo em vista que as diferenças no plano teórico não coincidem, necessariamente, com as diferenças no histórico, havendo traços próprios da teoria distantes dela na história de cada sistema:

Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros¹²⁵.

Não obstante, consoante assentado no início, deve-se proceder à interpretação que amolde as disposições do Código de Processo Penal à Constituição, visando à sua concretização e, conseqüentemente, à efetivação de um sistema predominantemente acusatório, deixando de lado resquícios e ranços inquisitórios. Preservam-se as normas constitucionais, dando-lhes prevalência e força normativa, como queria Konrad Hesse.

É imperiosa uma filtragem constitucional do processo, e não o opos-

bunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.195).

¹²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.97.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.47.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.518.

to. É dizer: o referencial teórico e prático do processo penal é – ou, ao menos, deve(ria) ser – a Constituição Federal. Se a lei ordinária, que, no caso, é anterior à Carta, está em descompasso com o que dispõe a norma que está no topo, formal e materialmente, da pirâmide normativa, cabe ao julgador adaptá-la ou deixar de aplicá-la, por não ter sido recepcionada¹²⁶. A realidade, porém, demonstra o avesso. Não há como discordar que o processo penal brasileiro é predominantemente inquisitório, sobretudo se a análise é realizada desde a perspectiva proposta por Jacinto Coutinho (gestão da prova como núcleo fundante).

Entretanto, não se deve aquiescer com interpretações que olvidem o espírito da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo pretendeu – não há dúvidas – inaugurar um processo acusatório e garantidor do imputado, confirmando as diretrizes de um verdadeiro Estado Democrático e de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As formas existiram e existem tanto no sistema acusatório como no inquisitório. Sabe-se, porém, que desempenharam e desempenham funções sensivelmente distintas em um e em outro, ora a serviço de um projeto autoritário, ora a serviço de um projeto democrático. Não é à toa que pulula a doutrina e a jurisprudência que combatem o “excesso formalismo” do e no processo penal, exatamente na linha do que aspirou o nosso Código de Processo Penal¹²⁷, que, todavia, como já dito, deve ser estudado e aplicado com reservas, posto que em rota de colisão com a Constituição da República, tomada como paradigma do processo penal.

Não se trata de defender a forma pela forma, o ritualismo vazio. En-

¹²⁶ Nessa linha: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.48; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.54. De encontro, Guilherme Nucci leciona, afirmando ser o sistema brasileiro misto, que “[...] seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008. p.117).

¹²⁷ Lê-se, mais uma vez, de sua Exposição de Motivos: “As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. [...] Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito *mínimo* que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.’” (*Vade-mécum OAB e concursos*: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.617 e 622).

tretanto, deve-se atentar para a noção de que não se confundem formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma. Isto é, “existem significados que se revestem de formas processuais e que são da maior relevância”¹²⁸. No processo penal, em que o ritual é envolto por um constante e tenso jogo de poder – o poder de punir de um lado, exercido em detrimento do direito à liberdade do réu de outro –, a forma é garantia e limite. Garantia ao acusado e limite a esse poder, condicionado, que se legitima somente se respeitadas as regras do jogo processual¹²⁹, as quais prescrevem as formas a serem observadas. No entanto, só é possível assim conceber o papel da forma se a pré-compreensão de quem está procedendo ao estudo é de que o processo penal desempenha finalidade que vai além da aplicação da lei penal, funcionando também como instrumento de efetivação do sistema de garantias constitucionais de que dispõe o acusado.

No curso da história, puderam-se perceber diversas maneiras de conceber a relação do processo com a forma, desde severas e sacramentais nos procedimentos do direito romano até despojadas de qualquer vínculo no sistema inquisitório¹³⁰, senão ligadas ao aspecto moral e religioso¹³¹. Nesse último modelo, a situação era agravada ainda pelo fato de que a forma não limitava o poder político, o que possibilitou o uso do processo como instrumento perfeito para o alcance de inúmeros e variados fins, porquanto a ausência deste obstáculo permitia uma justaposição entre o sistema jurídico e o sistema político. O cenário ideal, pois, para a prática das condutas mais arbitrárias e irracionais possíveis¹³².

O sistema acusatório, contudo, quer demarcar uma ruptura com esse pensamento e representar um modelo de preservação da forma processual, sobretudo por desvincular o juiz da atividade persecutória, reservando-lhe a função de garante, equidistante, independente e imparcial, verdadeiro fiscalizador dos atos processuais. Também pretende conceber a forma dentro de um sistema adversarial de processo, como um dique à procura da verdade a qualquer preço¹³³. Por essa razão Alberto Binder vai dizer

¹²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.943.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.72.

¹³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.147.

¹³¹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.33.

¹³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.153.

¹³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.148.

que “a função das formas tem uma de suas manifestações mais claras no modo como se relaciona a atividade processual com a busca da verdade”¹³⁴. Se no modelo inquisitório a verdade almejada era uma verdade plena, real, substancial ou material, obtida pelo meio que fosse, no acusatório ambiciona-se uma verdade construída processualmente pelas partes, aproximativa à realidade, mas não a ela (ilusoriamente) correspondente. De motor da indagação, torna-se baliza do poder penal do Estado, já que a sua obtenção está rodeada de limites¹³⁵, que, se desrespeitados, a invalidam. Verdade e validade, desse modo, encerram uma relação complicada, porque “não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo”¹³⁶.

Por isso, no processo substancialista, o fim justifica os meios, quaisquer que sejam. Em contrapartida, em um processo penal acusatório e, mais, garantista, o fim de atingir a verdade é legitimado pelos meios, fundados e garantidos por amarras preestabelecidas. As garantias procedimentais passam a figurar, então, como “*garantias de verdade além de garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida [...], mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz”¹³⁷. Em vez de facilitar o abuso de poder, preferível sacrificar a ilimitada obtenção de provas para a construção do relato final do processo, atividade que, em nome da verdade, foi abusada muitas vezes pela justiça penal na história. “Daí a necessidade de prevenir o mau uso da capacidade de busca da informação e de fortalecer os limites que a memória histórica e a experiência construíram para evitar esses abusos”¹³⁸.

O juiz que não observa as formas, em síntese, é o que pretende extrair da prova produzida em juízo, operando num verdadeiro primado das hipóteses sobre os fatos, e até mesmo da lei, aquilo que já entende como resultado acertado para o caso em julgamento¹³⁹. Todavia, como já antevia Francesco Carrara, o juízo penal deve constituir-se em ato de razão presu-

¹³⁴ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.45

¹³⁵ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.54.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.62.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.498.

¹³⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.67.

¹³⁹ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A filosofia da consciência e a relativização das formas no processo penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). *Ciências criminais em debate*: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.157.

mivelmente conforme a verdade, de modo que ao legislador cabe, ulteriormente, prescrever um rito impostergável destinado aos magistrados, ao qual devem escrupulosamente ater-se. Disso decorrem duas regras:

1.^a, que o legislador trai a própria missão, quando não prescreve minuciosamente todas as diversas partes do rito por observar-se nos juízos criminais. 2.^a, que o legislador cumpre mal a sua missão quando não fortalece com sanções oportunas os preceitos que impõem a observância do rito, sanções que o torne m impreterível. Com isso produz obra inútil, especiosa e derrisória, pois, fixando um rito que pode ser violado ao arbítrio dos julgadores, **não criou uma lei, mas deu um conselho**. A lei sem sanção não é lei. **A sanção natural de todos os preceitos que constituem o procedimento é a nulidade de qualquer ato que o viole**. Um código de processo que prescreva certas formas sem decretar a anulação daquilo que se faça com infração daquelas formas é uma maliciosa mistificação, com que se quis fazer crer ao povo que se providenciava a segurança dos honestos, enquanto nada se garantia¹⁴⁰. [grifou-se]

O estatuto processual penal, em vista disso, é um verdadeiro freio ao poder judicial e serve para impedir a violência dos magistrados, tão inimiga do direito e pernicioso quanto a violência do indivíduo (freada pela autoridade civil) e a do legislador (contida pelo direito penal)¹⁴¹. A observância ao rito, às formas processuais reveste-se, portanto, não só de uma garantia de justiça, mas também de uma condição indispensável da confiança dos cidadãos na justiça¹⁴², cumprindo, com isso, seu fim político: quando observadas as formas, a confiança pública na justiça dos julgados ultrapassa a fé na sabedoria e integridade do homem que julgou – até porque pode ser que não as tenham todos –, alcançando um princípio de razão¹⁴³.

Logo, a forma desempenha papel capital e inafastável no processo penal, materializa não apenas um devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição), como também, em si, uma garantia ao acusado. É, outrossim, um limite jurisdicional e político, balizando aquilo que, em termos de procedimento, pode ser feito. Na esteira de um sistema acusatório, que não pretende esgotar o material probatório a ser recolhido e confere ao juiz maior rigidez no controle sobre os atos processuais, como o que conce-

¹⁴⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.294.

¹⁴¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.295

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.572.

¹⁴³ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.300-301.

beu a nossa Constituição, não se admite um processo penal – único instrumento por meio do qual é possível aplicar a pena, servindo à efetivação de garantias, cuja natureza é de situação jurídica e o objeto é a pretensão acusatória – que não tenha na forma sua matriz.

6 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n.30, p.163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.114/2015, p.379-412, mai./jun. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do processo penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do estado de direito. **Revista dos Tribunais**, v.798, p.461-477, abr. 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A filosofia da consciência e a relativização das formas no processo penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). **Ciências criminais em debate: perspectivas interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.139-161.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. . 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

Vade-mécum OAB e concursos: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

O CRIME DE INFANTICÍDIO E A CULPABILIDADE DA AGENTE: UMA ANÁLISE DA (DES)NECESSIDADE DE PUNIÇÃO

Caroline Giovanela Piccolli¹

Ingrid Bays²

Isadora Bays³

RESUMO: A presente pesquisa, inicialmente, visa analisar duas modalidades relacionadas ao crime de infanticídio, quais sejam: o estado puerperal (inerente ao tipo penal) e a psicose puerperal (capaz de afastar o tipo penal). No segundo momento do trabalho, pretende-se verificar a possibilidade de também haver um afastamento da culpabilidade em decorrência da inimputabilidade da gestante quando esta se encontra abarcada tão somente pelo estado puerperal. Ao fim, ainda se objetiva aferir a alternativa de aplicação de um direito penal mínimo para justificar o afastamento do tipo penal de infanticídio, havendo, conseqüentemente, a absolvição do agente, concluindo-se então, os desígnios do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Afastamento do tipo penal. Culpabilidade. Estado Puerperal. Infanticídio. Inimputabilidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Problemas da gestante no pós-parto e a ligação com o crime de infanticídio. 3 A diferença entre o estado puerperal e a psicose puerperal. 4 A inconsciência causada pelo estado puerperal como excludente da culpabilidade. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a gestante passa por diversas crises e complicações durante a gravidez e o parto. Ora, diante disso, é natural que ocorram determinadas alterações em seu estado físico e psíquico, situações em que se pode

¹ Graduanda do 9º semestre em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; Estagiária de Direito no escritório Contini, Cerbaro & Molinari Advogados Associados, sob supervisão da advogada Mônica Pedó.

² Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 96.662, com atuação especializada na área criminal e previdenciária e escritório localizado na cidade de Caxias do Sul/RS. Orientadora de Educação Profissional na empresa SENAC. Pós Graduanda em Gestão Social: Políticas Públicas, Redes e Defesa de Direitos pela instituição UNOPAR. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela instituição Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha.

³ Graduanda do 8º semestre em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; Estagiária de Direito no escritório Castaldello Advogados Associados sob supervisão da advogada Janaine Longhi Castaldello.

haver a existência de um crime de infanticídio. Desde já se faz necessário esclarecer que este resta configurado quando a mãe, sob a influência do estado puerperal, mata o próprio filho. Ocorre que, ao analisar os requisitos subjetivos do tipo penal de infanticídio que se encontram interligados com o verbo nuclear dele, geram-se diversos questionamentos acerca da real necessidade da existência e consequente punição deste.

Ainda, não há como fazer a análise do tipo penal do infanticídio sem verificar os transtornos psíquicos gerados pelo parto e/ou pela gravidez, os quais podem vir a retirar a plena capacidade da gestante de se autogerir, mesmo que em curto período de tempo. De qualquer sorte, mister se faz a busca de conceitos específicos oriundos da medicina, a fim de verificar a capacidade psíquica da gestante ao cometer o referido delito e, conseqüentemente, ser punida por tal ato, verificando, neste momento, a culpabilidade existente na gestante no cometimento do aludido crime.

Assim, com a análise da capacidade psíquica da gestante durante a prática do crime, é possível verificar a necessidade da tipificação e punição do crime de infanticídio durante a incidência de situações específicas, bem como distintos níveis de gravidade do transtorno psicológico existente. Importante ressaltar que, em não havendo capacidade mental para o cometimento do crime (o que está sendo analisado no presente trabalho), a gestante torna-se inimputável e, conseqüentemente, não poderá ser punida, uma vez que inexistente a culpabilidade da agente.

2 PROBLEMAS DA GESTANTE NO PÓS-PARTO E A LIGAÇÃO COM O CRIME DE INFANTICÍDIO

Cumprе ressaltar, de início, a existência de fases que podem ou não ter relação direta com o delito de infanticídio, sendo possível classificá-las em quatro tipos, quais sejam: tristeza puerperal, depressão pós-parto, estado puerperal e psicose puerperal. Cada um deles deverá sempre ser analisado com muita cautela, visto que é deste modo que se define se houve a caracterização de delito de infanticídio, ou, como ocorrem em alguns casos, se o crime ocorrido foi o de homicídio⁴.

⁴ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controvertidas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 269. Sobre a relação do delito de infanticídio com o crime de homicídio, importante ter uma brevíssima noção histórica. Neste sentido, sabe-se que na Idade Média não se diferenciava a figura do homicídio da figura do infanticídio, sendo certo que este era incluído entre os crimes mais severamente apenados. Somente no século XVIII a pena do infanticídio passou a ser abrandada sob o influxo das ideias dos filósofos adeptos do Direito Natural. A partir de então o infanticídio passou a constituir homicídio privilegiado (PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55).

Partindo desta base, tem-se que a tristeza puerperal é a forma mais leve dos quadros puerperais que pode atingir a parturiente e causar alguma forma de transtorno. Este sintoma é bem comum entre as gestantes e acontece por volta do primeiro mês após a gestação. Ele decorre do fato de que a gestante estava acostumada com a atenção e carinho somente para si, o que, após o nascimento da criança, deixa de existir, considerando que é natural que todos voltem suas atenções ao recém-nascido. Trata-se de um sintoma completamente involuntário e não raras vezes a parturiente acaba por não saber o motivo ou a origem do mesmo.

Ainda, a tristeza puerperal não pode, de forma alguma, ter qualquer envolvimento com o delito em questão, considerando que não causa nenhum impulso na gestante que possa ter ligação a praticar qualquer tipo de crime, visto que o sentimento causado reflete apenas uma tristeza decorrente da perda de atenção que a gestante passa a ter⁵.

A segunda fase, depressão pós-parto ou depressão puerperal, é muito confundida com o estado puerperal pela linha tênue que os envolve. A depressão pós-parto, entretanto, possui características próprias, visto que pode ter início após decorrido longo período de tempo entre o parto e as primeiras manifestações de sintomas da doença, o que não ocorre no estado puerperal, pois este último possui um período específico e taxativo. Desse modo, a depressão puerperal também não possui nenhum tipo de ligação com o infanticídio, uma vez que apenas deixa a mulher incapacitada para as tarefas do dia a dia, ou seja, ela muda seu comportamento apenas no que diz respeito a tarefas normais do cotidiano, não lhe causando transtornos característicos que a levem ao cometimento de algum delito, principalmente do infanticídio⁶.

Em relação às duas últimas fases, o estado puerperal e a psicose puerperal, será realizado, a seguir, um estudo mais aprofundado, tendo em vista que ambos estão diretamente ligados com o delito de infanticídio, mesmo que de formas diversas, pois um deles caracteriza o crime e o outro exclui o delito considerando o forte distúrbio mental pelo qual a agente está passando. Assim, ambos os transtornos devem ser caracterizados e diferenciados, para verificar se estes retiram completamente a capacidade de

⁵ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio*: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1_1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶ Ibid.

Ibid. entendimento da pessoa, inclusive para entender o caráter ilícito e determinar-se conforme o mesmo.

3 A DIFERENÇA ENTRE O ESTADO PUERPERAL E A PSICOSE PUERPERAL

O estado puerperal é caracterizado pela mudança no estado físico e psíquico da mulher em decorrência da influência hormonal que o período em questão provoca. É de ressaltar que a mulher se encontra neste estado psíquico em decorrência das dores e estresses sofridos durante o parto, além das preocupações e estresses normais pessoais, que ocorrem sem que haja alteração psíquica. Os critérios para avaliação deste sintoma são o fisiológico ou o psicológico, porém este último faz referência direta à honra, quando a parturiente comete o delito com a intenção de ocultar desonra própria, como por exemplo um filho fora do casamento⁷.

Cabe lembrar que para o Código Penal brasileiro, o que deverá ser utilizado é o sistema fisiológico, caracterizado pelo distúrbio sofrido em decorrência do estado puerperal, momento em que, no psicológico, não caracteriza o delito de infanticídio considerando que não há influência deste estado⁸. Além disso, o estado puerperal caracteriza-se pela alteração temporária de uma mulher sã, com, em primeiro momento, total entendimento do fato ocorrido seguido pela liberação de instintos que dão causa à agressão ao próprio filho. Entretanto, tendo em conta o caráter transitório e da ausência de distúrbio mental prévio da agente que sofre o estado puerperal, o exame pericial torna-se muito difícil, levando em consideração que diante do período de tempo entre o fato e a perícia os sintomas normalmente já desvaneceram⁹.

Não há um período exato de tempo para definir o estado puerperal, pois não é específico o lapso temporal em que a parturiente está sob este distúrbio psíquico¹⁰. A posição majoritária da doutrina faz relação ao momento em que a mãe volta às atividades normais do seu dia a dia. Por ou-

⁷ Tal entendimento não é pacífico na doutrina, tendo em vista que alguns autores acreditam ser a exposição ou abandono de recém-nascido uma “verdadeira espécie de infanticídio” e um “*homicídio honoris causa*, com a mesma penalidade do infanticídio, praticado sob a influência do estado puerperal”. Neste sentido: ARGACHOFF, Mauro. *O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido*. In: Boletim IBCCRIM, nº 266 (2015), p. 9-10.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114/115.

⁹ PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 871.

¹⁰ Em relação ao lapso temporal exigido para a configuração do crime de infanticídio, ver: FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. *O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 53/54.

tro lado, há quem advogue no sentido de que o estado puerperal começa no momento do parto e só termina no momento em que a parturiente retoma todas as suas atividades e se encontra livre dessa moléstia decorrente do parto¹¹.

Também, por este motivo, não pode ser confundido com a depressão pós-parto, uma vez que esta última retira da mãe a vontade e disposição para o dia a dia. Em contrapartida, o estado puerperal é o pequeno período de tempo em que a parturiente não consegue voltar as suas atividades diante das dores e complicações ocasionadas pelo parto, distinta dos motivos psicológicos. Alguns autores defendem que o período de estado puerperal é até que o organismo e estrutura materna retornem às condições pré-gravídicas, entretanto não é utilizado este entendimento na prática, levando-se em conta que tal situação é deveras variável diante de cada pessoa¹². Este período de tempo em que o organismo materno retoma sua estrutura é chamado de puerpério, que deriva dos termos *puer* (criança) e *parere* (parir)¹³. Assim, é defendido na doutrina que toda mulher que está em trabalho de parto encontra-se, também, em estado puerperal, porém não necessariamente irá cometer o delito de infanticídio. Em que pese a utilização do argumento exposto acima, o estado puerperal deve ser provado para que haja, de fato, a caracterização do aludido delito¹⁴.

Ainda em relação ao estado puerperal, é necessário avaliar o peso que este possui para a aplicação da pena à agente. Neste sentido, o legislador considerou o delito de infanticídio, para fins de sanção penal, de forma bastante semelhante ao do homicídio, principalmente por se tratar de um mesmo bem jurídico protegido, ou seja, a vida. Entretanto, levando em consideração o estado psíquico em que a mãe se encontra, bem como o perdão judicial cabível no caso de a mãe matar o próprio filho, o infanticídio possui pena mais branda comparado ao homicídio¹⁵.

Tal situação também se dá em virtude da semi-imputabilidade da agente, entretanto, o estado puerperal somente retira a capacidade da parturiente perante este entendimento, pois para os demais atos do seu dia a dia ela age de maneira completamente racional e da melhor forma que é de

¹¹ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controvertidas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 267.

¹² PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 871.

¹³ *Ibid*, p. 871.

¹⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

se esperar, porém perante este comportamento psíquico ela não consegue portar-se de acordo com o usual¹⁶. Nos casos em que não há plena certeza que a mãe cometeu o delito sob influência do estado puerperal, porém, logo após o parto e o fato se assemelha ao infanticídio, deve ser descaracterizado o homicídio e o processo deve ser baseado no infanticídio, uma vez que deve ser observado o princípio *in dubio pro reo*, em que, na dúvida, aplica-se a legislação mais branda.

Assim, é necessário avaliar, diante de cada caso e, principalmente, mediante perícia, se o puerpério ocasionado desequilibrou o psicológico materno de forma que tenha efetivamente diminuído a capacidade de entendimento e auto inibição da agente ou apenas um destes fatores. Partindo desta avaliação, é possível verificar se a parturiente encontra-se em estado puerperal ou psicose puerperal, de modo a, processualmente, tomarem-se as providências necessárias¹⁷.

Por fim, a quarta fase a ser analisada, a psicose puerperal, pode ser considerada a forma mais severa dos possíveis efeitos pós-parto, a qual retira plenamente a capacidade de entendimento da parturiente. Nesta situação de psicose, a portadora tende a sofrer alucinações auditivas, visuais, agitações, ideias delirantes e até mesmo paranoias. Esta modalidade de psicose assemelha-se as demais psicoses desencadeadas pelo parto.

Ora, na psicose puerperal, além de não poder imputar o crime à mãe, há que atribuir uma intervenção hospitalar tendo em conta os transtornos psicóticos decorrentes da aludida psicose. Alguns países defendem a hipótese que a parturiente necessita mais de tratamento e reabilitação do que punição legal, levando-se em conta que alteram plenamente sua capacidade. Apesar de passageira, essa alteração pode causar problemas posteriores e traumas psicológicos¹⁸.

Ademais, por esse estado ser mais grave do que o anteriormente analisado, será manifestado a partir de reações esquizofrênicas, alucinações e até delírios, atingindo, desta forma, a puérpera de forma intensa, incidindo sobre sua capacidade de entendimento. Há autores que advogam no sentido de que o ambiente no qual a gestante viva, ou até mesmo os moldes nos quais viveu a gestação podem influenciar para o risco de

¹⁶ Ibid, p. 103.

¹⁷ FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. *O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 53/54.

¹⁸ PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 865/866.

ocorrência da psicose puerperal, sendo este menor no caso de a parturiente viver em um ambiente tranquilo e sem conflitos familiares¹⁹.

O delito cometido sob influência da psicose puerperal causa bastante repugna social, considerando que diante do estado psíquico da mulher, o crime tende a ser cometido por meios violentos e até mesmo cruéis. Assim, não é aceito de forma positiva perante a sociedade que, sem ter conhecimento do fato, pugna pela punição e esquece de considerar a doença mental da agente ativa²⁰.

Deve considerar-se que, na hipótese de o puerpério manifestar-se através de neurose aguda, irritabilidade, ansiedade ou inquietação, não há caracterização de psicose puerperal, visto que a agente possui plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato. Desta forma, em decorrência destes sintomas não há o que se falar em afastamento da culpabilidade e, por consequência, da imputabilidade da gestante. Ocorre que, algumas psicoses puerperais já estavam presentes na parturiente, porém não haviam se manifestado, assim, elas se afluam agravadas em decorrência do puerpério. Diante desta hipótese, não incide a regra do artigo 123 do Código Penal, restando desclassificado o crime de infanticídio, pois ela não está sob influência do estado puerperal, elemento elementar do tipo, mas sim sob o efeito da psicose puerperal. Acontece que estará classificado, neste caso, o homicídio, porém sob a incidência do artigo 26 do Código Penal²¹, em face da sua incapacidade de entendimento e autodeterminação.

Há, também, a possibilidade de a mãe não perder inteiramente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo e, nesta hipótese, incidirá o parágrafo único do artigo 26 do supracitado diploma legal, o qual é caracterizado pela perturbação da saúde mental e será explicado no capítulo subsequente²².

¹⁹ Ibid, p. 866/867.

²⁰ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose*. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²¹ Dispõe o artigo 26 do Código Penal e seu parágrafo único: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015).

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

4 A INCONSCIÊNCIA CAUSADA PELO ESTADO PUERPERAL COMO EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

O reconhecimento da culpabilidade é de suma relevância, pois apenas quando o agente é considerado culpável ocorre a aplicação da sanção penal. Em relação à forma de interpretação da culpabilidade perante o Código Penal brasileiro, sabe-se que esta deverá ser realizada a partir das causas que afastam a imputabilidade, previstas nos artigos 26 e 28 do Código Penal.

Para a doutrina, o juízo de reprovação de culpabilidade tem por objeto a realização sem motivos de um tipo penal e por fundamento três elementos, quais sejam: a imputabilidade, que seria o conjunto de mínimas condições pessoais que instruem o agente a saber o que faz, podendo em algumas hipóteses ser excluída ou reduzida nos casos de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, bem como a consciência da ilicitude, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, efetivamente o que faz e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, que é a normalidade das circunstâncias do fato e a indicação de que o autor tinha o poder de não fazer e ainda assim o fez²³.

Sobre a inimputabilidade, esta será reconhecida se constatado que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado o agente era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme se depreende do artigo 26, *caput*, do Código Penal. Completados estes requisitos, será atribuído ao agente que realizou o fato delituoso uma medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria. Ainda, no referido artigo, no parágrafo único, tem-se a possibilidade de reconhecimento da semi-imputabilidade do agente quando este era parcialmente incapaz de conhecer o caráter ilícito dos fatos ou determinar-se de acordo com esse entendimento²⁴.

A doença mental ao que se refere o artigo 26 do Código Penal diz respeito a qualquer perturbação mental ou psíquica que afete a capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta e a de agir conforme este entendimento. Portanto, considerando que a psicose puerperal retira completamente a capacidade do agente, não há o que se considerar imputável a mãe que comete este fato. Porém, perante o entendimento exposto, tendo em conta que o estado puerperal também altera a capacidade psíquica

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: ICPC, 2008, p. 281/282.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 313/314.

da parturiente, em que pese não seja possível estabelecer o instante exato que a mãe se encontra nessa situação e o momento exato em que ocorre a morte da criança, seria plenamente possível utilizar o artigo 26 do Código Penal diante desta situação.

Assim, também há o que se dizer que, a doença mental que se refere o mesmo diploma legal, pode ser permanente ou passageira, o que aumenta ainda mais a possibilidade de incidir sobre o estado puerperal e não somente sobre o estado de psicose puerperal.

Além disso, diante dos motivos citados anteriormente que justificam a pena menor do infanticídio em relação ao homicídio, a mãe deveria ser considerada inimputável, também por ser uma situação benéfica à ré que já está abalada pelo fato. Se considerarmos que não há precisão exata no momento em que ela estava sob distúrbio psíquico e o momento preciso em que ocorreu a pausa das funções eletro-encefálicas da criança, pode ser levada a consideração da norma mais benéfica, fazendo-a assim, não ser culpada pelo fato a que um distúrbio de personalidade deu causa²⁵.

Acontece que, no crime de infanticídio, o estado que a mãe se encontra só poderá ser constatado por laudo médico-legal, sendo esta a única maneira de definir qual o nível de psicose que a parturiente estava na hora da prática do fato delituoso. Entretanto, é fácil achar em pesquisas sobre o tema que os peritos nada conseguiram apurar que fosse capaz de lhes afirmar que a agente se encontrava no estado puerperal, limitando-se, desta forma, a fazer meras observações sobre a situação da mesma²⁶.

Ressalta-se, já de início, que meras observações não possuem o condão de condenar um indivíduo, sendo necessárias provas concretas para tanto. Ademais, Ribeiro, em meados dos anos sessenta, quando pesquisou sobre o tema, lecionou que: “em mais de vinte anos de execução do código penal vigente não se conhece até hoje um único caso, em que o perito tives-

²⁵ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio*: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁶ Conforme Ribeiro nos traz, o ministro Francisco Campos, ao tratar do delito de infanticídio, relatou, em relação a averiguação deste, que: “o infanticídio é considerado um *delictum exceptum*, quando praticado pela parturiente, sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarreta sempre uma perturbação psíquica; é preciso que fique averiguado ter está realmente sobrevivendo, em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade do entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio”. RIBEIRO, Leonídio. *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 81.

se podido concluir pela comprovada existência de qualquer distúrbio mental consequente de puerpério”, afirmando, por fim, que mesmo se tivesse sido apurado, não seria possível considerar como um fato criminoso em decorrência de se tratar de pessoa inimputável²⁷.

Ademais, outra questão pertinente envolvendo o laudo médico-legal, é o lapso temporal com que este é produzido, pois a demora da realização do mesmo pode fazer com que haja a recuperação do estado físico-clínico da parturiente, inviabilizando a constatação de que o crime tenha sido praticado pela própria mãe e, ainda, a verificação se esta estava ou não sob influência do estado puerperal²⁸.

Cabe ressaltar que o crime de infanticídio teve a sua maior exploração realizada em um período em que o direito penal possuía uma teoria geral do delito diferente da que hoje é analisada, em decorrência das alterações de teorias relativas à culpabilidade. Neste sentido, explica-se que a primeira é a teoria psicológica, que traz apenas a ideia de ligação psíquica entre o agente e o fato típico²⁹. Por ser limitada, dispõe a ideia de dolo e culpa como suas espécies de culpabilidade³⁰, sendo o dolo quando houvesse a previsibilidade e a voluntariedade do fato típico e culpa quando houvesse a previsibilidade sem a voluntariedade, ou seja, uma negligência³¹. Todavia, esta foi afastada, pois não conseguia abranger, por exemplo, os crimes culposos inconscientes, onde não há uma relação psíquica do autor com o fato típico, visto que este não o prevê e tampouco o quer. Também foi posta em desuso por conta de não conseguir explicar a imprudência, a

²⁷ RIBEIRO, Leonídio. *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 81.

²⁸ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controversas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 272. Ainda, verifica-se desde já a necessidade da perícia médica realizada com certa antecedência no decurso do processo, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO-CRIME. JÚRI. RECURSO DA DEFESA. RAZÕES: NULIDADE DO JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. A Defesa sustenta que é imprescindível a avaliação de especialistas para aferir se a ré estava sob efeito de estado puerperal, a fim de que os jurados tenham pleno conhecimento de todas as circunstâncias que nortearam os fatos. Descabimento. Inexistência, nos autos, de qualquer pedido da defesa para que a ré C. K. fosse submetida à perícia médica, na época cabível, não prosperando a alegação tardia de que incumbia ao Magistrado tal determinação de ofício. Não havendo indícios de estado puerperal, dada a ausência de perturbação psicológica na acusada, a autora respondeu por homicídio e não por infanticídio, não se exigindo do Magistrado a determinação, de ofício, de perícia para averiguar estado psíquico não existente. Ausente, no presente caso, hipótese de nulidade posterior à pronúncia ou de sentença contrária à lei ou à decisão dos jurados. A decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que condenou as apelantes encontra amparo na prova, sendo inviável a renovação do julgamento. (...) (Apelação Crime Nº 70036939452, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 23/08/2012)”.

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

³⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

³¹ Op. Cit., p. 219.

qual somente poderia ser um fato normativo – infringir a norma de cuidado – e não psicológico³².

Em um segundo momento, se passou para a teoria psicológica-normativa, sendo que esta afasta a ideia inicial de culpabilidade levando em conta apenas o dolo, pois o agente poderia usar-se deste para fins lícitos, como o estado de necessidade. Assim sendo, na teoria psicológico-normativa, deveria haver o caráter de reprovação da conduta praticada pelo agente, ou seja, para haver a culpabilidade, este poderia agir de maneira diversa da qual optou³³. Agora, dolo e culpa serão apenas elementos psíquicos da culpabilidade³⁴, bem como a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade (há a compreensão do fato e pode-se estagnar a sua vontade de praticar ato ilícito)³⁵.

Por fim, na teoria normativa pura, abandona-se o dolo e culpa como elemento subjetivo da culpabilidade, transferindo-os para o fato típico, fazendo assim uma concepção apenas normativa, elencando as circunstâncias que irão direcionar a culpabilidade³⁶. O dolo é um elemento característico da ação humana e não da culpabilidade, é a intencionalidade de praticar um ato, assim como o finalismo, é a direção a um fim³⁷. A culpabilidade é um juízo valorativo, que tem por objeto a ação criminosa, onde está situado o subjetivo – dolo – que determinará a existência ou não de um crime³⁸. Portanto, para esta teoria, culpabilidade divide-se em três elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito, que foram anteriormente analisadas³⁹.

5 CONCLUSÃO

Em um primeiro momento foi necessária a verificação daqueles problemas ocorrentes com a gestante no pós-parto e a sua ligação com o crime de infanticídio. Tais fases são classificadas em tristeza puerperal, depressão pós-parto, estado puerperal e psicose puerperal. A primeira é a mais branda delas e a última a mais grave, em uma escala crescente, sendo que

³² CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

³³ TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 259.

³⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

³⁶ CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

³⁷ Op. Cit., p. 226/227.

³⁸ Ibid, p. 230.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Direito penal: Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

a penúltima caracteriza o crime e a outra exclui o delito. Realizou-se, portanto, uma análise acerca das características exclusivas acerca do estado puerperal e da psicose puerperal, a fim de atingir determinada compreensão quanto ao momento aproximado em que poderia ser reconhecida qualquer uma das fases.

Não obstante, destacou-se o fato de que a perícia adequada para aferir o grau em que se encontrava a gestante é imprescindível, porém podem apresentar resultados diversos em função da decorrência do lapso temporal entre o estado puerperal e a realização do exame. A análise quanto a culpabilidade veio à tona para que se pudesse admitir, sem receios, a impossibilidade de considerar a agente que se encontra em estado puerperal como imputável perante a lei penal.

Por fim, resta absolutamente esclarecido que as situações que permeiam a gestante e o estado puerperal que lhe atinge não deveriam permitir a possibilidade de uma condenação na esfera penal, fazendo com que fosse inevitável lembrar de detalhes que aconteceram em um momento na qual a agente estava com seu estado psíquico alterado e sem contar que, na maioria das vezes, é a própria agente que enfrenta as consequências de seu ato. É o momento em que ocorre a aplicação de um direito penal mínimo, para que a máxima de que o direito penal é a *ultima ratio* seja devidamente executada.

6 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARGACHOFF, Mauro. **O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido**. In: Boletim IBCCRIM, nº 266 (2015), p. 9-10.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. **O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 49-61.

PABLO BONNET, Emilio Federico. **Estado puerperal**. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (1936-2010), p. 861-877.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Leonidio. **O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil**. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 79-83.

RONCHI, Joyce. **A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio**: um estudo acerca da (in) imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: ICPC, 2008.

SOUZA, Carlos Magno de. **O puerpério e suas controvertidas definições**. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 265-274.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL