



Ensaio 
sobre
Democracia
e
Liberdade

Paulo César Batista Nunes da Cunha
Ricardo Souza Pereira
(Orgs.)





O presente livro trata da reunião de trabalhos acadêmicos submetidos ao I Congresso Direito e Democracia do MS, que foi pautado pelo Direito Penal, Processual Penal e Criminologia, e selecionados pelo Conselho Editorial do Instituto Direito, Democracia e Cultura. Nos tempos em que o interesse sobre esses temas aumenta a cada dia, seja no noticiário seja em conversas cotidianas, é papel das instituições oportunizar espaço para que todos os integrantes participem e se manifestem fundamentada e racionalmente. Assim, pautada na defesa da democracia e da liberdade, a pluralidade deste trabalho se revela tanto em relação aos temas quanto às diferentes abordagens e metodologias adotadas. Em alguns momentos, somos conduzidos a aspectos técnicos do processo penal, como o uso de provas ilícitas, medidas cautelares, audiência de custódia, instrução de provas no tribunal do júri, prisão domiciliar, meios autocompositivos de resolução de conflitos, nulidades, medidas protetivas. Por outro lado, explicitam-se visões críticas sobre falhas cognitivas no sistema acusatório brasileiro, dificuldade de reconhecimento da *reformatio in pejus*, tensão entre meios de comunicação social e imparcialidade judicial, criminologia midiática, violência de gênero em aldeias indígenas. Assim, é com muito orgulho que apresentamos esta obra e esperamos que sirva para refletirmos sobre a importância dos institutos e dos atores do Direito. É preciso que tenhamos coragem e energia para nos colocar em constante movimento, aprimorando diariamente o funcionamento do sistema de justiça, através de análises racionais e subsidiadas em teoria e prática.



**Instituto
Direito,
Democracia e
Cultura**



Ensaio sobre Democracia e Liberdade

Ensaaios sobre Democracia e Liberdade

Organizadores:

Paulo César Batista Nunes da Cunha
Ricardo Souza Pereira



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CUNHA, Paulo César Batista Nunes da; PEREIRA, Ricardo Souza (Orgs.)

Ensaio sobre Democracia e Liberdade [recurso eletrônico] / Paulo César Batista Nunes da Cunha; Ricardo Souza Pereira (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

213 p.

ISBN - 978-85-5696-742-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Democracia; 3. Liberdade; 4. Ensaio; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

1.....	9
O sistema de danos processuais: As Falhas Cognitivas e a Atuação Judicial	
Acir dos Santos da Costa	
2.....	28
Meios autocompositivos de resolução de conflitos e o processo penal brasileiro	
Wellington Henrique Rocha de Lima	
3.....	40
O antagonismo da relativização de nulidades no processo penal com o Estado Democrático de Direito	
Eduardo Correia Pracz; Wellington Henrique Rocha de Lima	
4.....	51
As provas ilícitas apreciadas em benefício do réu	
Guilherme José Meloto; Yhan Felipe Barbosa Chaves; Juliana Medina de Aragão	
5.....	64
A miopia dos Tribunais e a subversão da vedação à reforma para pior	
Laiana Sant'Ana Ribeiro	
6.....	78
A audiência de custódia como instrumento de garantia de legalidade da prisão provisória	
Vinícius César Rodrigues Freitas; Rejane Alves de Arruda	
7.....	97
Respeito ao contraditório na produção probatória no tribunal do júri	
Paulo César Batista Nunes da Cunha	
8.....	111
Imparcialidade judicial e meios de comunicação social	
Herivelton Rezende de Figueiredo	

9.....	126
O medo como forma de seletividade penal: os fundamentos da criminologia midiática	
Luísa de Holanda Arruda Souza; Gustavo de Souza Preussler	
10.....	142
Aspectos técnicos da concessão de fiança pelo delegado de polícia	
Guilherme Carvalho Rocha	
11.....	155
A revogação das medidas protetivas e a sua repercussão social e jurídica	
Marielle Lopes Maldonado; José Manfroi; Ricardo Souza Pereira	
12.....	180
A prisão domiciliar como instrumento de consagração do artigo 5º, L, da Constituição Federal	
Luana Rodrigues Meneses de Sá	
13.....	198
Mulheres indígenas em situação de violência e a aplicação da Lei Maria da Penha no Mato Grosso do Sul	
Priscila de Santana Anzoategui	

O sistema de danos processuais: As Falhas Cognitivas e a Atuação Judicial

*Acir dos Santos da Costa*¹

Introdução

O corrente trabalho destina-se à análise da atuação judicial no contexto da sistemática processual penal brasileira, especialmente no que se refere à atividade probatória dos atores processuais, considerando-se, para tanto, o princípio instituidor do processo penal pátrio e sua correlação com os mandamentos constitucionais, notadamente sua (in)compatibilidade com o regime político instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Inicialmente os sistemas processuais penais eram compreendidos como acusatórios ou inquisitórios, possuindo, desse modo, características distintas, porém, a depender especialmente do regime de cada governo, referidos sistemas sofreram alterações e passaram a comportar, sincronicamente, características idênticas, originando-se o intitulado sistema misto. Em vista disso, procurou-se examinar o tratamento dispensado à atividade probatória em conexão com a atribuição judicial e sua condição no tocante a identificação do núcleo fundante dos sistemas processuais penais.

¹ Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público. Pós-Graduado em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito/IBMEC (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2016). Estudante.

Nesse sentido, procura-se, a partir da identificação do princípio fundante dos sistemas processuais e a análise da função do julgador em relação à atividade probatória em cada sistemática, examinar a existência de possíveis prejuízos ao processo penal, a depender do modelo adotado. Por esse ângulo, qual a função do juiz no processo penal? Em relação à atividade probatória, sua atuação deverá ser ativa ou equidistante, como garantidor? Quais são as consequências conforme cada modelo de atuação?

A importância do tema decorre diretamente da possibilidade de existência de danos ao desenvolvimento do processo penal, nomeadamente quanto à validade da instrução processual, imparcialidade judicial, originalidade e qualidade cognitiva do julgador.

À vista da responsabilidade do juízo, sua competência decisória, como incumbido para aplicação regrada do poder punitivo estatal, bem como a relevância, nestes termos, da formação do conjunto probatório, quer com fim absolutório ou pretensão condenatória, imprescindível observar-se o impacto qualitativo à composição cognitiva do julgador proporcionada por cada modelo processual.

Assim sendo, a pesquisa busca compreender a temática supramencionada valendo-se do método dedutivo, verificando-se, a princípio, aspectos gerais, projetando o exame de eventos singulares, com o intuito de atingir uma resolução cientificamente válida.

Ainda, em relação à técnica de pesquisa, será utilizado o procedimento de revisão bibliográfica, por intermédio do estudo de Obras, Artigos Científicos e Legislação.

O trabalho divide-se em dois segmentos. Inicialmente a análise recairá sobre o papel do juiz nos sistemas processuais, especialmente em relação à atuação do julgador no processo penal pátrio, a identificação deste sistema e a dimensão da atividade probatória nesse contexto. Seguidamente, a pesquisa orienta-se ao diagnóstico das implicações decorrentes da adoção de cada modelo, assim como a verificação de possíveis danos ao processo a depender do modelo adotado e seu princípio fundante.

1 O juiz e o processo penal (inquisitório) brasileiro

Os sistemas processuais penais, historicamente,² podem ser fracionados em acusatório e inquisitório, os quais alternaram em tempo e espaço, a depender da conjuntura político-criminal adotada. Assim, “Os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época” (LOPES JR., 2016, p. 143).

Por conseguinte, características que até certo momento pertenciam a determinado sistema foram inseridas em sistema divergente,³ instituindo, desse modo, o nomeado sistema misto, de sorte que, “Na verdade, tem-se afirmado que, na “moderna” fase do processo penal se identificam três sistemas processuais: o inquisitivo, o misto e o acusatório” (AMBOS; LIMA, 2009, p. 44).

Sem embargo, deve-se rejeitar mencionado posicionamento, uma vez que, somente a partir da identificação do núcleo fundante do sistema processual torna-se possível determinar a matriz adotada, declarando-se tão somente como fundado pelo princípio inquisitivo ou princípio dispositivo (acusatório).

A simples combinação entre sistemas distintos por meio da reunião de propriedades históricas a cada qual pertencentes não encerra a possibilidade de constituir-se um terceiro sistema.⁴ Assim sendo,

² No tocante à descrição histórica dos sistemas processuais, ver, dentre outros, Carvalho (2015, p. 133-169) e Khaled Jr. (p. 29-134).

³ Em relação às características pertencentes ao sistema acusatório, destaca-se: “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição” (LOPES JR., 2016, p. 147). Quanto ao sistema inquisitório, em síntese, evidencia-se: “O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório um “desamor” total pelo contraditório” (LOPES JR., 2016, p. 152).

⁴ Quanto à definição do sistema misto: “O sistema misto, para muitos, se caracteriza por ter uma fase preparatória marcadamente inquisitiva e, posteriormente, uma fase judicial contraditória, tendo elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor grau, conforme o país ou legislação que o adota. Trata-se de uma mistura dos dois sistemas

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (LOPES JR., 2016, p. 144).

Uma vez demonstrada a relevância da identificação do princípio unificador de cada modelo a ser analisado como condição de possibilidade para sua adequada definição, busca-se, desde esse momento, verificar o núcleo fundante dos sistemas processuais a fim de especificar o núcleo unificador do processo penal brasileiro.

Nesse seguimento, guardando como uma de suas finalidades, o processo é meio adequado à reconstrução dos fatos históricos, “[...] de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores[...]” (LOPES JR., 2016, p. 166). Desse modo, consoante comprovou-se, os sistemas processuais penais são orientados por intermédio do: “a) Princípio dispositivo: funda o sistema acusatório; a gestão da prova está na mão das partes (juiz-espectador). b) Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator [inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório” (LOPES JR., 2016, p. 166-167).

Assim sendo, “Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras – mas principalmente – o acerto de um *caso penal* após a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, é a *gestão da prova* e a forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador” (COUTINHO, 2018, p. 262-263, grifo do autor).

Consequentemente, constata-se que somente faz-se possível definir um sistema processual como acusatório, ou seja, fundado sobre o princípio

anteriores” (AMBOS; LIMA, 2009, p. 48). Ainda, “Nessa linha, o critério definidor de um sistema ou outro seria a “separação das funções de acusar e julgar”, presente apenas no modelo acusatório” (LOPES JR., 2016, p. 159).

dispositivo, se a produção probatória encontrar-se incumbida às partes. Em contrapartida, oportunizando-se ao juiz a possibilidade de produzir provas, o sistema aplicado compreenderá o princípio inquisitivo.

Sob outra perspectiva, em relação ao sistema processual penal brasileiro, destaca-se abordagem divergente, sinalizando que, “Na verdade, estamos evoluindo para um sistema acusatório, mas não na forma pura ou clássica, e sim conservando traços inquisitivos (a parte considerada boa do sistema inquisitivo)” (AMBOS; LIMA, 2009, p. 79). Precisamente, “Por isso não é mais possível conceber, nos dias atuais, um juiz que seja espectador totalmente passivo diante da atividade das partes, principalmente na justiça criminal, em que as desigualdades sociais se refletem dolorosamente no processo” (GOMES FILHO, 2008, p. 259). Contudo, não se compactua com os referidos posicionamentos.

Percebe-se inadequado, portanto, valer-se de fundamentos (características) diversos para analisar, ou mesmo pretender determinar, o modelo adotado por dado sistema processual penal, posto que, “É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema – embora insustentável – tornar-se acusatório” (COUTINHO, 2018, p. 263).

Ao orientar-se à avaliação do sistema brasileiro legalmente vigente, distingue-se inúmeras disposições, como o art. 156, I e II, que possibilitam ao juiz, de ofício, ordenar produção probatória, bem como o art. 209, ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Justifica-se, assim, asseverar a inquisitorialidade da sistemática em comento, uma vez que, “Nesta esteira, o *sistema processual penal brasileiro* é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio *unificador* é o inquisitivo, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo” (COUTINHO, 2018, p. 265).

De outro modo, pautando-se pelos mandamentos inculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível depreender-se conjuntura distinta da pautada pelo Código de Processo Penal. Nesse sentido,

Afinal, uma estrutura verdadeiramente democrática e acusatória comporta uma atividade proativa do juiz no sentido de perseguição da verdade correspondente? Parece-nos que essa atividade invariavelmente compromete a imparcialidade exigível à magistratura na configuração acusatória imposta pelo critério da democraticidade, que a nosso ver absolutamente exige que a gestão da prova pertença exclusivamente às partes. (KHALED JUNIOR, 2016, p.154).

Constituindo-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), resta evidente, em matéria processual, o modelo a ser adotado, notadamente o núcleo fundante, de modo que, “Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático” (MARTINS, 2013, p. 73). Além do que, “Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório” (MARTINS, 2013, p. 73).

Por consequência, “Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege” (MARTINS, 2013, p. 73). Assim, “Quiçá um dia, se tenha respeitado o modelo adotado na Constituição Federal de 1988, consagrando-se um sistema acusatório digno, que tenha como norte a higidez da *imparcialidade* do julgador, refutando-se qualquer prática que possa colocá-la em xeque” (RITTER, 2016, p. 48). Destarte, “A diretriz será ler o dispositivo do processo penal pelo viés constitucional” (ROSA, 2018, p. 46).

Identificado o núcleo fundante dos sistemas processuais e, em consequência, reconhecido o caráter inquisitório do processo penal brasileiro, pois fundado pelo princípio inquisitivo, nada obstante a Constituição Federal defina o princípio dispositivo como norte, questiona-se, quais são os efeitos (prejuízos) da adoção deste ou daquele princípio? Qual a validade em adotar-se o modelo processual democrático em relação ao ideal de justiça constitucionalmente orientado, isto é, observando garantias processuais, e individuais?

2 O sistema processual democrático e a redução de danos

Conforme depreende-se do exame dos sistemas processuais, o juiz, a partir de sua posição, tem função vital no processo, constituindo-se como elemento determinante à efetivação de cada modelo. Desse modo,

A possibilidade de julgar, detendo poderes de definir os rumos da vida dos outros, de famílias inteiras, de grandes conglomerados empresariais, de todos os tipos de liberdade, do gênero ou do sexo de alguém, e até de vida ou morte, reais ou simbólicas, torna central a figura do julgador no Direito.

Por outro lado, a centralidade do fenômeno da decisão judicial no Direito, a partir da concepção contratualista, faz com que a investigação das implicações subjetivas da decisão seja uma das grandes tarefas da filosofia do Direito e da teoria da decisão judicial que necessariamente daí se desdobra. (FERRAREZE FILHO, 2018, p. 79).

Desse ponto, portanto, a imprescindibilidade em referir-se à imparcialidade judicial, decorrente lógico da adoção de um modelo democrático, a partir da análise das implicações subjetivas em relação à decisão judicial, notadamente em relação aos fatores psicológicos nos julgamentos e fatores presentes na tomada de decisão. “Passa a ser necessário, portanto, conhecer esses outros saberes que atravessam a subjetividade do jogar e do julgar” (FERRAREZE FILHO, 2018, p. 79).

Primeiramente, em relação à imparcialidade judicial, cumpre esclarecer determinados quesitos, compreendidos como fatores de viabilidade à análise da temática proposta. Nesse sentido, ao referir-se à imparcialidade, esta não deve ser confundida com neutralidade, de sorte que,

Es en efecto mucho más realista partir de que todo juez es un ser humano con sus convicciones, sentimientos y creencias, y que no puede operar como una suerte de máquina de administrar justicia desprovista de emociones y que, por tanto, no existe un pronunciamiento judicial que sea objetivo en términos absolutos. El ordenamiento jurídico parte de la realidad de que la personalidad del juez está marcada por múltiples factores, por más distanciamiento emocional que mantenga con el asunto que es llamado a decidir, y no obstante la

ausencia de un interés concreto en el resultado del proceso. Son los denominados elementos estructurales de la personalidad, también llamados elementos subjetivo-personales o condicionamientos sociales e ideológicos. (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 516).

Precisamente, não deve-se admitir, notadamente em termos cognitivos, o ideal de absoluta objetividade judicial para julgamento de cada caso lançado à sua atribuição, longe disso, “[...] é necessário o reconhecimento da subjetividade justamente para que se percebam as armadilhas em que ela pode incorrer; como constatou Coutinho, a negação desses espaços de subjetividade é simplesmente desastrosa” (KHALED JUNIOR, 2016, p. 460).

Outrossim, “O juiz inevitavelmente irá interpretar, seja intencionalmente ou não. Ele deve estar consciente disso, para que possa exercer um mínimo de controle sobre sua própria subjetividade” (KHALED JUNIOR, 2016, p. 483). Para mais,

La garantía de la imparcialidade no persigue cuestionar en cada caso la capacidad de jueces y magistrados para mantener un distanciamiento emocional de los asuntos que son llamados a decidir; ni tampoco poner en duda su sometimiento estricto a la ley y su voluntad de aplicar la ley en términos de igualdad. En otras palabras, no se trata, com las medidas de garantía de la imparcialidad, de hacer un juicio moral implícito sobre la persona del juez. (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 504).

Do mesmo modo, assumido o espaço subjetivo inerente ao julgador como ser humano, portanto, dotado de memória, cuida-se em moderar os espaços discricionários presentes no processo, com o intuito de, em termos factíveis, desviar-se de armadilhas cognitivas. Assim, “En otras palabras, mientras más amplio es el ámbito de discrecionalidad judicial, mayor es el riesgo de que en la decisión del juez influyan elementos externos a favor o en contra de alguna de las partes” (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 515).

Entendido que, “[...] el hecho de que el juez sea consciente o no de su tendencia o predisposición a favorecer a una de las partes no es decisivo para que se aprecie una actuación parcial” (BACHMAIER WINTER, 2018,

p. 511), não se pode, por outro lado, reputar como válida afirmação de que não houve prejuízo, isto é, posto que ponderar sobre o ânimo do julgador, seus pré-juízos, mostra-se improdutivo, pretende-se, como meio, delimitar seu espaço de agir.

Nessa senda, “[...] ele deve ter o necessário distanciamento em relação à produção de provas, para poder valorá-las, mas deve também zelar pela regularidade de sua produção” (KHALED JUNIOR, 2016, p. 481). Como julgador, portanto, incumbe-se da atribuição de garantidor das regras do jogo processual, não atuando como jogador, de forma que, “Ao juiz não cabe produzir prova alguma, pois ele não deve pecar pela excessiva confiança em si mesmo, o que contraria a postura receptiva de constante revisão de hipóteses que cabe a ele” (KHALED JUNIOR, 2016, p. 481). Seguindo lógica diversa, nota-se,

Ahora bien, si la pregunta es si, al conferir mayores poderes de intervención pueden surgir más situaciones en las que el juez llegue a transgredir los límites de su función o a mostrar sus prejuicios, la respuesta es clara: a más oportunidades de intervenir también más oportunidades de que mediante esa intervención pueda verse afectada la imagen de imparcialidad. Pero, ese no es un motivo suficiente para relegar al tribunal a una posición de mudo espectador. Sería como afirmar que el sujeto que más habla más se equivoca, y por ello condenar al silencio a todo sujeto, en este caso, a todo juez. (BACHMAIER WINTER, 2018, p. 527-528).

Apesar disso, não subscreve-se mencionado entendimento, pois, ainda que a disposição fundada no ordenamento jurídico brasileiro possua núcleo inquisitivo, por meio do Código de Processo Penal, permitindo, por exemplo, que o juiz atue de ofício requerendo a produção de provas, a Constituição Federal, por sua vez, legitima o modelo democrático, no qual, “[...] partindo-se da concepção de um princípio dispositivo (que coloca a gestão da prova nas mãos das partes – acusador público e acusado), descabe falar em produção probatória pelo magistrado” (FAYET; POLL, 2018, p. 656.).

Por esse ângulo, “Em suma, quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório,

representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador” (PRADO, 2001 *apud* MARTINS, 2013, p. 7-8).

Logo, se ao juiz é oportunizado a produção probatória (prática, como demonstrado, típica de um sistema inquisitório), não obstante colocações em sentido diverso, no sentido de que não implicaria em violação ao sistema acusatório (democrático), entendimento do qual discorda-se, constata-se a intensificação de danos à qualidade da instrução processual, notadamente quanto ao julgador. Nessa lógica, substancial as orientações viabilizadas por parte da Psicologia Cognitiva.⁵

A princípio, pertinente sublinhar, com referência aos processos cognitivos, especialmente em relação aos julgamentos e tomada de decisão, a fragmentação entre sistemas divergentes, de modo que, segundo Kahneman (2012, p. 29), “O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”, sob outra perspectiva, “O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração” (KAHNEMAN, 2012, p. 29). À vista dessa compreensão, distingue-se que,

O Sistema 1 e o Sistema 2 são tão centrais à história que conto neste livro que devo deixar absolutamente claro que se tratam de personagens fictícios. Sistemas 1 e 2 não são sistemas no sentido clássico de entidades com aspectos ou partes que interagem. E não há nenhuma parte do cérebro que um ou outro sistema chamaria de lar. [...] Qual a finalidade de introduzir personagens fictícios com nomes horríveis num livro sério? A resposta é que os personagens são úteis devido a determinadas peculiaridades de nossas mentes, a sua e a minha. Uma sentença é compreendida mais facilmente se descreve o que um agente (o Sistema 2) faz do que se descreve o que determinada coisa é, quais propriedades ela tem. Em outras palavras, o “Sistema 2” é um sujeito melhor para uma sentença do que a expressão “aritmética mental”. (KAHNEMAN, 2012, p. 40).

⁵ Adota-se como referência teórica para realização da presente pesquisa, em relação à Psicologia Cognitiva, os preceitos firmados por Kahneman (2012).

Em razão do elevado grau de responsabilidade inerente ao exercício da função judicial, como destacou-se anteriormente, inquestionável a necessária atuação prevalente do Sistema 2, caracterizado pela concentração, resolução de situações complexas, análises abstratas e afins, porém, paradoxalmente, o Sistema 2 é informado, nutrido, pelo Sistema 1, de modo que, em situações críticas, não raramente, as respostas são fornecidas pelo Sistema 1, gerando a convicção de ter decorrido do Sistema 2.

Portanto, rememorando crítica realizada ao ideal de apreciação objetiva por parte do julgador, mantém-se, uma vez mais, manifesta impossibilidade exequível de tal pretensão, ainda que, em razão da atuação do Sistema 1, possa parecer que houve domínio do Sistema 2.

Nesse contexto, “Décadas de experimentos, sobretudo na área da Psicologia Cognitiva, revelaram que a intuição, por ser automática, rápida e facilmente evocada, pode se sobrepor à deliberação ou orientá-la, enfim, roubar a cena racional de modo silencioso” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 17).

Destarte, faz-se imperativo reconhecer as adversidades cognitivas presentes na tomada de decisão e, assim, encontrar, dentre os referidos sistemas, modelo mais efetivo à redução de danos cognitivos, ou seja, da influência de heurísticas e vieses na atuação do magistrado.

Conceitualmente, “A definição técnica de *heurística* é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*” (KAHNEMAN, 2012, p. 127). Portanto, ao se deparar com uma questão complexa, indicada ao Sistema 2, o Sistema 1, de modo simples, economizando energia, traça caminho abreviado à resposta.

Por esse ângulo, “[...] atividades que impõem altas exigências ao Sistema 2 requerem autocontrole, e a aplicação de autocontrole é exaustiva e desagradável” (KAHNEMAN, 2012, p. 56). Destarte, por exemplo, a atividade judicial, que reclama nível elevado de concentração, ou seja, que exige excessivamente o emprego do Sistema 2, inclina-se à atuação do Sistema 1, já que, “O sistema nervoso consome mais glicose do que outras partes

do corpo, e a atividade mental trabalhosa parece ser particularmente dispendiosa na moeda da glicose. [...]. O efeito é análogo a um corredor que suga a glicose armazenada em seus músculos num tiro” (KAHNEMAN, 2012, p. 57). Logo,

[...] após o Sistema 1 adotar um atalho cognitivo – substituindo a pergunta-alvo pela pergunta-heurística – e, assim, mitigar o esforço mental necessário para a solução de um problema complexo, o Sistema 2 possui aptidão de rejeitar ou modificar a resposta alcançada, mas, muitas vezes, acaba por endossá-la, o que resulta em visões distorcidas da realidade (vieses de decisão). (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 36).

Por efeito da delimitação do presente estudo, análise dos sistemas processuais penais e a possibilidade de danos ao processo em relação à tratativa da produção probatória, distingue-se exclusivamente os efeitos do viés confirmatório e viés egocêntrico à função do julgador.⁶

Primeiramente identifica-se que, em referência às implicações do viés confirmatório, este “[...] foi observado e descrito por cientistas cognitivos como a tendência natural das pessoas a procurar ou favorecer apenas informações que corroborem seus pontos de vista, hipóteses ou concepções, negligenciando evidências que apontem em sentido contrário” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 43-44). Ainda, “O viés confirmatório do Sistema 1 favorece a aceitação acrítica de sugestões e o exagero da probabilidade de eventos extremos improváveis” (KAHNEMAN, 2012, p. 106).

Em vista disso, observa-se, manifestamente, o possível impacto (dano), intensificado ao processo, no que tange à atuação do magistrado, a partir de uma conjuntura de viabilidade da iniciativa de produção probatória.

Dessarte, “No decorrer do processo, as interpretações do julgador em relação aos elementos probatórios determinarão se ele pedirá por prova

⁶ A respeito das demais classificações de heurísticas e vieses, ver: Wojciechowski e Rosa (2018, p. 36-46), assim como Kahneman (2012, p. 139-246).

adicional, admitirá determinadas provas, bem como qual é o peso que será dado a cada uma delas” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 49). Uma vez tomado, por exemplo, pelos atalhos cognitivos estabelecidos pelo Sistema 1, a atuação enviesada torna-se decorrente lógico, de sorte que,

Muitas vezes, os juízes engajam-se em uma tentativa de corroborar a denúncia – ancorados nela – ou mesmo guiados por intuições, sensações ou impressões geradas no âmbito do Sistema 1, a partir das quais ajustam-se para exercer uma busca apenas por evidências que corroborem a acusação. (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 50).

Como resultado, “Em suma, o viés confirmatório faz com que a conclusão – o convencimento – guie os argumentos que o seguem” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 50). Nessa lógica, ainda quanto aos vieses, “O viés egocêntrico observa-se na tendência das pessoas a avaliarem suas habilidades de modo “egocêntrico” ou “egoísta”, superestimando suas habilidades e ignorando sua falibilidade” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 46).

Desse modo, o viés egocêntrico caracteriza-se por estabelecer uma concepção de infalibilidade ao sujeito, no que corresponde ao presente estudo, conduz o julgador a um agir inflexível, notadamente quanto aos questionamentos relativos à sua atuação. Por conseguinte, “[...] na área jurídica, o viés egocêntrico e a superconfiança do julgador – somadas a outras heurísticas e vieses – podem ser determinantes no processo decisório e trazer danos irreparáveis às partes envolvidas” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 46).

Ainda em relação aos danos desencadeados pela prevalência de vieses, destaca-se:

Outros fatores externos e correlatos somam-se ao viés egocêntrico como, por exemplo, a pressão da mídia e da sociedade, foco na produtividade (com vistas à promoção), influência das relações interpessoais e posicionamentos ideológicos, formando um terreno fértil para o enraizamento de posturas punitivas, desrespeito a princípios e garantias processuais do acusado, exposição nos

grandes meios de comunicação e afinamento com o senso comum. (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 54-55).

Ante o exposto, realizada a decomposição da função do julgador em diferentes sistemas processuais, a depender do seu núcleo fundante, com oportunidades de produzir provas (princípio inquisitivo) ou, de modo diverso, portando-se de forma equidistante, alheio à produção probatória, função exclusiva das partes (princípio dispositivo), assim como compreendido a atuação do Sistema 1 e Sistema 2, especialmente no tocante às falhas cognitivas (heurísticas e vieses), e os possíveis impactos ao processo penal, questiona-se: Uma vez que todos os atores jurídicos estão sujeitos à mencionadas falhas cognitivas, qual a finalidade desta abordagem em relação ao julgador? Existe caminho para contenção deste cenário?

Nessa perspectiva, o juiz, ao comportar-se de modo ativo, por exemplo, determinando produções probatórias, exercerá elemento crítico para o desenvolvimento processual, visto que, “As posições prévias muitas vezes impedem que a instrução processual seja o mecanismo democrático de confirmação da conduta – imputação – dado que o jogador pode estar preso aos julgamentos preliminares e tidos como verdadeiros *ex ante*” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 57).

Uma vez que, “É muita ingenuidade acreditar que se chega ao caso penal “originalmente”, justo porque a cognição sempre se dá à luz das evidências e impressões que já se tem a respeito: as premissas que condicionam o sentido” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 58), em alternativa, não deve-se ignorar potencial inerente ao Sistema 2 no tocante aos juízos rápidos, isto é, “Não significa que quando se percebe um possível erro, o Sistema 2 passe a conduzir a questão e tenha a palavra final. Entretanto, quando o Sistema 2 participa há maior investimento cognitivo e maior reflexão” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 61).

Como possibilidade de determinante participação do Sistema 2, notadamente quanto ao viés confirmatório (tendência em buscar tão só informações que confirmem certa posição adotada, ignorando dados em

sentido diverso) destaca-se o método da falsificação, pois que, “Nesse sentido, a técnica da “falsificação”, nos termos propostos pelo filósofo Karl Raimund Popper, pode se consubstanciar em um importante mecanismo tendente a mitigar ou neutralizar os efeitos dessa falha cognitiva” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 66).

No processo penal, “Defende-se, aqui, que, ao se deparar com um contexto no qual perceba-se enviesado à condenação – simplificando questões complexas através de heurísticas intuitivas – o julgador deverá falseá-las” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 66). Assim, “Sob este aspecto, interfere-se que à medida que o julgador assume a iniciativa probatória e posiciona-se de modo a ir atrás das provas – porque já se decidiu – o falseamento vai se tornando tarefa mais difícil, quiçá, impossível” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 67).

Considerações finais

Os sistemas processuais, historicamente definidos em acusatório e inquisitório, passaram a conciliar características até então distintas, instituindo o Sistema “Misto”, o qual, por vezes, é reconhecido como um terceiro sistema. Entretanto, ao identificar-se o núcleo fundante dos mencionados sistemas, qual seja, a gestão das provas, para além da mera separação de funções, distingue-se a impraticabilidade de um hipotético sistema misto, de sorte que, ou o sistema será fundado pelo princípio inquisitivo (Sistema Inquisitório) ou seguirá o princípio dispositivo (Sistema Acusatório).

Nessa senda, a partir da delimitação do núcleo fundante, identifica-se o processo penal brasileiro como instituído pelo princípio inquisitivo, embora apresente separação de funções (acusador, defensor e julgador), bem como demais traços do sistema acusatório, não supera o dispositivo fundante (gestão da prova), ao facultar a produção de provas de ofício pelo juiz.

Ao permitir que o juiz determine a produção probatória, não obstante entendimentos contrários, constata-se a quebra da imparcialidade judicial, porquanto irrompe como jogador no processo, isto é, encarrega-se de função inerente às partes. Para mais, ao abandonar o ponto equidistante do jogo processual, o basilar alheamento preceituado, potencializa a incidência de danos ao processo, tratando-se, nomeadamente, da ocorrência de falhas cognitivas (heurísticas e vieses) que afetam a atividade do magistrado.

Nesse sentido, não obstante o juiz figure como ser dotado de convicções, preferências, pré-juízos, ou seja, “Ele interpreta a partir de sua tradição, a partir de seus pré-juízos, que devem ser sempre levados em conta” (KHALED JUNIOR., 2016, p. 458). Desta maneira, “[...] a objetividade está na elaboração da opinião prévia com a intenção de receptivamente contrastá-la constantemente com a realidade e não com a intenção de confirmá-la a qualquer custo [...]” (KHALED JUNIOR., 2016, p. 462), nos termos da Psicologia Cognitiva, adéqua-se à tática de falseamento. Todavia, destaca-se que mesmo referidas estratégias não exauzem a eventualidade de danos, até porque o propósito não é exterminá-los, mas sim reduzi-los, logo,

[...] temos que reconhecer que, por mais que seja desejável controlar a margem de discricionariedade do juiz, esse controle sempre será imperfeito, ainda que as regras do jogo sejam completamente respeitadas. Inevitavelmente temos que reconhecer e assumir essa falta, que demonstra o quanto o sistema é passível de produzir enormes danos e, logo, a necessidade que temos de estabelecer mecanismos de controle, dentre os quais **o mais importante é a gestão da prova nas mãos das partes, o que retira do narrador o controle completo sobre a elaboração narrativa, impedindo que ela se torne uma violência discursiva.** (KHALED JUNIOR., 2016, p. 495, grifo do autor).

Outrossim, “A busca ativa por provas, impulsionada pela vontade de descobrir a verdade real, traduz-se em um claro estímulo (*trigger*) ao uso dos processos intuitivos – inclusive dos atalhos cognitivos – do Sistema 1”

(WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 70), de maneira que, “É possível perceber, então, que apenas o sistema processual acusatório harmoniza-se com essa busca por decisões mais deliberadas, menos suscetíveis às heurísticas intuitivas e vieses de julgamento” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 70). Vale destacar, mais uma vez, aquele que procura, ainda que inconscientemente, pressupõe o que procurar, “Em suma, pode-se dizer que o juiz-ator (inquisidor), à luz da Psicologia Cognitiva, é o juiz guiado pelo viés confirmatório” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 70).

Enfim, uma vez que a possibilidade da incidência de heurísticas e vieses, ou seja, da eventualidade de armadilhas cognitivas, está associada, em maior ou menor intensidade, à disposição do julgador no âmbito processual, faz-se imprescindível à adoção de modelo que reserve às partes atribuição probatória e ao julgador a função de garante do jogo processual. Dessa forma,

Em suma, como ser humano *comum*, se o juiz tomar qualquer decisão de ofício, seja em benefício da tese acusatória ou defensiva, restará vinculado (ainda que possa reverter o quadro) a esta decisão, e buscará involuntariamente a sua manutenção, superestimando novas informações que possam confirmá-la e subestimando outras que a contrariem, para não ampliar a dissonância cognitiva pós-decisória, estado psicológico que lhe é incômodo. Aí reside o problema. (RITTER, 2016, p. 174-175).

Portanto, ainda que não seja suficiente como instrumento de extinção de irregularidades ao processo penal, conclui-se que o Sistema Acusatório Democrático, fundado sobre o princípio dispositivo, e, desse modo, antagônico ao modelo inquisitório que oportuniza ao julgador determinar, de ofício, a produção de provas (que ele próprio, paradoxalmente, usará para julgar), configura instrumento mais adequado à contenção de danos, nomeadamente às falhas cognitivas, existentes no contexto do jogo processual penal.

Referências

- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória:** Perante as realidades alemã e brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>>. Acesso em: 7 ago. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, 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: 4 ago. 2019.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 645-667, mai./ago. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.143>>. Acesso em: 7 ago. 2019.
- FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão judicial no Brasil:** narratividade, normatividade e subjetividade. Florianópolis: EMais, 2018.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar.** trad. Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.

Meios autocompositivos de resolução de conflitos e o processo penal brasileiro

*Wellington Henrique Rocha de Lima*¹

Introdução

O presente estudo se consubstancia em alguns questionamentos pertinentes na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro, sem a intensão de exaustão do tema, mas sim de incentivo ao debate, se constrói o presente ensaio especificamente frente aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, especialmente após a publicação do Código de Processo Civil de 2015, da Lei de Mediação de 2015, da Resolução 125 do CNJ de 2010, busca se compreender quais os efeitos exportados para o Processo Penal.

Pelo método dedutivo analítico, traça-se uma conceituação básica por meio dos referenciais teóricos e legislativos pátrios quanto aos meios autocompositivos de resolução de demandas, em específico a mediação e a conciliação, bem como de maneira descritiva argumentativa se constroem hipóteses para resolutividade dos conflitos penais por meio destes institutos.

Entende-se por meio autocompositivo, aquele método utilizado de maneira judicial ou extrajudicial para resolução de conflitos sem a decisão jurisdicional, seja por meio de um terceiro que sugere uma solução ou por

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. Docente do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN.

um que apenas esclarece a lide discutida. Dai a diferenciação de conciliação e mediação, respectivamente.

Darci Guimarães Ribeiro, ao prefaciando a doutrina do Professor Michele Taruffo (2017), quando trata das mudanças do Novo Código de Processo Civil, aduz que “esta mudança provoca uma ineludível mudança comportamental nas pessoas, pois enquanto no antigo CPC nossa formação era equiparada a soldados espartanos, prontos para lutar na arena do processo e subjugar o adversário para ganharmos a causa”, evidentemente o novo CPC tem uma nova roupagem, pois “pretende criar cidadãos atenienses, cuja função primordial é o diálogo como método para a construção de uma solução consensual, em que não haverá vencedores e vencidos. É a justiça dialogal”.

Quanto à aplicação dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos nos conflitos processuais civis e administrativos, poucas dúvidas pairam diante do ordenamento jurídico, nesse sentido, que a presente pesquisa se faz pela existência de um questionamento pontual, qual seja, é possível se valer da conciliação e da mediação para solucionar o litígio penal?

1 Meios autocompositivos de resolução de conflitos

A divulgação dos incentivos aos métodos autocompositivos, consubstanciam a melhor forma de pacificação social, pois, nada melhor que as próprias partes juntas ou com o auxílio de outrem, encontrem a solução pacífica, rápida e justa dos litígios que os envolvem, nesse sentido que deve se abandonar a crença de que somente o poder judiciário tem o condão para dar fim aos impasses envolvendo a vida cotidiana (DONIZETTI, 2017).

Em momento decorrido, traçamos que “os meios autocompositivos de resolução de conflitos estão presentes nas sociedades muito antes do

direito positivado, como mecanismos de busca da pacificação social e principalmente de harmonização das vontades das partes envolvidas nos litígios [...]” (LIMA, 2019, p. 13).

Em que pese tratarmos no presente artigo da discussão da possibilidade dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos na esfera penal/processual penal, importantes considerações e conceituações são feitas pelos doutrinadores processuais civis, nesse sentido, importante é caminhar pela nova doutrina atinando estes conceitos.

A autocomposição é uma forma de transação, nesse sentido, as partes não podem ser estrangidas a realização destas, em qualquer hipótese, como também não, nos acordos de vontade em geral. Nesse sentido que o princípio da autonomia da vontade implica em todas as audiências, sejam elas de conciliação ou mediação, judiciais ou extrajudiciais (GONÇALVES, 2017).

É a solução altruísta do litígio. A autocomposição é a forma de por fim ao litígio pela vontade das partes em sacrificar parte do seu interesse em favor do interesse alheio e como método consensual de resolução de conflito, figura no patamar de mecanismo de pacificação social e confina a exclusividade estatal para a solução dos conflitos (DIDIER, 2015).

Segundo o Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 2015) não se excluirá da apreciação jurisdicional, qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 3.º), entretanto, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (§ 2.º), e nesse sentido que os juízes, advogados, promotores e defensores deverão estimular a conciliação e a mediação, bem como os outros métodos de resolução consensual, inclusive no curso do processo judicial.

Entretanto, apesar das disposições legislativas de incentivo a resolução extrajudicial ou até mesmo judicial dos conflitos, por meio da mediação ou da conciliação, – o que é causa de extremo desconforto – é notar a extrema valorização dos presentes métodos, ao passo que com naturalidade o famoso ditado de que vale um acordo ruim do que um processo bom, seja rotina nas discussões jurídicas, ao passo de perpetuar

o desrespeito ao direito material e decretando a falência do Poder Judiciário (NEVES, 2017).

Acredita-se que parte dos estímulos à mediação e a conciliação do *novel códex* foram grafados por reverência a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), a qual dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado a resolução de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e prescreve que caberá aos órgãos deste poder, que antes de da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução, especialmente os chamados meios consensuais, mediação e conciliação (art. 1.º, § único).

A Lei de Mediação (BRASIL, 2015) dispõe sobre a solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, bem como, considera mediação aquela atividade exercida por um terceiro que não decide a lide, bem como não apresenta proposta de solução, realizando este somente auxílio e estímulo à identificação ou desenvolvimento de propostas para resolução do conflito (art. 1.º, § único).

Na mediação, a lei prevê que o mediador deverá atuar nas litígios que as partes tenham envolvimento anterior, como por exemplo, na ação de dissolução de sociedade, marcada pela presença de sócios (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Diferentemente, o Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 2015) dispõe que a conciliação será realizada por conciliador, o qual é um auxiliar da justiça, que atuará preferencialmente, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, entretanto poderá sugerir soluções para o litígio (art. 165, § 2.º).

A lei estabeleceu que o conciliador devesse atuar nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, como por exemplo, na ação proposta por condutor de veículo que sofreu prejuízos decorrentes de acidente de trânsito, que envolveu um condutor que ele não conhecia (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Entretanto, busca-se analisar se os institutos da mediação e da conciliação podem ser ou não utilizados no Processo Penal, à medida que passamos a análise dos métodos de resolução das lides penais.

2 A resolução das lides no processo penal

Historicamente, há três sistemas regentes no processo penal (inquisitivo, acusatório e misto), entretanto, o primeiro e o segundo não poderiam ser aplicados de maneira individual ou integral, haja vista, contemporaneamente se completarem, haja vista, vantagens de um, combinadas com a de outro, consolidam e constroem o mais apurado método de persecução penal, seguindo assim o sistema misto. Esse sistema misto se caracteriza por uma primeira fase preliminar (com fortes tendências do inquisitivo), pois, é secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas (NUCCI, 2018).

O processo é o meio de assegurar a todos o acesso a justiça, porém, a atividade jurisdicional estatal não é o único meio, haja vista, o processo tenha que ser a *última ratio*, é uma medida extrema que causa constrangimento as partes, tendo na área penal uma consequência mais séria, pois do processo possa se resultar em uma pena privativa de liberdade ou a restrição patrimonial como efeitos da condenação (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

Em que pese o direito penal sempre tenha se pautado no dogma do mal concreto do crime ao mal concreto da pena, com as evoluções das legislações pátrias e do engajamento da ciência penal em outras trilhas, mais ligadas aos direitos e garantias fundamentais, atualmente, se busca também a pacificação social, e não somente a punição daqueles que cometem ilícitos, galgando assim, punir sem humilhar (NUCCI, 2018).

Contudo, prevê o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ao tratar do processo e julgamento dos crimes de calúnia e injúria quando for de

competência do Juiz singular, que antes deste receber a queixa, oportunizará aqueles litigantes a se reconciliarem (art. 520). Havendo a conciliação entre as partes, será lavrado o termo de desistência, e a queixa será arquivada (art. 522), dando fim ao litígio sem a promoção de um processo judicial moroso e ineficaz, por muitas das vezes.

Ao chamar para si o poder punitivo, o Estado buscou garantir que nenhum ato que violasse outrem saísse impune, e nesse sentido, que aquele que fosse vítima de homicídio ou tivesse sua propriedade ambiental incendiada necessitasse de manifestação para que o Estado punisse o autor do delito, tendo em conta se tratar de direitos indisponíveis – a vida e o meio ambiente – (NUCCI, 2018), criando assim uma diferenciação do que poderá ser objetivo de autocomposição.

A diferenciação aludida acima fica evidente com a publicação da Lei n. 9.099 (BRASIL, 1995), que trata dos juizados especiais cíveis e criminais, os quais foram criados sob a égide de que servirão para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência (art. 1.º), tendo esses processos princípios basilares, como por exemplo, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação (art. 2.º).

Cumprе destacar que a lei descrita acima é fruto da previsão constitucional presente na Carta Magna de 1988, que tem disposto em seu texto que a União, nos Territórios e no Distrito Federal e os Estados criarão juizados especiais competentes para a conciliação e o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação (art. 98, I).

Outra manifestação do fortalecimento da Justiça Restaurativa se deu através da publicação de Lei n. 9.714 que alterou dispositivos do Código Penal, trazendo para o ordenamento as penas alternativas, como por exemplo, as penas restritivas de direitos, ou as conversões possíveis (BRASIL, 1998).

Neste diapasão que outras formas de garantir a punibilidade dos delitos cometidos foram inseridas no ordenamento jurídico penal, para que não seja necessário, em todas as situações o encarceramento de um cidadão, evitando assim, o encarceramento desenfreado e sem nenhuma ressocialização.

3 A justiça restaurativa e os meios autocompositivos para resolução dos conflitos penais

Além da justiça estatal, a qual detém o monopólio da jurisdição, há também outras instâncias de soluções de conflitos, de que é exemplos a arbitragem, uma espécie de justiça restaurativa, assim como a mediação e a conciliação, todas, passíveis de utilização para a solução dos litígios envolvendo as partes na reparação de danos causados (PACELLI, 2019).

A Justiça Restaurativa, nem sempre foi vista com bons olhos no Processo Penal, à medida que, era desprezada quase por completo, pois, obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal estatal, para a punição do autor do delito, levava-se às últimas consequências à consideração de bens indisponível, sem lembrar que há também outros princípios que regem o ordenamento penal, levando-se em conta que tudo era ofensa ao interesse coletivo. Eliminava-se, das possibilidades processuais a conciliação, a transação e, portanto, a mediação (NUCCI, 2018).

Nesse caminhar que argumentos como de que “frente ao surgimento de conflitos (excluídos os penais), as partes devem obrigatoriamente e previamente, iniciar uma instância de mediação” que os presentes institutos não eram utilizados (LUCHIARI, 2012, p. 19).

Entretanto, a denominada Justiça Restaurativa aos poucos ingressa no sistema jurídico brasileiro, essencialmente no processo penal, iniciando pelas mudanças de enfoques e com a relativização dos interesses, transformando-os em individuais típicos, logo, disponíveis, garantindo assim a possibilidade de uma conciliação do agressor com o agredido, e possivelmente até o perdão, garantindo assim a restauração da paz sem a

necessidade do instrumento penal coercitivo e utilizado pelo Estado (NUCCI, 2018).

Niceto Acalá-Zamora y Castilho (2000, p. 104) corrobora que *“un ejemplo de autocomposición pósprocesal penal lo tenemos en el perdón del ofendido, cuando tenga lugar después de haber recaído condena en materia de delitos privados”* como também pelo *“[...] perdón otorgado antes de la querrela significaría autocomposición preprocesal, y lo sería intraprocésal si recayese después de iniciado el juicio y antes de pronunciarse en él sentencia”*

Na seara penal, há crimes que não serão autorizados a utilização de penas alternativas, por não se tratarem de crimes de menor potencial ofensivo, pois se tratam de valores morais e éticos que não são exclusivamente protegidos pela vontade das partes, sendo estes perseguidos através da Ação Penal Pública Incondicionada, e é assim que métodos alternativos a justiça penal convencional vem ganhando força, como é o caso da Justiça Restaurativa (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

Há crimes que merecem punição, com foco voltado mais à retribuição do que à restauração, como por exemplo, homicídio doloso, extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de drogas. Outros, já admitem a possibilidade de se pensar, primordialmente, na autocomposição dos litígios, como por exemplo, crimes contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual (NUCCI, 2018).

Entretanto, para que houvesse a previsão legal da justiça restaurativa e a autorização para a autocomposição expressa nos processos penais deveria haver uma proposta e aprovação de uma Emenda Constitucional, como previu no texto constitucional a existência dos Juizados Especiais Criminais, os quais julgam e conciliam crimes de menor potencial ofensivo (NUCCI, 2018). Nesse ponto cabe rememorar o disposto no Art. 3.º do Código de Processo Civil de 2015, especificamente no § 3.º, que *“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e*

membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

Havendo, portanto, um forte incentivo legislativo e doutrinário para a conciliação e a mediação, é que se fomenta a propositura de um projeto de Emenda Constitucional, para que assim como já fora prevista a possibilidade de transacionar pela lei dos juizados especiais, já fora prevista a possibilidade de as partes de reconciliarem no Código de Processo Penal, possam agora, as partes restabelecerem a paz em seu convívio social e amenizar os danos causados pela imposição de uma pena por um terceiro, mesmo que seja por meio de um processo judicial, mas que esse processo seja de restauração e não de vingança velada.

Considerações finais

O mal do crime o mal da pena por muitos anos fora elemento essencial para punição dos agentes que cometessem qualquer ilícito, entretanto, com o passar dos séculos e com as diversas atrocidades realizadas com base na lei, através do direito positivado, diversas outras formas de garantir a pacificação social adentraram nos ordenamentos jurídicos.

Como método alternativo das resoluções dos conflitos, os meios autocompositivos tomam posto de mecanismos de empoderamento das partes na busca pela solução pacífica dos litígios, sobretudo como um método de evitar os constrangimentos que um processo judicial levaria.

A Justiça Restaurativa, ainda que de forma singela, adentra na esfera penal, buscando uma maneira de evitar mais desgastes emocionais e psicológicos aos envolvidos em determinado crime ou contravenção penal, e para que não haja a sucumbência dos bens juridicamente protegidos, adentram somente nos atos de menor potencial ofensivo em que as partes possam transacionar ou perdoar.

A mediação e a conciliação já se mostram importantes ferramentas autocompositivas que auxiliam o desenvolvimento eficaz do judiciário, bem como evitam os processos judiciais morosos. Entretanto, diferente da

esfera cível, na esfera penal sua utilização deve ser enfrentada com cautela, primeiro para que os bens coletivos, difusos, os de maior potencial ofensivo, crimes inafiançáveis ou que são de competência do tribunal do júri não sejam resolvidos por um acordo ou transação, e segundo para que a função preventiva da pena não perca sua eficácia.

O Código de Processo Civil de 2015 já previu que todos os auxiliares e membros do Poder Judiciário devam estar pautados nos princípios basilares da mediação e da conciliação e que devam estes estimular os métodos autocompositivos, cabe agora a proposta do projeto de Emenda a Constituição para garantir a disposição legal da justiça restaurativa e para que o Estado não fique vinculado a justiça retributiva.

Há crimes, como por exemplo, homicídio, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de drogas, que mereçam estar com o foco mais voltado para a retribuição do que para a restauração, ao mesmo passo que crimes como, contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual estejam mais para a restauração do que para retribuição.

Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. Univesidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 3. ed. 1 reimp. 2000.

BRASIL. Constituição Federal (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18.07.2019.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18.07.2019.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do**

Brasil. Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 18.07.2019.

BRASIL. Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 26 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm. Acesso em: 28.07.2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22.07.2018.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 18.07.2019.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18.07.2019.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIDER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Wellington Henrique Rocha de. **Mediação, conciliação e acordos nos atos de improbidade administrativa.** Dissertação (Mestrado). Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2019.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord); WATANABE, Kazuo (coord). **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Prefácio: In: TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

O antagonismo da relativização de nulidades no processo penal com o Estado Democrático de Direito

*Eduardo Correia Praczk*¹

*Wellington Henrique Rocha de Lima*²

Introdução

Em tempos de reflexões acerca da democracia, a análise do atual estado de coisas do processo penal se faz necessária. A democracia se confunde com a higidez das garantias advindas do devido processo legal no âmbito criminal, nesse diapasão James Goldsmith (2016) expende que, “*se puder devir que la estrutura del proceso penal de una naco no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitucion*”.

Pelo método dedutivo analítico, traça-se uma conceituação básica por meio dos referenciais teóricos e legislativos pátrios quanto à relativização das nulidades processuais penais, sob o prisma do princípio *pas de nullité sans grief*, acarreta em um processo sagaz às garantias fundamentais e fomenta graves inseguranças jurídicas, abrindo margem a subjetivismos judiciais arbitrários na apuração de eventual prejuízo gerado pelo ato processual eivado de vício.

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD

² Mestre em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. Docente do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN

Desta feita, a natureza autoritária do Código de Processo Penal somada com a sedimentação jurisprudencial perversa da relativização de nulidades de atos processuais eivados de vícios, revelam-se um obstáculo à marcha da concretização do estado democrático de direito.

A sensibilidade do bem jurídico da liberdade exige que a pretensão estatal de cerceá-la seja balizada por um processo, rígido e formal que seja o filtro de eventuais arbítrios, concluindo-se que a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu (LOPES, 2018).

A vulgarização da aplicação da teoria geral do processo civil no âmbito do processo penal, importando-se o princípio da instrumentalidade das formas e o chamado *pas de nullité sans grief*, abre uma extensa margem de subjetividade aos magistrados ao decidirem acerca da existência de eventual prejuízo advindo do ato processual nulo, acarretando em decisões autoritárias que como será demonstrado, relativizam as garantias da ampla defesa, do contraditório e até mesmo da vedação da utilização de provas ilícitas no processo.

O objetivo do presente artigo é empenhar-se a demonstrar como a relativização das nulidades de atos processuais que ratificam atos arbitrários perpetrados por juízes, delegados e membros do Ministério Público é um entrave aos pilares da democracia.

1 O atual estado do devido processo legal no âmbito criminal e a anti-quada legislação processual penal brasileira

O processo consiste em uma conquista civilizatória que baliza a aplicação da pena. Nas comunidades primitivas, imperava a vingança e a preponderância dos mais fortes. Mesmo quando o *persecutio criminis* foi atribuído exclusivamente ao estado, as arbitrariedades continuaram em pleno vigor. Neste contexto, emerge o instituto do processo, o qual surgiu como um mecanismo para evitar a vingança feita pelas próprias mãos, para eliminar a autotutela, para impedir a dominação do mais forte, resguardando o sujeito frente ao outro, o grupo social frente a outro grupo

social, como veículo para aplicar, de forma racionalizada e alheia aos interesses dos envolvidos, a sanção criminal (GIACOMOLLI, 2016).

Os principais documentos internacionais do século XX que sucederam as barbáries das duas guerras mundiais, elencaram diversos dispositivos que asseguraram um processo penal humanitário. Nesse eito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elencou como verdadeiras normas de caráter *jus cogens*, o direito à ampla defesa, a presunção de inocência, à vedação de prisões arbitrárias, o direito à audiência, a um juiz imparcial e a publicidade dos atos de julgamentos (art. 6.º a 21).

Corroborando, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, celebrada na cidade de San José, Costa Rica, consagrou o princípio da legalidade, da vedação da obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se deterge*), da necessidade de apresentação do preso à uma autoridade judicial após a prisão (art. 7.º e 8.º).

O Brasil, logo após a experiência amarga do regime ditatorial militar, consagrou grande parte desses direitos previstos nos referidos documentos internacionais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988, bem como, ratificou integralmente o Pacto de San José da Costa Rica no ano de 1998, o qual sobrevivendo às decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no HC n. 87.585/TO e RE n. 466.343/SP adquiriu caráter supralegal, submetendo disposições de hierarquia inferior ao chamado controle de convencionalidade³.

Apesar dos citados avanços, a natureza autoritária do Código de Processo Penal brasileiro ainda subsiste. É de se pontuar que o projeto do CPP

³ [...] “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada [...], mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...] Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”. [RE 466.343, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.

de Francisco Campos é munido de inspiração fascista, especificamente no Código Italiano de Rocco. Neste contexto, assevera, José Giacomolli (2016):

Neste ambiente é que foi gestado o CPP de 1941, à margem do Estado de Direito, alheio ao Estado Constitucional legítimo, e uma época em que predominou o comportamento político reacionário e conservador. Influências externas, além-mar, forneciam a base teórica e ideológica ao proceder brasileiro [...]. O reflexo disso no Processo Penal é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. “Combate”, “guerra”, “inimigo” e “operação” soavam como palavras de ordem.

No tocante as nulidades processuais, a exposição de motivos do Código de Processo Penal esboça a adoção da teoria das nulidades advindas da teoria geral do processo civil, o que demonstra ser um equívoco atentatório às garantias fundamentais. Isso porque, como assevera Alberto Binder (2003), as formas são a garantia que assegura o cumprimento de um princípio determinado ou do conjunto deles. Vejamos à transcrição do trecho da exposição de motivos do CPP que versa acerca das nulidades:

XVII - Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável, série de nulidades processuais. Segunda 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”.

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado, o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para acusação ou a defesa [...] (BRASIL, 1941).

O advento das garantias fundamentais previstas no bojo da Constituição Federal de 1988 e também nos supracitados documentos internacionais, bem como as reformas procedidas no CPP⁴, filtraram parte

⁴ Vide Lei n. 11.719/2008

da inquisitorialidade do processo penal brasileiro, no entanto, a volatividade jurisprudencial vem intensificando as relativizações de nulidades de atos (ou não atos) evadidos de vícios, criando uma intensa fragilidade na higidez do processo. Neste eito, o Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição, firmou um julgado, exigindo, até mesmo nos casos de nulidades absolutas, demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/ STF.

Por ausência de questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes - Tema 660). 2. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/ SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie). 3. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual (Súmula 279/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (grifo nosso)

(ARE 1174179 AgR-terceiro, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 18-06-2019 PUBLIC 19-06-2019)

Vislumbra-se portanto, da aludida orientação jurisprudencial e da estrutura do Código de Processo Penal, elementos sagazes às garantias fundamentais, os quais abrem espaço para que até mesmo em hipóteses

de atos processuais de cerceamento de defesa, proferidos por juízes incompetentes ou que determinem a obtenção de provas de maneira ilícita, sejam abrandados pela não existência da prova do prejuízo.

2 A forma processual como garantia fundamental e a ficção do prejuízo

No âmbito do processo penal, forma é garantia, por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, ou seja, a estrita observância das regras do jogo é o fato legitimamente da atuação estatal (LOPES, 2018). Neste eito, as formalidades do processo penal, diferentemente do processo civil, não atendem a simples finalidade de ditar a marcha a ser seguida para concretizar a tutela de um direito, mas representam o instrumento de coibição de arbítrios, uma frenagem ao punitivismo deliberado.

James Goldsmith (2016) assevera que um processo penal decorrente da não aplicação das regras formais previstas no ordenamento jurídico (ilegalidade), é um não processo, e os efeitos que decorrem dele podem ser tudo, menos pena.

Como citado alhures, a sistemática processual brasileira, adota em descompasso com a harmonia constitucional, o princípio da *pas de nullité sans grief* na aferição de nulidades no processo penal. Neste eito, ainda que sejam nulidades absolutas, a invalidação exige que a parte que opõe a nulidade prove o prejuízo sofrido em decorrência do ato viciado.

A problemática reside na dificuldade de se provar o prejuízo, pois a única fonte de prova é o próprio magistrado da causa. Ora, se todos os atos processuais são destinados a produção da cognição do julgador acerca de um fato, ele é o único que pode exteriorizar que seu processo cognitivo ao elaborar uma decisão foi prejudicado por um ato viciado. Nesse eito, abre-se uma grande abertura para discricionariedade e subjetividade à aferição das nulidades, tornando o processo penal um ambiente sem regras, dando azo ao esquadrinhamento de garantias fundamentais, neste eito, assevera Theodoro Balducci de Oliveira (2016):

Enquanto o descumprimento da forma processual (da regra do jogo, em última instância), por parte do Estado-juiz, for justificado e aceito sob a fálacia da ausência de prejuízo para o acusado ou da supremacia do interesse público sobre o privado, continuaremos extraindo dos textos normativos nada mais do que solenes declarações em prol das garantias e dos direitos do cidadão que, na prática, na excepcionalidade de todo e qualquer caso concreto, acabam por ter seu conteúdo amesquinçado ou completamente esvaziado.

Nesta toada, um mecanismo de potencial contrapeso aos abusos perpetrados pelo desprezo das formas processuais, seria a inversão do ônus de demonstração de prejuízo, cabendo ao magistrado a demonstração das razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade (BADARÓ, 2018).

No entanto, ainda se vislumbraria os elementos inquisitórios do processo, pois o amorfismo processual, acarreta em uma ação “policialesca” do juízo, é como elucida Ricardo Jacobesen Gloeckner (2017).

A tendência ao amorfismo significa dizer que o sistema inquisitório potencializa a disrupção das formas processuais, permitindo uma atuação policialesca do juiz-inquisidor. Também significa, quando conveniente, a aplicação por vezes rigorosa das mesmas formas processuais, sempre que se verifique a necessidade de fazer o processo retroagir a um estado anterior, e a prova, por ocasião de seu refazimento, ser bem explorada pela acusação.

Tomamos como exemplo de “ações policialescas”, o julgado da 16ª Câmara Criminal do TJSP, presidida por um dos mais consagrados doutrinadores de Direito Penal do Brasil, Guilherme de Souza Nucci, onde não se declarou a nulidade da sentença que foi exarada antes da oitiva das alegações finais da defesa, dispensando assim o principal ato de manifestação do contraditório nos procedimentos processuais penais:

(...)A D. Autoridade apontada como coatora, quando das informações deixou assentado que, após a oitiva das testemunhas e já tendo formado seu convencimento, elaborou a sentença enquanto a acusação e a defesa ditavam sua alegais finais para a escrevente, saindo da sala antes do término dos debates orais, para presidir outra audiência, retornando logo após. E, depois de ler as teses da acusação e da defesa, que não induziram à modificação do convencimento anteriormente formado, manteve a sentença já elaborada (cf. fls. 109).(...) O que ocorreu é que a Magistrada já havia formado seu convencimento e, mesmo após leitura dos memoriais das partes, os argumentos ali constantes não tiveram o condão de alterar seu convencimento, razão pela qual manteve a sentença, que já havia elaborado. (...) (Acórdão do HC n.: 2020697-86.2015.8.26.0000; Relator (a): Borges Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/04/2015).

O amorfismo compromete da mesma forma a segurança jurídica processual, porquanto sua flexibilidade fomenta a dissonância entre a aplicação das regras processuais de acordo com o local onde está sendo aplicado, exigindo das partes que participam do processo o conhecimento de uma ilimitada quantidade de variáveis, é como assevera o professor Alexandre de Moraes da Rosa (2014):

No jogo do processo penal brasileiro, contudo, nem mesmo temos normas compartilhadas. Esse problema torna o jogo dependente do “dono da bola”. Ou seja, em cada unidade jurisdicional, diante da ausência de sentido compartilhado das normas processuais, o jogo apresenta variáveis. E isso é antidemocrático. O jogador de xadrez sabe que, se chegar em qualquer lugar do mundo, mesmo sem falar o idioma, pode jogar com o adversário que se encontra sentado na frente de um tabuleiro. Basta sentar-se e jogar. As regras são compartilhadas. No processo penal, o déficit normativo torna o jogo mais complexo, dado que, antes do jogo, para que se possa ter êxito, é preciso conhecer o julgador da partida. Saber quais as regras irá aplicar/desconsiderar.

Nesta toada, o Estado Democrático de Direito e o próprio ideal de justiça exigem a unicidade e a previsibilidade das formas, não é crível que o cidadão ao figurar como réu em uma ação penal seja submetido a uma loteria, onde o (des) acolhimento de suas teses dependa da vara em que

seu processo irá tramitar ou das turmas e câmaras onde seus recursos serão julgados.

Destarte, é como assevera Chaïm Perelman (2005), a justiça não é conformidade a um sistema de regras consuetudinárias ou legais adotadas pelos homens, mas a conformidade dessas próprias regras a uma ordem prévia.

Considerações finais

A tese do processualista Goldsmith aduzindo que “o processo penal é o termômetro para aferir os elementos autoritários da constituição”, sob a ótica brasileira, pode se mostrar contraditória, tendo em vista a essência democrática da Constituição Federal de 1988, entretanto, como foi demonstrado, existe uma profunda falta de filtragem da legislação processual penal brasileira com os princípios basilares da constituição, bem como, com os valores dos Direitos Humanos consagrados nas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A estrutura do processo penal brasileiro, formada pelo arcabouço de leis e pelas decisões jurisprudências é munido de raízes inquisitórias que através da ausência de forma e das relativização das nulidades do processo encontram espaços para atropelar garantias fundamentais e causar profunda insegurança jurídica, como observamos na exposição de motivos do Código de Processo Penal e das decisões dos tribunais apresentadas (*vide* STF: ARe 1174179, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, j.31/05/2019 e TJSP: HC n.: 2020697-86.2015.8.26.0000; Rel.: Borges Pereira; 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/04/2015)

Com efeito, para evitar decisões arbitrárias, uma reforma com objetivo de aproximar a lei processual penal com os elementos constitucionais e convencionais se faz necessária.

No âmbito da teoria da invalidades e nulidades, a extinção do *pas de nullité sans grief*, princípio importado da teoria geral do processo civil, se

apresentaria como a medida adequada, porquanto a abertura de subjetividade e a dificuldade probatória de demonstração do prejuízo dão azo aos arbítrios judiciais e rememorando os dizeres de Aury Lopes Júnior (2018), forma processual é ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu.

Embora não sendo a mais ideal, uma reforma pontual e que poderia apresentar avanços seria a apresentada pelo professor Gustavo Badaró (2016), qual seja, a inversão do ônus da prova do prejuízo.

O atendimento integral das formalidades processuais penais além de ser o mecanismo de frenagem de abusos judiciais, também é um elemento de uniformização da aplicação da lei processual penal, evitando assim uma verdadeira loteria judicial.

Referências

GOLDSCHIMIT, James, **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**, colección:

Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires. Editorial B de f, 2016.

LOPES, JR, Aury: **Direito Processual Penal**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIACOMILLI, Nereu José. **O devido Processo penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica** - 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BINDER, Alberto. **Descumprimento das formas Processuais**. 1. ed. Lumen Juris, 2003.

BRASIL, **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Decreto Lei no. 3.689 de 03 de outubro de 1941.

_____, Supremo Tribunal Federal, ARE 1174179 AgR-terceiro, Relator(a): Min. Luís

Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 31/05/2019, DJe-134 DIVULG 18-06-2019 PUBLIC 19-06-2019

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, HC n.: 2020697-86.2015.8.26.0000; Rel.: Borges Pereira; 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/04/2015

OLIVEIRA, Balducci Theodoro. Da inaplicabilidade do princípio *pas de nullité sans grief* ante a exigência de moralidade administrativa no processo penal brasileiro - **Boletim Ibccrim 281** - Abril - 2016.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. - 3.ed - São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para uma noção de Doping no Processo Penal, Porto Alegre.

Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 14, n. 83, dez. 9. jan. 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

As provas ilícitas apreciadas em benefício do réu

*Guilherme José Meloto*¹

*Yhan Felipe Barbosa Chaves*²

*Juliana Medina de Aragão*³

Introdução

A elaboração de um conceito ou teoria acerca das provas envolveu um longo e árduo curso histórico para que se alcançasse a vasta importância que possui atualmente, tanto para o curso de um processo quanto para o ordenamento jurídico. Em amplo sentido, provas, nada mais são do que elementos produzidos e apreciados perante o juiz, com intuito de promover a convicção deste, em consonância com a verdade e aplicabilidade da norma.

O tema prova é de vasta importância para a ciência do processo, em especial para o processo penal, haja vista que a prova é uma premissa fundamental para a busca da verdade de qualquer fato, sendo o principal meio para o convencimento do julgador, o qual deverá apreciá-las sentenciando da maneira mais justa possível conforme a veracidade probatória apresentada.

Ademais, torna-se base para diversas argumentações que cada uma das partes passará a empregar para obter a convicção do juiz, de modo que este

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco - UCDB.

² Estudante do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco - UCDB.

³ Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2003), graduação em Letras pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1998) e mestrado em Direito: Área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (2008). Atualmente é professora da Universidade Católica Dom Bosco. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: regime disciplinar, drogas, direito penal, delação premiada e prescrição.

aprecie em favor de um ou doutro, podendo ser encarada, caso a caso, sob diversos pontos de vista.

Hodiernamente, consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, a apreciação ou admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos é vedada. Sem embargos, a doutrina processual penal apresenta um panorama de grandes contrastes quanto à norma explicitada na Carta Magna, que se retrata em quatro vertentes, conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover (1999).

Além disso, necessário se faz o entendimento impondo-se a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Nesta, ocorre quando há violação de uma proibição de lei processual colocada em função exclusiva a interesses lógicos e processuais; enquanto naquela, incorre toda vez que sua obtenção viole normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual.

Para mais, as maiores desavenças ocorrem quanto ao tocante relacionado a obtenção de provas ilícita em sentido restrito, ou seja, aquelas que violam normas materiais. Através da manifestação do princípio da proporcionalidade reconheceu-se a possibilidade de utilização das provas que sejam favoráveis ao réu, ainda que recebida com desobediência às normas.

Importante ressaltar a questão, atualmente com maior discussão, das provas ilícitas por derivação, em que Aury Lopes Jr. (2016) preleciona que são as quais se relacionam àquelas provas que são ilícitas em sua própria essência, ou seja, aquelas que derivam, advém, doutra obtida ou colhida por um meio ilícito. É conhecida como a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, aduzida pela Suprema Corte americana, na qual os frutos advindos da árvore apodrecida, conforme ela, também o serão.

1. História dos meios de prova

Na antiguidade, o Direito não se valia de provas propriamente ditas para confirmar ou comprovar algo. Nos primeiros tempos, ele se passava de forma verbal através dos sacerdotes, os quais foram considerados os

primeiros juízes, pelo fato de que detinham as regras jurídicas, conforme os preceitos divinos.

Com isso, houve um exacerbado fanatismo religioso, em que o autor de um delito não estaria sendo julgado somente perante os homens, mais também pelo divino. As ordálias, consideradas como julgamentos ou juízos de Deus, as quais perduraram por longos anos, tendo por finalidade a busca da verdade mediante meios cruéis para alcançá-lo, através das provas de fogo (o acusado caminhava descalço sobre ferro quente), das serpentes (era laçado as serpentes, caso fosse mordido por elas seria decretado culpado), da água (era lançado a um reservatório, caso afundasse seria considerado culpado), dentre outras.

Além disso, existiam os duelos que eram utilizados para a resolução de questões duvidosas e atestar a comprovação de algo, ou alguém, no qual aquele que sobressaísse contra outrem seria considerado como inocente. Nesses casos, conforme assevera Theorodo Júnior (2008, p. 14) o procedimento era extremamente formal e rígido, sendo que o juiz do caso não possuía liberdade, devendo somente examinar a existência ou não da prova.

Segundo o autor mencionado, embora esses meios cruéis fossem abolidos, outros métodos acabaram permanecendo, como exemplo a tortura. Juntamente a isso, com o passar do tempo exurgiu a teoria da tarifa legal da prova, em que a lei tarifa o valor da prova, muito criticada por Beccaria (2017).

Ademais, após a Revolução Francesa, deu-se a gênese do processo penal através da retomada do livre convencimento do juiz, no qual o juiz está livre para apreciar as provas de acordo com o seu convencimento, portanto, não há uma super prova que sobressaia sobre outra. A partir deste momento, as provas começam a ingressar nos processos e passam a ser utilizados como meios de buscas para a obtenção da verdade, de acordo com os fatos ocorridos.

2. Das provas no processo

A prova incumbida no processo penal possui suma importância, haja vista que sem ela não há como comprovar ou constatar a veracidade de um delito. O juiz ao proferir uma sentença não possui total ciência do ocorrido porque não o vivenciou, e somente poderá julgar através do conhecimento daquilo que lhe foi apresentado, e isto, através das provas.

Em suma, entende-se que prova é o elemento capaz de demonstrar a veracidade dos fatos, incidindo sobre a convicção que se gera na consciência do juiz, induzindo-o a aplicação devida da norma.

Para Carnelutti (1942), *“as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto”*.

No dizer de Luiz Francisco Torquato Avolio (2010), *“é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual”*.

Conforme a definição de Mittermayer (1997), *prova é o complexo dos motivos produtores da certeza*. E neste posicionamento, como prelecionam os tratadistas, a prova pode ser vista sob dois aspectos segundo os liames do artigo 155 do Código de Processo Penal: a) Objetivamente, sendo o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo; b) Subjetivamente, conforme estabeleceu a nova redação dada ao CPP pela Lei 11.690, de 2008, sendo a própria convicção que o juiz forma sobre a existência desses mesmos fatos probatórios.

Aliás, estes atos só poderão ser considerados comprovados, de fato, no momento em que o julgador formar sua livre convicção (convencimento) sobre eles. No entanto, conforme prescreve o supra artigo mencionado, o juiz somente poderá formar seu convencimento com base nas provas produzidas sobre o crivo da ampla defesa e do contraditório (quod non est in actis non est in mundo), não se admitindo, com isso, que

o magistrado julgue segundo o bom senso, com seus próprios preceitos ou convicções pessoais, nem tão somente, de seu conhecimento pessoal a respeito do delito.

Para João Pedro Greban Neto (2014), *“a prova acima de uma dúvida razoável implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável”* ⁴.

Consoante a este sentido, Aury Lopes Jr. (2016) assevera que o juiz, por essência, ao exercer sua atividade cognitiva, é um *“ignorante”* porque *“ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova”*.

Para tanto, os processos, em um amplo sentido, são como *“máquinas retrospectivas”* (CORDERO, 2000), ou seja, um instrumento de reconstrução e recolhimento das provas que possam produzir com veridicidade, ainda que não absoluta, os fatos ocorridos e quem as fez, de modo que as partes formulem hipóteses para que o juiz acolha a mais plausível, observando as normas, baseadas em um conhecimento empírico, jamais sob o crivo de suas próprias posições e entendimentos pessoais.

Igualmente, as fontes de provas incorporadas no processo são utilizadas para determinar a autoria e materialidade do delito, ou ainda, as coisas das quais se consegue a prova. Conforme explicita Renato Brasileiro de Lima (2019), deriva dessa fonte de provas à classificação de: fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e as fontes reais (documentos, em sentido amplo). Tomando este sentido, tudo aquilo que de alguma forma esclarece ou indicia alguém a respeito de um crime, será considerado como fonte de prova. Estas fontes advêm do fato delituoso, as quais são anteriores ao processo, no qual serão introduzidas através dos meios de provas.

De maneira sintética e objetiva, os meios de provas de que se podem valer as partes para a demonstração da verdade, e anteriormente apresentadas, são: a perícia, interrogatório, as testemunhas, os documentos e a

⁴ TRF 4ª Região, **ApCrim. 5026212-82.2014.4.04.7000** (Des. João Pedro Gebran Neto)

vítima. Estes meios de provas podem ser lícitos ou ilícitos, os quais serão aprofundados na continuidade do presente trabalho.

3. Das provas ilícitas

Feita a digressão acerca das provas, perpassando por seu contexto histórico, seus meios de obtenção, bem como os tipos de provas admitidas no Direito Processo Penal brasileiro, chega o momento de aprofundarmos nosso entendimento em relação a provas ilícitas. Para tanto devemos recorrer a Constituição Federal, ao Código de Processo Penal e a doutrina.

Conforme compreende Ada Pellegrini Grinover (1999), provas ilícitas em sentido estrito são aquelas coligidas à margem dos princípios e normas impostas pela lei ou pela Constituição Federal, infringindo assim as liberdades públicas e, sobretudo, os direitos atinentes à personalidade do indivíduo, especialmente o direito à liberdade.

Fica nítido o entendimento de que, apesar de ilegais, as provas ilícitas, não se igualam às ilegítimas. Geralmente na seara penal existe confusão entre esses dois institutos (Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas), entretanto este erro não deve ocorrer. Enquanto as ilegítimas contrariam normas processuais, ou seja, são obtidas em contrariedade as normas do Código de Processo Penal; enquanto as provas ilícitas são contrárias ao direito material, ou seja, ferem preceitos legais e constitucionais.

Feita a conceituação, seguida da diferenciação acerca das provas ilícitas e ilegítimas, chega ao ponto de identificarmos o posicionamento das provas obtidas mediante meios ilícitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, consoante com a disposição constitucional no Artigo 5º em seu inciso LVI, no qual utilização de prova ilícita é expressamente vedada. Esse posicionamento do constituinte originário apesar de temerário contemporaneamente, justifica-se à época da promulgação de nossa Carta Magna, datada de 1988, pelo fato deste ter exatamente como intuito constituir um novo Estado, deixando de lado as amarras do regime ditatorial anterior,

que utilizava de todos os métodos para perseguir opositores a ele, inclusive às provas ilegais.

Analizada a disposição constitucional, se presume, evidentemente, que a disposição infraconstitucional estará no mesmo sentido quando faz referência a utilização de provas ilícitas. Conforme o Artigo 157 do Código de Processo Penal, a referida presunção torna-se verdadeira, vejamos a redação do artigo de lei supracitado: *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).*

Percebemos então, que no tocante as provas ilícitas adotaram-se pelos legisladores a teoria americana denominada “*fruits of the poisonous tree*”, traduzindo para o português, “fruto da árvore envenenada”, a qual possui a premissa de que se transmite a ilicitude de uma prova para todas aquelas outras que a mesma poderá gerar. Fazendo uma analogia no sentido que todos os frutos produzidos por uma árvore envenenada assim também o serão.

Neste sentido, conhecendo o diploma que organiza a estrutura do Estado Brasileiro (Constituição Federal) e aquele que rege as normas de aplicações processuais penais (Código de Processo Penal), os quais asseveraram acerca utilização das provas obtidas por meios ilícitos, nos parece verossímil sua vedação, seja em qualquer hipótese a arguição desta no processo penal. Analisando friamente a lei, este argumento é razoável, entretanto consoante doutrina e jurisprudência consolidada existem exceções no que tange a esse argumento.

Uma das referidas exceções é exatamente o tema central deste estudo, ou seja, nos últimos anos os tribunais vêm validando a utilização das provas ilícitas, quando estas são as únicas capazes de beneficiar e, até mesmo absolver os réus. Esse tema será tratado com maior profundidade no próximo item deste trabalho, intitulado “Da possibilidade de utilização de provas ilícitas pro reo”, onde poderemos tirar conclusões mais sintéticas acerca do tema.

4. Da possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro reo*

Observamos na seção anterior que o ordenamento jurídico brasileiro é um sistema estritamente avesso à utilização de provas ilícitas no processo penal. Entretanto, hodiernamente essa expressa vedação pode sofrer acentuadas alterações.

Vejamos o exemplo, uma pessoa que está sendo acusada de forma injusta pela prática do delito disposto no artigo 158 (extorsão), do Código Penal, em conversa com o verdadeiro autor dos fatos delituosos grava esta conversa e na oportunidade o praticante afirma ter realmente cometido o crime de roubo.

Imaginemos que essa gravação foi obtida por meio ilícito porque foi realizada ferindo o direito à intimidade do autor. Entretanto, esta é a única possibilidade que o acusado possui para comprovar a sua inocência em detrimento dos fatos. Posto isso, não há incidência de motivos plausíveis para que os magistrados não admitam provas coligidas dessa maneira. Com isso, de acordo com a doutrina e jurisprudência, consolidadas nos últimos anos no direito brasileiro, vêm admitindo a utilização de provas obtidas por meios ilícitos desde que sejam única e exclusivamente para benefício do réu, obedecendo evidentemente o princípio constitucional da proporcionalidade. Percebe-se que no caso telado o direito à liberdade deve preponderar face o direito à intimidade.

Exatamente nesse sentido, assevera o constitucionalista e, atual ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes, a respeito do exemplo supracitado, o delito disposto no artigo 158, do Código Penal, “poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão” (MORAES, 2013, p. 120).

Vejamos a seguir um posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

No julgado de um recurso especial, nota-se que a posição jurisprudencial tem sido convergente com a doutrina acerca dessa situação, *in verbis*:

O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009.” (STF, RG na QO no RE 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009).

Posta a argumentação doutrinária e o posicionamento jurisprudencial e, entendendo que vivemos em um sistema processual penal acusatório, devem ser prevalectidos os direitos e garantias fundamentais do réu. Portanto, o princípio da vedação das provas ilícitas, apesar de necessário para o equilíbrio do Estado de Democrático Direito, não deve ser considerado em absoluto e entendido em sua literalidade.

Neste sentido, podemos identificar que contemporaneamente o Direito brasileiro está vivendo um novo paradigma acerca da utilização de provas em processo penal, um paradigma mais humanitário, em consonância com aquilo que é apregoado pelos atuais Tratados e Convenções Internacionais atinentes a Direitos Humanos, no qual grande parte das democracias são signatárias.

Para clarificar acerca desse novo paradigma devemos recorrer a Constituição Federal, mais precisamente a um daqueles fundamentos que norteiam a República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, descrita no inciso III, do artigo 1º do texto constitucional. A dignidade da pessoa humana foi inicialmente compreendida por Immanuel Kant (2005) em sua obra *"Fundamentação da Metafísica dos Costumes"* e consiste na

fundamentação de que as pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmas e não como objetos ou coisa.

E, se pode claramente ser compreendida uma “coisificação” dos réus, quando não aceitas em processos penais situações que possam ratificar o seu benefício, e até mesmo a sua inocência. Deste modo, é necessário o entendimento que as provas ilícitas quando unicamente usadas em favor do réu devem ser utilizadas, em preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamentado ainda, pelos princípios da proporcionalidade e da ampla defesa. E nos últimos anos o poder judiciário brasileiro tem caminhado nesse sentido.

Em palavras mais exatas, o que os tribunais nacionais estão promulgando é sopesar o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos em detrimento ao princípio da ampla defesa. Dando-se assim, a interpretação mais extensiva às normas constitucionais e processuais, buscando assim contribuir para solidificação de um dos fundamentos da nossa República (a dignidade da pessoa humana). Entretanto, devemos frisar que este posicionamento (utilização de provas ilícitas em favor do réu) deve ser o limite para a mitigação do referido princípio, pois caso seja contrariado e em alguns anos começarmos a usar provas ilícitas contra os réus, *pro societate* (a favor da sociedade), tendemos a caminhar cada vez mais em direção à um Direito e Estado arbitrários, e, sobretudo antidemocráticos.

Conclusão

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos consagrados pela República Federativa do Brasil, a qual possui como premissa fundamental o Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Consoante à Carta Magna, o Estado brasileiro tem por objetivo a construção de uma sociedade justa e isonômica.

A Constituição, conforme analisado no presente estudo, veda expressamente a obtenção de provas por meios ilícitos como disposto no artigo

5º, inciso LVI. Justaposto, o Código de Processo Penal prescreve em seu artigo 157 que as mesmas são inadmissíveis, bem como aquelas que derivam destas, as quais devem ser desentranhadas do processo.

Neste sentido, em harmonia com a doutrina e jurisprudência entendemos que, as normas explicitadas não estão em total consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que elas deixam de lado a possibilidade de utilização destas em benefício do réu, quando são os únicos meios para comprovar sua inocência, prejudicando assim, o princípio da ampla defesa e a teoria da proporcionalidade.

O uso da teoria da proporcionalidade, nestes casos, tem por objetivo a salvaguarda dos direitos do réu. Posto isto, a referida teoria vem mitigando e sopesando o princípio da vedação das provas ilícitas em detrimento do princípio da ampla defesa. Inaugurando uma nova fase para a jurisdição brasileira, uma fase mais garantista e humanitária, atendendo aos preceitos da dignidade da pessoa humana e a tão aclamada justiça popular.

Por fim, realizada a análise do objeto do trabalho, bem como os meios de obtenção deste, identificamos que, a inadmissibilidade de provas ilícitas dentro do processo penal não pode prevalecer em detrimento do direito de ampla defesa do réu. Então, fica estabelecido como resultado do estudo que, é perfeitamente possível, ou seja, há possibilidade, de apreciação das provas coligidas ilicitamente para única e exclusiva benesse do réu, desde que seja o seu único meio de defesa.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. Revista dos Tribunais, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. – São Paulo: Martin Claret, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. STF, **RG na QO no RE 583.937/RJ**, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I- Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único** – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivum, 2019.

LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MORAIS, Paulo Heber de. **Da prova penal**. Campinas, SP: Copola, 1994.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

A miopia dos Tribunais e a subversão da vedação à reforma para pior

*Laiana Sant'Ana Ribeiro*¹

Introdução

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, inserida no contexto do constitucionalismo dirigente, o sistema jurídico passa a vigorar sob novo modelo: agora, o centro de nosso cosmos é a Constituição, em torno da qual giram todos os microssistemas processuais e materiais, e para os quais ela irradia suas normas e parâmetros de interpretação.

Pela constitucionalização do Direito, todo diploma legal deve passar pelo filtro da Constituição, norteadora daquilo que, de fato, se enquadra na ordem social por ela trazida. Em menor escala, no processo penal, cabe à CF reter os resíduos inquisitórios ainda vigentes no ordenamento.

“O modelo constitucional é o processo devido, o qual também informa o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo de atuar” dos agentes processuais, desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo” (GIACOMOLLI, 2016).

Por esse novo viés, sai de cena o processo como mero instrumentalizador de penas e entra como um espaço para a construção participada da decisão, em atenta observância aos direitos fundamentais. A prerrogativa

¹ Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público (EDAMP). Graduada pela Universidade Federal de Ouro Preto. Assessora de Procurador junto ao MPMS.

de punir do Estado como algo utilitarista (os fins justificando os meios) deve ceder lugar ao garantismo – só é válida a sanção que respeitar as regras do jogo democrático.

Dessa “estrutura dialética” (JUNIOR, 2014), Aury Lopes Junior extrai, dentre outros, o direito de se buscar o reexame da decisão judicial. “O fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador)” (JUNIOR, 2014).

O direito ao duplo pronunciamento, embora não expresso na CF, se infere da integração ao ordenamento jurídico dos diplomas internacionais e da estrutura constitucional, ao prever no art. 5º, LV, da CF, que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (GIACOMOLLI, 2016)

Quando se trata de recurso defensivo, vigora na teoria geral, em regra, a ampla devolutividade. Isto é, devolvida a matéria dos autos ao judiciário para apreciação, independentemente dos pontos impugnados pela parte, o órgão julgador pode analisar todo o mérito do caso.

Contudo, havendo recurso exclusivo da defesa, é vedado ao Tribunal piorar a situação do acusado. Afinal, se assim não fosse, o direito ao duplo grau de jurisdição seria relegado ao campo da sorte, com grande risco de o recorrente ser prejudicado por se valer de uma garantia sua, sendo punido por exercê-la. Seria, enfim, tolher essa prerrogativa.

Como bem enfatizou MONTAGNA, se o direito de defesa encontra na possibilidade de recorrer uma de suas principais expressões, “a proibição da *reformatio in pejus* se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito”, já que a finalidade da impugnação é precisamente a de eliminar ou amenizar um precedente provimento que se mostre, ou se afirme, injusto.

Não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercitar sua defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes (Constituição Federal, art. 5º, inc. LV), restaria tal direito esvaziado,

gerando-se por outro lado, o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, enquanto destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade. (CRUZ, 2013).

Não por outra razão, o Código de Processo Penal assentou, em seu art. 617:

O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

A esses limites, Ada Pellegrini atribui o que chama de princípio da personalidade dos recursos.

O princípio da personalidade dos recursos significa que: a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando à parte que não recorreu; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária. (GRINOVER, 2009).

A essência da vedação à reforma para pior é, pois, que diante de um recurso interposto apenas pela defesa, os limites da nova decisão não possam ser mais gravosos ao acusado que os do título objurgado.

Todavia, quando tal princípio é vertido para a dosimetria da pena, a jurisprudência tem demonstrado interpretação bastante míope, distorcendo seu conteúdo e esvaziando-o de qualquer hermenêutica.

Tanto o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul quanto o Superior Tribunal de Justiça, aqui delimitados como âmbito da pesquisa, têm consolidado seus precedentes no sentido de que, conquanto a pena final (seja em cada etapa da dosimetria seja a sanção definitiva) não tenha seu valor aumentado, não incidirá à hipótese *reformatio in pejus*.

A partir disso, permitem-se acrescentar fundamentação desfavorável ao réu não considerada pelo magistrado de origem e até mesmo elevar o patamar da vetorial, desde que, ao cabo, a reprimenda não reste superior àquela já balizada.

A princípio, por uma análise estreita, realmente não se verifica prejuízo efetivo ao condenado. Até porque, a quantia fechada de sua sanção permanecerá inalterada. No entanto, uma visão sistêmica do édito condenatório permite ao intérprete alcançar a conclusão de que se os novos elementos trazidos à condenação lhe prejudicam, a situação do réu foi, sim, agravada a partir de recurso exclusivamente seu.

Afinal, como bem esclarece Ada Pellegrini, a reforma para pior não pode ocorrer “nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo” (GRINOVER, 2009).

Em outras palavras, o interesse de recorrer, o qual decorre da sucumbência, não deve limitar-se à verificação do prejuízo ou gravame causado à parte pela decisão jurisdicional, mas deve incluir o proveito, a vantagem, o benefício que a futura decisão prolatada em grau de recurso possa representar para os interesses da parte recorrente. Autoriza-se, assim, o recurso não pelo que a parte perdeu com a decisão impugnada, mas pelo que ela pode ganhar com o êxito da impugnação. (CRUZ, 2013).

E de modo a trazer clareza ao argumento, exemplifico com breve estudo de julgados de aludidos Tribunais.

1. TJMS – CASO 1

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de condenado em primeira instância pela prática do crime de roubo circunstanciado, requerendo, dentre outras pretensões, a reforma da pena, pois na terceira fase da dosimetria, o magistrado de piso a elevou à metade unicamente em razão do número de majorantes, em flagrante violação à Súmula 443 do STJ².

O Tribunal acolheu a tese defensiva de que a fundamentação apresentada na sentença foi inidônea, o que deveria conduzir ao abrandamento

² Súmula 443 do STJ: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

da pena. Contudo, no afã de manter o recrudescimento empregado, inovou nos argumentos, acrescentando diversas razões que entendeu serem hábeis para obstar o pleito defensivo.

Ocorre que por ser manifestamente inadequada a fundamentação exposta na sentença, caberia ao Colegiado tão somente afastá-la, não podendo trazer elementos novos para a condenação. Em se tratando de recurso exclusivo da defesa, a procedência do pedido deveria resultar na efetiva diminuição da reprimenda.

Entretanto, ao mantê-la no mesmo patamar, piorou a situação do recorrente, já que em vez de revisar a dosimetria favoravelmente, fez a motivação para pior, deixando de dar à parte o que acatou ser procedente. Ora, se não subsistem os argumentos lançados pelo juiz, não cabe ao Tribunal complementá-los, e sim, reconhecer a ilegalidade em benefício de quem a alegou.

Logo, embora a pena final tenha permanecido a mesma, a situação do réu foi piorada em recurso exclusivamente seu, por obstada a melhoria que lhe era de direito.

Não é, porém, o que sustentou o TJMS:

De fato, conforme aponta a d. Defesa do apelante P1³, a fundamentação lançada na sentença indica que o aumento foi aplicado em patamar acima do mínimo legal em razão do número de majorantes, o que, realmente, representaria violação ao enunciado 443 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça. No entanto, as peculiaridades do caso concreto apontam no sentido de que a fração de 1/2 deve ser mantida, especialmente em razão do concurso de pessoas ter sido estabelecido em número de agentes superior ao necessário para a configuração da respectiva causa de aumento. Vale ainda destacar que um dos assaltantes portava uma arma de fogo, a qual foi apontada para a cabeça da vítima P2 durante toda a execução do crime, cuja cena pavorosa foi, inclusive, assistida por seu filho de apenas 02 anos de idade, que na ocasião constantemente chamava pela mãe. Tal aspecto realça a maior reprovabilidade que deve recair sob a conduta, autorizando, novamente, que as majorantes incidam em fração superior ao mínimo legal. **Em adendo, cumpre registrar que apesar de a sentença ter deixado de observar tais aspectos do fato**

³ Nome das partes preservado

delitivo, nenhum obstáculo haverá para a manutenção do acréscimo mediante complementação da fundamentação, já que o *ne reformatio in pejus* somente proíbe o agravamento da reprimenda final, não vinculando a segunda instância à motivação ou *quantum* definido em cada fase da dosimetria, pelo juízo a quo. (TJMS. Apelação Criminal n. 0001204-38.2016.8.12.0025, Bandeirantes, 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. Emerson Cafure, j: 11/06/2019, p: 17/06/2019. Inteiro teor, p. 6-7. Grifo nosso).

2. TJMS – CASO 2

Trata-se de apelação criminal de réu condenado por latrocínio e destruição de cadáver, em que foram consideradas negativas a conduta social, personalidade do agente, motivos e consequências do crime, resultando na elevação da pena-base em 1 ano.

Em seu acórdão, a 2ª Câmara Criminal do TJMS neutralizou a conduta social e os motivos, por carência de fundamentação idônea. Não obstante, conservou a pena-base no mesmo patamar, por aplicação da Teoria do Termo Médio.

Com isso, se na primeira instância cada circunstância judicial negativa agravou a reprimenda do acusado em, aproximadamente, 3 meses, depois de julgada a apelação defensiva, passou a representar 6 meses.

Isso significa que no julgamento de recurso exclusivamente defensivo, embora a pena-base tenha permanecido inalterada, cada circunstância judicial passou a importar o dobro de sanção ao agente. Porém, embora patente, o Tribunal não vislumbrou qualquer prejuízo ao apelante.

A ausência de fundamentação para valorar negativamente a moduladora da conduta social, afronta o disposto no art. 93, IX da CF/88. **Apesar de afastada duas circunstâncias judiciais, no caso não é cabível a redução da pena-base**, porquanto, sendo de 20 a 30 anos de reclusão a pena cominada pelo legislador ao delito em questão, e, estando dosada em apenas 01 anos acima do mínimo legal, a diminuição do *quantum* culminaria em quantidade de pena desproporcional e em desacordo com os parâmetros do art. 59 do CP, já que presentes 02 circunstâncias judiciais desfavoráveis aos acusados. **A impossibilidade de redução, ademais, não implica em *reformatio in pejus*.** (TJMS.

Apelação Criminal n. 0045454-34.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. José Ale Ahmad Netto, j: 31/08/2018, p: 04/09/2018. Grifo nosso).

3. TJMS – CASO 3

Igual trilhar segue a 3ª Câmara Criminal do TJMS. No caso em análise, o réu foi condenado pelo crime de lesão corporal em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Na primeira fase da dosimetria, o juiz sentenciante considerou desfavoráveis ao agente seus antecedentes e personalidade, elevando a pena-base em 21 meses. Na segunda etapa, aplicou a atenuante da confissão, reduzindo a sanção à metade, patamar em que restou assentada.

A defesa se insurgiu contra aludida dosimetria, devolvendo-a para a análise do Tribunal.

Na primeira fase, o órgão adotou o critério objetivo de 1/8 para cada circunstância judicial negativa, resultando no aumento de 8 meses e 6 dias. Entretanto, na etapa intermediária, considerou excessiva a atenuação empregada pelo juiz, substituindo a fração de 1/2 para 1/6. Com isso, em vez de a confissão implicar em 1 ano a menos de pena, passou a ser em 1 mês e 4 dias.

Isto é, em recurso exclusivamente da defesa, em que sequer se discutiu o quanto de diminuição relativo à confissão, o Tribunal o reformulou para patamar expressivamente aquém do fixado na sentença.

Todavia, por haver melhorado a situação do apelante na reprimenda basilar, entendeu não ter havido modificação para pior, já que, ao final, a pena manteve-se inferior à recorrida (9 meses e 10 dias de detenção em detrimento de 1 ano).

Registre-se que, conquanto o magistrado a *quo* tenha aplicado minoração em 01 ano pela confissão, a eleição da fração de 1/6 para tal finalidade, nesta fase recursal, **não acarreta a malfada reforma maléfica ao réu**. Isso porque, é assente e iterativo o posicionamento das Cortes Superiores pela possibilidade de, em apreciação de recurso exclusivo da Defesa, o juízo *ad quem* proceder à

alteração de fundamentos ou critérios utilizados na dosimetria, autorizado pela devolutividade recursal plena da apelação, respeitando-se, todavia, a proibição de agravamento da sanção do condenado, ou seja, desde que mantida ou reduzida a pena final originariamente fixada.

(...)

Deste modo, além de, **em respeito ao *non reformatio in pejus*, não piorar a sanção já garantida ao apenado na instância a quo**, confere-se efetividade ao princípio processual da devolutividade recusal e, sobretudo, ao postulado constitucional da individualização da pena, porquanto alcança-se reprimenda que atende a devida reprovação e prevenção necessárias ao tipo penal cometido pelo acusado. (TJMS. Apelação Criminal n. 0032099-20.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/07/2018, p: 31/07/2018. Inteiro teor, p. 8 e 10. Grifo nosso).

4. STJ – CASO 1

Convalidando o posicionamento consolidado no TJMS, o STJ tem proferido reiteradas decisões no mesmo sentido.

Versa a presente hipótese sobre réus condenados pelos crimes de roubo majorado e extorsão. No primeiro, o juiz desabonou a culpabilidade e os antecedentes dos agentes, as circunstâncias e as consequências do crime. No segundo, culpabilidade, antecedentes, motivos e circunstâncias.

Em sede de apelação única da defesa, o Tribunal Estadual, em relação ao roubo, afastou a culpabilidade e as circunstâncias, conservando os antecedentes e as consequências. Quando à extorsão, conservou os antecedentes e as circunstâncias e excluiu a culpabilidade e os motivos.

Ou seja, em ambos os delitos, das quatro vetoriais desfavoráveis, duas foram extirpadas e duas, mantidas. Contudo, a pena-base das duas infrações foi preservada incólume, por entender o colegiado serem proporcionais.

Interposto Recurso Especial também pela defesa, o STJ declarou legítima a interpretação do pretório estadual, posto que somente haveria reforma para pior se o resultado material final da sentença fosse mais severo ao recorrente, o que não foi o caso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. **PENA-BASE MANTIDA NO MESMO PATAMAR**. NOVA PONDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. **REFORMATIO IN PEJUS**. **INOCORRÊNCIA**. **SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA**. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A nova ponderação das circunstâncias judiciais estabelecida pelo Tribunal de origem não resultou em agravamento da situação do sentenciado. Assim, não ofende o princípio do *ne reformatio in pejus*, segundo o qual, em recurso exclusivo da defesa, a situação do réu não pode ser agravada em relação à pena antes fixada.** 2. Agravamento desprovido. (AgRg no REsp 1736086/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019. Grifo nosso).

5. STJ - CASO 2

Por fim, ilustro com precedente da Sexta Turma Criminal do STJ, em situação parelha, cujos fundamentos reproduzo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 386, VII, DO CPP. (...). **PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL**. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. **NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM E FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA CULPABILIDADE**. **RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA**. **POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA-BASE**. **EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO**. **REFORMATIO IN PEJUS**. **NÃO OCORRÊNCIA**. **QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA**. (...) 3. Quanto ao pleito de redução da pena-base, tem-se que, embora o Tribunal *a quo* tenha afastado a negatificação dos antecedentes, foi justificada, de forma idônea, o desvalor concebido à culpabilidade, sob a tese de que o réu cometera o delito em via de grande movimentação, em plena luz do dia, o que demonstra a sua maior ousadia em perpetrar o delito, bem como a maior reprovabilidade de sua conduta, **não havendo que se falar em violação do princípio *non reformatio in pejus***. 4. Conforme descrito na decisão ora agravada, **segundo a jurisprudência dessa Corte Superior, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das**

reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar *reformatio in pejus* se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada.

5. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revise a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, **sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.** (...) 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1781652/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019. Grifo nosso).

De outro turno, a mesma Sexta Turma conta com importante e elucidativo precedente de relatoria do Ministro Rogério Schietti, em que ele explica, com embasamento teórico, que a pena não se resume à sua quantidade total, e sim, engloba cada item que integra sua dosimetria.

O relator se volve às influências italianas do processo penal para verticalizar a fundamentação:

Por sua vez, Giovanni Leone (Trattato di Diritto processuale penale. v. III. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961) enfatiza – e aqui vai a oportunidade de sua lição – que a proibição de reforma para pior diz respeito a cada item do dispositivo da pena, e não apenas ao total da reprimenda resultante de eventuais operações de determinação da sanção. Portanto – diz Leone – “ se o tribunal admite uma atenuante excluída do juiz de primeiro grau, ou exclui uma agravante admitida por este último, deve reduzir o total da pena e não pode mantê-la intacta” (...). (REsp 1774431/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019. Inteiro teor do acórdão, p. 6, *apud* LEONE, 1961, p. 103).

Conclui ser consequência lógica do afastamento de circunstância judicial, agravante ou causa de aumento a efetiva redução da reprimenda. Mantê-la inalterada é, a toda evidência, um matiz de reforma para pior.

Fica evidenciado, portanto, que, para o exame das fronteiras que delimitam a proibição de reforma para pior, deve ser analisado cada item do dispositivo da pena, e não apenas a quantidade total da reprimenda. Assim, se o Tribunal exclui, em apelo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP, agravante genérica, causa de aumento ou algum crime praticado em concurso, como

consectário lógico deve reduzir a pena do recorrente, e não a manter inalterada, pois, do contrário, estará agravando a situação do apelante.

(...)

Sob essas premissas, portanto, constato a violação do art. 59 do CP, pois, se o Tribunal de origem, ao julgar o apelo exclusivo da defesa, considerou desfavorável ao recorrente cinco circunstâncias judiciais – em vez das seis valoradas negativamente na sentença –, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado. Ao assim decidir, modificou, para pior, a quantidade de aumento atribuída à vetorial remanescente. (REsp 1774431/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019. Inteiro teor do acórdão, p. 6 e 7).

De tudo isso, o que se pretende demonstrar é que se por um lado não há dúvida, no processo penal, quanto à proibição da *reformatio in pejus* para agravar a situação do réu, no seu próprio e único recurso (GRINOVER, 2009), por outro os Tribunais têm interpretado essa regra de maneira bastante limitada – propositadamente, acredito.

Uma vez que as decisões não são compostas apenas pelo dispositivo, mas também por seus fundamentos, é evidente que não só o trecho quantitativo vincula o julgador, mas também o qualitativo.

Se é dado à parte o direito de recorrer da motivação apresentada, significa que esta também é um limite ao título condenatório, limite esse que não deve ser transposto em recurso exclusivamente da defesa. Afronta o ordenamento que recurso do réu sirva de veículo para o acréscimo de novos argumentos que lhe prejudicam, ainda que o Tribunal entenda serem cabíveis.

A par disso, a inovação trazida pelo julgador de 2ª instância é, em muitos dos casos, clara afronta ao contraditório, entendido como poder de influência e direito a não-surpresa. Afinal, a decisão apresentada ao recorrente reflete posições alcançadas subjetivamente pelo julgador, a partir de argumentos não afetados pelo contraditório, já que não trazidos pelas partes. Quebra-se, então, a expectativa processual.

A influência e a não-surpresa são características da proposta de contraditório como garantia da participação. Assim, para que uma decisão jurisdicional seja conforme o contraditório, deve ser garantida a possibilidade a parte de influir na decisão apresentando argumentação sobre o tema da decisão. Nesse sentido, sempre que o juiz for tomar uma decisão de ofício, deve ele possibilitar a parte manifestar-se previamente sobre a matéria, ou seja, influir na decisão. Assim, garantiria o contraditório prévio e não o contraditório diferido ou postergado, através do direito constitucional do recurso. Além disto, como não surpresa o contraditório significa a impossibilidade de uma sentença não refletir a argumentação feita previamente no processo, isto é, uma *terza via*, a parte não pode ser surpreendida na sentença com um argumento que não foi submetido ao contraditório prévio. (BARROS, 2009).

Nesse palmilhar, decisões advindas não da persuasão participada, mas do solipsismo do julgador, não deixam de ser uma forma de ativismo judicial.

A figura do juiz, desde o ponto de vista de *sujeito* do processo entendido como jogo, demonstra que sua participação não é de mero autômato, mas está vinculada às decisões proferidas no curso do procedimento (subjogos) e no seu final, no exercício de sua função jurisdicional, sem olvidar os princípios informadores de sua atuação. Assim é que apesar dessa participação – *sujeito* do processo -, não se pode confundir a função do julgador com a dos jogadores, eis que não assume a condição de *contraditor-julgador*, a qual é exercida pelos interessados, mas de *terceiro-julgador*, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios. (ROSA, 2013).

Ao assim proceder, o judiciário, mais uma vez, recua em seu papel constitucional contra majoritário, aplicando a lei de modo deturpado, para não deixar que o acusado se beneficie de falhas em que incorreu seu julgador. Com isso, o fim de manter a sanção mais gravosa se sobrepõe aos meios do devido processo legal, o qual, na prática, acaba por persistir como mero instrumentalizador de penas.

Ocorre que

Uma democracia não se faz a partir da soma de vários “guardas da lei”, mas sim de uma constituição comunitária que oferece a todo cidadão a garantia de

ser governado pela lei (entendida num contexto em que a legalidade só se legitima sob o manto da constitucionalidade), e não pela vontade de qualquer um de seus representantes. (STRECK, 2012).

“As garantias processuais – no âmbito do processo penal – estão amarradas em um eixo comum que é o sistema acusatório” (STRECK, 2012). Nesse contexto, é de se acompanhar com dose de irresignação a construção jurisprudencial sobre a vedação à reforma para pior e os limites das decisões judiciais, desenvolvendo

(...) anteparos para a atividade jurisdicional, sob pena de que os direitos e garantias inscritos na Constituição, ao invés de serem concretizados pela realização judicial do direito, sejam desvirtuados em uma não concretização (STRECK, 2012).

Referências

- BARROS, Flaviane de Magalhães. **Modelo Constitucional de Processo e Processo Penal**. Arquivo pessoal. Ouro Preto, 2013.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed – São Paulo: Atlas, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.
- GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. **Recursos no processo Penal**. 6. ed. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed – São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- STJ. **Aggravamento Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp: 1736086/RS**, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019. STJ, 2019.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800897260&dt_publicacao=18/06/2019>. Acesso em 7 jul. 2019.

STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp: 1781652/PA**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019. STJ, 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803119134&dt_publicacao=24/05/2019>. Acesso em 7 jul. 2019.

STJ. **Recurso Especial. REsp 1774431/ES**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019. STJ, 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703243747&dt_publicacao=04/02/2019>. Acesso em 22 jul. 2019.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, R.T. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TJMS. **Apelação Criminal: 0001204-38.2016.8.12.0025**, Bandeirantes, 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. Emerson Cafure, j: 11/06/2019, p: 17/06/2019. TJMS, 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=889192&cdForo=0>>. Acesso em 5 jul. 2019.

TJMS. **Apelação Criminal: 0045454-34.2016.8.12.0001**, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. José Ale Ahmad Netto, j: 31/08/2018, p: 04/09/2018. TJMS, 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=801351&cdForo=0>>. Acesso em 5 jul. 2019.

TJMS. **Apelação Criminal: 0032099-20.2017.8.12.0001**, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/07/2018, p: 31/07/2018. TJMS, 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=792609&cdForo=0>>. Acesso em 5 jul. 2019.

A audiência de custódia como instrumento de garantia de legalidade da prisão provisória

*Vinícius César Rodrigues Freitas*¹

*Rejane Alves de Arruda*²

Introdução

A presente pesquisa aborda o instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de garantia de legalidade da prisão provisória decretada pela autoridade judicial, em virtude da existência das causas ensejadoras que coadunam na perpetração da respectiva medida.

A audiência de custódia consiste basicamente na apresentação de toda pessoa presa ou apreendida à autoridade judicial competente para apreciar as circunstâncias da prisão, necessidade de sua manutenção ou decretação, eventual liberdade provisória e averiguação de como sucedeu a circunstância do ato da prisão pela autoridade policial, no que tange a possível tortura ou maus tratos.

O instituto recentemente implementado no Brasil por meio de regulamentação nacional tem gerado efeitos positivos tanto ao governo, no que

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Auxiliar Jurídico.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Especialista em Direito Penal Eletrônico pela Universidade de Coimbra (2015). Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Professora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Professora da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Advogada.

tange aos gastos públicos com o sistema penitenciário, tanto à população carcerária, combatendo sobremaneira a superlotação em presídios, bem como ao indivíduo preso ou apreendido em flagrante delito, no que se refere a sua rápida condução à autoridade judicial competente para análise da sua prisão ou apreensão.

Em que pese a definição técnica e jurídica, o aludido instituto, muito se tem argumentado por intermédio do senso comum de que o principal objetivo da audiência de custódia é libertar toda pessoa presa no prazo máximo de 24 horas, o que não é verdade.

Nesse sentido se faz necessário um estudo específico sobre a audiência de custódia como garantia de legalidade da prisão provisória, desmistificando e ampliando o entendimento acerca da referida audiência, a fim de esclarecer o procedimento legal, os objetivos e sobretudo a sua necessidade.

O presente artigo científico é composto por 2 capítulos, o primeiro trata essencialmente sobre a audiência de custódia, traçando o seu histórico no país, seus fundamentos constitucionais, legais e supraleais, especialmente os tratados internacionais que o Brasil é signatário, a sua incidência e seu objetivo.

O segundo capítulo trata da implementação da audiência de custódia, superando assim a análise da garantia da legalidade da prisão provisória e partindo para os números obtidos com a audiência de custódia no âmbito nacional, com a observância específica nas vantagens públicas proporcionadas pelo instituto em estudo, finalizando com o entendimento dos tribunais superiores sobre o tema em estudo.

1 Audiência de custódia

Por se tratar de um assunto jurídico que ostenta grande importância social e sustenta intenso debate político sobre sua implantação, antes de entrar no mérito do objetivo principal do presente estudo, faz-se necessário

tecer algumas considerações acerca do histórico da audiência de custódia no território nacional, bem como sobre seus fundamentos, sua incidência e sobretudo seu objetivo.

1.1 Histórico

A audiência de custódia possui grande incidência nas discussões acadêmicas e científicas atualmente em virtude da sua recente regulamentação nacional, entretanto o instituto, por um olhar mais conservador, já estava inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 1990.

A princípio o tema foi tratado em dois pactos internacionais nos quais o Brasil é signatário. O primeiro documento trata-se do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, criado em 16 de dezembro de 1966, enquanto o segundo, Pacto de San José da Costa Rica, foi criado em 22 de novembro de 1969.

Entretanto, somente houve determinação sobre a realização da referida audiência quando o Supremo Tribunal Federal, frente a inexistência de regulamentação nacional, na sessão plenária realizada em 09 de setembro de 2015, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 27 de maio de 2015, determinou que juízes e tribunais realizassem audiências para o comparecimento do preso perante a autoridade competente em até 24 horas contadas do momento da prisão, no prazo máximo de 90 dias.

Ato contínuo, em atenção à deplorável situação carcerária do país (PACELLI, 2018) e a determinação judicial oriunda da Corte Superior Extraordinária, a regulamentação prática só se deu na data de 06 de fevereiro de 2015, quando o Conselho Nacional de Justiça lançou o projeto “Audiência de Custódia”, no município de São Paulo/SP, visando a aplicação prática da sistemática instaurada *a priori* nos aludidos tratados internacionais. À época do lançamento, o então presidente do CNJ, Ministro Ricardo

Lewandowski, anunciou que o projeto seria levado para outras capitais do país.

Já na data de 09 de abril de 2015 o Ministério da Justiça, o CNJ e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa assinaram três acordos de cooperação com o objetivo principal de difundir o projeto e motivar a instauração da aludida audiência nos demais entes federativos.

O primeiro acordo almejou o fomento da conjugação de esforços para a devida implantação da audiência de custódia nos estados federativos. O segundo, teve como foco a ampliação do uso de medidas alternativas à prisão, como por exemplo a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou aplicação de penas restritivas de direito. Já o terceiro acordo objetivou a elaboração de diretrizes para promover a política de monitoramento eletrônico.

Ato contínuo, na data de 15 de dezembro de 2015 foi publicada a Resolução nº 213 do CNJ, a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, ou seja, instituiu a audiência de custódia. A aludida resolução entrou em vigor na data de 1º de fevereiro de 2016.

Ainda, a resolução em estudo estabeleceu em seu art. 15 que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias a contar da entrada em vigor da resolução para instaurar a audiência de custódia em suas respectivas jurisdições.

Quanto à jurisdição comum estadual o estado de São Paulo foi o pioneiro quanto à implantação da audiência de custódia, a qual ocorreu no dia 24/02/2015. Durante todo o ano de 2015 todos os estados federativos e o Distrito Federal instituíram a audiência de custódia em suas jurisdições.

Por fim, resta destacar que a audiência de custódia foi tratada no Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 remetido à Câmara dos Deputados, o qual originou o Projeto de Lei 6.220/2016 nesta casa legislativa, o qual visa normatizar a aludida audiência no plano legal federal, com a sua inclusão no Código de Processo Penal.

1.2 Fundamentos constitucional, supralegais e legais

Consoante retro descrito, a audiência de custódia foi tratada, primeiramente, em dois pactos internacionais nos quais o Brasil é signatário, isto é, o tema antes de ser inserido na legislação pátria com o devido revestimento de norma, teve fundamento supralegal para embasar a sua existência no âmbito do direito brasileiro.

O primeiro pacto internacional que o Brasil participou acerca da audiência de custódia foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, criado em 16 de dezembro de 1966. O aludido documento instaurava o dever da autoridade competente a conduzir qualquer pessoa presa ou encarcerada, sem demora, à presença do juiz ou autoridade equiparada.

Já o segundo pacto internacional seguido que o Brasil faz parte ratase do Pacto de San José da Costa Rica, que foi criado em 22 de novembro de 1969. Por sua vez o referido documento também estabeleceu o dever da condução sem demora de qualquer pessoa detida ou retida à presença do juiz ou autoridade equiparada.

Insta salientar que a assinatura de determinado tratado internacional pelo Presidente da República não internaliza a norma no ordenamento jurídico nacional, pois necessita-se da ratificação do respectivo tratado pelo Congresso Nacional, consoante disposto no art. 84, VIII combinado com o disposto no art. 49, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido a ratificação do primeiro documento ocorreu somente em 24 de janeiro de 1992, por intermédio do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 592, datado em 6 de julho de 1992. O segundo documento foi ratificado em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992.

Ainda, de forma indireta, no que tange especificamente a promoção de medidas necessárias com o objetivo de impedir a prática de atos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, o Brasil adotou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou

Degradantes, o qual prevê em seu art. 2º, item 1, o seguinte: “Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição”.

A mencionada convenção oriunda da XL sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 40 de 23 de maio de 1989 e promulgada pelo Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991.

As referidas disposições internacionais são validadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, até porque por tratarem de normas correlatas aos direitos humanos, não encontram vedações ou incompatibilidades com as normas do direito pátrio.

Ainda, a Constituição da República Federativa do Brasil possui disposições específicas que garantem a realização da audiência de custódia em todo o território nacional. Nesse sentido há, por exemplo, a proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III) e a vedação às sanções cruéis (art. 5º, inciso XLVII).

Por existir as disposições internacionais integradas ao direito pátrio brasileiro, não há disposições legais ordinárias que dispõem especificamente acerca da audiência de custódia. Entretanto há institutos que orientam o magistrado a providenciar medidas correlatas às disposições em estudos, relativas à apresentação do preso perante o juiz ou autoridade equivalente.

O Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal, estabelece em seu art. 306, § 1º a obrigação do encaminhamento ao juiz competente o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas.

Nesse diapasão, na hipótese de prisão em flagrante de qualquer pessoa, sempre foi obrigatório, sob pena de ilegalidade, o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, especialmente ao juiz, no prazo de 24 horas após a realização da prisão, entretanto não havia previsão explícita sobre o encaminhamento da pessoa junto com o auto.

Todavia, a regulamentação legal que trata exclusivamente da audiência de custódia se deu pela Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

1.3 Objetivos

É sabido que toda pessoa que comete um crime apenado por penas restritivas de liberdade, sofre determinada mitigação sobre sua liberdade individual pelo Estado (BONFIM, 2016), o qual, em virtude da restrição da liberdade do indivíduo, sub-roga-se na responsabilidade sobre eventuais ofensas ou lesões aos direitos do apenado.

Nesse sentido a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente tem como principal objetivo a observância mínima das garantias individuais fundamentais da pessoa submetida à prisão, expressas no texto constitucional.

A dignidade da pessoa humana, (art. 1º, inciso III), o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIX), a proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III), a vedação às sanções cruéis (art. 5º, inciso XLVII), são exemplos das aludidas direitos fundamentais que a medida em estudo busca garantir.

A rápida apresentação da pessoa presa ou apreendida à autoridade judicial competente possibilita uma análise exclusiva e individual sobre as circunstâncias da prisão no que tange a sua manutenção ou na sua revogação.

Nessa seara o Estado tem a oportunidade de utilizar a audiência de custódia como instrumento de garantia da legalidade da prisão provisória, uma vez que o procedimento disponibiliza ferramentas de análise quase que instantâneas para que eventuais irregularidades e vícios que ensejariam nulidades possam ser evitados.

Nesse diapasão, o jurista Badaró (2014, p. 11), por meio de um parecer jurídico confeccionado acerca da audiência de custódia, em uma análise

aprofundada sobre o aspecto temporal, subjetivo e procedimental do instituto, afirmou que:

A situação de controle de uma prisão já se dá na forma de contraditório diferido, o que diminui a possibilidade de uma efetiva confrontação de argumentos, ainda mais se uma das partes está presa e não tem a chance de procurar documentos ou obter outros meios de prova que demonstrem a ilegalidade ou desnecessidade da prisão. Assim, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar.

A prisão provisória possui previsão legal infraconstitucional e poderá ser decretada como garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sempre que houver a existência do crime e indícios suficientes da autoria, consoante dispõe o art. 312 do CPP.

Na existência de decretação de prisão provisória eivada de irregularidades ou vícios procedimentais a medida se torna ineficaz, uma vez que o real objetivo da aludida medida não alcança sua integralidade, motivo pelo qual a incidência da audiência de custódia se torna medida de extrema importância e conveniência.

Por sua vez, o professor Nucci (2018, p. 772), também entende que a audiência de custódia deve ser adotada como forma de procedimento legal a fim de embasar o controle da prisão cautelar:

Porém, se é mesmo um direito humano fundamental que, segundo alguns, está sendo descumprido desde 1992, não pode ser implantado aos poucos. Ou é direito fundamental ou não é. Ou se tem ampla defesa ou não se tem. É preciso, adotada a audiência de custódia, como forma procedimental legal, para o controle da prisão cautelar, que seja efetivamente implantada em todo o Brasil de imediato.

Paralelo a isso, o tema em estudo busca combater a cultura do encarceramento, uma vez que o sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma constante e assoladora superlotação. Os reflexos da superlotação carcerária

alcançam toda a sociedade, haja vista que corrobora para a intensificação da criminalidade e aumento da violência.

O prévio contato do preso com a autoridade judicial competente permite uma rápida e efetiva análise sobre a necessidade da prisão provisória, sendo que inexistente os pressupostos e requisitos explícitos do art. 312 do CPP, a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão, é medida que se impõe.

Assim, a prisão provisória também será reservada, sempre que necessário, aos presos que preencham fundamentalmente os pressupostos e requisitos para sua determinação, o que resultará em um desafogamento dos estabelecimentos prisionais quantos às prisões desnecessárias, imprimindo logo, a *contrario sensu*, medidas mais úteis para a garantia da ordem pública, até porque nessas hipóteses a prisão provisória se mostra inaplicável

Ademais, outro objetivo do projeto audiência de custódia é a economia do dinheiro público destinado a manutenção do sistema carcerário brasileiro, visto que os gastos públicos são extremamente elevados no que tange ao encarceramento e custódia da pessoa presa.

Nesse sentido, a implantação, bem como a manutenção da audiência de custódia tem como um dos principais objetos a diminuição dos gastos públicos, o que logicamente resulta na economia do dinheiro público, proporcionando assim aos governantes o melhor aproveitamento no que tange aos investimentos em políticas públicas voltadas a prevenção da prática de crimes.

Por fim, além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, servindo assim como instrumento de garantia da legalidade da prisão provisória, a apresentação do preso imediatamente perante autoridade competente, tem como razão também a apuração de eventuais maus tratos e tortura no momento da abordagem pelo agente estatal.

Logo, a análise da condução da abordagem feita pelos agentes estatais competentes pelo policiamento ostensivo induz eventual responsabilização em virtude de maus tratos e/ou tortura, os quais são indubitavelmente

vedados pela Constituição Federal, bem como prevenir a realização das referidas ilegalidades em detrimento da certeza da apuração e consequente punição, se for o caso.

2 A implementação da audiência de custódia

Analisados os documentos regulamentadores da audiência de custódia no território nacional da República Federativa do Brasil, resta observar os resultados oriundos da implantação da referida audiência, recorrendo para tanto aos dados estatísticos disponibilizados que demonstram as consequências da medida de apresentação do indivíduo sem demora à autoridade judicial após sua prisão ou apreensão, especialmente quanto aos objetivos traçados originalmente.

2.1 Números nacionais

Consoante dados estatísticos disponibilizados no site do CNJ, entre o período da implantação da audiência de custódia no primeiro estado da federação, São Paulo em 24 de fevereiro de 2015 até a data de 05 de julho de 2017, foram realizadas um total de 258.485 em todo o país compreendendo para tanto todos os estados federativos e o Distrito Federal.

Desse total de audiências realizadas, um montante 115.497, cerca de 44,68%, resultaram em liberdade, 142.988, cerca de 55,32%, resultaram em prisão preventiva e 27.669, cerca de 10,70%, houve o encaminhamento do adolescente infrator ao competente departamento de assistência social.

Consta no aludido sistema de dados estatísticos do CNJ que no total de 12.665, percentual equivalente a 4,90% do número exato de audiências realizadas em todo o Brasil durante o período supracitado houve alegação de violência ou maus tratos no ato da prisão.

Ademais, consoante dados das inspeções nos estabelecimentos penais, disponibilizados pelo CNJ, no portal do Geopresídios, que deveras

resulta de uma radiografia do sistema prisional fruto do relatório mensal do cadastro nacional de inspeções nos estabelecimentos penais – CNIEP, podemos observar os números que refletem as estatísticas sobre presos e sobre os estabelecimentos penais do Brasil datado em 22 de julho de 2019

De acordo com o quadro nacional do mencionado portal, atualmente o Brasil ostenta uma população carcerária total de 720.238 presos, sendo que em regime fechado cumprem pena cerca de 339.694, em regime semiaberto 117.445, e em regime aberto 10.822. Ainda, compondo o quadro geral, cerca de 6.563 são presos em prisão domiciliar e 245.714 são presos provisórios.

Ainda, com base nos dados referentes ao quadro nacional acerca das informações sobre presos, especificamente quanto aos presos provisórios, percebemos que em 6 (seis) estados federativos mais de 50% da população carcerária são presos provisórios, com devida ênfase no estado de Alagoas, que do total de sua população carcerária, 67,43% são presos provisórios.

Para fins estatísticos o CNJ, no ano de 2016, confeccionou uma revista sobre a audiência de custódia com o objetivo de informar os leitores sobre os números relativos ao sistema prisional resultantes da implantação da audiência de custódia, especialmente quanto ao percentual de soltura e os reflexos nos entes federativos, inclusive sobre a economia de cada estado.

Em uma projeção acerca dos presídios que precisariam ser construídos para suprir o déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais, caso os presos postos em liberdade em audiência de custódia fossem encarcerados por meio da decretação da prisão preventiva e/ou manutenção de eventual prisão irregular pelo período em que a análise preliminar das circunstâncias que fundamentaram a prisão estariam *sub judice*, houve uma considerável economia de R\$ 4.008.158.000,00 (quatro bilhões e oito milhões e cento e cinquenta oito mil reais).

Ademais, o CNJ estima que se o poder judiciário conseguir reduzir a população carcerária em 50% no que tange às prisões provisórias desnecessárias, haverá uma economia de recursos públicos anual de 4,3 bilhões

de reais, visto que a população carcerária passaria de 240 mil presos sem condenação para 120 mil presos,

Também haverá a economia de 9,6 bilhões de reais, visto que a administração pública deixará de construir 240 presídios, considerando o atual número de presos provisórios, o que resultaria em uma economia total de 13,9 bilhões de reais.

2.2 Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Na seara da corte extraordinária, o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades considerou constitucional a realização da audiência de custódia, bem como salientou a importância do referido instituto, inclusive como garantia de direitos individuais constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Na primeira oportunidade, a Suprema Corte, na sessão plenária do dia 20 de agosto de 2015, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, protocolada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), em 12 de fevereiro de 2015, manteve as normas que regulamentam a implantação da audiência de custódia no estado de São Paulo.

Na segunda oportunidade, a Corte Extraordinária ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, na sessão plenária realizada em 09 de setembro de 2015, determinou que juízes e tribunais realizassem audiências para o comparecimento do preso perante a autoridade competente em até 24 horas contadas do momento da prisão, no prazo máximo de 90 dias, notadamente em virtude do instituto com a Constituição Federal.

As análises constitucionais feitas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ostentam efeito *erga omnes* e vinculam os poderes judiciário e executivo da República Federativa do Brasil no que tange ao estipulado sobre a audiência de custódia.

Todavia o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a ausência de realização da audiência de custódia constitui mera irregularidade e

não é suficiente para fundamentar a anulação de eventual prisão cautelar decretada, desde que presente os requisitos delineados no art. 312 do CPC.

O Ministro Rogério Schietti, no julgamento do HC nº 485.355 – CE, salientou sobre a existência de precedente constitucional e vinculante oriundo do Supremo Tribunal Federal, o qual obriga aos juízes e aos tribunais a realização da audiência de custódia, entretanto, no julgamento do RHC 107.529 – RS, sustentou que a não realização da audiência de custódia só acarreta nulidade da prisão preventiva quando evidenciado desrespeito às garantias processuais e constitucionais.

Nesse sentido há outros precedentes que evidenciam o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como o julgamento do HC 492.018 – SP e do RHC 105.470 – MG, os quais concluem que a ausência de realização de audiência de custódia constitui mera irregularidade procedimental e não enseja nulidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, ao versar especificamente sobre o instituto objeto do presente trabalho, decidiu sobre a necessidade da audiência de custódia no território nacional, salientando sobretudo a observância aos preceitos fundamentais, especialmente garantias individuais, bem como a possibilidade de facilitação da análise da legalidade da prisão provisória.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou que a ausência da realização da audiência de custódia constitui mera irregularidade e não enseja nulidade da decretação de prisão cautelar.

Considerações finais.

A audiência de custódia, por ter sido implantada recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, tem se destacado muito nas discussões jurídicas e científicas pela sua importância, sendo que esse motivo sustentou toda a análise feita no presente trabalho.

Superado as informações técnicas e conceituais sobre a audiência de custódia, seus fundamentos, bem como todos seus objetivos, percebemos que o referido instituto processual penal almeja a concretização de um grande desafio para a realidade brasileira no que tange ao direito nacional: proporcionar maior segurança jurídica às prisões provisórias decretadas.

Analizados os elementos procedimentais estabelecidos pelo CNJ, concluímos que as disposições concernentes à audiência de custódia propiciam a observância das normas internacionais seguidas pelo Brasil.

Destaca-se, entre todas as consequências oriundas dos objetivos da audiência em estudo a possibilidade de análise direta, instantânea e individual de cada prisão, no mínimo em flagrante, na qual as circunstâncias de sua manutenção são submetidas a um juízo necessário para a evolução no sistema penal brasileiro.

Nesse sentido salientamos que a audiência de custódia tem servido à comunidade jurídica como instrumento de garantia da legalidade da prisão provisória, até porque resulta em conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou manutenção da prisão preventiva quando assim decretada, após uma análise pormenor dos pressupostos e requisitos jurídicos necessários.

Ainda, compulsando os dados estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, depreende-se que após a implantação da audiência de custódia no território nacional houve considerável economia nos cofres públicos do poder executivo, o que reflete em benefício à população governada.

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar os assuntos relativos à audiência de custódia, entretanto proporcionou à comunidade científica parâmetros indicativos para a realização de novos estudos concernente ao instituto destacado na presente pesquisa.

Insta salientar que no decorrer do desenvolvimento do presente trabalho pode-se observar um gradual desenvolvimento no sistema carcerário de alguns estados da Federação brasileira especificamente

quanto ao número de presos provisórios e os gastos gerados com as suas respectivas manutenções.

Nota-se que a audiência de custódia, se mantida no ordenamento jurídico brasileiro, poderá colaborar cada vez mais ao novo formato de sistema carcerário, livrando da prisão as pessoas que por direito não precisam ser encarceradas e fundamentando concretamente a decretação das prisões preventivas após o contato direto com a autoridade judicial competente.

Ademais, também se concluiu que a falta de uniformidade no trato da audiência de custódia, reflexo direto da inexistência de norma de caráter nacional que versa sobre o assunto, tem desvirtuado as finalidades do instituto, já que pode ser potencializado por alguns entendimentos jurisprudenciais como o de que a não realização da ausência de custódia constitui mera irregularidade procedimental e não enseja nulidade.

Logo, a intensificação do trâmite legislativo quanto ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 remetido à Câmara dos Deputados, o qual originou o Projeto de Lei 6.220/2016 nesta casa legislativa, que visa normatizar a audiência de custódia no plano legal federal, trará benefícios para a comunidade jurídica, principalmente pelo fato do instituto em estudo futuramente estar regulado por Lei Federal, ostentando por conseguinte força normativa superior às resoluções vigentes, para sobretudo superar as dissonâncias procedimentais elencadas na presente pesquisa, com a consequente padronização nacional.

Salienta-se, por fim, que a audiência de custódia não se mostrou um instituto de liberdade deliberada e sem critérios por parte do poder judiciário, mas sim um instrumento de grande valia no sentido de garantir a legalidade das prisões provisórias decretadas em benefício da necessidade jurídica.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 10ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979911/>. Acesso em 31 jul 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique H. I. **Parecer sobre prisão em flagrante e audiência de custódia**. In Academia Edu. Disponível em: https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%Ao_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia. Acesso em 23 jul 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 571.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-Legislativo nº 226: Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 18 abr 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-exposicaoemotivos-146136-pl.html>. Acesso em: 18 jul 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0aboeb26b96fdeaf529fodec09b.pdf>. Acesso em 06 mar 2019.

BRASIL. 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 12 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portal Geopresídios**. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 06 mar 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213/2015: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Diário da Justiça eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, Brasília/DF, 08 jan 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 06 mar 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015**. Brasília/DF, 09 abr 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>. Acesso em 06 mar 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de Cooperação Técnica nº 016/2015**. Florianópolis/SC, 23 set 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/b16d31d90cc505b6foc17b951e6c7fo6.pdf>. Acesso em 06 mar 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 05.10.1988 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm. Acesso em 18 jul 2019.

BRASIL. **Decreto nº 40/1991: Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 18 fev 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do040.htm. Acesso em 18 jul 2019.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 07 jul 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm. Acesso em 18 jul 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678/1992: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 09 nov 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em 18 jul 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941: Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13.10.1941, retificado em 24 out 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jul 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 485.355**. Rel. Min Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, DJe 26 mar 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1804660&num_registro=201803402289&data=20190326&formato=PDF. Acesso em 23 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 492.018**. Rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília/DF, DJe 03 jun 2019. Disponível em: http://online.sintese.com/Repository/ServContent?guid=stj_hc492018sp_101000903858. Acesso em 28 jul 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 105.470**. Rel. Min Sebastião Reis Júnior. Brasília/DF, DJe 20 fev 2019. Disponível em: http://online.sintese.com/Repository/ServContent?guid=stj_rhc105470mg_101000898039. Acesso em 28 jul 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107.529**. Rel. Min Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, DJe 16 maio 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95907458&num_registro=201900123913&data=20190524&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 28 jul 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Rel. Min Marco Aurélio. Brasília/DF, Sessão Plenária 09 set 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 22 jul 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Rel. Min Luiz Fux. Brasília/DF, Sessão Plenária 20 ago 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em 22 jul 2019.

NUCCI, Souza, G. D. **Curso de Direito Processo Penal**, 15^a edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978488/>. Acesso em 23 jul 2019.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 nov1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 07 mar 2019.

Organização das Nações Unidas. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Nova York, Estados Unidos da América, 10 dez 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do040.htm. Acesso em 07 mar 2019.

Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Nova York, Estados Unidos da América, 19 dez 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm. Acesso em 07 mar 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 22ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/>>. Acesso em 31 jul 2019.

Respeito ao contraditório na produção probatória no tribunal do júri

*Paulo César Batista Nunes da Cunha*¹

Introdução

O presente estudo versa sobre alguns aspectos do Tribunal do Júri, importante instrumento de democratização da justiça. Previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição da República de 1988, o procedimento do Tribunal do Júri é responsável pelo julgamento de crimes dolosos contra a vida e conexos.

Para Nestor Távora, “a ideia do tribunal popular é a de que os casos importantes sejam julgados por pessoas que formam a comunidade à qual pertence o acusado” (TÁVORA; ALENCAR, 2013).

O mencionado inciso XXXVIII do artigo 5º indica quatro princípios constitucionais referentes ao Tribunal do Júri: a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

A competência do Tribunal do Júri, infraconstitucionalmente, está prevista no artigo 74 do Código de Processo Penal, que aponta os seguintes delitos: homicídio doloso; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio;

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Pós-graduando em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Faveni. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Educacional da Lapa. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

infanticídio; aborto provocado pela gestante ou por terceiro (BRASIL, 1948).

1 Procedimento do tribunal do júri

Presentes indícios suficientes do cometimento de um crime doloso contra a vida, o procedimento adotado será regido pelos artigos 406 a 497 do CPP, ainda que outros crimes também tenham sido cometidos. Nesse sentido, TÁVORA e ALENCAR (2013): “além do núcleo básico constitucional, vão também a júri as infrações comuns conexas aos crimes dolosos contra a vida”.

De acordo com Aury Lopes Jr., “o procedimento do júri é claramente dividido em duas fases: instrução preliminar e julgamento em plenário” (2014).

Importante apontamento trazido por Nestor Távora sobre a exigência da instauração do inquérito policial para propositura da denúncia:

Os crimes dolosos contra a vida deixam, em regra, vestígios. Isso leva a concluir que o exame de corpo de delito é quase sempre documento indispensável para a comprovação da materialidade delitiva. Daí que se terá, antes do oferecimento da denúncia, um inquérito policial prévio que a instruirá. Isso não descarta a possibilidade de denúncia com outras peças de informação, mas apenas salienta que a regra será a instauração de um inquérito policial para que o suporte probatório inicial seja formado de maneira regular. (TÁVORA; ALENCAR, 2013)

Após investigação preliminar e verificação de justa causa (indícios mínimos de autoria e materialidade), a denúncia é oferecida pelo representante do Ministério Público. A partir do recebimento da denúncia, inicia-se a primeira fase do procedimento com a instrução preliminar.

O réu é citado para oferecimento de resposta à acusação, momento processual adequado para que a defesa arrole testemunhas, oponha exceções e preliminares, especifique provas a serem produzidas nessa fase do

procedimento, junte documentos. Em caso de exceções e preliminares, o representante do Ministério Público poderá se manifestar.

Após essas considerações iniciais, é designada audiência de instrução para que sejam produzidas as provas em contraditório: oitiva de informantes, testemunhas, peritos. Caso o representante do Ministério Público entenda que a instrução probatória aponta outro tipo penal que não o denunciado, poderá requerer *mutatio libelli* de acordo com o artigo 384 do CPP:

Artigo 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (BRASIL, 2018)

Não ocorrendo esse aditamento, os autos são conclusos para juízo de admissibilidade sobre a hipótese do cometimento de crime dolosos contra a vida, nos termos da denúncia ministerial.

Nesse momento, surgem as seguintes possibilidades de decisões: pronúncia (art. 413 do CPP), impronúncia (art. 414 do CPP), absolvição sumária (art. 415 do CPP) e desclassificação (art. 418 e art. 419 do CPP).

A decisão de desclassificação é proferida quando o magistrado confere ao fato criminoso classificação jurídica diversa à atribuída pela denúncia.

Caso essa nova classificação continue sob sua competência em razão do cometimento de outro crime doloso contra a vida – exemplo: foi denunciado por homicídio, mas após a instrução probatória conclui-se ter havido infanticídio -, ocorre a chamada desclassificação imprópria, já que o réu será pronunciado de acordo com a nova classificação atribuída.

Porém, se chegar à conclusão de que não foi cometido nenhum crime contra a vida referente ao fato criminoso, opera-se a desclassificação própria, devendo remeter os autos para o juízo competente.

Quanto à absolvição sumária, “não é apenas uma decisão interlocutória, mas sim uma verdadeira sentença, com análise de mérito” (LOPES JR, pp. 1035). Prevista no artigo 415 do CPP, deve ser proferida em hipóteses de “provada inexistência do fato; provado não ser ele (o acusado) autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal; demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão o crime”.

Já a impronúncia não deve ser entendida como hipótese de absolvição do réu, mas tão somente como decisão que aponta não terem sido demonstrados indícios suficientes (não apenas indícios mínimos) de autoria e prova de materialidade, *a contrario sensu* da decisão de pronúncia.

Nesse caso, a acusação não se desincumbe da demonstração de verossimilhança do cometimento de um crime doloso contra a vida.

Para Lopes Jr., “a decisão de pronúncia marca o acolhimento provisório, por parte do juiz, da pretensão acusatória, determinando que o réu seja submetido ao julgamento do Tribunal do Júri” (2014). Deve-se entender que a decisão de pronúncia não dispõe sobre a condenação do réu, nem exaure a certeza sobre a autoria e a materialidade do fato.

Apenas há juízo de admissibilidade da acusação. Enquanto para o recebimento da denúncia se faz preciso um suporte probatório mínimo, para a pronúncia se requer um suporte probatório mais robusto, médio, que, no entanto, não é equivalente ao conjunto probatório que se exige para a condenação. Na decisão de pronúncia não há juízo de certeza do cometimento do crime, porém é mister que haja possibilidade da acusação, ou seja, o contexto processual deve evidenciar que os fatos estão aptos ao julgamento pelos leigos, seja para absolver ou condenar o acusado. (TÁVORA; ALENCAR, 2013)

Preclusas as vias impugnativas da pronúncia – não se trata de trânsito, pois não faz coisa julgada material, podendo ser desconstituída na fase de plenário -, finda a fase de instrução preliminar do procedimento do Júri.

Inicia-se, então, a segunda fase do procedimento, com a preparação para julgamento em plenário. Logo no artigo 422 do Código de Processo Penal temos a seguinte disposição:

Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência. (BRASIL, 2008)

Trata-se do dispositivo que determina a intimação das partes para especificarem as provas a serem produzidas no plenário do tribunal do júri. Como se pode observar, são admitidas provas testemunhais, documentais e ainda outras diligências, como provas periciais antes da preparação do Plenário.

2 Produção de provas e identidade física do juiz

Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, com a mudança do processo penal para a matriz acusatória, democrática e voltada à defesa dos direitos fundamentais, ainda permanecem práticas inquisitoriais que devem ser combatidas.

A redemocratização não gerou uma onda renovatória jurídica suficiente para garantir a aprovação de uma nova codificação nos direitos penal e processual penal, como ocorreu com o Código Civil (2002) e, mais recentemente, com o Código de Processo Civil (2015).

De acordo com Geraldo Prado, o Brasil foi uma das exceções da América Latina nesse aspecto:

Comprovando a histórica tese de seu absoluto desligamento do restante da realidade latino-americana, o Brasil não seguiu a tendência da esmagadora maioria das nações do subcontinente que, em maior ou menor velocidade, substituíram obsoletos e autoritários diplomas de regência do processo penal por Códigos conformados às orientações de garantia e eficiência que dimanam do Sistema Regional de Direitos Humanos, particularmente das decisões e atos normativos (informes) da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos humanos (PRADO, 2018).

Dessa forma, a Constituição de 1988 acaba encontrando muitas barreiras para efetivação de seu projeto democrático e aplicação de seu amplo leque de direitos e garantias:

O projeto constitucional de transição para a democracia buscou amparar-se no fortalecimento do patrimônio de direitos e garantias individuais, direitos e garantias que as ditaduras brasileiras do Século XX haviam sacrificado de modo legal e sistemático (PRADO, 2018).

Portanto, ancorado a um Código de Processo Penal da década de 40, “influenciado pelo CPP Italiano, ou Código Rocco” (GIACOMOLLI, 2016), restou às forças democráticas brasileiras aprovar reformas parciais, alterando alguns pontos, mas mantendo uma estrutura geral atrasada.

Entre 2003 e 2011 o governo brasileiro, incapaz de negociar com o Legislativo a edição de um Código de Processo Penal, buscou a via das reformas parciais (Quadro IV), alterando capítulos relevantes do CPP. (PRADO, 2018)

Para Giacomolli (2016), apesar das reformas pontuais, essa ideologia fascista italiana da década de 30 acabou por influenciar todo sistema processual criminal brasileiro.

Em 2008, ocorreram algumas reformas pontuais no Código de Processo Penal, como as aprovações das Leis n. 11.719/2008 e 11.689/2008, que alteraram preceitos dos procedimentos comum e do Tribunal do Júri.

Importante dispositivo acrescentado vem a ser o §2º do artigo 399, que consagrou o princípio da identidade física do juiz: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Para Aury Lopes Jr (2014):

O princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observância dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade. Foi seguindo essa lógica que se procedeu a alteração procedimental para criar condições de máxima eficácia dos subprincípios.

Ou seja, determinando que o magistrado acompanhe a instrução probatória diretamente, espera-se que haja uma melhor percepção sobre o

acervo produzido pelas partes. Havendo uma melhor conexão do julgador com a atuação das partes em audiência, o contraditório – enquanto capacidade do ator processual de influenciar a decisão – sai fortalecido.

O princípio da identidade física afeta diretamente a maneira como o juiz “sente” a prova e os fatos reconstruídos no ritual recognitivo da instrução. (LOPES JR, 2014)

Uma vez que no Tribunal do Júri adota-se o sistema da íntima convicção, em que “o juiz não precisa fundamentar a decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação de provas” (LOPES JR, 2014), a cautela deve ser ainda maior quanto à garantia de apreciação integral das provas sem intermediários.

Herivelton Figueiredo, no mesmo sentido, leciona:

A imparcialidade dos jurados é ainda mais vulnerável, porque se contrapõe ao sistema da persuasão racional ao adotar a íntima convicção não fundamentada adotado nos julgamentos do Tribunal do Júri no Brasil, isso dá ao seu julgador a liberdade de decidir conforme suas convicções pessoais, ideias, conceitos e preconceitos, e muitas vezes por tudo aquilo que já lhe foi informado extraprocessualmente acerca do caso em si e poderá julgar assim sem necessitar de motivar tal ato decisório burlando por via oblíqua a garantia das garantias que é o direito a um julgamento justo (FIGUEIREDO, 2019).

Assim, assumindo maior cautela quanto à instrução processual diante do Conselho de Sentença, surgem relevantes questionamentos sobre seus limites.

3 Questões polêmicas sobre produção probatória no júri

Como visto ao final do capítulo anterior, a produção probatória em plenário admite oitiva de testemunhas, peritos, apresentação de documentos.

Quanto às provas documentais no tribunal do júri, o Código de Processo Penal, no artigo 479, permite a apresentação para instrução perante

os jurados, desde que o documento tenha sido juntado no prazo mínimo de 03 (três) dias antes do Julgamento.

Art. 479 Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (BRASIL, 2008)

Contudo, ainda se discutiu qual seria a legítima interpretação do direito previsto no artigo 479, que materializa o contraditório.

Para André Peixoto de Souza:

A principal intenção da regra contida no art. 479 do CPP é evitar surpresa às partes no plenário do júri. Em geral, todo e qualquer material a ser lido, debatido, demonstrado e manuseado na sessão de julgamento DEVE ESTAR nos autos em até três dias úteis (e inteiros) antes da sessão.

No julgamento do Recurso Especial 1.637.288/SP, em 08 de agosto de 2017, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017) determinou que o prazo de três dias se refere não apenas à mera juntada dos documentos, mas à efetiva ciência e análise da parte contrária sobre os mesmos. Nesse sentido, o Ministro Sebastião Reis:

De nada serviria esta exigência legal se permitíssemos que a ciência se desse apenas, por exemplo, às vésperas da sessão de julgamento, sem que a parte tivesse tempo suficiente para conhecer a fundo o documento e colher elementos para, se for o caso, refutá-lo. A lei seria inócua. De nada adianta a exigência de que o documento seja juntado em tempo razoável se não vier acompanhada da necessidade de que a parte contrária seja cientificada também em tempo razoável da juntada. (BRASIL, 2017)

Entendemos que o prazo previsto no artigo 479 do CPP é uma reafirmação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por possibilitar

um mínimo de lapso temporal para preparação da outra parte para o embate acerca da prova anexada.

Se o objetivo da Constituição da República e do sistema acusatório é o fortalecimento do contraditório, surge discussão sobre a possibilidade da juntada de termos de depoimentos para uso em plenário.

Os termos de depoimentos são decorrentes das transcrições de oitivas de pessoas, como ofendido, testemunhas, nos termos do artigo 216 do CPP: “O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”. (BRASIL, 1942)

Assim, o depoimento da testemunha deve ser feito oralmente, nos termos do artigo 204, sendo proibido que seja trazido por escrito, tampouco que seja feita “mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória para ratificação” (STJ – HC 183.696, 6ª Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura). (BRASIL, 2010).

Portanto, nosso primeiro obstáculo ao uso de termo de testemunho como prova documental é em relação à oitiva na fase pré-processual.

Trata-se de prática inquisitorial presente no cotidiano forense, em que são empurrados pela acusação declarações da fase de investigações, tomados sem respeito ao contraditório, à ampla defesa e à supervisão judicial, muitas vezes até mesmo sem presença do advogado do acusado.

No *Habeas Corpus* supramencionado, a ministra Maria Thereza afirma que o artigo 204 do CPP já exige a oralidade na prestação do depoimento. Ainda, assevera não ser possível averiguar a autenticidade da prova sem a narração dos fatos pela testemunha perante as partes e o juiz.

A doutrina processual penal, a exemplo de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013), rejeita o uso de elementos produzidos na investigação preliminar como provas processuais, não se prestando a fundamentar futura sentença, à exceção das não repetíveis, cautelares e antecipadas, conforme artigo 155 do CPP.

Leciona Geraldo Prado (2018):

Outro aspecto característica da inquisitorialidade é a preservação de poderes para decretar a prisão preventiva de ofício, durante o processo, e a tendência de sobrevalorizar em juízo os elementos probatórios colhidos na mencionada investigação, etapa de instrução preliminar.

Portanto, declarações tomadas na fase pré-processual devem ser sumariamente rejeitados, salvo os produzidos de forma antecipada, cautelar ou não repetíveis.

Passamos, então, a discutir sobre a possibilidade do uso de depoimentos tomados na fase de instrução preliminar do procedimento do Júri. Como já estudado, na primeira fase desse procedimento, há produção probatória, com designação de audiência de instrução e julgamento, para persuadir o magistrado sobre a presença de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como ausência de causas excludentes de ilicitude, culpabilidade, até a pronúncia do acusado.

Caso determinada testemunha seja ouvida na audiência de instrução e julgamento, poderão as partes apresentarem seu termo de depoimento, produzido sob o manto do devido processo legal, perante o plenário do Tribunal do Júri?

Entendemos que não. Ainda que sejam observados os princípios da ampla defesa, devido processo legal, controle judicial sobre o procedimento, o juiz natural para julgar o mérito de forma ampla dos crimes dolosos contra a vida e conexos é o Conselho de Sentença, composto pelos jurados.

De acordo com Ronaldo Brêtas e Débora Fioratto (2010):

O processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais garante às partes (afetadas pela decisão) o contraditório, como forma de participação em simétrica paridade, na construção da sentença. Portanto, o princípio da fundamentação das decisões deve ser repensado, em conexão com o princípio do contraditório, uma vez que as partes construirão a decisão através de uma efetiva argumentação durante o processo e não mais o juiz, como pensou os instrumentalistas, por meio de sua atuação única e exclusiva no processo.

Logo, se o contraditório é o direito das partes participarem da construção do convencimento do julgador e o juiz natural é o Conselho de Sentença, a produção probatória deve ser voltada aos jurados. É para esse caminho que Aury Lopes Jr. (2014) aponta:

Por fim não podemos esquecer o magistério sempre autorizado de Magalhães Gomes Filho, no sentido de que a observância ao contraditório na introdução da prova no processo assume seus contornos mais característicos em relação à inquirição das testemunhas, pois se trata de prova de estrutura complexa, em que se ressaltam dois componentes essenciais: a narração do fato e o comportamento do depoente; disso decorre a constatação de que a aquisição da prova não se limite à documentação de uma informação, mas exige uma participação ativa de quem realiza a inquirição, com o objetivo de se proceder, concomitantemente, a uma valoração sobre a idoneidade do testemunha.

Para Herivelton Figueiredo (2019), a atividade processual de convencimento do magistrado passa por aspectos psicológicos:

Na realidade os aspectos cognoscitivo e argumentativo são simultâneos em toda a atividade processual em uma mescla indissolúvel de comportamentos humanos e processos psicológicos que excede em muito a simples verificação fática e normativa do conjunto de elementos para resolver o caso (FIGUEIREDO, 2019).

Por conseguinte, a mesma leitura feita pelo STJ no *Habeas Corpus* 183.696 (BRASIL, 2010) em relação ao uso de provas pré-processuais deve ser utilizada quanto às outras provas colhidas em fases anteriores. Se o destinatário das provas no Tribunal do Júri é o Conselho de Sentença, as testemunhas devem ser inquiridas e contraditadas diante dos julgadores.

A oportunidade de exercer o contraditório e efetivamente persuadir o juiz natural da causa é em plenário, onde, obrigatoriamente, as alegações finais são realizadas de forma oral.

Para compatibilizar os princípios do contraditório como participação e influência, da ampla defesa, do método da persuasão racional, da fundamentação das decisões, do modelo acusatório, da identidade física do juiz,

entende-se que deve ser indeferido o uso de termos de depoimentos para leitura perante os jurados

Caso as testemunhas sejam imprescindíveis ao mérito do feito, devem ser inquiridas em plenário, salvo em situações excepcionais de impossibilidade de repetição da prova, como testemunha doente ou falecida.

Considerações finais

Devemos entender que o processo penal sob nossa matriz constitucional deve passar pelo contraditório para legitimar a decisão judicial a ser proferida. A exigência de participação racional das figuras processuais, através da produção probatória, contribui para a imparcialidade do juiz, que deve ser equidistante.

O contraditório não se trata apenas de conceito de ação-reação das partes, mas de princípio multifacetado: garantia de possibilidade de influência na decisão judicial, garantia de não surpresa. Assim, possui extrema importância em qualquer julgamento. Porém, ganha mais relevo quando estamos diante de juízes não-togados.

Se a ideia de persuasão do juiz através das provas advém da necessidade de fazê-lo acompanhar a produção probatória sempre que possível, e nisso a legislação processual acertadamente previu o princípio da identidade física do julgador, então entendemos que toda a instrução deve ser feita em Plenário.

Não basta que determinada testemunha tenha sido ouvida na fase de pronúncia, é preciso que seja reinquirida perante os julgadores naturais para o mérito da ação, sob pena de não poder ser apresentada e de sequer ser valorada.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 outubro de 1941. Disponibilizado em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em jul. de 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponibilizado em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em jul. de 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.689**, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de junho de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm#art1>. Acesso em jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Habeas Corpus 183.696/ES**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJU 27/02/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114199&num_registro=201001603190&data=20120227&formato=PDF>. Acesso em jul. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial 1.637.288/SP**. Rel. para Acórdão Min. Sebastião Reis. DJU 01/09/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1614764&num_registro=201602972190&data=20170901&formato=PDF>. Acesso em jul. de 2019.

BRÊTAS, Ronaldo; FIORATTO, Débora Carvalho. A Conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP/UERJ**. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23088/16444>>. Acesso em setembro de 2019.

FIGUEIREDO, Herivelton Resende. **A influência dos meios de comunicação exercida sobre o juiz criminal**. Ed. Processo. Rio de Janeiro, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica**. Ed. Atlas. São Paulo, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

PRADO, Geraldo. **Estudos Jurídicos**. Ed. Contracorrente. São Paulo, 2018.

SOUZA, André Peixoto de. Utilização de materiais em plenário do júri: limites hermenêuticos. **Canal Ciências Criminais**. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/utilizacao-de-materiais-em-plenario-do-juri-limites-hermeneuticos/>>. Acesso em setembro de 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Ed. Juspodium. Salvador, 2013.

Imparcialidade judicial e meios de comunicação social

*Herivelton Rezende de Figueiredo*¹

Introdução

Como o direito está hoje na “era da imagem” a relação entre o tribunal e sociedade não pode ser propriamente entendida se apartada dos meios de comunicação. Para muitos elas são a primeira fonte de conhecimento do sistema judicial. Os tribunais são a arena formalmente construída onde o significado das condutas sociais é determinado. Logo, qualquer influência pública sobre a imagem dos tribunais invariavelmente interfere na habilidade do tribunal de ser o mecanismo legitimado para cumprir a função de definir os limites aceitáveis de um comportamento (SURETTE, 2007, p. 118).

Os meios de comunicação social atuam como uma mediação simbólica das expectativas sociais influenciando a opinião pública. Pode-se conceituar opinião pública como grupos de indivíduos que agem em torno de sentimentos, possuindo uma força legitimadora ou enfraquecedora do poder, por isso, não raras vezes, o magistrado consciente ou inconscientemente busca satisfazer a opinião pública, exemplo disto pode ser encontrado no clamor público criado pelos órgãos da mídia em torno da necessidade de prisão preventiva, funcionando como uma antecipação da pena.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Quando o juiz é movido apenas pela verdade midiática, desnatura toda a estrutura do processo penal, torna-se parcial, pois apesar do processo penal e dos meios de comunicação buscarem a verdade real, o discurso linguístico da mídia é diferente, pois ela está condicionada a velocidade (a notícia que importa é a do tempo presente), simplificação dos fatos (a construção dos fatos deve ser de uma forma onde todos compreendam, a solução do problema deve ser rápida e fácil de ser assimilada por todos), é inquisitiva (tudo pode ser usado para convencer o público como, por exemplo, edição de imagens, gravações ilícitas, boatos, ademais não há contraditório visto que o jornalista seleciona, relata e atribui uma carga valorativa aos fatos). Já o processo penal necessita do tempo para a construção da verdade, pois a sentença é fruto de argumentos e provas trazido pelas partes visando influenciar a convicção do juiz; é de natureza complexa, porque possui todo um rito procedimental a ser observado, inclusive sobre a obtenção das provas, para garantir que a verdade construída processualmente seja justa; é acusatório ao impor o ônus probatório à acusação, visto que ela deve destruir por meio de argumentos e provas a presunção de inocência do acusado, e também há uma separação entre as partes (acusação e defesa) e o juiz que se mantém equidistante a elas.

1 Conceito de imparcialidade judicial

A imparcialidade é um princípio que dirige a forma pela qual se estrutura o processo, pois em síntese ela é a ideia de tratamento igualitário dado pelo juiz às partes para um julgamento justo (sem favoritismos), isso implica em todo um arcabouço instrumental necessário dentro do processo para garantir um julgamento justo (imparcial), sendo elas: a independência do Poder Judiciário, proibição de tribunal de exceção, distribuição de competências, prerrogativas e vedações constitucionais da magistratura, sistema acusatório, vinculação à verdade processual, impedimento e suspeição. Esta estrutura processual confere o aspecto objetivo da imparcialidade judicial.

A ideia de juiz imparcial condensa vários conteúdos na medida em que se trata de juízo justo. Portanto, dizemos que é imparcial todo aquele que valora um conflito sem ódio nem paixão, sem interesse no litígio, sem envolvimento com as partes, ou seja, o comportamento do julgador constituindo o aspecto subjetivo da imparcialidade.

Embora, seja pedir muito que o juiz não tenha conhecimentos externos sobre o assunto, isto não o impede de julgar, tampouco o sentimento de simpatia ou rejeição consciente ou inconsciente.

Apesar de demasiado vasto a identificação da imparcialidade com a ausência de preconceitos é paradoxalmente reduzida. Em primeiro lugar, porque a imparcialidade não é a ausência preconceitos internos, pois afinal todos nós temos. Em segundo lugar, a margem de certos preconceitos ou exteriorizações, há outros fatores que podem mediatizar indevidamente a decisão judicial como, por exemplo, a pressão dos meios de comunicação insuflando a opinião pública para pensar de determinado modo com relação ao julgamento (VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 118).

Portanto, o aspecto subjetivo da imparcialidade não significa estar atrelada a neutralidade, mas assumir uma postura equidistante das partes e dos interesses envolvidos para uma compreensão justa do problema sem olvidar sua concepção de mundo. Mas, cabe destacar que sua concepção de mundo não deve estar atrelada unicamente ao que a mídia defende ou a pressão da opinião pública, porque isso deixaria a verdade construída processualmente sob o crivo do contraditório em um segundo plano.

2 Julgamento midiático

O sistema judicial pode ser examinado de três formas pela mídia: 1 – Entretenimento. 2 – Desenvolvimento de um julgamento pela mídia. 3 – Associação com um prejulgamento da opinião pública. Direta ou indiretamente a mídia distorce a imagem do Poder Judiciário, seja como um reforço na fiscalização pela aplicação da lei, ou como alusão a uma espécie de poder ingênuo, que repetitivamente pelo devido processo legal

absolve pessoas obviamente perigosas e culpadas (SURETTE, 2007, p. 120).

Como entretenimento a mídia funciona como uma cerimônia de expiação na qual a culpa de todo mundo é canalizada (midiaticamente) sobre os ombros de um ou alguns culpados. Trata-se de um ritual de purificação dos pecados dos demais (ou da própria mídia). Nesse sentido, todos os réus são culpados pelos seus crimes na medida em que são devidamente selecionados para tornarem-se bodes expiatórios, porque, embora culpados, acabam por fazer parte de um ritual de exculpação nacional (dos outros). Descarrega-se nesse bode expiatório a culpa de todos, gerando um tipo de purificação da alma².

Já o julgamento midiático não se trata apenas de uma mediação da justiça, mas a produção de juízos de valores pelos meios de comunicação e o questionamento dos efeitos da justiça estatal, ou seja, a mídia se apropria dos elementos do discurso da justiça realocando-as de seus sentidos, inscrevendo em novos espaços, assim a cobertura midiática dos casos não será ingênua, pressionará os tribunais que se sentirão vigiados por uma audiência que segue seus passos por meio do jornalismo (RODRÍGUEZ, 2011, p. 297).

O prejulgamento da opinião pública funciona na intimidação dos juízes, que estão sendo compelidos a seguir a cartilha do poder punitivo, agora transformado em uma espécie de religião dogmática. Na medida em que as instituições vão se fragilizando, a mídia vai ganhando mais força e, com efeito, ela exerce pressão sobre os operadores jurídicos, especialmente sobre os juízes dificultando a análise isenta e imparcial de cada caso consoante os ditames da justiça. Em primeiro grau, essa influência está se tornando cada vez mais evidente a ponto de o juiz ter medo de liberar as pessoas presas deixando essa tarefa para os tribunais. Paradoxalmente, quando isso acontece, passam a ocupar um papel de opressor e oprimido ao mesmo tempo.

²A locução bode expiatório conta com vários significados: a) alguém inocente que carrega o pecado de todos e é sacrificado por isso; b) alguém inocente é escolhido para responder por algo que não fez (e no final acaba inocentado); c) sobre os ombros de um culpado ou de alguns culpados se descarregam as culpas de todos os membros da comunidade, que ficariam purificados (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 54).

É opressor diante do acusado e oprimido pela pressão midiática. Muitos juízes estão sendo estigmatizados pelo populismo penal midiático colocando em risco, cada vez mais, a garantia do juiz imparcial e independente. A mídia não é a única fonte de influência no funcionamento da justiça, mas não há como negar a relevância do seu poder de pressão (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 171-172).

3 Imparcialidade judicial e mídia

Não há uma definição legal de imparcialidade, mas há contornos legais previstos na Constituição e no Processo Penal (suspeição e impedimento), que constituem as garantias de uma justiça imparcial.

Na Constituição temos cinco poderes/deveres do Poder Judiciário: 1) a configuração do Poder Judiciário como independente (Art. 2º); 2) a proibição de tribunal ou juízo de exceção (art. 5º, XXXVII) o que implica na predeterminação legal impedindo a nomeação *ad hoc e post factum* do juiz em determinado caso concreto da jurisdição; 3) a necessidade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); 4) a distribuição de competências e organização dos tribunais (arts. 101 a 126); 5) as garantias e incompatibilidades dos juízes (art. 95). Para demonstrar o poder da mídia sobre a imparcialidade do juiz vamos ressaltar os poderes/deveres da independência e da motivação das decisões judiciais (FIGUEIREDO, 2019, p. 140).

A independência se define com uma determinada posição jurídica de seus titulares a uma posição de não subordinação a um poder maior ou autoridade em exercício da função jurisdicional. Esta qualidade aparece com a opção política de independência dos poderes constitucionalizados. Seu complemento é a submissão à lei de modo a assegurar que a função jurisdicional não fique submetida a nada, vale destacar que isso é a exigência do moderno Estado Constitucional (VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 128).

A independência do juiz pode ficar comprometida, por exemplo, quando a mídia durante sua campanha contra determinado réu diz que o

juiz tem compromisso na luta contra o crime e assim pressiona-o por meio do populismo penal visando comprometer sua independência, pois atua como uma espécie de poder, embora não constitucionalizado, capaz de mobilizar a opinião pública contra o Poder Judiciário. Isso é o mesmo que dizer que o juiz criminal está vinculado à acusação. Porém, o compromisso do juiz é com o direito, porque do contrário o magistrado será mero agente panfletário vinculado a preconceitos ideológicos em detrimento da correta aplicação da lei penal. Entretanto, não significa que o magistrado deva ser um sujeito omissivo frente ao procedimento criminal, pois, embora não tenha compromisso na luta contra o crime, há um compromisso com o ordenamento jurídico no qual o juiz pondera entre dois valores irrenunciáveis que é o descobrimento da verdade real e a garantia dos direitos fundamentais do acusado. Por isso, perseguir a verdade a todo custo sofre temperamentos em razão do sistema acusatório baseado nas funções distintas de acusar, defender e julgar atribuídas as pessoas distintas, o que significa dizer que enquanto sujeito processual imparcial o juiz não possui a prerrogativa da iniciativa processual e as atuações de ofício devem revestir-se de extrema cautela para não tomar partido de uma das partes (GRANDIS, 2008, p. 253).

A obrigação de motivar as decisões judiciais surge como elemento legitimador do Estado Democrático uma vez que o exercício da jurisdição é considerado válido sempre que fundamentado adequadamente de modo racional, hábil a proporcionar o conhecimento das razões adotadas pelo órgão judicial (FREITAS, 2010, p. 276).

No entanto, nem sempre há uma coincidência entre as razões que o juiz expressou na motivação e aquelas consideradas como motivos reais da decisão. Por isso, a revelação de determinadas características metajurídicas em uma decisão pode fornecer indícios sobre a verdadeira motivação do juiz. Neste campo metajurídico a ingerência midiática pode reduzir o processo hermenêutico desenvolvido pelo juiz na decisão judicial por meio de uma construção da social do crime (SOUZA, 2010, p. 219-220).

Logo, podemos encontrar decisões judiciais que se sustentam na repercussão dada ao fato pelos meios de comunicação social. Porém, também é possível que as decisões sejam fundamentadas sem revelar nelas as razões íntimas que levou o magistrado a decidir de uma maneira e não de outra.

4 Leading cases

No caso Suzane Von Richthofen acusada e condenada pelo homicídio de seus pais, tal fato teve grande repercussão na imprensa culminando em uma reportagem no qual o jornalista clandestinamente gravou a conversa entre a ré e seu advogado que a orientava para chorar durante a entrevista, no dia seguinte Suzane teve sua prisão preventiva decretada sob o fundamento de preservar os jurados contra as investidas da ré como se no Tribunal do Júri a ré não pudesse legitimamente chorar para tentar sensibilizar os jurados. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a cautelar, mas com outro argumento: que a segurança da ré não poderia ser garantida acaso libertada. No Superior Tribunal de Justiça também se optou por manter a prisão preventiva (SCHREIBER, 2008, p. 207-208).

Entre os votos cabe ressaltar o do Ministro Paulo Medina denegando a ordem de *Habeas Corpus*.

Denego a ordem de habeas corpus, esperando a compreensão do mestre Nilson Naves, pedindo tolerância por essa interpretação que faço, interpretação que vem da consciência, interpretação que vem ao encontro da aspiração da sociedade brasileira. Não que eu defenda em ser servil à sociedade. Não, não sou. Não que eu defenda medo ou temor da imprensa. Não. A imprensa e a sociedade não têm nenhuma influência sobre mim. Mas penso que, agora, elas falam a voz da razão, falam a voz da necessidade de se preservar os aspectos que a garantem, de demonstrar que, aqui e acolá, se exigirá a reação do Poder Judiciário na prestação jurisdicional em nosso País (HC – 58813).

Atualmente no Brasil temos um progressivo questionamento da atuação do ex-juiz Sérgio Moro na Operação Lava Jato acerca da sua

imparcialidade em razão das conversas com a acusação por meio do Telegram, divulgadas pelo jornalista Glenn Greenwald, que a meu ver, com a devida vênia, mostra o juiz instruindo a procuradoria a produzir provas contra o ex-presidente Lula, ou seja, trata-se de uma atuação flagrantemente parcial (suspeito), conforme dispõe o art. 254, IV do CPP (o juiz dar-se-á suspeito se tiver aconselhado qualquer das partes). Mas, antes mesmo desse fato o ex-juiz Sérgio Moro por meio da sua conduta deixou em evidência a sua falta de imparcialidade, cito duas delas:

1 - o episódio da ilegal condução coercitiva do ex-presidente para que fosse ouvido pela polícia federal, sem que tivesse, em momento anterior algum, se negado a fazê-lo, o fato teve ampla cobertura midiática, tudo a fim de ir conduzindo e formando a opinião pública em desfavor da ex-presidenta Dilma, às vésperas do julgamento do processo de *impeachment*.

2 - Em março 2016, Moro quebrou o sigilo de grampos telefônicos de Lula. A partir disto, divulgou uma conversa, gravada pela Polícia Federal, do ex-presidente com a então presidenta Dilma Rousseff sobre uma possível nomeação para torná-lo ministro. O fato intensificou a crise do governo que culminou com o impeachment de Rousseff em abril do mesmo ano. O então juiz Sérgio Moro havia determinado o fim da interceptação telefônica às 11h12min. No entanto, o trecho colhido e divulgado é das 13h32min. O Art. 10 da Lei 9.296/96 dispõe que constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (FERREIRA FILHO, 2019).

Essa orquestração política para derrubar o PT utilizando o processo penal com o fim de torná-lo um julgamento midiático fica mais nítido após o PT perde a eleição presidencial e logo em seguida o juiz Sérgio Moro exonera-se da magistratura para tornar-se Ministro da Justiça em 2019, posteriormente, no dia 12 de maio de 2019, o presidente Bolsonaro divulgou que prometeu indicar Moro para o STF, ou seja, pela conduta do ex-juiz parece que o processo penal juntamente com o sensacionalismo da mídia sob o argumento de combate a corrupção foi usado para retirar o

PT do poder e colocar seus rivais do qual Moro faz parte no Palácio do Planalto, caracterizando o art. 252, IV do CPP (o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que ele próprio (...) for diretamente interessado no feito).

Assim, a quebra da imparcialidade se revela quando constatamos nesses exemplos que: 1 - o Poder Judiciário não foi independente frente ao poder da mídia e da opinião pública, posto que a mídia promovia uma campanha de combate à corrupção usando o PT como bode expiatório e o juiz do caso aparentemente deixou-se levar por essa ideia de justiça midiática ao realizar essas duas irregularidades processuais apontadas; 2 - essas duas decisões judiciais, em razão das suas irregularidades, deixaram transparecer no seu campo metajurídico uma vontade consciente ou inconsciente de combater a corrupção a todo custo, reverberando na mídia, esta por sua vez influenciou a opinião pública com tamanha força que mudou os rumos políticos da nação com o processo de *impeachment* e o resultado das eleições presidenciais, ou seja, o processo penal tornou-se inquisitorial; 3 - na troca de mensagens entre o juiz e o procurador verifica-se que não houve uma nítida separação entre juiz e acusação necessária à formação da estrutura triangular do processo penal, essencial a imparcialidade, pois coloca o juiz equidistante das partes; 4 - ao fazer parte do governo demonstrou publicamente e diretamente de forma extraprocessual que tinha um interesse metajurídico (político) no deslinde da ação, por isso favoreceu a acusação.

Ademais, o próprio Moro em um artigo publicado, 10 anos antes da Operação Lava Jato, já se mostrava inclinado a usar o poder da opinião pública dentro do processo penal, ele afirmou que “a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados” (MORO, 2004, p. 61). Aqui como podemos observar não há separação entre o conceito de democracia e opinião pública, dessa forma a independência do Poder Judiciário frente à opinião pública fica

abalado, assim como a motivação das decisões judiciais, pois seguindo esse raciocínio ir contra a opinião pública é ir contra a própria democracia.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem entendido que a imparcialidade se presume e qualquer alegação que a ponha em dúvida deve ser demonstrada.

No caso *Cubber v. Bélgica (application n. 9186/80)* analisou se o fato de o juiz da instrução que toma parte no julgamento é parcial. Na perspectiva subjetiva verificou se havia presente em seu foro íntimo alguma hostilidade, já no aspecto objetivo considerou o caráter funcional e orgânico do juiz instrutor que conhece antecipadamente as conclusões da investigação tendo fundadas suspeitas de parcialidade, porque decretou a prisão preventiva e interrogou o imputado frequentemente para descobrir a verdade de modo que o acusado pode pensar que a opinião do juiz já esta previamente formada e vai ser decisiva na decisão do juízo do Tribunal Belga quando este juiz da instrução o integra (VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 148-149).

A Corte Europeia de Direitos Humanos não especulou sobre o resultado do processo em questão, ou seja, se a violação do princípio da imparcialidade não tivesse ocorrido à decisão do Tribunal Belga seria outro ou não, assim apesar de não ficar demonstrado que o resultado provavelmente teria sido mais favorável a Cubber, o Tribunal Europeu condenou o Estado a uma indenização para Cubber em razão do juiz de instrução ter fornecido dúvidas legítimas a respeito de sua imparcialidade.

As aparências (comportamento do julgador) são importantes nessa matéria, porque está em jogo a própria legitimação dos tribunais. Basta que uma dúvida legítima recaia sobre o juiz para excluí-lo e/ou anular a decisão, além disso, os critérios de caráter organizacional da atuação jurisdicional deve garantir a imparcialidade de modo a impedir que o juiz da causa atue como defensor, advogado ou órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça, perito ou funcionar como juiz de outra instância, pronunciando-se novamente sobre a questão de fato ou de direito.

5 Identificando um julgador parcial em razão da mídia

Trata-se aqui do juiz midiático, ou seja, àquele que pôs de lado o devido processo legal para seguir a cartilha do populismo penal midiático.

Como identificar a parcialidade de um juiz se a imparcialidade não pode ser equiparada apenas com a ausência de preconceitos?

Se a origem do preconceito nasce a partir do contato com as partes e o interesse em concreto do litígio, então não configura quebra da imparcialidade, assim o problema está em torno das razões e formas com que se obteve este conhecimento, ou seja, saber em que estado o juiz está se relacionando com as partes e seus interesses. Logo, há apenas uma classe de preconceitos que permite duvidar da imparcialidade do juiz: aqueles que se manifestam publicamente e diretamente sobre as partes e seus interesses (VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 159).

O magistrado para conduzir o processo de maneira imparcial não deve demonstrar uma animosidade sobre uma das partes ou o objeto da lide, tampouco uma manifestação na mídia que constitua em prejulgamento pela opinião pública. Isso inclusive está previsto no Brasil pela Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) no art. 36, III ao vedar a conduta de opinar por qualquer meio de comunicação processo pendente de julgamento seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

A necessidade dos juízes fornecerem informações técnicas, esclarecedoras em obediência ao princípio da publicidade processual é diferente de agir de acordo com o clamor popular orquestrada pela mídia para resgatar a credibilidade da opinião pública perante o Poder Judiciário ou para fins políticos.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entende que o motivo da desconfiança da falta de imparcialidade deve ser séria e grave verificada perante circunstâncias concretas e precisas de modo a criar uma dúvida

legítima quanto as garantias de imparcialidade e isenção (processo n. 1454/12.8PAALM-A.L1-A.S1):

Circunstâncias específicas existem que podem colidir com o comportamento isento e independente do julgador, pondo em causa a sua imparcialidade, bem como a confiança das «partes» e do público em geral (comunidade), entendendo-se que nos casos em que tais circunstâncias ocorrem há que afastar o julgador substituindo-o por outro. Tais circunstâncias tanto podem dar lugar à existência de impedimento como de suspeição. Vem-se entendendo que enquanto o impedimento afecta sempre a imparcialidade e a independência do juiz, a suspeição pode ou não afectar a sua imparcialidade e a sua independência. (...) É notório que a seriedade e gravidade do motivo ou motivos causadores do sentimento de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz, só são susceptíveis de conduzir à recusa ou escusa do juiz quando objectivamente consideradas. Com efeito, não basta o mero convencimento subjectivo por parte do Ministério Público, arguido, assistente ou parte civil ou do próprio juiz, para que tenhamos por verificada a ocorrência de suspeição. Por outro lado, como a própria lei impõe, não basta a constatação de qualquer motivo gerador de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz, sendo certo ser necessário que o motivo ou motivos ocorrentes sejam sérios e graves. A lei não define nem caracteriza a seriedade e a gravidade dos motivos, pelo que será a partir do senso e da experiência comuns que tais circunstâncias deverão ser ajuizadas. Em todo o caso, certo é que o preceito do artigo 43º, n.º1, não se contenta com um «qualquer motivo», ao invés, exige que o motivo seja duplamente qualificado (sério e grave), o que não pode deixar de significar que a suspeição só se deve ter por verificada perante circunstâncias concretas e precisas, consistentes, tidas por sérias e graves, irrefutavelmente reveladoras de que o juiz deixou de oferecer garantias de imparcialidade e isenção.

Assim, se na relação do juiz do caso concreto com os meios de comunicação ficar demonstrado uma animosidade ao conduzir o processo para que fique sob os holofotes da mídia, manifestar-se na mídia para ganhar o respaldo da opinião pública, procurar por meio da mídia ou das decisões judiciais criar uma imagem de si ou do Poder Judiciário como combatente do crime, etc., antes, durante ou após o processo, permitindo incutir uma dúvida legítima, séria e grave sobre as reais finalidades da persecução penal (atender os anseios da opinião pública por meio de uma construção da

verdade midiática ou a construção da verdade processual), será um caso de falta de imparcialidade judicial.

Considerações finais

A imparcialidade não é apenas um valor instrumental (independência do Poder Judiciário, proibição de tribunal de exceção, distribuição de competências prerrogativas e vedações constitucionais da magistratura, a impugnação de juízes suspeitos ou impedidos, sistema acusatório, vinculação à verdade processual), mas um direito subjetivo fundamental necessário ao correto funcionamento do ordenamento jurídico. Disso se extrai que a imparcialidade é um comportamento do Estado no intuito de garantir os direitos fundamentais do cidadão, apresenta-se como um valor a ser observado pelos magistrados como condição de legitimidade tanto da atividade jurisdicional quanto da decisão judicial. Logo, o conceito de imparcialidade atua como um padrão a ser observado decorrente de uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade destinada a estabelecer um direito individual (MAYA, 2011, p. 114-116).

Ela oferece distintos significados em função do seu aspecto sobre o qual fixamos a sua atenção. Seus contornos são delimitados negativamente sinalizando quando o juiz perde a imparcialidade, devendo abster-se ou recusar a praticar determinado ato sob pena de nulidade.

A imparcialidade existe em razão da finalidade do processo penal, que por meio de um debate contraditório, aspira dar uma resposta racional fundada no direito para a pretensão do exercício do *jus puniendi* do Estado, busca satisfazer a verdade real supostamente ao alcance do nosso conhecimento.

Por isso, diante da quebra da verdade processual pelos meios de comunicação em razão da conduta do magistrado demonstrada por sua relação com a mídia, a verdade passa a ser um problema de legitimação posta em xeque por uma dúvida legítima séria e grave diante de circunstâncias concretas e específicas que demonstram a possibilidade de existir

duas verdades, ou seja, duas justificações racionais para um mesmo problema. Quando há uma dupla verdade na mesma situação hermenêutica, há uma situação de conflito, algo ainda não resolvido, sendo necessário que o sistema processual solucione, pois não é possível existir duas verdades sob um mesmo campo sistêmico, assim quando há essa quebra da imparcialidade deve ser aplicado ao caso concreto o afastamento do juiz ou a nulidade de determinada decisão.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA FILHO, Roberto. (In)devido processo legal: uma sucessão de irregularidades. **Justificando**, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/26/indevido-processo-legal-uma-sucessao-de-ilegalidades/?fbclid=IwAR1ETC_t2EHEG4Y2kllK6IMk-c1ClopXsnwQj_TLMW1UAFyY3sq7Z7H3oCI>. Acesso em: 30 Jun. 2019.

FIGUEIREDO, Herivelton Rezende de. **A influência dos meios de comunicação exercida sobre o juiz criminal.** Rio de Janeiro: Processo, 2019.

FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 12, p.272-283, jul./set. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 250-265, mar./abr. 2008.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORO, Sérgio. Considerações sobre a operação *mani pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62, set. 2004.

- OLIVEIRA, Paulo Cardoso de. O dilema do juiz: justiça legal ou justiça social: uma análise sociológica de decisão judicial fundamentada no clamor público. **Revista do Curso de Direito**, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 2, p.45-60, jun./dez. 2002.
- RODRÍGUEZ, Esteban. ¿Será justicia? La administración en los mass media: deshistorización y criminalización de la realidade em el periodismo contemporáneo. In: Mariano H. Gutiérrez (Org.). **Populismo punitivo y justicia expresiva**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.
- SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**: Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SURETTE, Ray. **Media, crime and criminal justice**: images, realities, and polices. 3. ed. Califórnia: Thomson Wadsworth, 2007.
- VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

O medo como forma de seletividade penal: os fundamentos da criminologia midiática

*Luísa de Holanda Arruda Souza*¹

*Gustavo de Souza Preussler*²

Introdução

É fato que o homem é um ser intrinsecamente social e, por isso, tende a agrupar-se em comunidades e seguir as imposições desse ambiente. Assim, os grupos sociais estabelecem linhas comportamentais que delimitam o certo e o errado, de forma que aqueles que infringem as regras impostas passam a ser vistos como os desviantes estereotipados do ordenamento estipulado.

Para discorrer a respeito da construção do estereótipo do delinquente, aborda-se os elementos criminológicos fundantes responsáveis pelo desenvolvimento desses fatores. Nesse sentido, pontua-se as contribuições psicossociais, sendo elas: a reação social, a psicologia das massas, o biopoder e a necropolítica. Todas, juntamente analisadas, levam aos fundamentos da criminologia midiática.

No transcorrer do estudo poderá ser observado que o medo e a insegurança decorrentes desses elementos criminológicos são do interesse

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

² Doutor em Direito pela UERJ, Mestre em Ciência Jurídica pela UENP, Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

do Estado, pois permite seu crescimento através da possibilidade de intervir na liberdade pessoal dos indivíduos. Ademais, induz os espectadores a crerem que o punitivismo é a medida mais adequada de lidar com os que são desviantes e alvos da mídia.

Por conseguinte, aborda-se as principais características da criminologia midiática, que utiliza do discurso populista da mídia para conquistar suporte no que tange à imposição de mais rigorosidade penal e parte de uma série de premissas para que a repressão seja bem vista pelos que temem por suas vidas.

1 Elementos criminológicos fundantes para a construção do estereótipo do delinquente

1.1 Contribuições da reação social para a construção do estereótipo

Na construção das sociedades, na qual indivíduos interagem e se integram por meio da comunicação, constroem-se valores de grupos sociais. Quando a cultura “penetra na personalidade, o faz através de um processo que se denomina processo de socialização” (CASTRO, 1983, p.10), no qual este alguém se considera socializado em relação a determinada cultura.

Nesse sentido, originam-se as expectativas sociais, que são o que se espera que os demais sujeitos cumpram e que posteriormente se tornarão normas sociais. Isto posto, com o não cumprimento dessas normas, são criadas as condutas desviadas.

Entende-se como conduta desviada aquela que não segue a média estatística comportamental, mesmo que todas as pessoas, em maior ou menor grau, sejam pessoas derivantes. A qualificação do desvio está relacionada com sua posição espacial e temporal, conseqüentemente, decorre da reação que produzirá no ambiente e da resposta do grupo social em que se encontra. É o que se denomina reação social.

Cabe ressaltar que dentro da coletividade há uma série de valores fortemente desaprovados que, ainda que excedam o limite de tolerância

daquele ambiente, nunca chegam a fazer parte da conduta legalmente reprimida. Isto é, diz respeito a algo que é apenas uma conduta desviada, não uma conduta delitiva, pois não abrange um real delito.

Nesse seguimento, o delinquente é visto como anormal quando viola a lei, ou seja, a norma. Logo, este é estudado como um objeto estranho, por apresentar falhas. Esta abordagem é um reflexo das características implementadas pelo Positivismo, que não se preocupa em saber qual é o processo mediante o qual se conhece o mundo ou como opera a subjetividade de quem o conhece. Por isso, a maior consequência deste raciocínio é o parcelamento da realidade. A autora Lola Aniyar de Castro aborda que (1983, p. 10):

Não se pode estudar um aspecto da realidade, porque esta está toda interconectada de uma maneira muito complexa, e há uma estrutura fundamental (a infraestrutura econômica) que mobiliza todas as parcelas, todos os aspectos da realidade: o delinquente, tanto como o observador, pertence a determinado lugar, época e sistema de produção, e analisar só um aspecto da totalidade nos dá necessariamente um conhecimento falso da situação. A delinquência, como fenômeno geral, participa também desta situação histórica e socioeconômica.

No sistema econômico capitalista, o comportamento desviante só é disfuncional quando há incompatibilidade entre as finalidades da produtividade e os meios (ilícitos ou não) necessários para alcançá-las. Assim, fica notório o porquê da maior tolerância que é dada para certas condutas quando estão inseridas em uma estrutura que dá prioridade aos fins sobre os meios.

Nessa conjuntura, vale evidenciar a teoria elaborada por Denis Chapman (1968), que trata do estereótipo do delinquente. O autor demonstra em sua obra relações entre o caráter classista das leis e a função repressiva da polícia e das instituições em geral, bem como a funcionalidade social do crime e do criminoso.

Ainda que o comportamento desviante seja geral, a incidência diferencial das condenações se dá parcialmente em virtude da sorte e parcialmente em decorrência de processos sociais que dividem a sociedade

em classes criminosas. O criminoso estereotipado é, portanto, parte do sistema para que este se mantenha inalterado. Em decorrência disso, a funcionalidade do delinquente se resume em transformá-lo em um bode expiatório da sociedade.

Contudo, se todos em maior ou menor grau cometem desvios, logo, ser desviante configura normalidade. Assim sendo, estes não devem ser interpretados como seres monstruosos, mas como indivíduos normais que se comprometeram a partir de uma conduta não aceita socialmente. Por isso, cabe à inquirição descobrir quais os processos e motivos que levaram essa pessoa a se submeter a esta situação e se comportar dessa maneira.

No que tange à ponderação de tais circunstâncias e o questionamento do que poderia levar alguém a se comportar de determinada forma, cabe inserir o estudo das contribuições psicossociais em contextos de dominação populacional e sua significância ao longo da história.

1.2 Contribuição da psicologia das massas na seletividade dos indignos de vida

Com a promoção dos discursos fascistas que permeavam a década de 40, a natureza e o conteúdo do que era repassado pelos agitadores da época chamaram a atenção de cientistas sociais que se dedicaram a observar este fenômeno. As declarações se baseavam majoritariamente no convencimento psicológico e não em argumentos racionais.

Quanto à análise dessas ocorrências, o termo “psicologia das multidões” que se deve a Gustave Le Bon (1895), engloba as razões pelas quais as multidões motivam as pessoas a agir de uma maneira irracional e emocionalmente carregada. Por conseguinte, Sigmund Freud é influenciado pelas concepções de Le Bon e escreve “Psicologia das massas e análise do eu” (1921) que, por sua vez, voltou sua atenção para o narcisismo e as problemáticas do eu.

De acordo com a teoria psicanalítica geral, a obra freudiana entende que o vínculo que agrega indivíduos em uma massa é de natureza libidinal,

que não advém de uma natureza sexual desinibida, pois a questão elucidada é sobre os mecanismos psicológicos que convertem a energia sexual primária em afeições que mantêm essas massas unidas.

No entanto, a integração decorrente dessa união satisfaz os integrantes apenas de forma superficial e substitutiva. Assim, restam ainda as frustrações da civilização, as quais passam a ser justamente o ponto de ligação entre aquele que é integrante e aquele que é o líder dos grupos, pois a conexão entre eles se dá por meio da *identificação*.

A identificação, nesse contexto, é “a expressão mais primitiva de uma ligação emocional com outra pessoa” (FREUD, 2013, p. 60). Além disso, existe uma característica narcisista na identificação de tornar o objeto amado parte de si mesmo, de modo que essa imagem de líder remete a uma potencialização da imagem do próprio sujeito.

Uma característica forte dos líderes é a aptidão oral, através da qual demonstram seus discursos incisivos, carregados de persuasão. Por meio desse convencimento, a figura construída satisfaz simultaneamente a vontade do seguidor de se sujeitar a uma autoridade e a de ele mesmo ser a própria autoridade, ou seja, se tornar o próprio opressor e manter esse padrão.

Ademais, existe também um padrão que se mantém no formato dos discursos proferidos. Por meio deles, instauram-se valores estereotipados que são automaticamente tomados como legítimos, sem passar por qualquer tipo de indagação ou conscientização. Evidencia-se até certa monotonia nas explicações, considerando que o que há para se difundir é muito restrito e superficial. Nesse sentido, é dito que (ADORNO, 1951, n.p):

Como seria impossível para o fascismo ganhar as massas por meio de argumentos racionais, sua propaganda deve necessariamente ser defletida do pensamento discursivo; deve ser orientada psicologicamente, e tem de mobilizar processos irracionais, inconscientes e regressivos. Essa tarefa é facilitada pelo estado de espírito de todos aqueles estratos da população que sofrem frustrações sem sentido e desenvolvem, por isso, uma mentalidade mesquinha e irracional.

Juntamente a isso, um dos objetivos dos seguidores é o de inferiorizar algum grupo. Geralmente, selecionam minorias frágeis e sem apoio nas quais depositam sua raiva e revolta. Nessa conjuntura, fica notório como os coletivos preferem amar aquele que lhe é igual e odiar aquele que lhe é diferente.

Freud nomeia estes conjuntos dicotômicos como *in-group* e *out-group* (2013). A propaganda fascista é muito clara em suas intenções quando induz o seguidor a crer que ele é superior aos demais, meramente por estar inserido no *in-group*. Todavia, minimizam as distinções existentes dentro do próprio coletivo, de modo que se constrói uma ilusão na qual todos ali pertencem a uma mesma realidade.

Apesar de, inegavelmente, haver uma suscetível potencialidade de adesão ao fascismo nas massas, é da mesma forma certo que a manipulação do inconsciente é imprescindível para fortalecer essa inclinação. Ou seja, distante de ser a fonte do fascismo, a psicologia passou a ser um entre outros componentes de um sistema que o compõe.

Para Freud, em sua teoria acima explanada, trata-se da substituição do narcisismo individual pela identificação com a imagem dos líderes (2013). De modo semelhante a uma atuação, o agitador fascista conscientemente faz uso racional de sua irracionalidade, para assim vender com precisão a estimulação que prega.

Adorno defende, ainda, que as pessoas, no fundo, pouco acreditam na demonização das minorias e *out-groups*, bem como não se reconhecem verdadeiramente na imagem de seu líder. Na verdade, simulam toda essa identificação como um mecanismo para atingir a harmonia entre seus “desejos instituais continuamente mobilizados e a fase histórica de esclarecimento que alcançaram e que não pode ser arbitrariamente revogada” (ADORNO, 1951, n.p).

Acredita-se, portanto, que há esse caráter fictício na própria psicologia dos grupos, o que os tornam tão intransigentes e intolerantes. Porque,

possivelmente, no momento que parassem sua encenação e fossem obrigados a refletir a respeito de sua realidade, só lhes sobraria o colapso por precisar encará-la.

No mesmo sentido, além da seletividade de indignos de vida decorrente da inferiorização social, que surge como reflexo da manipulação dos agitadores, há também contextos políticos nos quais se demonstram outras maneiras de relativização do direito de viver, conduzidos pela imposição da soberania.

1.3 Biopoder e a determinação de vida e morte dos estranhos

Na formulação de Foucault (2005), o biopoder funciona mediante a divisão, perante ao sistema, entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer. O controle advindo desse poder pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos e subgrupos, através da qual o autor identifica o que nomeia de racismo de Estado.

De um ponto de vista antropológico, um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi a admissão da vida pelo poder, uma espécie de “estatização do biológico”. Para compreender este efeito, cabe citar a soberania, que em sua teoria clássica tem o direito de vida e o direito de morte como atributo basilar.

De certa forma, vincular ao soberano o direito de vida e o direito de morte quer dizer que existe nele a possibilidade de fazer morrer e deixar viver, de modo que tira dessas ocorrências a característica de ser algo natural. O direito de soberania se torna, portanto, o de fazer morrer e de deixar viver. Ocorre que, em dado momento, essa concepção se inverte e um novo direito se instala: o direito de fazer viver e deixar morrer.

Essa explanação mostra como a vida é automaticamente problematizada na esfera política e diante do poder político. Nesse ambiente, a disciplina tenta administrar corpos individuais que devem ser “vigiados, treinados, utilizados e eventualmente punidos” (FOUCAULT, 2005, p. 289).

Em seguida, o outro modelo que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não mais resumidos a corpos, mas sim a uma massa, que é acometida por processos naturais da vida, como o nascimento, a morte, a doença, etc. Como repercussão dessa anátomo-política implantada no transcorrer do século XVIII, surge aquilo que se denomina *biopolítica*.

Trata-se de um conjunto de processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que designam os primeiros objetos de controle dessa biopolítica. É neste meio que serão extraídos o saber e o campo de intervenção do poder em questão, que irão se dirigir aos acontecimentos ocorridos ao longo do tempo.

Nesse contexto, o poder é cada vez mais a capacidade de intervir para fazer viver e a intervenção na maneira de viver. Dessa forma, se torna também um mecanismo de comando sobre eventualidades, acidentes, deficiências. Assim, passa a ser o domínio não necessariamente sobre a morte, mas sim, sobre a mortalidade. Pode-se observar, então, a regulamentação da vida e a soberania sobre a morte.

Contudo, ao considerar essa técnica de poder algo que tem como foco a vida, questiona-se como se exercerá o direito de matar, dado que o biopoder se sobressai cada vez mais sob o poder de soberania, e é nesse momento que Foucault insere o racismo na discussão, nas palavras do filósofo (2005, p. 304):

Como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências? Como, nessas condições, é possível, para um poder político, matar, reclamar a morte, pedir a morte, mandar matar, dar a ordem de matar, expor à morte não só seus inimigos, mas mesmo seus próprios cidadãos? Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? É aí, creio eu, que intervém o racismo.

Logo, o racismo se estabelece nos mecanismos do Estado como reflexo da ascensão dessa estrutura de poder, sendo a ele fundamental e

demonstrando que não há funcionamento moderno de Estado que não necessitará utilizá-lo.

A especificidade do racismo moderno não está ligada a uma mera mentalidade, pois vai muito além do desprezo das raças umas pelas outras. É mais profundo que isso, se vê ligada a uma técnica de poder para, portanto, conseguir exercer a soberania. Por isso, quando é preciso convencer da necessidade de matar, isso será trabalhado no modo de biopoder, através de teorias de evolucionismo, mediante racismo.

Sendo assim, em todas as situações em que se insiste na questão da luta contra o inimigo, na aniquilação de um rival em uma sociedade ou o próprio confronto físico contra eles, o racismo ressurgirá. Isso em razão do fato de que esse é o recurso motivador dos indivíduos para eliminar aquele que, teoricamente, ameaça sua vida.

Isto posto, as concepções de biopoder e biopolítica trouxeram análises históricas e sociais que possibilitaram a elaboração de outros conceitos, ainda regidos pela intervenção manipuladora no viver do indivíduo, mas inseridos nos novos contextos e cenários inerentes à atualidade.

1.4 Necropolítica: formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte

O conceito de necropolítica, concebido por Achille Mbembe (2018), está inserido em um ensaio que aborda o poder e a capacidade de matar e viver. Além disso, apresenta-se uma crítica às formas de soberania cujo objetivo não está na busca pela autonomia, mas sim na “instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações” (MBEMBE, 2018, p.10).

Para tanto, foi necessário ao autor trazer uma série de correlações com o conceito de biopoder, o qual foi utilizado como base para atingir seu entendimento. Junto a isso, trata das noções de soberania, estado de exceção e política da morte (necropolítica) com a finalidade de demonstrar que

apenas a noção de biopoder seria insuficiente para expressar as formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte.

Nesse contexto, o poder, ainda que não seja o de Estado, remete constantemente à emergência e à concepção de um inimigo fictício. Dessa forma, diante de uma análise antropológica, as contestações da obra estão ligadas ao vínculo do político com a questão bélica e de como é criada, assim, a visão da ameaça que um indivíduo gera sob o outro e a necessidade de matar para poder viver.

Além disso, de acordo com Arendt (2013, pp. 267-313), o imperialismo e a conquista colonial apresentaram níveis de violência inimagináveis até então, através de uma formação de terror que unia biopoder e estado de exceção, na qual a raça era, mais uma vez, um elemento que os ligava.

Para Frantz Fanon (2006), a espacialização da ocupação colonial tem como essência a divisão do ambiente em compartimentos, de forma que o espaço se torne, assim, a matéria-prima da soberania e da violência. Diante disso, o soberano é o capacitado a decidir quem tem importância e quem não tem, quem seria ou não descartável, demonstrando o modo de atuação do poder da morte (necropoder).

Sendo assim, para Achille Mbembe, o exemplo de forma mais bem-sucedida de necropoder é a ocupação colonial contemporânea da Palestina (2018, p. 41), ao levar em consideração que a ocupação da Faixa de Gaza apresenta três características que fomentam a formação de terror naquele local através do necropoder: a fragmentação territorial, o acesso proibido a certas zonas e a expansão dos assentamentos.

Além da elucidação sobre a ocupação colonial contemporânea, há que se analisar também as guerras contemporâneas, ou “guerras da era da globalização”, que segundo Zygmunt Bauman (1999), são as que não incluem em seus objetivos a conquista, a aquisição e a gerência de um território. Na verdade, esse novo modelo globalizado atua por meio da submissão do inimigo, nas palavras de Mbembe (2018, p. 59)

Por sua vez, a generalização da insegurança aprofundou a distinção social entre aqueles que têm armas e os que não têm. Cada vez mais, a guerra não ocorre entre exércitos de dois Estados soberanos. Ela é travada por grupos armados que agem por trás da máscara do Estado contra os grupos armados que não têm Estado, mas que controlam territórios bastante distintos; ambos os lados têm como seus principais alvos as populações civis desarmadas ou organizadas como milícias.

Sob esse contexto de insegurança e ameaça estabelecidas, surgem duas lógicas, elaboradas por Elias Canetti, que se confrontam: a “lógica do martírio” e a “lógica da sobrevivência” (1995, pp. 227-280). Na lógica da sobrevivência, sobreviver está relacionado a enfrentar o inimigo, sair com vida e, ainda, matar este adversário. Trata-se da visão de que a existência do outro é uma ameaça, logo, seu extermínio será uma garantia de segurança e potencial de vida.

Em contrapartida, a lógica do martírio se conduz de maneira adversa, uma vez que pode ser representada pela figura do homem-bomba, na qual homicídio e suicídio ocorrem juntos. Nesse raciocínio, a vontade de morrer se une com a vontade de aniquilar o inimigo e cessar a possibilidade de vida para todos.

Dessa forma, ao analisar pela perspectiva da ocupação colonial ou das guerras contemporâneas, morte e liberdade estão intimamente ligados. Inclusive, em ambos os regimes o terror está presente de forma constante. Por isso, o necropoder demonstra como “viver sob a ocupação contemporânea é experimentar uma condição permanente de viver na dor” (MBEMBE, 2018, p. 68).

Por fim, uma vez explanados os elementos criminológicos fundantes para a construção do estereótipo do delinquente, é possível discorrer de que forma estes, juntamente apreciados, são identificados no processo de seletividade penal fundamentado pelas diretrizes da criminologia midiática.

2 O medo como forma de seletividade penal: os fundamentos da criminologia midiática

O crime, o delinquente, a vítima e o controle social do comportamento delitivo são todos objetos de estudo da criminologia crítica. Todavia, a criminologia midiática, mais especificamente, tem suas características próprias que complementam esse conjunto. Trata-se de um ramo que “atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática” (ZAFFARONI, 2012, p. 303).

O discurso da criminologia midiática está muito relacionado com o neopunitivismo, o qual se caracteriza pela violação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ou seja, no âmbito penal, concerne à restrição de garantias penais e processuais penais. Essa tendência se expandiu com abundância pelo mundo globalizado e um dos fatores principais foi a disseminação midiática da ideia de punição.

No que atine ao discurso da mídia, seria mais difícil atrair os espectadores com meras imagens padrão, então surge a necessidade de usá-las de maneira que cause impacto na esfera emocional. Por isso, os noticiários passam a ser um compilado de tragédias com imagens que provocam indignação e certo interesse mórbido.

O termo viés de negatividade (FREDRICKSON, 2003), originário do ramo da psicologia, dispõe que eventos de natureza negativa em geral tendem a produzir efeitos mais marcantes nas pessoas. Sendo assim, existe de fato um interesse natural pela negatividade e, portanto, é igualmente natural que notícias de teor negativo chamem mais a atenção do espectador.

Nesse contexto, Pierre Bourdieu (1997) entende que os espectadores geralmente não estão sendo informados, pois o jornalismo sensacionalista se ocupa de chamadas dramáticas e polêmicas, com exagero na gravidade do acontecimento, o que não os permite verdadeiramente analisar o conteúdo, pois absorvem as informações da maneira muito rápida e sem questionamentos.

Por isso, o sociólogo caracteriza esses especialistas responsáveis por esse discurso e suas obras como *fast-thinkers* (BOURDIEU, 1997, p. 40), pois apesar de seus repertórios, retratam um pensamento superficial, descartável e cheio de frases de efeito.

Dessa forma, toda essa quantidade de informações catastróficas ou de procedência duvidosa propagadas de forma tão efêmera e violenta, fazem com que os indivíduos busquem respostas imediatas ou culpados instantâneos para determinados crimes, o que não é possível na maioria das vezes.

Em decorrência disso, cria-se um mundo de separação entre as pessoas inocentes e os ditos criminosos culpados, identificados por meio de estereótipos que os separam do resto da sociedade. Essa conjuntura foi identificada por Zaffaroni que chamou essa segregação de o *eles* e o *nós* (2012, p. 308-324).

Sendo assim, o *eles* se constrói por semelhanças identificadas em um grupo minoritário que foi escolhido como bode expiatório e estigmatizado como inimigo. O verdadeiro interesse midiático está em produzir um *eles* cada vez mais amplo, a ponto de englobar todos que apresentem minimamente qualquer semelhança.

Uma vez identificados, tudo que se faz contra este grupo é pouco e tudo que se faz para tentar ajudá-los é muito, pois a criminologia midiática pretende aumentar a indiferença projetada pelo *nós*. Sendo assim, a vingança é estimulada, o que, conseqüentemente, desencadeia violência entre as pessoas e dentro do sistema penal.

Assim, os efeitos são que as leis penais se tornam mais severas, a autonomia policial aumenta e políticos se aproveitam desse momento, de forma que todos juntos provocam mortes em maior escala. Entretanto, tais óbitos são banalizados, pois são interpretados pelos demais como uma consequência natural e inevitável da violência derivada deles mesmos.

Essas ocorrências demonstram que a divisão proposital entre maus e bons serve para difundir a ideia de que as punições são única solução plausível para resolver os problemas criminais da sociedade. Além disso,

acompanham a convicção de que não há espaço para nenhum tipo de reparação, tratamento ou conciliação.

Inclusive, esses reflexos também se devem a uma espécie de pânico moral do chamado auge delitivo. Isto posto, o professor Yale Kamisar escreveu o artigo intitulado “Quando não houve uma crise na criminalidade?”, no qual aponta que certas crises de criminalidade são meramente aparentes e originam-se principalmente de uma conduta manipuladora da mídia.

Não obstante, o pânico moral não atua apenas por meio de plataformas que veiculam notícias, mas em todos os âmbitos comunicativos do cotidiano que fomentam a ideia de um mundo em guerra, pois “como é necessária uma grande carga de medo para que as pessoas deixem de valorizar a intimidade e o espaço social de liberdade, a criminologia midiática constrói uma realidade temível” (ZAFFARONI, 2012, p. 318).

Inevitavelmente, a mídia se tornou uma causadora da proliferação do medo para construir uma sociedade amedrontada pela insegurança, criminalidade e violência urbana. Como consequência, para ampliar a impressão de segurança, se vê como necessária a proteção policial em maior escala. Assim, utiliza-se da vulnerabilidade em ascensão para ultrapassar os limites da privacidade pessoal.

No entanto, a ideia de que os problemas contemporâneos da criminalidade serão instantaneamente solucionados com a implantação de um Direito Penal mais rigoroso é ilusória. O discurso da segurança em detrimento da liberdade é enganoso e, ainda, é perigoso, pois permite que garantias individuais e coletivas sejam enfraquecidas em nome de uma proteção que não existe.

Portanto, a realidade é que os riscos não são diminuídos através do punitivismo, nem das medidas de penalização mais intransigentes. Na verdade, pelo contrário, essa conjuntura “oculta o maior risco que é o desvio do poder punitivo levando o seu descontrole para outros setores da população com consequências imprevisíveis” (ZAFFARONI, 2012, p. 340).

Considerações finais

Conclui-se que o pensamento midiático é, majoritariamente, estratégico. Por isso, mediante informações selecionadas, os meios de comunicação exploram a vulnerabilidade de quem consome seu conteúdo sem dar espaço para as reflexões e críticas. Além disso, constata-se que mesmo sozinho, existe no indivíduo a presença do outro, motivo pelo qual entende-se o ser humano como indissociável do social.

Nesse seguimento, o estudo da psicologia das multidões esclarece que a adesão aos movimentos em massa colabora na seleção dos indignos de vida, uma vez que é intrínseco a esse fenômeno a seleção de um líder, com o qual ocorre identificação, e de um inimigo em comum para ser perseguido, responsável pelo sentimento de união e segurança dos adeptos.

Ainda, foi colocado em análise as noções de necropolítica e biopolítica, as quais abordam a regulação das massas mediante política e poder. Tal fenômeno evidencia a extrapolação da lógica de sobrevivência nas relações sociais e as possibilidades de interferência do Estado na produção da vida e na incidência da mortalidade, com principal embasamento no menosprezo racial.

Não obstante, a criminologia midiática se apropria desse discurso e estabelece a separação entre *nós* e *eles*, através de características superficiais e apontamentos carregados de prejulgamentos. Por meio disso, buscam justificar toda e qualquer tentativa de punição para os selecionados inimigos da sociedade, atitudes nas quais creem estar praticando alguma espécie de justiça.

Para Eugenio Raul Zaffaroni, uma saída viável para esse pensamento estabelecido pela mídia seria justamente a comunicação e a informação. Isto posto, seria necessária uma mudança cultural que buscasse ressignificar os atuais conceitos de criminalidade e delinquência que foram construídos através de estereótipos e irracionalidade.

Referências

- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CHAPMAN, Denis. ***Sociology ana the Stereotype Of the Criminal***, London, Tavistock Publications Ltd, 1968.
- LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016.
- FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. São Paulo: L&PM, 2013.
- ADORNO, Theodor W. **A teoria freudiana e o modelo fascista de propaganda**. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2018/10/25/adorno-a-psicanalise-da-adesao-ao-fascismo/>. Acesso em: 31 mai. 2019.
- FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. *Curso no Collège de France, 1975-1976*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Minas Gerais: Editora UFJF, 2006.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- FREDRICKSON, Barbara. **The value of positive emotions**. Disponível em: https://www.americanscientist.org/sites/americanscientist.org/files/20058214332_306.pdf. Acesso em: 31 mai. 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1997.

Aspectos técnicos da concessão de fiança pelo delegado de polícia

*Guilherme Carvalho Rocha*¹

Introdução

Como é cediço, no atual sistema jurídico penal brasileiro, o Art. 32 do Código Penal prevê que as penas serão: privativas de liberdade, restritivas de direitos e/ou de multa, de modo que, originalmente, à época da publicação do atual *códex* (1941), se estabeleciam as penas restritivas de liberdade como regra principal aplicada a quase todas as espécies de infração penal, de modo que, porém, ao longo das décadas, com as sucessivas reformas do sistema penal, ganharam corpo diversas medidas descarcerizadoras e humanizadoras do sistema penal-carcerário, como as regras implementando requisitos mais brandos para o livramento condicional e para suspensão condicional da pena (reforma da lei 7.209/1984), até chegar a lei dos juizados especiais criminais (lei 9.099/1995), que alterou profundamente a maneira pela qual se dava a apuração e punição de contravenções penais e crimes cujas penas restritivas de liberdade máximas não ultrapassassem dois anos, suprimindo a possibilidade de penas restritivas de liberdade para estes delitos, classificados como de menor potencial ofensivo.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande/MS (UCDB), Delegado de Polícia Civil na Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul.

Nesse guia, tem-se nos ditames do Art. 5º LXI da Constituição Federal, a garantia constitucional de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. A possibilidade de decretação de prisão, como medida de urgência, provisoriamente, tanto durante a investigação, como durante a ação penal mas antes de sentença condenatória, sempre levantou diversas polêmicas tanto na doutrina como jurisprudência pátrias. A lei adjetiva penal previa como espécies de prisões cautelares, que possuem natureza precipuamente processual: a prisão em flagrante, que se esvai com a lavratura do auto de prisão em flagrante, a preventiva, que possui requisitos expressos e taxativos (Arts. 312 e 313 CPP), a administrativa, extinta com a promulgação da Constituição Federal, além da previsão da prisão temporária da lei 7.960/89.

Existe, de outro lado, a denominada prisão definitiva (Art. 393, I do CPP), que provem de sentença condenatória formalmente transitada em julgado, ou, conforme recente posição do Supremo Tribunal Federal, de condenação em segunda instância com execução acelerada de pena (Art. 283 CPP).

Assim, mesmo com a possibilidade da prisão de maneira cautelar antes de sentença condenatória no ordenamento nacional se manifestar como consolidada na legislação, ela deve ser interpretada à luz da CF como exceção², na medida em que o regime constitucional de liberdade públicas, através dos basilares Princípios do Devido Processo Legal e Presunção de Inocência, impõe a prisão cautelar cabível quando não for possível for possível atender aos imperativos da persecução penal com outras medidas cautelares diversas da prisão, de modo que a aplicação de medidas cautelares previstas no CPP possui como requisitos expressos a necessidade

² O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal) (Oliveira, 2014).

para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, assim como adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado, encontrando-se como a última ratio a prisão cautelar.

Entre as diversas medidas cautelares expressamente previstas no CPP, uma delas é a fiança, conceituada como uma caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu (Lima, 2018, p. 1077). Nos termos do Art. 319 VIII CPP, nas infrações que a admitem, se presta a assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou se impõe em caso de resistência injustificada à ordem judicial, possibilitando assim que o acusado/indiciado obtenha a liberdade provisória durante a persecução penal. Não se admite a de natureza fidejussória, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado (CPP, art. 336, caput).

1 A dinâmica da lei 11.403 e a fiança

O tema foi radicalmente demudado com a entrada em vigor da lei 11.403/2011, que alterou praticamente todo o sistema de medidas cautelares do Código de Processo Penal (CPP), tratando de inserir diversas novas medidas alternativas ao cárcere de forma expressa (Art. 319 CPP), além de modificar a dinâmica entre a prisão em flagrante efetuada pela autoridade policial e a conseqüente manifestação judicial a respeito de sua lavratura. Ainda assim, tem-se que a fiança pode ser imposta desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com a nova redação do art. 322 do CPP, a autoridade policial pode conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, tendo como valor de 1 a 100 salários mínimos, dentro de sua discricionariedade legal. A lei não

faz mais referência à infração punida com detenção ou prisão simples. Nos demais casos, cabe ao juiz a concessão, tendo como parâmetros de valor de 10 a 200 salários mínimos (CPP, art. 322, parágrafo único). Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em quarenta e oito horas (CPP, art. 335).

Surgem assim alguns pontos a serem considerados, como no caso de concurso (seja material, formal ou crime continuado) de delitos, em que os sistemas de exasperação ou cúmulo material invariavelmente levam o conjunto das penas máximas restritivas de liberdade abstratamente cominadas aos delitos a ultrapassarem o limite de 4 anos a que está sujeita a autoridade policial para a concessão da fiança, de modo que (Capez, 2013) se um indivíduo, preso em flagrante, cometer mais de um crime na mesma ocorrência, todos com penas iguais ou inferiores a quatro anos, o delegado deverá calcular a somatória das penas, a fim de verificar o limite do art. 322.

Essa corrente doutrinária nutre sua argumentação através de analogia com o concurso de crimes apto a influenciar a competência do Juizado Especial Criminal (Cunha, 2018), de modo o próprio STJ (HC 143.500 – 5ª Turma - 2011) já decidiu:

É pacífica a jurisprudência desta corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos, destarte, se desses somatórios resultar um apenamento superior a dois anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.”

Ainda, se levanta como argumento, a súmula 723 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

Invoca-se também, para acrescer tal posição, interpretação atual da antiga súmula 81 do Superior Tribunal de Justiça, qual seja: “não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. Como visto, as sucessivas reformas processuais ao longo do tempo alteraram o parâmetro da concessão de fiança pela autoridade policial, que passou da pena mínima privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito para a pena máxima, conforme já descrito, sendo todavia aplicável o mesmo raciocínio de somatório das mesmas, com vistas a caracterizar a gravidade da conduta a impossibilitar a concessão de fiança.

A maior parte da doutrina que aborda tal tema defende aplicar tal raciocínio ao balanceamento que deve ser realizado para avaliar o arbitramento (ou não) da fiança pelo Delegado de Polícia em seu limite de 4 (quatro) anos de modo indistinto, seja qual for a espécie de concurso de delitos, aplicar-se-ia o cúmulo material das penas cominadas a cada delito praticado em concurso.

É preciso, porém, considerar que o concurso material de delitos, previsto no Art. 69 do CP, dá-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, caso em que, inequivocamente, o concurso de delitos, com aplicação do sistema de cúmulo material das penas, deve ser considerado em relação ao patamar máximo para a concessão de fiança por parte do Delegado de Polícia (mais de 4 anos).

No que tange ao concurso formal de delito, é preciso distinguir o concurso formal perfeito (ou próprio), quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade (Art. 70 CP), do concurso formal imperfeito (ou impróprio), onde as penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no

artigo anterior. Neste último, inequivocamente, como há aplicação do sistema do cúmulo material, aplica-se o mesmo raciocínio do concurso material, em que se considera o somatório das penas máximas restritivas de liberdade de modo a rechaçar (ou não, a depender do quantum final) o arbitramento de fiança pela Autoridade Policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante. Já em relação aquele, onde incide o sistema da exasperação, apesar da maioria da doutrina não fazer distinção e aplicar indistintamente o sistema de cúmulo material mesmo em casos de concurso formal perfeito, pensamos que é preciso balizar as penas máximas restritivas de liberdade abstratamente cominadas aos delitos, de modo a verificar, se no patamar mínimo de exasperação, haverá quantitativo apto a ultrapassar o patamar legal de 4 anos, de modo que caberá ao Delegado de Polícia o sopesamento desses patamares, abstratamente de maneira menor possível, para verificar o arbitramento ou não de fiança, tendo em vista que esta interpretação seria mais benéfica ao preso, e, dentro do espírito constitucional de privilegiar a liberdade do acusado.

Igual raciocínio aplica-se ao crime continuado, em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços, onde, dessa maneira, também caberá à Autoridade Policial, aqui entendida como o Delegado de Polícia, a avaliação abstrata em relação ao menor quantum possível de pena máxima que poderá (ou não) ultrapassar o limite legal de 4 anos.

Tem-se, reiterando, que o delegado poderá arbitrar fiança para os crimes que tenham pena máxima menor ou igual a 4 anos, nos termos do art. 322, parágrafo único. Insta ressaltar ainda tema referente às causas de aumento e diminuição de pena, em que para corrente doutrinária majoritária (Rangel, Direito Processual Penal, 2012), devem ser aferidos em seu quantum mínimo de aumento e máximo de diminuição, considerando os

argumentos anteriormente expostos. Há, todavia, corrente minoritária, que apesar de ratificar a entrada neste cálculo das causas de aumento de pena, as regula pelo aumento máximo, pois se trata de descobrir a pena máxima, e as causas de diminuição de pena, pela diminuição mínima, pois só assim teremos a pena máxima em tese para o crime. De modo que não entrarão, contudo, as agravantes e atenuantes, uma vez que não integram o tipo penal (Dezen, 2016).

Convém mencionar ainda a lavratura de prisão em flagrante de delitos na modalidade tentada, em que nos termos do Art. 14, II e parágrafo único do Código Penal, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, de modo que, ao nosso ver, deve ser aplicada a diminuição máxima possível para verificar o parâmetro de arbitramento de fiança, em interpretação mais benéfica à liberdade do indiciado, conforme o espírito da Constituição Federal. Assim, por exemplo, no delito de estelionato (pena restritiva de liberdade abstratamente cominada - reclusão, de um a cinco anos), em que não caberia, em tese, fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia em sua perfeição consumada, na modalidade tentada, por sua vez, caberia fiança no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante com a aplicação da diminuição relativa ao conatus.

Existem ainda casos em que a fiança não poderá ser concedida em nenhuma hipótese, por expressa previsão constitucional e legal (Arts. 5º XLII e XLIII e 323 CPP), são os casos dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos e nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Ainda, o Art. 324 CPP prevê que não será igualmente concedida a fiança quando aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações de comparecer aos atos do processo ou mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias

de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado, assim como não será concedida em caso de prisão civil ou militar e quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

2 Inafiançabilidade

Insta salientar, outrossim, que uma situação paradoxal já existente ainda se manteve, onde o art. 5º, XLIII, da CF previu, expressamente, a inafiançabilidade para alguns crimes, a saber, o de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes hediondos, todavia, como se percebe facilmente, nada mencionou acerca da liberdade provisória sem fiança. Logo, criou-se a referida celeuma: alguns tribunais passaram a admitir, para os mencionados crimes, a liberdade provisória sem fiança, vedando, no entanto, a liberdade provisória com a fiança. Assim, para os crimes mais graves — e que, em virtude disto, o constituinte erigiu à categoria de inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia — passou-se a admitir a liberdade provisória sem fiança e, para os que não se incluíam no rol do art. 5º, XLIII, da CF (e, portanto, menos graves), impõe-se, dessa forma, uma restrição maior consistente na concessão da liberdade provisória desde que paga regularmente a fiança. Portanto, o art. 323 do CPP, ao vedar a concessão da fiança aos crimes previstos nos seus incisos, abriu margem à concessão da liberdade provisória sem a exigibilidade da fiança (Bonfim, 2012). Assim, com intuito de se evitar o contracenso no momento da homologação da prisão em flagrante de se conceder liberdade provisória sem fiança em delitos hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo, dessa forma sem nenhum tipo ônus, mesmo que seja pecuniário em forma de fiança, e, de outro lado, possibilitando a liberdade provisória com imposição de fiança em delitos comuns e menos graves, como furto e crimes do Código de Trânsito Brasileiro por exemplo, corrente doutrinária substancial passou a defender que a possibilidade de se conceder liberdade provisória sem fiança em crimes

inafiançáveis deve se apresentar, necessariamente, acompanhada de medida cautelar diversa da prisão, com ônus, em tese, mais denso que a fiança, de modo a estabelecer proporcionalidade à situação.

Urge ressaltar, neste ponto, a presente divergência doutrinária, com corrente defendendo não ser possível extrair do termo “inafiançabilidade” fundamentos para se impedir a concessão daquele benefício, essa corrente tem defendido a possibilidade de concessão de fiança mesmo em crimes classificados como inafiançáveis, na medida em que não se mostraria razoável permitir liberdade provisória sem fiança em crimes inafiançáveis, impedindo o afixamento para tais delitos, entendendo os conceitos de fiança e liberdade provisória como umbilicalmente atrelados.

Prevalece, atualmente, como ilustrado, tanto na jurisprudência dos tribunais superiores como doutrina majoritária, a posição na qual em delitos inafiançáveis, somente é possível concessão de liberdade provisória sem fiança, sendo o paradigma da inafiançabilidade algo ainda colocado de modo proclamo, não se vislumbrando possibilidades hermenêuticas que de algum modo não se contraponham à legislação expressa ao se conceber a possibilidade contrária, em arranjo ao qual nos aproximamos, principalmente, tendo em consideração que o legislador, na reforma processual de 2011, manteve a redação idêntica ao constituinte originário, mantendo expressa a vedação de fiança naquele rol taxativo de delitos, conforme o próprio mandamento constitucional de criminalização.

No último inciso do Art. 324 CPP, tem-se a possibilidade da autoridade policial, durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, pela simples presença dos requisitos que podem autorizar decretação da prisão preventiva deixar de arbitrar fiança. Deve, outrossim, o inciso IV ser contextualizado, no sentido de que, se presentes os requisitos e fundamentos da prisão preventiva e sendo ela necessária, não se concederá liberdade provisória com fiança, tendo em vista que a necessidade da prisão preventiva é incompatível com a fiança, por elementar, pois são situações excludentes (JR, 2014), caso este em que a autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante, dentro da discricionariedade

legal, avaliará a presença dos requisitos que autorizam a prisão preventiva, e, desde que faça representação pela mesma no auto de prisão em flagrante, poderá não arbitrar fiança nestes casos, mesmo com pena máxima abstratamente cominada inferior a quatro anos.

Para determinar o valor da fiança, inserida em discricionariedade legal, a autoridade terá em consideração a natureza da infração (para o enquadramento nas faixas acima definidas, devem ser levadas em conta as qualificadoras, assim como todas as causas de aumento e diminuição da pena, nesta ótica, nas causas de diminuição de pena, aplica-se o mínimo da fração sobre o máximo da pena abstratamente considerada. Já nas causas de aumento, aumenta-se da fração máxima, que vai incidir sobre o máximo de pena prevista), as condições pessoais de fortuna e vida progressa do acusado (são os antecedentes criminais do agente, a constatação se tem bons ou maus antecedentes, ou se é reincidente. Tendo um passado criminoso, isso influenciará negativamente no valor da fiança. Se, por sua vez, nunca se envolveu com a prática de delitos, isso também deve ser levado em conta), as circunstâncias indicativas de sua periculosidade (como existência de elementos que indiquem envolvimento com crime organizado e facções criminosas por exemplo), bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento (Art. 326 CPP), de modo que o quantum poderá variar entre de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos, justamente os casos arbitráveis pelo Delegado de Polícia.

Tal valor, exige fundamentação concreta, não são suficientes reprodução no auto de prisão em flagrante de dispositivo legal, se faz necessária análise pormenorizada de cada elemento descrito no artigo legal supra, fixando seu valor concretamente de modo que a finalidade da fiança seja atingida, acoplando o indicado à persecução penal de modo que a pecúnia seja relevante para seu cotidiano econômico, sendo, todavia, prestação menos gravosa que sua privação de liberdade de maneira cautelar por exemplo. Some-se a isso o fato de que a caução servirá, também,

para o pagamento da indenização do dano *ex delicto*, da prestação pecuniária e da multa, em caso de condenação.

A fim de adequar o valor da fiança, e levando-se em consideração a situação econômica do preso, é possível que a fiança seja dispensada, reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Ao se referir a dispensa da fiança, é amplamente majoritário na doutrina (Lima, 2018) que o Art. 325, §1º, I, faz menção ao Art. 350 do CPP, o qual estabelece que somente o juiz poderá dispensar a concessão de fiança. Portanto, por exclusão, tem-se que tanto a autoridade policial quanto a judiciária podem reduzir o valor da fiança até o máximo de 2/3 (dois terços), assim como aumentá-la em até 1.000 (mil) vezes, nos termos do Art. 325, §1º II e III, mas somente o juiz pode dispensar a caução (Art. 350, caput). Dessa forma, aliado ao critério objetivo de cálculo, exige-se nestas situações que se leve em conta primordialmente a situação financeira do afiçado, nesta linha, nem a fiança pode ser um fardo impagável, afinal haveria, indiretamente, a violação de um direito, nem pode ser por demais branda, já que sua insignificância em face do poderio econômico do réu descredibilizaria a medida (Alencar, 2016).

Situação importante é a em que arbitrada fiança pelo Delegado de Polícia, a mesma não é recolhida pelo preso em flagrante, mesmo com potencial capacidade econômica para tanto. Como é cediço, a prisão em flagrante será comunicada imediatamente ao juiz competente, e, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será também encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante (Art. 306 CPP), que deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Como visto, não recolhida a fiança pelo autuado em flagrante no momento de sua lavratura, o mesmo é mantido preso e dessa forma aguardará a manifestação judicial, de modo que essa fase ainda, em nosso entender,

possui natureza jurídica de prisão em flagrante, que irá perdurar a manifestação judicial.

Ao se manifestar, o poder judiciário encerra a fase de prisão em flagrante e, em entendimento amplamente majoritário, não pode manter o autuado preso pelo simples fato de não haver recolhido fiança arbitrada e não sendo caso de relaxamento da prisão, restando-lhe como alternativas legais, se for o caso, decretar a prisão preventiva, ou, se ausentes seus requisitos, conceder liberdade provisória cumulada com medida cautelar diversa da fiança.

Tem-se assim, uma visão geral dos principais pontos de atenção a que deve ater-se o Delegado de Polícia no momento do arbitramento de fiança durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, tema amplamente modificado pela reforme processual de 2011 e por demais abrangente, que apresenta diversas minúcias, cujo presente trabalho não buscou esgotar, senão apresentar alguns pontos pelos quais a maior parte da doutrina abrange superficialmente.

Considerações finais

Por todo o exposto, dúvidas não restam de que o arbitramento da fiança deve ser melhor aprofundado pelos seus operadores, em suas minúcias, de modo a funcionar como verdadeira garantia do indiciado em delitos afiançáveis, que são a regra na atual legislação. Além disso, não se pode olvidar do caminho que percorre o instituto no sentido de sua ampliação, assim como das medidas cautelares diversas da prisão, que operam como medidas mais adequadas ao andamento processual que a prisão provisória, que, como dito, deve medida última no curso da persecução.

Nesse sentido, em nosso entendimento, se mostra imperiosa a ampliação do rol de delitos a admitirem o arbitramento de fiança no momento da lavratura de prisão em flagrante, dando passo a frente no caminho que vem sendo percorrido desde a reforma do Código de Processo Penal em 2011, tendo em consideração que não visualizamos razoabilidade útil na

limitação da pena em até 4 anos para arbitramento imediato pelo Delegado de Polícia, principalmente considerando que presentes os requisitos da prisão preventiva, não será arbitrada fiança, conforme expressa vedação legal.

Referências

- TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ªed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume I**. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A revogação das medidas protetivas e a sua repercussão social e jurídica

*Marielle Lopes Maldonado*¹

*José Manfroí*²

*Ricardo Souza Pereira*³

Introdução

A promulgação da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada como Lei Maria da Penha, visa o combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei em questão não possui a finalidade de apenas punir o agressor, seu objetivo também tangencia questões cuja raiz se encontra só é passível de resolução quando enfrentadas com ações alternativas. Nesse sentido, destacam-se as medidas protetivas, bem como as campanhas, centros de apoio às vítimas e reabilitação dos agressores.

Em tal contexto, o presente projeto de pesquisa tem como objetivo principal abordar a dinâmica das medidas protetivas de urgência, ressaltando-se

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco - UCDB.

² Graduado em Filosofia. Mestre em Educação pela UFMS. Doutor em Educação pela UNESP Campus de Marília/SP. Professor pesquisador e orientador nos programas de pós-graduação stricto sensu e lato sensu da Universidade Católica Dom Bosco e Professor no Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco; Pesquisador e orientador no PIBIC/UCDB/CNPQ.

³ Mestre em Direito Penal pela PUC/SP(2013). Especialista e Graduado pela UCDB. Professor de Direito Penal na UCDB. Coordenador da Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal na UCDB.Coordenador da Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Inspirar. Professor da Pós-graduação lato sensu em Direito Penal na UCDB. EX- Presidente da Comissão Estadual de Reforma do CP e do CPP da OAB/MS (gestão 2012/2015). Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/MS (gestão 2016/2018). Advogado.

a importância dos grupos de apoio às vítimas e a dificuldade para a ruptura do vínculo violento.

O presente trabalho busca abordar a violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o enfoque do seu direito fundamental à proteção. A questão se revela de suma importância quando se analisam os dados de violência contra a mulher em território nacional. A cada meia hora uma mulher é assassinada no Brasil, sendo que a maioria desses crimes é cometida por homens, parceiros ou ex-parceiros, dentro do próprio domicílio da vítima.

Embora a Lei Maria da Penha demonstre relevante avanço, em razão das punições mais severas aos agressores, destaca-se que sua inovação ultrapassa o simples aspecto punitivo. Esta se demonstra na habilidade que obteve a legislação em propor diversas abordagens de enfrentamento a este tipo de violência, como exemplo, podem-se citar as políticas públicas fomentadas pela Lei Maria da Penha que tem logrado êxito no combate cada vez mais efetivo à violência contra a mulher.

Sendo assim, a proposta é discutir os aspectos as medidas protetivas existentes, bem como as iniciativas a elas correlatas, tais como os grupos de apoio às vítimas e a assistência psicossocial às mulheres que entendem por bem retomar o vínculo afetivo com o seu agressor e retornar ao ambiente doméstico onde foram vítimas de violência.

Este trabalho foi elaborado fazendo-se uso dos métodos de pesquisa indutivo e dedutivo, bem como por meio da coleta e análise de material bibliográfico diverso, tais como doutrinas, artigos científicos, legislação e jurisprudência. Será dividido em duas partes, sendo que na primeira discutir-se-ão as medidas protetivas de urgência, fazendo um pequeno apanhado do seu desenvolvimento histórico, bem como indicando algumas das suas características sob o ponto de vista teórico-jurídico. No segundo, por sua vez, analisar-se-á o papel dos grupos de apoio à vítima por meio do atendimento psicossocial e multidisciplinar, discutindo-se aspectos psicológicos e sociais que envolvem o atendimento à vítima e combate a violência contra a mulher.

1 Medidas protetivas

A produção científica e teórica existente sobre o assunto o aborda de maneira em dois principais aspectos, quais sejam o jurídico e o sociológico, visto que o legislador quando da elaboração da Lei 11.340/06 percebeu que o efetivo enfrentamento à violência de gênero se daria apenas quando ultrapassasse a simples pena, mas que abrangesse também o atendimento às vítimas e ao próprio agressor.

Nessa perspectiva, destaca-se o art. 3º, § 1º da Lei Maria da Penha, que dispõe acerca da obrigação do poder público em desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos no âmbito das relações domésticas, procurando resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2006).

Essas inovações legislativas de proteção à mulher resultam de um movimento em que se propões uma mudança de perspectiva acerca de como as questões relacionadas à vulnerabilidade dos direitos das mulheres devem ser abordadas. Em razão disso, tem-se adotado o direcionamento de que devem ser instituídas medidas mais eficazes, em diversos sentidos, que defendam os interesses das mulheres e sirvam de proteção imediata, já que a raiz social e histórica da violência de gênero não é de fácil e rápida solução. (MENDES, 2016).

Nesse contexto, em razão do ciclo de violência ao qual as mulheres são submetidas, a Lei Maria da Penha trouxe uma ferramenta importante, quais sejam as Medidas Protetivas de Urgência (MPUs), estabelecidas nos arts. 22, 23 e 24 do referido diploma legal, tendo sido criadas como uma forma de proteger a sua integridade física, psíquica, moral e patrimonial.

1.1. Breve Histórico

A criação de ferramentas de proteção à mulher tem origem nas demandas surgidas em sede internacional. Um exemplo de norma

internacional de direitos humanos de proteção à mulher reconhecida pelo Estado brasileiro é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, assinada pelos Estados-Parte em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Deste instrumento, destacam-se o art. 7º e as seguintes alíneas:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos.

É necessário compreender que essas normas, sejam elas constitucionais e internacionais de direitos humanos, são base para o desenvolvimento de legislações protetivas, sendo por meio dessas que se desenvolveram instrumentos como a Lei Maria da Penha, Lei n.º 11.340/2006 e as próprias medidas protetivas.

Os instrumentos de Direitos Humanos aliados aos Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal (CF) de 1988 inauguraram no ordenamento jurídico brasileiro a orientação que dotou o Estado, em especial do Legislativo como agente de criação de normas e legislações, de um papel relevante na erradicação e no combate a violência de gênero, em especial aquela dirigida contra a mulher, seja no âmbito público ou doméstico, especialmente neste último em razão de postulados culturais que legitimam a violência doméstica.

Já em 1988, a CF trazia em seu art. 226, § 8º, o seguinte dispositivo: “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”.

É importante discutir o ponto da violência doméstica, visto que existe na sociedade brasileira, fundada numa origem machista e patriarcal, a cultura de que violência doméstica é um assunto da vida privada. A Lei Maria da Penha quebrou tal disposição ao propor que de acordo com o já referido anteriormente, a maioria dos casos de requerimento das medidas protetivas ocorre quando da violência realizada no âmbito doméstico, seja por companheiros ou familiares.

Assim, cabe destacar os dados que existem acerca das MPUs. Quando se realiza uma análise mais atenta de dados quantitativos de pedidos e motivações para requisições de MPUs a realidade surpreende. Dos pedidos, 96% destes foram realizados por mulheres, sendo que desse total, em 94% dos casos o agressor que motivou a requisição era homem, sendo o a lesão corporal e a ameaça de morte as principais agressões que motivam a requisição da Medida Protetiva. (CAMPOS, FIORESI, BONORINO et al., 2016).

Dessa forma, (MACHADO, 2011) em sua obra, faz um paralelo entre a atuação estatal ante as diversas necessidades de intervenção, através de medidas protetivas, a título de exemplo os artigos 99 a 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que intitula como “Medidas Específicas de Proteção”, ou seja, a implementação de medidas protetivas no Estado Democrático de Direito, tem como eixo uma previsão constitucional, a ordem social.

É de se ver que, numa primeira e singela análise do corpo da Lei nº 11.340/2006, se dedicou todo o capítulo segundo as chamadas medidas protetivas, sem que em nenhum momento houvesse qualquer preocupação em se fornecer informação capaz de aquietar os sentidos sempre aguçados dos interpretes da lei, no sentido de se conhecer qual natureza jurídica o instituto ostenta. A opção legislativa foi delegar aos doutrinadores e aos tribunais as

mais variadas interpretações. Vale aqui o comentário, que vêm oscilando de medidas cautelares (quer penais ou cíveis) a verdadeiras ações de conhecimento, com possível enfrentamento de mérito. Fato que tem produzido, ao revés do esperado pela lei, verdadeira insegurança jurídica. Não raro, na busca das razões de um instituto jurídico, o intérprete carece de perscrutar da existência de espécies semelhantes ao que se depara, a fim de, após detida análise, averiguar as similitudes existentes e assim reconhecer a posição do instituto em estudo, estendendo-a, quando o caso, ao comparado (MACHADO, 2011).

Nessa senda, as medidas protetivas para mulheres foram desenvolvidas com o objetivo de promover a proteção à integridade física e psíquica da mulher, sendo uma ferramenta que busca viabilizar uma proteção mais efetiva às vítimas, tendo em vista a dificuldade encontrada por esta de romper os laços com o agressor, podendo resultar em outros casos de violência, ou seja, a vítima passa por um processo de revitimização, tornando-se novamente vítima de violência.

1.2. Estrutura teórico-jurídicas

O art. 1º da Lei Maria da Penha estabelece que a imprescindibilidade da criação de mecanismos capazes de coibir e prevenir os mais meros resquícios de violência doméstica, servindo como um genuíno meio de auxílio à ofendida. Nessa perspectiva, se instala a Medida Protetiva de Urgência, podendo ser conceituada como uma medida concedida em caráter cautelar dentro do prazo máximo de 48 horas pela autoridade judiciária e possui a finalidade de oferecer proteção à mulher no âmbito doméstico tendo em vista sua convivência íntima, ainda que não habitem sob o mesmo teto, sendo irrelevante para a sua concessão a orientação sexual da vítima e autor (AZEVEDO, 2019; LOPES, 2019)

A amplitude da Lei Maria da Penha são suficientes para atender qualquer violência no âmbito familiar, não só contra a mulher, apesar de esta ser o foco da medida. Nessa linha de pensamento, Lopes (2019) aduz que “A aplicação da Lei e a disponibilização de medidas de proteção não se restringem às relações afetivas, mas sim a todos os tipos de relação familiar,

nestas também compreendidas as não consanguíneas, ou seja, às relações sociais familiares com união por afinidade”.

Portanto, as Medidas Protetivas de Urgência são decisões judiciais, e excepcionalmente policiais de acordo com a alteração feita na Lei Maria da Penha pela Lei nº 13.827/2019, com a finalidade de proteger a mulher em situação de risco, observando-se o histórico de violência e o nível de perigo que o agressor apresenta.

Insta salientar, o entendimento doutrinário atual quanto a conceituação das medidas protetivas, sendo que este sustenta a natureza autônoma das medidas protetivas, de natureza cível e de caráter satisfativo, de modo que reproduz seus efeitos até cessarem a violência que a originou, a fim de garantir a proteção da sua integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima. Ademais, são independentes em relação aos inquéritos policiais e eventuais processos, sendo similares à remédios constitucionais como o mandado de segurança e o habeas corpus, protegendo pessoas e bens (DINIZ, 2014).

As MPU's subdividem-se, de acordo com o previsto na Lei Maria da Penha, em dois tipos, quais sejam as que obrigam o agressor (art. 22) e as que dizem respeito à proteção das ofendidas (art. 23 e 24).

De acordo com o art. 22, constatadas práticas de violência doméstica contra a mulher, o juiz pode aplicar em conjunto, ou mesmo separadamente, as medidas protetivas de urgência previstas no referido dispositivo legal, sendo estas:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Por sua vez, as medidas protetivas de urgência que visem a proteção à ofendida e que podem ser adotadas pelo juiz da mesma forma que nas que obrigam o agressor, ou seja, juntas, bem como separadamente, são as seguintes:

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 procurações 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.

Vê-se que a orientação adotada pela Lei Maria da Penha possui dois enfoques bem claros e que giram em torno de duas premissas: a) reduzir o risco que o agressor pode proporcionar à vítima; e b) proporcionar atendimento e proteção à vítima.

O tipo de MPU a ser abordado nesse trabalho será o previsto nos arts. 23 e 24, levantando questões referentes principalmente ao atendimento da vítima. Um importante avanço da medida protetiva foi a promoção da proteção da vítima em dois aspectos que são importantes, mas que não

eram muito considerados, o atendimento psicossocial e a sua proteção na esfera patrimonial. É importante compreender que a violência não é apenas física, ela se promove também de outras formas, principalmente psicológica e economicamente.

No entanto, é no aspecto psicológico o principal fator a ser considerado. O ciclo de violência coloca a mulher numa situação que, em razão de vários fatores, se consolida a partir do domínio do agressor sobre os aspectos psicológicos da vítima, formando em sua psique um medo infundado ou mesmo uma noção de dependência que a torna inerte as violências sofridas diariamente.

As medidas protetivas têm caráter inibidor e não cautelar, motivo pelo qual pode condicionar a competência do juízo, além disso, possui o mérito da ação, sendo esta a proteção do direito que está ameaçado, ou seja, tendo em vista seu caráter inibidor, autônomo e independente, podem ser ajuizadas em um foro diferente da eventual ação penal, outrossim, é indiferente a existência de lavratura do boletim de ocorrência na autoridade policial, bem como representação criminal. Estas podem ser requeridas tanto pelo Ministério Público, bem como pela vítima no oferecimento da queixa-crime, em que nesse caso, cabe primeiro ao Delegado de Polícia averiguar sua necessidade, em que conseqüentemente a autoridade judicial poderá, num segundo momento, ratificar, modelar ou até mesmo extinguir a medida imposta (AMARAL, 2012).

Por outro lado, há entendimento no sentido de que para que o juiz conceda referida medida, estas deverão ser requeridas pelo Ministério Público ou pela própria ofendida. De modo que, poderão ser disponibilizadas imediatamente, decretadas por um juiz. Além disso, na hipótese de ameaça a integridade da vítima, o delegado deverá encaminhar em até 48 horas o expediente referente ao pedido, após a denúncia da ofendida, independentemente de audiência para o seu estabelecimento. (VASCONCELOS; RESENDE, 2018).

Sendo assim, pode a vítima requerer as medidas diretamente ao juiz ou ao Ministério Público, através de petição, com o intuito de que as medidas sejam apreciadas antes do prazo de 48 horas. Logo, em razão da urgência o juiz deve avaliar o requerimento independente de oitiva da outra parte, de modo que, o agressor será comunicado sobre a decisão somente após a concessão, sendo que sua intimação lhe torna obrigado. (BRAGA e RUZZI, 2016).

A relevância da medida provisória é exemplificada no art. 16 da referida lei, tendo em vista que a vítima só pode desistir da representação antes de oferecida a denúncia, cujo momento é na audiência designada com a finalidade específica pelo magistrado e após a oitiva do Ministério Público, caso não seja observado esse rito, não é possível a sua desistência (RODRIGUES, 2018).

Conforme a Lei Maria da Penha, após a denúncia, a vítima que requereu a medida protetiva deve ser representada por advogada, visando o respeito a seus direitos. Outrossim, a mulher vítima de violência doméstica, tem direito de ser atendida por equipe multidisciplinar, esta que possui psicóloga e assistente social, uma vez que é necessário um preparo da mulher vítima desses crimes que voltará ao seio familiar e social (RODRIGUES, 2018).

Nesse sentido, o apoio psicológico por serviços sociais governamentais ou comunitários de atendimento a vítima, sendo facultado ao juiz o seu estabelecimento como uma das MPU, de acordo com o art. 23, I.

Os grupos de apoio às vítimas foram criados de acordo com o previsto na Lei Maria da Penha e tem tido papel importante no combate à violência doméstica. Estes têm trabalhado de forma contínua no atendimento às vítimas, formando uma rede de apoio psicossocial e multidisciplinar que busca compreender e auxiliar as vítimas.

A importância dessas organizações denota-se pelo que dispõe o item “e” do art. 8 da Convenção de Belém do Pará, a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Esta estabelece

como dever do Estado a adoção de políticas de promoção e apoio a grupos que atendem as vítimas. Veja-se:

Art. 8 - Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

e. promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência.

É importante salientar que a maioria dos agressores são pessoas próximas das vítimas, sejam seus companheiros ou mesmo parentes. Nesse sentido, além da superação da violência física e do estigma social, a mulher é submetida a mais uma provação, o rompimento do vínculo emocional com quem a agrediu e violou seus direitos mais fundamentais.

Como já afirmado anteriormente, a orientação dada pela Lei Maria da Penha de proporcionar a vítima, inclusive por meio das MPUs um atendimento multidisciplinar, demonstra a necessidade de se pensar políticas públicas de combate a violência de forma diversa, promovendo a participação do terceiro setor, por meio das organizações não governamentais de apoio. Existe uma grande rede em todo o país e especialmente em Mato Grosso do Sul, capital pioneira no país a implantar a Casa da Mulher Brasileira (CMB), com agentes em diversas áreas de atuação.

1.3. Revogação das MPUs

No contexto da violência de gênero contra a mulher há que se considerar que um dos aspectos imprescindíveis para o enfrentamento do problema é a voz da vítima, seja para efetivar a denúncia ou, no contexto dos grupos de apoio, incentivar outras mulheres a se manterem firme nesse objetivo. São diversas as causas, sociais e psicológicas, que calam a mulher e não permitem que esta manifeste livremente sua vontade.

Naquilo que concerne às MPUs, a voz da vítima é necessária na medida em que, como já referido, pode o juiz a seu pedido decretar medida

protetiva. No entanto, cabe também à vítima a possibilidade de revogação dessas medidas por meio da retratação à representação.

Antes de se adentrar ao mérito da revogação das MPUs, salienta-se que no caso dos crimes previstos na Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) há dois tipos de ações penais, quais sejam ações penais públicas incondicionadas e as ações penais públicas condicionadas à representação.

A respeito da ação penal, aponta Brasileiro (2017):

De acordo com a doutrina majoritária, direito de ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. Funciona, portanto, como o direito que a parte acusadora- Ministério Público ou o ofendido (querelante) - tem de, mediante o devido processo legal, provocar o Estado a dizer o direito objetivo no caso concreto. [...] O direito de ação encontra seu fundamento constitucional no art. 5º, XXXV, que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Brasileiro (2017) também ressalta:

Não se pode confundir o direito de ação com a ação, propriamente dita. Direito de ação é o direito de se exigir do Estado o exercício da jurisdição. Ação, todavia, é o ato jurídico, ou mesmo a iniciativa de se ir à justiça, em busca do direito, com efetiva prestação da tutela jurisdicional, funcionando como a forma de se provocar o Estado a prestar a tutela jurisdicional.

No Direito Processual Penal pátrio existem dois tipos de ações penais, as ações penais públicas e as ações penais privadas. A diferença entre ambos cinge-se no titular para promover a ação penal. No primeiro caso, por se tratar de ação pública o titular é o Ministério Público, no segundo caso, nas ações penais privadas, o titular é o próprio ofendido.

No caso das ações penais públicas, estas se subdividem em ações penais públicas incondicionadas e ações penais públicas condicionadas à representação. As ações penais públicas incondicionadas são regras, mas

em alguns casos, mesmo sendo de titularidade do Ministério Público, a vítima precisa anuir com a persecução penal por meio do instituto da representação.

No caso da Lei Maria da Penha, em determinados crimes de violência doméstica, em especial aqueles que não importam em lesão física para a vítima, a persecução penal e a denúncia do indiciado à justiça dependerão da vontade expressa da vítima. A representação das vítimas é geralmente colhida em termo escrito logo quando da lavratura do Boletim de Ocorrência, visto que a representação é necessária inclusive para o empreendimento do Inquérito Policial.

A representação é uma condição de imprescindível nos crimes cuja ação penal é condicionada à representação, identificando-se como requisito de procedibilidade da ação penal, sendo que em sua ausência o magistrado nem sequer poderá receber a denúncia e no caso da Lei 11.340/2006, não poderá aplicar ou manter as medidas protetivas previstas na legislação. Nessa senda, salienta-se que sua ausência é inclusive uma hipótese de nulidade capaz de inviabilizar e anular atos já praticados (AVENA, 2017).

A existência ou não de instrumento hábil, bem como a retratação, hipótese em que o ofendido revoga a representação, trazem diversas ocorrências no que diz respeito aos crimes de violência doméstica e em especial nas MPUs.

Quando a ação penal pública for condicionada à representação, a vítima poderá, por meio da retratação, procurar a encerramento da ação penal, bem como a revogação das Medidas Protetivas.

No caso da violência doméstica, são diversos fatores que se relacionam à representação da vítima nas ações penais, principalmente naquilo que diz respeito à quebra do vínculo afetivo com o seu agressor. O maior número de desistências de ações penais, e conseqüentemente revogação das medidas protetivas, é o retorno ao convívio familiar entre vítima e agressor. De acordo com dados de 2009, à época 60% das sentenças dadas

em sede dos processos que julgam crimes de violência doméstica são extintas sem resolução do mérito em razão da retratação das vítimas (PIRES, 2011 apud OLIVEIRA, 2009).

Pugna-se que as hipóteses de retratação previstas eram muitas vezes utilizadas pelo próprio agressor que por meio de reiteradas ameaças ou agressões levava a vítima a se retratar.

São diversas as motivações das vítimas ao não prosseguirem com o processamento do seu agressor. Além da já referida, Pires (apud SABADELL, 2005; CAMPOS, 1999) aponta que também são relevantes a:

Dependência emocional, vergonha, medo, receio de o ofensor recrudescer a violência e até assassiná-la, dependência econômica, depressão, passividade em razão do quadro reiterado de violência psicológica, demora da Justiça, crença na mudança de comportamento do ofensor, baixa autoestima, achar que vai ficar sozinha e não vai conseguir outro companheiro, receio de não conseguir sozinha prover às necessidades dos filhos, descrença na capacidade de a Justiça resolver o conflito etc.

Em razão disso, a justiça passou a no caso das medidas protetivas a própria legislação e posteriormente a jurisprudência estabeleceram alguns critérios para a retratação e cancelamento das MPUs. No caso das Medidas Protetivas de Urgência, a pressão ainda é maior, visto que se aplicadas aquelas previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006, que obrigam o ofensor a, por exemplo proibição de “frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida”, bem como a “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores”. A natureza desse tipo de medida, na forma da restrição do ir e vir do agressor, muitas vezes traz, no plano fático, situações impulsionadas pela raiva e inabilidade do agressor.

O pedido de retratação se dará por meio da apresentação de petição pelo patrono da vítima, ou pela própria, mediante requerimento escrito ou declaração verbal reduzida a termo. Posteriormente, o requerimento será dirigido ao gabinete do magistrado responsável pela demanda para que

tome ciência e intime as partes para a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha.

Em razão de diversos fatores, como a pressão ou agressão psicológica por parte dos agressores processado, a Lei 11.340/2006 estabelece que nos casos de pedido de retratação da representação esta somente poderá ser feita em audiência de justificação ante a presença de magistrado. Isso em momento anterior ao recebimento da denúncia. Veja-se *in verbis*: “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

No caso dessas audiências, o juiz só aceitará a retratação e promoverá a cessação das MPUs se houverem elementos necessários para o seu convencimento de que o pedido de retratação é a expressão da vontade livre da vítima. O comparecimento da vítima em audiência proporciona ao juiz verificar a real dinâmica da situação, assegurando-se da proteção da vítima. Acolhida a retratação, o inquérito policial será remetido ao juízo que irá proferir decisão de extinção de punibilidade do indiciado.

Conforme referido nos dados acima colacionado e indicados por Pires (2011 apud OLIVEIRA, 2009), à época girava em torno de 60% o número de sentenças sem mérito em razão da retratação da vítima. Pensando em diversos desses fatores, a jurisprudência estabeleceu posições específicas, e em análise a demais fatores, acertadas, que fez com que esse número caísse drasticamente, visto que estabeleceu limites entre a vontade das partes e a necessidade do Estado de punir o indivíduo ofensor.

Destaca-se como de suma importância a sedimentação na jurisprudência do entendimento de que nos casos de lesão corporal leve, uma das ações penais condicionadas a representação, mesmo após a retratação a ação penal prosseguirá contra o agressor. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TORTURA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO CAUTELAR. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO

NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n.º 4.424/DF, estabeleceu que a ação penal nos crimes de lesão corporal em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher é sempre pública incondicionada. 2. A retratação da representação pela vítima não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. 3. A prisão preventiva encontra-se devidamente justificada, ante o risco concreto de reiteração delitiva. 4. Encontra-se prejudicada a discussão acerca da hipossuficiência do Impetrante, visto que a liberdade provisória mediante fiança foi revogada pelo Magistrado de primeiro grau, no momento em que decretou a prisão preventiva do Paciente. 5. Depreende-se dos autos que o feito vem tendo regular andamento, não se vislumbrando, na hipótese, a ocorrência de desídia estatal injustificada. 6. Ordem de habeas corpus denegada. (BRASIL. STJ - HC 481.948/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)

Isso significa que tem se mantido no judiciário e no Direito a compreensão de que deve se promover a busca entre o equilíbrio da vontade da vítima e a persecução penal, considerando que a relação ente vítima e agressor é cheia de nuances e complexidades a serem consideradas quando da aplicação da norma.

2 Revogação das MPUS e o atendimento realizado pelos grupos de apoio

Conforme já referido anteriormente, um dos aspectos importantes da Lei Maria da Penha no que concerne às MPUs é a previsão de encaminhamento das vítimas e de seus familiares a serviços de atendimento psicossocial, quer governamentais ou privados.

Em se tratando das medidas protetivas, estes servem principalmente como um ponto de apoio às vítimas, prestando atendimento em diversas áreas e auxiliando a mulher à ressignificação da violência sofrida. Isto porque as emoções que se desenvolvem em relacionamentos afetivos que são posteriormente marcados pela violência são confusas.

Em contato com as mulheres vítimas de violência domésticas percebe-se que um dos sentimentos mais recorrentes é o de banalização da

violência. Nessas situações a mulher se coloca em uma situação de culpa perante o agressor. Há *in casu* uma manifestação psíquica de uma construção social patriarcal, onde à mulher cabe a manutenção da família. Dessa forma, caso haja algum abalo na estrutura dessa instituição, mesmo que em forma de violência, a mulher é a primeira a ser previamente apontada como responsável, seja lhe culpabilizando (comum ouvirmos frases como: “foi ela quem quis” “ela continua junto dele porque gosta de apanhar”) ou legitimando a violência.

Neste estudo, as principais manifestações apresentadas foram de passividade, vergonha, decepção, culpa e sofrimento. E, dentre essas, notou-se a decepção como mais frequente. Muitas mulheres simbolizam a imagem do casamento perfeito e feliz em seus sonhos, com a esperança constantemente renovada de que o agressor vai mudar, que as coisas vão melhorar e que “tudo um dia vai passar como num passe de mágica”, sentimento esse que também é, segundo elas, frequentemente desfeito pelas decepções em contato com a realidade do comportamento do companheiro. Perdura no relacionamento o misto de esperança e decepção, fazendo com que o desgaste se acentue. (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012, p. 311).

Portanto, em decorrência desses fatores, bem como da pressão que a sociedade exerce, muitas mulheres tendem a retornar ao convívio com o agressor. Em caráter jurídico, isso importa na revogação da MPU nos moldes discutidos no último capítulo.

Em todo o Brasil, de acordo com estimativas, o número de mulheres que já sofreram algum tipo de violência por parte do seu cônjuge gira em torno de 29%. Ou seja, quase um terço das mulheres já foi vítima de violência, e justamente de alguém que em tese deveria prover afeto. Outro ponto a se relevar, é que desse total de mulheres, 16% consideram a agressão como severa. Ainda quanto aos dados, no fim da década de noventa do século passado, 35% das enfermidades e queixas médicas das mulheres eram relacionadas a algum tipo de violência cometida pelos seus companheiros em sede da relação conjugal. (LAMOGLIA; MINAYO, 2009; MORGADO, 2004; HEISE, 1994 apud FALCKE *et al*, p. 82).

Assim, qual o motivo pelos quais as mulheres retornam ao ciclo de violência? De que forma as mulheres ao desistirem das MPUs não o estão fazendo mediante uma falsa esperança ou coação que tornem sua vontade viciada?

A resposta para esses questionamentos não é tão clara ou simples, havendo diversos fatores psicológicos e sociais a serem considerados como determinantes para a “conciliação” entre vítima e agressor, não sendo possível esgotá-los ou mesmo abordá-los em maior totalidade. O que se pode considerar é a necessidade de se haver mecanismos jurídicos, consubstanciados pela forte atuação preventiva e reparadora do Estado na forma de políticas públicas.

Nesse sentido, salientam Grossi, Tavares e Oliveira (apud CAMARGO; AQUINO, 2003, p. 19): “A adoção de ações em diferentes áreas, de forma sistemática e continuada, garantindo acesso e qualificando a intervenção em cada área é o que deve caracterizar a promoção pelo estado de políticas públicas, constituindo uma rede de ações e serviços. Este processo é ainda incipiente e insuficiente”.

Desde os primeiros passos para a construção de normas protetivas às mulheres tinha-se a compreensão de que as vítimas necessitavam de um tratamento diferente daquilo que vinham recebendo ao se depararem com um Poder Judiciário totalmente despreparado e construído sobre bases culturais e teóricas com considerável teor conservador.

As redes de atendimento e apoio são formadas por pessoas que possuem capacitação especializada para lidarem com situações de violência das mais variadas formas. Esses indivíduos são de áreas como o Direito, a Psicologia, a Assistência Social ou membros da própria comunidade. Suas funções se cingem na prevenção e no apoio. Em caráter metodológico, Grossi, Tavares e Oliveira (apud Deslandes, 2002) dividem as redes em primária e secundária. Veja-se:

Deslandes (2002) conceitua ainda as redes sociais intermediárias, que seriam constituídas por pessoas que receberam capacitação especializada - denominadas promotoras - que podem vir do setor saúde, da educação, igreja, ou da

própria comunidade. Suas funções são a prevenção e apoio. No contexto da violência contra a mulher, a experiência de promotoras populares é um exemplo na prevenção destas situações. Compreende Deslandes (2002) que as redes secundárias e intermediárias formam-se pela atuação coletiva de grupos, instituições e pessoas que defendem interesses comuns. Dependendo do grau de liderança e da força de seus componentes elas podem ter um grande poder de mobilização e articulação para atingir seus objetivos. Já as redes sociais secundárias seriam aquelas formadas por profissionais e funcionários de instituições públicas ou privadas; organizações sociais, organizações não governamentais, grupos organizados de mulheres, associações comunitárias e comunidade. Estas teriam a incumbência de fornecerem atenção especializada, orientação e informação.

Atualmente, do trabalho realizado junto às vítimas de violência doméstica, parte significativa do atendimento é realizado por uma rede formada por grupos de apoio e órgãos estatais. Ambos com atuações em prol do mesmo objetivo, mas que se situam em áreas relativamente diversas.

No caso sul-mato-grossense, existem diversos projetos que integram a rede de apoio e proteção às vítimas de violência doméstica. Muitos deles se situam, ou tem como ponto de partida, a Casa da Mulher Brasileira.

A título de exemplo, cabe destacar, por exemplo, o trabalho do projeto Liberta Mulheres, responsável por prestar assistência a mulheres que se encontram sob MPU e que estão desempregadas. Considerando-se que um dos meios de controle do agressor em muitas situações está ligado a questão econômica, visto que em uma relação conjugal hodiernamente a mulher é dependente economicamente de seu marido, havendo, portanto, dificuldade de muitas mulheres de se inserirem no mercado de trabalho. Este projeto contribui auxiliando a vítima a romper com o ciclo de violência e conquistarem autonomia econômica, proporcionando acesso a benefícios sociais, acompanhamento psicológico, oficinas para resgate da autoestima, qualificação profissional e encaminhamento ao mercado de trabalho.

No entanto, um dos grupos existentes e cujo trabalho desenvolvido tem tido impacto considerável no que tange ao objetivo deste trabalho,

qual seja a compreensão da revogação das Medidas Protetivas de Urgência é o Grupo Atitude. O projeto é desenvolvido pela 3^o Vara de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande, cuja titular, a juíza Jacqueline Machado, é uma das coordenadoras.

O projeto tem como público alvo as mulheres que já requisitaram a revogação da medida protetiva e retornaram ao convívio junto daqueles que outrora foram seus algozes. Considerando aspectos psicológicos como os referidos alhures, o grupo trabalha de forma a propiciar a essas mulheres uma ressignificação de sua escolha em retomar a relação junto ao agressor.

Essas mulheres participam de diversos momentos guiados por psicólogas e assistentes sociais que buscam esclarecer, por meio de dinâmicas e vídeos, quais os ônus e riscos da manutenção do vínculo afetivo com seu companheiro/agressor.

Tais momentos são desenvolvidos com a intenção de conscientizar e empoderar as mulheres que são vítimas de violência doméstica. Nesses momentos é comum que as psicólogas e assistentes sociais procurem elucidar as mulheres quais os tipos de violência, demonstrando que uma relação abusiva não se resume à violência física, podendo esta se manifestar na forma psicológica, social ou econômica. Um dos pontos de maior atenção do grupo se relaciona a compreender quais as motivações das vítimas. Como já dito anteriormente, a banalidade e a esperança de mudança do companheiro levam a mulher a se submeter novamente a situações que a colocam sob risco de violência.

Do ponto de vista jurídico, o trabalho desenvolvido por esse grupo e pelos demais que formam a rede de apoio às vítimas é essencial. Em que pese caiba ao juiz decidir na maioria das vezes em algumas situações como no caso das MPUs a escolha é da vítima, não podendo sua revogação servir como forma de impunidade. Importante destacar que o entendimento jurisprudencial de manter o prosseguimento da ação penal mesmo após a revogação da MPU é acertada.

Considerações finais

Existem nas relações afetivas diversos tipos de violência, sendo as principais vítimas as mulheres. Estas são submetidas a situações de violência física e psicológica que causam danos consideráveis às vítimas.

Durante muitos anos a instituição familiar foi considerada de modo a dota-la de importante relevo na organização social. A família, no entanto, é um dos lugares em que existem mais possibilidades de se ocorrerem violências. As relações sociais hierárquicas e a construção da sociedade sob um ponto de vista cultural e sociológico dotam figuras de um poder irrestrito e que se desenvolve sobre o pretexto de dependência. Nas relações afetivas, a hierarquia ordinariamente se desenvolve entre marido e mulher, sendo que em ocasiões extremas se desenvolve em situações de violência. Cabe lembrar que a Lei Maria da Penha foi criada em um contexto de urgência, ante os muitos casos de violência e impunidade.

Dessa forma, há que se compreender que a violência não se resume a aspectos meramente eventuais, havendo uma complexidade de fatores que influem de maneira direta.

No que se refere às Medidas Protetivas de Urgência, essas se identificam como uma ferramenta importante para a manutenção do bem estar das vítimas de violência. As formas como esta se desenvolve aborda aspectos mais do que necessários para a proteção da mulher. Isso posto que a violência também se demonstre em situações de privação da mulher de outras coisas, como o contato com os filhos, com a família ou o impedimento de que esta desenvolva meios econômicos de subsistência.

A necessidade das MPU's tem se demonstrado na medida em que têm sido empreendidas nos últimos anos diversas iniciativas que visam principalmente majorar o seu potencial impacto naquilo que se refere a proteção da mulher vítima de violência doméstica. É o caso da alteração realizada em 2019 que possibilita ao delegado o estabelecimento das Medidas Protetivas em cidades que não sejam comarcas e onde não esteja presente um juiz para autoriza-la.

Contudo, um dos aspectos de maior relevância é sem dúvida o estabelecimento das redes de apoio, que na forma de grupos e projetos comunitários e públicos fornecem acompanhamento multidisciplinar para a vítima, dando-lhe as ferramentas necessárias para desvencilhar do ciclo de violência e se afastar do agressor.

Um dos trabalhos que mais demanda esforços é o do atendimento psicológico e social das mulheres que pretendem retornar ao convívio do seu agressor. São diversas motivações e aspectos que levam as mulheres a fazê-lo, devendo sobremaneira ser considerados os aspectos biopsicossociais como determinantes. Este na maioria das vezes vem acompanhado da revogação da MPU. Até algumas décadas atrás, isso importava no não prosseguimento da ação penal e inviabilizava o objetivo principal das legislações de proteção da mulher, qual seja impedir que a vítima seja reiteradamente submetida a mais situações de violência.

Dessa forma, há que se considerar a relevância dos grupos de apoio que atualmente existem, principalmente no tocante ao seu papel de auxílio na ressignificação da violência e na quebra do ciclo de violência, empoderando a mulher e lhe mostrando que há outros caminhos que não o retorno ao lar já maculado pela violência.

No entanto, repisa-se que a adoção de uma punição não é suficiente. É necessária a conscientização tanto da vítima quanto do agressor. As políticas devem majoritariamente focar em aspectos preventivos e esclarecer o valor da vítima como pessoa humana e jamais deve ser submetida a nenhum tipo de violência. No que tange as redes de proteção, é mais do que necessário que o poder público as fomente e, juntamente do judiciário, viabilizem a sua atuação.

Referências

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Lei Maria da Penha: Mulher não Precisa Fazer BO Para Obter Medida Protetiva**. 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-set-18/carlos-amaral-mulher-nao-bo-obter-medida-protetiva>>. Acesso em: 26/04/2019.

AZEVEDO, Luciana. **Maria da Penha, para que serve?**. JUSBRASIL. 2019. Disponível em: < https://lucianaasazevedo.jusbrasil.com.br/artigos/659605801/lei-maria-da-penha-o-que-e-e-para-que-serve?ref=topic_feed>. Acesso em: 26/04/2019.

BRAGA E RUZZI. **Sociedade de Advogadas**. As medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. 2016. Disponível em: < <http://bragaruzzi.com.br/hello-world/>>; Acesso em: 26/04/2019.

BRASIL. **Lei n. 11.340 de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2019.

BONORINO, Elaine Bello; CAMPOS, Carmen Hein; FIORESI, Deusélio Bassiniet al. **Medidas Protetivas de Urgência: uma análise preliminar**. Brasília: Amagis-DF, 2016.

COELHO, Elza Berger; CAPONI, Sandra Noemi; SILVA, Luciane Lemos. Violência silenciosa: Violência psicológica como condição da violência física doméstica. In **Interface- Comunicação, Saúde, Educação**, v.11, n.21, p.93-103, jan/abr 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana de para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Belém do Pará, 1994.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. Medidas Protetivas de Urgência: **Natureza Jurídica – Reflexos Procedimentais. Pro Mulher Artigos**. 2014. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20%20Natureza%20Jur%C3%ADdica%20%20Anaílton%20Mendes%20de%20Sá%20Diniz.pdf>>. Acesso em: 26/04/2019.

FALCKE, Denise *et al*. Violência conjugal: um fenômeno interacional. **Contextos Clínicos**, vol. 2, n. 2, julho-dezembro 2009, p. 81-90.

FONSECA, Denire Holanda; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noemia Soares Barbosa. **Violença doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais**. Psicologia & Sociedade, v. 24, n. 2, 2012, p. 307-314. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n2/07>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

GROSSI, Patricia Krieger; TAVARES, Fabrício André; OLIVEIRA, Simone Barros. A rede de proteção à mulher em situação de violência doméstica: avanços e desafios. **Athenea**

- Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social**, n. 14, 2008, p. 267-280. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/537/53701417.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física**. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- LOPES, Yan. **A evolução e eficácia das medidas protetivas na Lei Maria da Penha - Lei 11.340/06**. JUSBRASIL. 2019. Disponível em: <https://yansuxxx.jusbrasil.com.br/artigos/697193622/a-evolucao-e-eficacia-das-medidas-protetivas-na-lei-maria-da-penha-lei-11340-06?ref=topic_feed>. Acesso em: 26/04/2019.
- MACHADO, Eduardo H. **MEDIDAS PROTETIVAS**. 2011. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1040/R%20MP%20-%20Medida%20Protetiva%20-%20Eduardo%20Machado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26/04/2019
- MATA, Amanda da. Qual é o instrumento adequado para revogar uma medida protetiva?. JUSBRASIL. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/516939380/qual-e-o-instrumento-adequado-para-revogar-uma-medida-protetiva?ref=topic_feed>. Acesso em: 26/04/2019
- MENDES, Ana Cláudia Loiola. **As medidas protetivas na Lei Maria da Penha: subsistência no tempo como forma de concretização efetiva do direito à mulher**. Brasília: Amagis-DF, 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2016.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Strengthening health systems to respond to women subjected to intimate partner violence or sexual violence: A manual for health managers**. Genebra, 2017.
- PARENTE, Eliza de Oliveira; NASCIMENTO, Rosana Oliveira; VIEIRA, Luiza Jane Eyre. Enfrentamento da violência doméstica por um grupo de mulheres após a denúncia. In **Estudos Feministas**, Vol. 17, No. 2 (maio-agosto - 2009), p. 445-465.
- POUGY, Lilia Guimãres. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. Rev Kátal., Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 76-85, jan./jun. 2010.

RODRIGUES, TAMIREZ. Medidas protetivas para a mulher: Realidade ou Utopia. JUSBRASIL. 2019. Disponível em: <https://tammymires.jusbrasil.com.br/artigos/644007477/medidas-protetivas-para-a-mulher-realidade-ou-uto-pia?ref=topic_feed>. Acesso em: 26/04/2019

VASCONCELOS, Claudivina C; RESENDE, Gisele S. Lira de. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. A Aplicabilidade e Eficácia das Medidas Protetivas como instrumento de prevenção e combate à reincidência na Comarca de Barra do Garças - MT.** DIREITO EM DEBATE: Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí. Ano XXVII nº 49, jan.-jun. 2018 - ISSN 2176-6622.

A prisão domiciliar como instrumento de consagração do artigo 5º, L, da Constituição Federal

*Luana Rodrigues Meneses de Sá*¹

Introdução

Conforme a redação do artigo 5º, L, da Constituição: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Entretanto, a maternidade em situação de prisão na realidade difere do que o plano formal (arcabouço jurídico) dispõe sobre o assunto, o que é apurado através de pesquisas empíricas e dados, por exemplo, por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) sobre a infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, dentre os quais cabe apontar que nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18- 19).

Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Aluna Especial do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Advogada.

Interessante observar que a destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero é a seguinte: 74% (1067 unidades) masculino; 17% (244 unidades) misto; 7% (107 unidades); 31;2% sem informações. Essa destinação dos estabelecimentos permite corroborar o fato de que o sistema prisional fora pensado, projetado e construído por homens e para homens, embora o crescimento da população carcerária feminina tenha aumentado consideravelmente, dado que em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional. Todavia, o encarceramento de mulheres, em termos de Política Criminal e Penitenciária permanece em segundo plano, os presídios femininos, em regra, são fruto de adaptações e improvisações, como resultado as especificidades de gênero são frequentemente desconsideradas pelo Poder Público.

As mulheres presas estão sujeitas a estabelecimentos prisionais que não atendem as suas especificidades, conseqüentemente são atingidas desproporcionalmente pela pena privativa de liberdade em virtude do gênero, ou seja, são punidas não só por cometerem crimes, mas também por serem mulheres cometendo crimes.

De volta aos dados, os números são alarmantes se considerarmos que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p. 22), isto é, idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Infelizmente, o INFOPEN Mulheres ainda não informa quantas apresentam, efetivamente, tal condição². Consta no mesmo relatório, a importante informação de que 74% dessas mulheres são mães, considerando que a metodologia desse banco de dados se resume em extrair informações através de sistema online e os dados são

²Tendo em vista que o déficit coleta de dados afeta as políticas públicas passíveis de serem adotadas pelo Estado, assim urge a iniciativa de alimentar o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepem). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/sisdepem-informacoes-penitenciarias-consolidarao-base-de-dados-nacional>, acesso em 10 jul. 2019. Idem, o CNJ implementou o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0?utm_source=banner. Acesso em: 10jul.2019.

compilados após preenchimento de formulários acessados pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.

O artigo teve como objetivo evidenciar a inadequação e impossibilidade do sistema prisional oferecer condições para atender especificidades de gênero, tais como oferecer condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, assim pretende identificar as necessidades e entraves preliminares para o exercício dos direitos maternos de mulheres em situação de prisão e elaborar defesas de propostas, com ênfase em alterações legislativas que promovam o exercício da maternidade das mulheres presentes no cárcere. Para tanto, como metodologia foi realizada revisão bibliográfica, análise de dados coletados por pesquisas empíricas de abordagem qualitativa, análise de dados estatísticos e pesquisa de diretrizes de políticas públicas, coleta de dados fornecidos pelo DEPEN nos autos do HC °. 143.641/SP, pesquisa jurisprudencial e legislativa.

De início, serão abordadas as normativas, diretrizes internacionais e nacionais sobre a maternidade na prisão, especialmente, no que se refere a amamentação e a impossibilidade de serem asseguradas condições dentro do sistema prisional para que o vínculo entre mães e filhos seja preservado, garantindo o exercício da maternidade em um período extremamente importante para o desenvolvimento das crianças, a primeira infância, o período de amamentação. Em seguida, serão analisadas algumas conquistas legais e a importância do instituto da Prisão Domiciliar como um instrumento para concretização de direitos fundamentais, tendo como objetivo consolidar uma ponte para um Processo Penal humanitário, Constitucional e Convencional. Ao final, serão discutidas contribuições de pesquisadores para o sistema de justiça criminal, obstáculos iniciais, propostas e consequências que envolvem a defesa da maternidade de mulheres encarceradas.

1 A prisão domiciliar como instrumento de consagração do artigo 5, L da Constituição Federal.

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como as Regras de Bangkok, são consideradas como complementares às Regras mínimas para o tratamento de presos (Regras Nelson Mandela), foram aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, na Resolução n. 65/229, de 21 de dezembro de 2010, o Brasil apesar de ser signatário, somente realizou a tradução oficial das regras em 2016 por meio da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça³

Em razão das regras de Mandela não tecerem orientações específicas sobre a condições das mulheres encarceradas, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade das mesmas diante do sistema de justiça criminal, elaborou-se um marco normativo internacional que deve orientar os Estados a priorizarem a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres conflito com a lei. Estas regras que tratam as especificidades de gênero, devem ser observadas por gestores e membros do sistema de justiça levando em conta como o cárcere incide sobre a vida destas mulheres e conseqüentemente na vida de seus filhos menores.

Cuida-se de um conjunto de normas de *soft law*, não possuindo força vinculante aos Estados. Contudo, não deixa de ser um compromisso internacional assumido pelo país, pois serve como importante vetor de interpretação do alcance de normas nacionais e internacionais sobre direitos humanos, sobre as mulheres presas. No Brasil, em 2016, foi editado o Decreto n. 8.858⁴⁵, por exemplo, determinando o uso das Regras de Bangkok como diretrizes para o emprego de algemas.

³Para promover e incentivar a aplicação das regras para o tratamento das mulheres infratoras pelos poderes Judiciário e Executivo brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça traduziu as Regras de Bangkok. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c4_4.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴ A Regra 24 das Regras de Bangkok preconiza: “Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior”, e em observância o Decreto nº 8.858/2016 estabelece: “Art. 3º: É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema

Portanto, percebe-se a relevância de pautar gênero no âmbito prisional através da finalidade do documento que é determinar regras e políticas públicas de prevenção de crimes e justiça criminal especificamente voltadas para as mulheres, as quais são direcionadas às autoridades nacionais, como o Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, agentes penitenciários e demais atuantes no sistema prisional.

As Regras de Bangkok pautam-se por dois pressupostos: (I) as necessidades específicas das mulheres, as quais incluem, entre outras, idade, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade; (II) o reconhecimento de que parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade, de modo que o encarceramento pode dificultar a sua reinserção social. (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 244,).

Neste sentido, destacam-se as Regras 2, 22, 45, 48, 57, 58 e 64, as quais trazem clara preocupação com a importância de aplicação de medidas não privativas de liberdade levando-se em conta a necessidade de preservação de vínculos entre mães e filhos e a responsabilidade com o cuidado ainda exercido na sociedade pelas mulheres:

Regra 2: Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

Regra 22: Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amentação.

Regra 45: As autoridades penitenciárias concederão às presas, da forma mais abrangente possível, opções como saídas temporárias, regime prisional aberto, albergues de transição e programas e serviços comunitários, com o intuito de facilitar sua transição da prisão para a liberdade, reduzir o estigma e restabelecer contato com seus familiares o mais cedo possível.

penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Regra 48: Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças. 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

Regra 57: As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Regra 58: Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Regra 64: Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado (grifo nosso).

As mulheres gestantes, lactantes ou com filhos deverão receber orientações de dieta, saúde e qualidade de vida, conforme preceituado nas Regras 48 a 52. Deve-se estimular a amamentação e, visando o melhor interesse da criança, fornecer ambiente adequado, com serviços de saúde e educação, para crianças que vivam com as mães na prisão (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 247).

Visando proteger as crianças, é vedada a imposição de sanções de isolamento ou segregação disciplinar às gestantes e mães em período de amamentação. É vedada, também, a utilização de instrumentos de contenção em mulheres em trabalho de parto ou no período imediatamente posterior. Nessa linha e como já visto anteriormente, a Lei n. 13.434/2017

vedou o uso de algemas em (I) mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em (II) mulheres durante o período de puerpério imediato. O contato entre a presa e o mundo exterior, pautado pelo estímulo à comunicação e visitas dos familiares, está enunciado nas Regras 26 a 28. (Ramos, 2018, p. 246).

Nesse sentido, cumpre destacar a postura ativa do Poder Judiciário em atenção às Regras de Bangkok, evidente na elaboração da Resolução CNJ n.º. 252/2018, a qual estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências, observa-se o disposto no art. 8º, §1º:

Art. 8º, § 1º Para garantia da convivência das mulheres privadas de liberdade com seus filhos, o poder público adotará as seguintes ações mínimas:

- I - Garantir a convivência entre mães e filhos, respeitando-se o período de amamentação exclusiva, no mínimo, nos seis primeiros meses de vida da criança, sem prejuízo de complementação, caso necessário;
- II - Garantir à gestante e à lactante o apoio nutricional adequado à sua condição.

Um documento importante para a formulação das Regras de Bangkok foi o “Manual para administradores de prisões e formuladores de políticas públicas sobre mulheres e encarceramento”, criado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime em 2008⁵, o qual indica que:

Mulheres grávidas e mulheres com crianças pequenas não deveriam ser encarceradas a menos que absolutamente necessário. Uma legislação apropriada deveria ser estabelecida e as linhas norteadoras das sentenças das Cortes deveriam sublinhar este princípio. (Tradução livre)⁶

⁵ Publicação das Nações Unidas, Núm. de vendas E.o8.IV.4

⁶ Pregnant women and women with children should not be imprisoned unless absolutely necessary. Appropriate legislations should be in place and sentencing guidelines for courts should underline this

Em continuidade, no âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 99.710/90, em seu art. 3º ,1, estipula que:

Artigo 3 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (Sublinhei).

2. A prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro

Diante do que podemos denominar como uma “cultura do encarceramento”⁷, o legislador desde a promulgação da Lei 12.403 em 2011 esperava que os aspectos práticos dela consistiriam na redução do número de presos preventivos, aliás cerca de 30,1% da

população prisional feminina é provisória (INFOPEN Mulheres, 2016, p. 18-20).

Na esteira da lei 12.403/11, ocorreu o alargamento das possibilidades de conversão em prisão domiciliar (art. 318 CPP) como consequências da reforma, além da ampliação das medidas cautelares com um rol com nove medidas diversas da prisão (artigo 319 CPP).

Assim, com as mudanças produzidas pela Lei n. 12.403/11, o Capítulo IV do Título IX do Livro I do CPP passou a dispor sobre a prisão domiciliar. Prisão domiciliar de cunho humanitário, pois a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visava tornar menos desumana a segregação cautelar.

Anteriormente, na esfera interna, em consonância com as regras internacionais de direitos humanos, no que diz respeito à prisão domiciliar

⁷ A “Cultura do encarceramento” explicada no julgamento do HC coletivo 143.641 STF, a qual se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

para mulheres que possuem filhos, o artigo 117, inciso III, da Lei de Execução Penal já estabelecia a possibilidade de concessão de tal regime especial às presas que cumpram pena em regime aberto.

No tocante à prisão domiciliar no curso da execução da pena tem-se que, embora a Lei de Execução Penal autorize a concessão de prisão domiciliar somente à presa condenada em regime aberto, os Tribunais vêm flexibilizando essa possibilidade, por questões humanitárias como saúde, amamentação, necessidade de cuidados dos filhos menores, dentre outras, sendo estas em situações peculiares, no caso de condenadas gestantes, com filhos menor ou deficiente físico ou mental (art.117, incs. III e IV, da LEP) em cumprimento de regimes prisionais semiaberto e fechado. Após o advento da Lei n. 13.769/2018, passou-se a autorizar progressão especial de regime com critérios diferenciados para as mulheres que se encontrem em situações peculiares, o que poderá acarretar uma reinterpretação jurisprudencial atenta as especificidades de gênero e o melhor interesse da criança.

No que diz respeito às mulheres presas provisoriamente, o Código de Processo Penal, a partir da alteração promovida pela Lei n. 13.257/16 da Primeira Infância) que incluiu o inciso V no art. 318, também passou a disciplinar a prisão domiciliar para presas com esta especial condição:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade Incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Verifica-se que o CPP amplia a possibilidade de concessão da prisão domiciliar para as presas provisórias, levando em consideração, para tanto, princípios constitucionais e normativas internacionais já mencionadas. O CPP também dispõe, em seu art. 319, uma série de medidas

cautelares alternativas à prisão, o que demonstra a possibilidade de flexibilização da prisão provisória de acordo com cada caso concreto.

A 2ª Turma da Corte do STF, no julgamento do HC 143641/SP admitiu que o Estado brasileiro não tem condições de garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional. E definiu critérios para a substituição de que tratam os incisos do Código de Processo Penal, os quais devem ser os seguintes: em regra, deve ser concedida prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam gestantes; puérperas (que deu à luz há pouco tempo); mães de crianças (isto é, mães de menores até 12 anos incompletos) ou mães de pessoas com deficiência. As exceções em que não deve ser autorizada a prisão domiciliar se: a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos) e em outras situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Considerando ainda que, interpretações das citadas mudanças legislativas com o viés de recrudescimento penal sobre a questão ignora a onda humanitária pela qual impulsionou as alterações legislativas e entendimentos jurisprudenciais em observância em especialmente para a tutela das mulheres no âmbito prisional. De acordo com a redação dos recentes artigos 318-A e 318-B:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

O que foi destacado pela legislação é o caráter objetivo da aplicação da domiciliar as mulheres mães de crianças ou deficientes e gestantes em situações que não envolvam as exceções apresentadas.

A nova Lei 13.769/2018 retirou do rol de exceções as situações excepcionalíssimas, previstas anteriormente na decisão do Supremo Tribunal Federal e que eram utilizadas para denegar a prisão domiciliar, o que não impediu o reconhecimento delas em julgados posteriores do STJ. A imprecisão do termo abriu margem para diversas interpretações pelo Poder Judiciário, arbitrárias, contrariando os fins propostos na ordem concedida. Sobre a questão da situação excepcionalíssima utilizada com fundamento em uma suposta dicotomia entre superior interesse da criança e direitos da mãe presa, as seguintes pesquisadoras pontuam:

Outro tema caro à análise que propomos, inspirada pela perspectiva feminista (DINIZ, 2014), é que em muitos casos, o interesse superior da criança prevista na legislação se sobrepõe, ou mesmo, anula os interesses e direitos da mãe. Nas decisões de concessão da prisão domiciliar analisadas foi evidente que não era a presa “o sujeito de direito”, mas a criança. Importante pontuar, que não está se contestando aqui a legitimidade de se atender ao interesse da criança, mas como no discurso jurídico essa defesa é feita a partir de julgamentos morais e de padrões sócio familiares rígidos; e sob um raciocínio binário que associa à criança à pureza e inocência, em contraponto da mulher culpada. (BRAGA; FRANFKLIN, 2016, pp. 349-375).

A situação excepcionalíssima não deve ser instrumentalizada como um subterfúgio para os Tribunais resistirem a aplicação da substituição da Prisão Domiciliar. Embora o legislador não tenha pontuado, há necessidade de critérios objetivos para afastar a discricionariedade, e coibir decisões contrárias aos parâmetros fixados pelo do Supremo Tribunal Federal.

3. Maternidade em situação de prisão.

Nesse contexto, reconhece-se que a família é a unidade fundamental para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, principalmente as crianças. Inúmeros pesquisadores e pesquisadoras do ramo da psicologia, sociologia, direito entre outros se debruçaram para analisar a

relação existente entre o crescimento infantil e o papel materno, firmando que o desenvolvimento infantil sadio depende diretamente da presença materna na vida da criança, alertando, ainda, o custo social que acarreta efeitos negativos em razão da privação deste vínculo.

A Lei 13.769/2018 tem como um dos seus objetivos resguardar o direito fundamental de convivência familiar das crianças cujas mães encontram-se em situação de privação de liberdade. Esse direito é necessário ao seu desenvolvimento físico, mental, social e emocional. Por isso, o indeferimento da prisão domiciliar só poderia ocorrer em razão de interesse superior da própria criança, em caso de maus-tratos ou de crimes cometidos contra os próprios filhos, como bem já previu a referida lei.

Rodrigo Roig (2018), defende que a necessidade de amamentação de filho recém-nascido enquadra-se na hipótese de prisão domiciliar prevista no art.318, inciso III, pois a presa é imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência. Considerando que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, da CF), norma esta cuja interpretação deve ser ajustada para permitir que os filhos permaneçam com suas mães durante o período de amamentação, mas fora do ambiente prisional. Importante assinalar, nesse sentido, que a amamentação – entendida como ato de impacto físico e psicológico – deve ser tratada de forma privilegiada, eis que dela depende a saúde do corpo e da “psique” da criança (art. 1º, III, da Resolução n. 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). A concessão de prisão domiciliar nessa hipótese tem ainda como objetivo conter a transcendência dos efeitos da pena para os recém-nascidos (princípio da transcendência mínima) (ROIG, 2018, p. 185).

O princípio da intranscendência (pessoalidade) estabelece que a pena não poderá passar da pessoa do criminoso (art. 5º, XLV, da CF e art. 5º, item 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Além disso, é importante destacar a absoluta prioridade mencionada no artigo 227 da Constituição Federal:

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. (Grifo nosso).

Convém ressaltar que pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm comprovando os impactos negativos do encarceramento das mulheres mães na vida de seus filhos/as. Dentre as pesquisas, a realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador/BA, revelou que, com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social.

Por fim, ciente das consequências e limites da defesa de políticas desencarceradoras do sistema de justiça criminal, é importante pautar que para o melhor exercício de maternidade a liberdade é sempre a melhor alternativa. Por isso, para lidar com o exercício de direito das mulheres presas, é necessário pautar uma mudança nos rumos da política criminal.

Nesse sentido, a pesquisa realizada em 2015, promovida pelo Ministério da Justiça e o IPEA sobre a maternidade na prisão em seis Estados da Federação (Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015). Na qual, a realidade que descreveram, em geral, é de indiferença estatal para com a maternidade no cárcere. Verificou-se ainda a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, concluindo-se que:

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (ANGOTTI; BRAGA, 2019, pp. 289-290)

Após alterações legislativas e os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal (fevereiro de 2018), o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN informou⁸ em agosto de 2018, que identificaram 14.750 mulheres elegíveis para a concessão da prisão domiciliar, nos termos do que foi decidido no habeas corpus coletivo, informações que foram obtidas através de busca ativa dos órgãos penitenciários.

Posteriormente, em setembro do mesmo ano identificaram 9.245 mulheres elegíveis, portanto, nesse período cerca 5.505 mulheres submetidas a prisão preventiva, distribuídas em diferentes estados do país, tiveram suas prisões preventivas substituídas pela Prisão Domiciliar. O que demonstra uma variação negativa em curto intervalo de tempo, que é significativa tanto pelo impacto já alcançado no encarceramento feminino, como ainda pelo número de mulheres que, tendo direito a estar com os seus filhos, permanecem no cárcere.

Diante disso, Defensores Público do Ceará⁹ reforçam que a decisão do HC 143.641, em conjunto com a Lei 13769/18, tem especial importância no contexto das questões prisionais, que exigem uma postura ativa do Judiciário e das demais instância jurídicas e políticas para sua solução

⁸Através do ofício 923/2018/GABDEPEN/DEPEN-MJ e do ofício 1220/2018/GABDEPEN/DEPEN-MJ nos autos do HC 143.641/SP, processo eletrônico n°. 0004590-38.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹ CONSULTOR JURÍDICO. Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>. Acesso em: 20 jun. 2019.

humanística, ampliando a lente para as questões de gênero e das circunstâncias que envolve a maternidade. Em concordância com esse posicionamento, o presente trabalho também entende que devem ser revistas todas as situações prisionais das mulheres que tiveram indeferidos seus pedidos de substituição de prisão preventiva em prisão domiciliar com base na excepcionalidade, uma vez que o próprio STF se manifestou contrário, em sede do HC coletivo, às decisões dos Tribunais que não pactuavam com os parâmetros fixado pela Corte.

Considerações finais

O presente artigo compreende que a prisão domiciliar não deve ser concedida apenas as presas provisórias, embora não haja uma previsão específica às mulheres presas definitivas que possuam filhos menores, a interpretação sistemático-teleológica de todo o conjunto de normativas referentes à mulher presa permite concluir, através de uma interpretação analógica do inciso V, art. 318 do Código de Processo Penal, que a prisão domiciliar deve ser medida aplicável, com vistas a atender especificidades de gênero, e o melhor interesse da criança, com absoluta prioridade também nos casos das presas definitivas.

Nota-se que a força impositiva do texto legal do artigo 318-A, que substituiu o termo poderá por será, para concessão de prisão domiciliar deve ser reconhecida como um critério objetivo para a substituição da prisão preventiva, assim como o caráter objetivo da aplicação da prisão domiciliar às mães de crianças ou deficientes e gestantes em situações que não envolvam as exceções apresentadas nos incisos I e II do art. 318-A. Além da possibilidade de a prisão domiciliar ser aplicada inclusive nas hipóteses dos incisos I e II do art. 318-A, isto significa que, mesmo para as mulheres que cometeram crimes com violência ou grave ameaça, a depender do caso concreto.

Destarte, o aumento do encarceramento feminino (fenômeno que pode ser compreendido a partir da ênfase aos marcadores sociais da diferença e da seletividade penal) tem um custo social elevado, pois impacta de forma avassaladora a família da presa, seus dependentes são imediatamente afetados, uma vez que essas mulheres desamparadas pelo Estado são mães, muitas são chefes de família e em regra, devido a naturalização do cuidado como uma tarefa tipicamente feminina reforçada pelo estereótipo de gênero são as responsáveis pelo cuidado com a casa e com os filhos/as. Por fim, a defesa de mais direitos referentes à concessão da prisão domiciliar como um instrumento de concretização de garantias não pode gerar o efeito colateral de reforçar a escolha pelo encarceramento.

Referências

- ASSUMPÇÃO, Renata (coord.). **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. **Dar à luz na sombra: exercício da maternidade na prisão**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019.
- BRAGA, A. G. B.; FRANKLIN, N. I. C. **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*, Rio de Janeiro, v.9, n.1, p.349-75, 2016.
- 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. Brasília, DF, 2016. 80 p. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf> Acesso em 20 jun. 2019.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Atualização – junho de 2016**.

Brasília, DF, 2017, 65 p. Disponível em http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712- pessoaspresas-no-brasil/relatorio_2016junho.pdf. Acesso em 20 jun. 2019.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres 2ª edição. Brasília, DF, 2018. 79 p. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen- mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18. Pdf. Acesso em 22 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dar à luz **na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. (Pensando o direito, 51).

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen). **Mulheres presas – dados gerais**. Brasília, 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: 15 jul. 2019

BRASIL. **Relatório da situação atual do sistema penitenciário: mulheres presa e egressa**. Brasília, 2008.

BRASIL. Resolução CNPCP n.4, de 29 de junho de 2009. **Orienta sobre a Estada, Permanência e posterior Encaminhamento das (os) Filhas (os) das Mulheres Encarceradas**. Brasília, 2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. **Reorganização e reformulação do sistema prisional feminino**. Brasília, 2008.

BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 143.641, processo eletrônico n.º. 0004590-38.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Resolução Conselho Nacional de Justiça n. 252, de 4 de setembro de 2018. **Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2667>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Planalto. **Convenção sobre direitos da Criança**. Decreto n.º 99.710, de 21

de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. **Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>. Acesso em: 20 jun. 2019.

DALBEM, Juliana Xavier; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, v. 57, n. 1, p. 12-24, 2005. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arbp/v57n1/v57n1a03.pdf>. Acesso em 19 jun. 2019.

DINIZ, Débora. **Perspectivas e articulações de uma pesquisa feminista**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A maternidade no meio prisional: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

SANTOS, D. S. S., BISPO, T. C. F., SANTOS, S. M., NUNES, F., REBOUÇAS, L., & CAMARGO, C. L. (2018). **Infância na casa de acolhimento no contexto prisional: um olhar sobre o crescimento e desenvolvimento**. Revista Psicologia, Diversidade e Saúde. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Mulheres indígenas em situação de violência e a aplicação da Lei Maria da Penha no Mato Grosso do Sul

*Priscila de Santana Anzoategui*¹

Introdução

Dados da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher (2013), de relatoria da Senadora Ana Rita (PT-ES), aponta que o Estado de Mato Grosso do Sul ocupa o 5º lugar no ranking nacional em decorrência da problemática da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em relação as mulheres indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul, o problema maior ocorre em Dourados, onde há uma maior concentração de aldeias (CPMIVCM, 2013). Outro número importante revelado é que 18% dos casos de estupro no município de Caarapó têm como vítimas as indígenas. Durante o meu campo na última *Kuñangue Aty Guasu* (Grande Assembleia das Mulheres Guarani e Kaiowá) ouvi depoimentos de que alguns casos de estupro coletivo eram devidos as mulheres indígenas se assumirem homossexuais.

¹ Antropóloga do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica (NUPIIR) da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Docente da Faculdade Insted. Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Possui graduação em História (licenciatura) pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Uniderp) e graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), bem como Pós-Graduação Lato Sensu em Cultura e História dos Povos Indígenas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Com dados tão alarmantes podemos nos questionar porque os crimes de violência de gênero, quando envolvem as mulheres indígenas, não é considerado um crime contra a cultura? Em entrevista ao *El País* (2019), a liderança Ro’Otsitsina Xavante, destaca que:

Dizer que nós mulheres indígenas não enfrentamos violência é mentira. Sim, existe, só que às vezes é uma violência velada. Às vezes camuflada pela própria mulher, às vezes pela família, ou pela liderança (...) Então, violando uma menina, violando uma mulher, você está violando o povo. Ou seja, qualquer pessoa que faça mal a mim, que machuque fisicamente ou verbalmente a mim, ou a qualquer mulher, ele está fazendo algo contra o meu povo e a minha cultura. (Idem)

Nesta Unidade da Federação, encontra-se a segunda maior população indígena do país, com os piores índices de efetividade dos direitos reconhecidos pela legislação brasileira e internacional. Significativa parcela da população indígena regional vive hoje em espaços urbanos, como assalariados, em precárias condições, nas usinas de produção de açúcar e álcool (BRAND & CALDERONI, 2012). Para além do processo histórico de etnocídio e genocídio, a partir do confinamento em reservas (BRAND, 1997).

O fato das populações indígenas não possuírem as condições materiais adequadas para sua sobrevivência física e cultural, pois foram expulsas de suas terras tradicionais, sendo obrigadas a viver em territórios diminutos, em reservas ou pequenas áreas demarcadas, fez com que procurassem trabalho fora das aldeias para conseguir sobreviver.

Em relação ao mercado de trabalho, GRUBITS, S. *et al.* (2005, p. 369), discorre que o homem Guarani e Kaiowá, quando sai da reserva para trabalhar nas usinas de cana e nas fazendas ao redor, nessas idas e voltas, quer ser um homem da cidade, já a mulher necessita continuar nas áreas indígenas para dar conta da família, essas mulheres são as principais guardiãs da cultura.

O contato com agentes externos, com não-índios, introduziu uma nova forma de desestruturação social, no caso da violência doméstica dentro das aldeias, o grande vilão é o álcool (PARRA, 2012).

Mais do que isto: trata-se do alcoolismo de um dos vieses de perpetuação da colonização, senão vejamos:

(...) Por outro lado, fica patente a uniformidade de opiniões dos diferentes autores pesquisados, de que o alcoolismo não deve ser visto de uma forma isolada, devendo ser compreendido dentro do seu contexto sociocultural, recordando também que as bebidas alcoólicas sempre foram utilizadas como arma de dominação em relação às populações indígenas, e que algumas delas, por fatores próprios apresentaram uma resistência diminuída frente ao contato nestes séculos (GUIMARÃES & GRUBITS, 2007).

Pimentel (2007) em artigo que discorre sobre a questão do suicídio entre os Guarani e Kaiowá apresenta a categoria *nhemyrõ* (definido como uma mistura de desespero, braveza e tristeza que se abate muito rápido sobre a pessoa) como sendo um dos causadores do suicídio, esse sentimento também pode ser aplicado aos casos de violência doméstica contra as mulheres indígenas, tratando-se da etnia analisada.

Desse modo, para entender primeiramente as relações de gênero nas aldeias de Mato Grosso do Sul, deve-se imbricar tal questão com a perda dos territórios originários, que fez com que esses povos se estruturassem de uma outra forma: se não há terra para plantar, a venda da sua força de trabalho nas usinas de cana-de-açúcar, e os subempregos nas cidades, levam esses homens indígenas a se relacionar de maneira diferente com as suas mulheres, reproduzindo o machismo dos *karai* (não indígenas).

1 A aplicação da lei maria da penha entre as mulheres indígenas

A Lei Maria da Penha nasceu num contexto onde a violência contra a mulher só aumentava, em decorrência do tratamento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95) que banalizava esse tipo de violência, haja vista que eram adotadas medidas de despenalização, através da transação penal, intensificando a ideia de que tal Lei legalizava a violência contra a mulher.

Nas balizada lição de Simone Becker, no artigo “Breves considerações sobre a (in) humanidade de LGBT’S perante o discurso jurídico brasileiro”:

A lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, trata das violências domésticas praticadas contra as mulheres, e de certa forma é elogiada por ter remediado, em tese (CRUZ et al, 2008), a maneira banal como o Estado via tal problema. Aliás, fazendo minhas as palavras de Eva Blay (2008), as violências contra as mulheres, das quais a violência doméstica é uma parcela ou nuance, devem ser enfrentadas como uma questão de saúde pública (BECKER, 2011).

O debate proposto deve-se enveredar nas premissas: A Lei Maria da Penha serve para as indígenas? Essas mulheres têm acesso a essa Lei? E se tiverem, existe efetividade na sua aplicação?

Nessa perspectiva, observa-se que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), em seu artigo 2º, faz menção a mulher indígena, já que cita a hipótese de que “*toda mulher independente de etnia*” é assegurado viver sem violência. Porém, a discussão é muito mais complexa, não deve ser tratada apenas pelo aspecto legalista, já que se insere numa esfera de interculturalidade.

A Lei Maria da Penha foi bastante comemorada pelas feministas, tendo em vista que foi a primeira lei brasileira que trouxe à tona o termo “gênero”. A definição de gênero, num sentido político, se opõe a simplória visão da significação sexual, sendo que esta revelava apenas as diferenças biológicas e anatômicas entre os homens e as mulheres. Trouxe então uma nova busca de estruturar as diferenças num âmbito social: o que se verifica é que as relações de gênero são relações de poder.

O gênero, no entanto, aborda diferenças socioculturais existentes entre os sexos masculino e feminino, que se traduzem em desigualdades econômicas e políticas, colocando as mulheres em posição inferior à dos homens nas diferentes áreas da vida humana (TELES, 2003, p.17).

Dessa forma, investigar as relações de gênero dos povos indígenas de Mato Grosso do Sul, nos permite indagar como essas relações de poder

acontecem numa esfera étnica, ou seja, as concepções de gênero elucidadas pelo feminismo ocidental podem ser deslocadas para o meio indígena?

Ademais, inserir entre as mulheres indígenas a temática de gênero, pode configurar numa lide/entrave entre o “etnocentrismo feminista” e o “essencialismo étnico” do movimento indígena, já que as mulheres indígenas mantêm uma “dupla militância” vinculando suas lutas específicas de gênero às lutas pela autonomia de seus povos (CASTILLO, 2002).

A aplicação da Lei Maria da Penha no meio indígena deve refletir nessas relações entre homem e mulher, advindas do contato interétnico, conforme elucida SACCHI (2003, p. 105), “*penso que são os povos indígenas que devem decidir quais aspectos devem ou não ser preservados de acordo com sua organização social*”.

As mulheres Guarani e Kaiowá, nos últimos documentos da *Kuñangué Aty Guasu* (Grande Assembleia das Mulheres Guarani e Kaiowá)² criticam a Lei Maria da Penha, do modo como foi elaborada, que não serve para a sua realidade, já que no momento em que as mesmas saem das suas aldeias para procurar ajuda externa, principalmente nas delegacias do interior, não tem um atendimento adequado pois as autoridades policiais muitas vezes impedem que a denúncia seja feita, ora dizendo que essa questão é da competência da Fundação Nacional do Índio (Funai), ora afirmando que elas devem procurar o cacique, o capitão, a liderança.

Outra reclamação é que não há intérpretes da sua língua materna nas delegacias, mesmo quando conseguem registrar o Boletim de Ocorrência (B.O) são impedidas de relatar os fatos na sua integralidade, ainda, mesmo requerendo as medidas protetivas de urgência, agressor não é intimado,

² Na última edição da *Kuñangué Aty Guasu*, as mulheres pontuaram no seu documento final (2019): A violência nos fere cotidianamente, e avançam com mais forças. Mulheres indígenas gestantes apanham dos seus companheiros e não há uma proteção legal efetiva a elas, nos vemos como saco *rupá*/saco de pancada, pedimos socorro, que dentro da Lei Maria da Penha haja um parágrafo que atenda às nossas especificidades como mulheres indígenas. Em nossa aldeia não há sinal de telefone, inclusive para comunicar o descumprimento de medidas protetivas, como iremos denunciar se as delegacias estão distantes e no caminho podemos ser mortas? Isto é uma violência silenciosa que assassinou e continua assassinando as mulheres indígenas Guarani e Kaiowá. Os homens precisam dar valor e não violentar as mulheres indígenas, somos nós quem damos vidas a eles, saem dos nossos ventres, precisam estar mais presentes em nossas assembleias para ser escuta do que tem a dizer as mulheres da nossa comunidade, e tem que entender e acolher as nossas demandas não nos perseguir por isso.

pois a polícia tem receio de entrar nas áreas indígenas, ou seja, a medida protetiva não tem eficácia³.

Sandra Benites, Guarani e antropóloga, durante a oficina das mulheres Guarani e Kaiowá no Pirakuá (terra indígena perto do município de Bela Vista, no cone sul do MS), que ocorreu em janeiro de 2019, salientou que a violência contra a mulher indígena está sendo naturalizada até pelos próprios indígenas, que recentemente uma mulher foi assassinada brutalmente em Porto Lindo (terra indígena perto do município de Iguatemi) e só porque estava alcoolizada ninguém deu tanta importância.

Sandra que está fazendo o doutorado no Museu Nacional (UFRJ) disse que já esteve no Espírito Santo participando da organização das mulheres Guarani Mbya, que elas tiveram que tomar a iniciativa para resolver essa problemática da violência, já que internamente essa questão não era resolvida.

Assim, também se articularam para terem acesso à Lei Maria da Penha, que essa decisão se essa lei deve ou não ser inserida no meio indígena quem deve tomar são as próprias mulheres indígenas.

Uma das indagações que mulheres Guarani e Kaiowá vem debatendo nas suas assembleias e reuniões internas reflete sobre o modo como educam seus filhos, o quanto é importante manter a tradicionalidade (já que a mulher Guarani e Kaiowá é quem rege o fogo doméstico⁴) versus incorporar valores que são dos *karaí* (não indígenas). Como é importante

³ Adriana Gomes, 38 anos, Guarani e Kaiowá, morava na aldeia Amambai. Foi assassinada a facada, com um golpe no peito, que atravessou o seu corpo, na frente dos seus filhos no dia 21 de fevereiro de 2019, mesmo tendo medida protetiva.

⁴ Che *ypyky kuera* é como o Kaiowá se refere ao grupo de parentes próximos, reunidos em torno de um fogo doméstico, onde são preparadas as refeições consumidas pelos integrantes desse grupo de co-residência. Numa primeira acepção, *ypy* significa 'proximidade', 'estar ao lado', ressaltando o fato da convivência íntima e continuada. O termo pode significar ainda 'princípio' ou 'origem'. Assim a expressão *che pyy kuera* retém os dois sentidos do termo *ypy*, referindo-se aos ascendentes diretos, com os quais se compartilham os alimentos, a residência e os afazeres do dia-a-dia, e denota também proximidade, intimidade e fraternidade, ponto focal da descendência e ascendência. É uma instituição próxima daquela descrita pelos antropólogos como família nuclear, mas é necessário aprendê-la dentro do campo problemático das instituições sociais kaiowá, dando especial atenção para sua composição e operacionalidade [...] O fogo constitui a unidade sociológica mínima do inteiro grupo familiar extenso ou parentela, composta por vários fogos, interligados por relações de consaguinidade, afinidade ou aliança política. O pertencimento a um fogo é pré-condição para a existência humana entre os Kaiowá. (PEREIRA, 2004, p. 51).

manter o *teko porã* (bem viver)⁵, a palavra sagrada/alma (*ñe´e*) que circula entre os fogos domésticos e as parentelas.

As mulheres indígenas vem refletindo sobre essa temática, algumas propostas foram enumeradas em um documento da ONU Mulheres/Projeto Voz das Mulheres indígenas (2017), que pertencem ao eixo temático do enfrentamento à violência contra a mulher, na seara da violação dos direitos das mulheres indígenas:

- Garantir leis específicas e diferenciada para a mulher indígena em situações de violência e fornecer às mulheres indígenas capacitações e informações sobre a rede de atendimento às mulheres em situação de violência doméstica;
- Capacitar as mulheres indígenas para a realização de denúncias de violência doméstica;
- Garantir os serviços de proteção à mulher respeitando a especificidade das mulheres indígenas e o acesso ao sistema de implementação da Lei Maria da Penha;
- Discutir o modelo de aplicação da Lei Maria da Penha nas aldeias e terras indígenas, especialmente no caso de medidas protetivas;
- Levar as informações sobre a Lei Maria da Penha e outros direitos das mulheres aos homens indígenas;
- Fornecer o atendimento das mulheres indígenas em suas próprias línguas no sistema judiciário;
- Combater o racismo institucional nos órgãos públicos;
- Difundir informações às mulheres indígenas sobre os direitos dos povos indígenas e sobre os direitos das mulheres;
- Capacitar as mulheres indígenas para que façam denúncias de violações de direitos às polícias e ao Ministério Público;
- Criação de um estatuto de defesa dos direitos das mulheres indígenas, em articulação com as lideranças mulheres nas aldeias; (Idem)

⁵ O *teko porã* é o próximo nível e está acima do *teko rei*, porque o sujeito está sendo direcionado ao horizonte mais adequado e em conformidade com os valores tradicionais. Nesta fase o kaiowá e o guarani demonstram a felicidade, praticam a solidariedade e todos os bons comportamentos frente ao condutor, neste caso o Ñanderu, o mestre tradicional. Neste processo o sujeito ainda não é seguro na sua totalidade em relação aos valores vivenciados, mas acompanha adequadamente o Ñanderu. Hoje o sinônimo do *teko porã* é viver sem problemas. (Benites & Ramos, 2017, p. 32).

De acordo com a matéria publicada pelo site Campo Grande News⁶, dados da Casa da Mulher Brasileira (CMB), mostram que os atendimentos às mulheres indígenas representam menos de 1% do total de atendimentos. Em meio às 23.157 mulheres atendidas na Casa, entre 15 de fevereiro de 2015 e 21 de junho de 2019, apenas 144 eram indígenas. Elas representam menos de 2% do total de denúncias de mulheres brancas. Segundo o departamento de tecnologia de informação da Casa, este ano (2019) foram 3 casos enquadrados como feminicídio de mulheres indígenas, em 2018, 1 caso de feminicídio, 3 em 2017, 6 em 2016 e 3 em 2015.

Se os últimos índices de violência contra a mulher (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019) apontam que a taxa de homicídios contra as mulheres negras aumentou, entre 2007 e 2017, 29,9%, enquanto que a das não negras teve um aumento de apenas 1,6%, dados sobre as mulheres indígenas especificamente não existe.

Eva Blay (2008, p. 25), analisa tal deficiência: *“O mais claro sintoma de posição subalterna da mulher na sociedade brasileira se revela pela ausência de dados estatísticos sobre ela”*.

Esses casos que chegam ao Poder Público são subnotificados, percebe-se que as mulheres indígenas assassinadas, mesmo aquelas que morrem em luta pela retomada de terras, não são consideradas vítimas de feminicídio⁷.

As mulheres indígenas a todo momento são tratadas como mulheres que não existem ou que vão deixar de existir, nessa concepção da história

⁶ CAMPO GRANDE NEWS. Violência contra mulher indígena equivale a menos de 1% das denúncias. Disponível em: < <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/violencia-contra-mulher-indigena-equivale-a-menos-de-1-das-denuncias> >. Acesso em 05 jul.2019.

⁷ As violências que as mulheres indígenas sofrem não é só a violência doméstica, vide o caso de Xurite Lopez, uma Nandesy que lutava pela demarcação de sua terra tradicional Kurussu Ambá, foi assassinada após a retomada, num ataque de pistoleiros em 2007, algumas lideranças durante a última edição da Kunângue Aty Guasu (em setembro de 2019) também relataram que estavam sofrendo perseguição de ruralistas, através de ameaça de morte. Trecho do Documento final da VII Kunângue Aty Guasu – “Denunciamos aos Direitos Humanos, a Frente Parlamentar Indígena no congresso nacional, a ONU Mulheres, as delegacias de atendimento a mulher, que nós mulheres indígenas a frente das ações da Kunângue Aty Guasu, constantemente estamos sofrendo perseguições, criminalização, processos judiciais, entre outros. Pedimos proteção, somos mulheres em defesa de um povo, e estamos sofrendo ameaças e torturas psicológicas pelo povo que serve como massa de manobra ao latifúndio em Mato Grosso Do Sul” (2019).

colonial, heteronormativa, branca. Essa violência estruturante contra os nossos corpos (me incluo) faz parte de uma violência histórica.

Posteriormente a este primeiro debate, há que se analisar outras questões pertinentes. Tônico Benites, antropólogo e membro da *Aty Guasu* (Grande Assembleia dos Guarani e Kaiowá) relatou durante a oficina das mulheres Guarani e Kaiowá no Pirakuá, que desde criança aprendeu com a sua parentela que é a mulher que detém o poder na organização social dos Guarani e Kaiowá.

Então, esse machismo nos moldes ocidentais, só veio à tona após a colonização, tese defendida por Paredes (2010) e Segato (2012) em que as pesquisadoras analisam o impacto dos contatos interétnicos nas sociedades indígenas, sendo que já havia um patriarcado de baixa intensidade anteriormente, assim, com esta houve uma “super inflação” no papel do homem indígena, transformando os espaços domésticos e públicos.

Todavia, os espaços públicos não são tratados como esfera exclusiva para debater assuntos coletivos, o espaço doméstico também funciona como domínio político, as mulheres opinam na sua unidade familiar (ou no caso dos Guarani e Kaiowá nos seus fogos domésticos), influenciando as decisões dos homens.

São esferas que se complementam, mas não podemos negar que há também uma hierarquia de estamentos verticais sobrepostas, o homem ainda é a figura principal que rege as negociações com os agentes externos.

Tônico explicou que antigamente existiam punições internas para alguns casos de violência dentro do ambiente doméstico, só que aquelas punições não servem mais. Com a figura do capitão⁸, as punições foram ficando mais violentas, dessa forma, na conjuntura atual, onde essa figura

⁸ A figura do capitão foi criada primeiramente pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em que a liderança política principal era escolhida pelos agentes de Estado, sendo que tal autoridade a partir da década de 50 começou a ofuscar a liderança dos xamãs. Essa forma de controlar os indígenas perdurou ainda durante a implementação da Funai na década de 70. Atualmente, em algumas áreas Guarani e Kaiowá o capitão é escolhido pelos próprios indígenas, porém, com o aumento das igrejas evangélicas dentro das reservas, esse embate em relação aos rezadores tradicionais continua, os atuais capitães são pessoas indígenas que tem prestígio devido a influência religiosa (principalmente das igrejas neopentecostais).

do capitão não tem mais tanto prestígio, bem como os rezadores tradicionais (*Nãnderu e Nãdesy*), que foram perdendo sua autoridade (sendo que a expansão das igrejas pentecostais é uma das causas dessa desestruturação das autoridades indígenas tradicionais), esses problemas foram se agravando e o enfrentamento perpassa os territórios.

O antropólogo ressaltou que em muitas aldeias os casos que não envolvem atos de violência ainda são resolvidos pelas lideranças, que na Jaguapiru (Reserva Indígena de Dourados- RID) há a ideia da construção de um regimento interno pela própria comunidade.

Elizeu, do tekoha Kurussu Ambá (perto de Amambai, cone sul de MS) durante a mesa de debate da oficina, indagou: como a prisão pode melhorar um agressor?

Reflexão pertinente num Estado que mais encarcera indígenas. Segundo dados do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-InfoPen” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017), referentes a junho de 2016, no MS havia 211 indígenas presos, sendo 192 homens e 19 mulheres, perfazendo 35,76% dos presidiários nesta Unidade Federativa, a maioria pertencente à etnia Guarani (89,06%). Ainda no rol de crimes cometidos pelos indígenas, os crimes sexuais estão em segundo lugar, com 34,37% dos casos, perdendo apenas para o crime de homicídio, 37,50%.

Tal indagação dialoga com o pensamento de Angela Davis, que critica as múltiplas retóricas usadas pelo Estado da concepção de interseccionalidade, que se utiliza da paz e justiça social através da legitimidade do Direito moderno, condenando pela seletividade racial e estereótipos póscoloniais, sendo assim, explica Carla Akotirene:

Através da punição da lei é impossível a ressocialização de quem a sociedade branca nunca quis, do mesmo modo, no âmbito das diretrizes mundiais contra o racismo, podemos dizer que as práticas de combate ao racismo institucional não servem para a prisão, afinal, ela nasceu por demanda do racismo. Neste sentido, o tom neoliberal da punição proposta pela interseccionalidade nos leva, segundo a pensadora, a nos concentrarmos nos indivíduos, em nós, vítimas individuais, retirar atenção do Estado apontando agressores negros ou policiais

individuais, para quem fica a sentença pesada do racismo, sendo o feminismo carcerário conivente do padrão moderno colonial. (Idem, 2018, p. 102)

Considerações finais

Durante a minha ida à *Kunãngue Aty Guasu* que ocorreu no mês de setembro de 2019, no tekoha Yvy Katu (município de Japorã/Iguatemi), foi pauta de um dos dias da assembleia a análise e (re)construção da Lei Maria da Penha a partir do olhar da mulher Guarani e Kaiowá, sendo proposta uma oficina de enfrentamento à violência contra as mulheres indígenas, coordenada pela professora Simone Becker, da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

Nesta oficina foram encaminhadas várias deliberações, dentre elas, a realização de rodas de conversas nas áreas indígenas que tem os maiores índices de violência doméstica contra as mulheres Guarani e Kaiowá, numa ação conjunta das universidades com os órgãos interessados, a fim de fazer um acolhimento para além da proteção do Estado (que até então é ineficiente, inexistente), disponibilizando uma formação continuada a essas mulheres indígenas que irão coordenar as rodas⁹.

Essa proposta das rodas de conversa poder ser um início para se pensar numa possível alternativa aos casos de violência doméstica contra as mulheres indígenas, se os órgãos públicos interessados estiverem realmente presentes¹⁰, pode-se começar a refletir essa problemática numa perspectiva da justiça restaurativa, que foi regulamentada através da Resolução n° 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, no âmbito

⁹ Nos moldes das Promotoras Legais Populares (PLPs) que foi criado a partir da iniciativa da [União de Mulheres do Município de São Paulo](#), com o apoio da organização THEMIS - Gênero e Justiça (RS), do [Instituto Brasileiro de Advocacia Pública \(IBAP\)](#), e do [Movimento do Ministério Público Democrático \(MPD\)](#). A atuação das PLPs é pautada por ideais de justiça, democracia, dignidade e defesa dos direitos humanos das mulheres e do acesso à justiça e ampliação da cidadania, lutando pela equidade de gênero e por uma sociedade onde as mulheres sejam reconhecidas e respeitadas no que se refere ao seu valor humano, social, político e econômico.

¹⁰ Digo isso, tendo em vista que na VII *Kunãngue Aty Guasu* foram convidados vários órgãos do Poder Público, como Ministério Público Estadual, Defensoria Pública Estadual, Poder Judiciário e não havia nenhum representante desses órgãos nesse dia em específico da pauta da violência contra a mulher, estavam presentes apenas servidores da Funai, do Ministério Público Federal e docentes da UFGD.

do Poder Judiciário. Elencamos alguns dispositivos desta normativa, vejamos:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, **com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente** (*grifo nosso*) atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o **empoderamento da comunidade** (*grifo nosso*), destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro

Ainda, na Carta da XI Jornada da Lei Maria da Penha (2017), no item 4, ficou estabelecido que: “4. *Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal a implementação de práticas de Justiça Restaurativa como forma de pacificação, nos casos cabíveis, independente da responsabilização criminal*”.

Essa concepção de justiça restaurativa vem inspirada em sistemas jurídicos tradicionais autóctenes, no Canadá os círculos de emissão sentença (*sentencing circle*) e os círculos de cura (*healing circle*) se desenvolveram a partir dos anos 90, em detrimento do fortalecimento da soberania dos povos indígenas:

Os círculos se baseiam em noções mais amplas de participação comunitária reunindo as vítimas e os infratores com suas famílias estendidas e também com outras pessoas importantes que, acredita-se, possam persuadir os infratores a aceitar a responsabilidade por suas ações e alterar o curso de suas vidas (...). É um processo holístico que engloba os aspectos físicos, afetivos, psicológicos e espirituais da vida. A noção de círculo constitui um dos fundamentos

da filosofia ameríndia. O círculo simboliza a igualdade, a globalidade, a terra e o ciclo da vida. Esses círculos de cura foram primeiramente concebidos para resolver os problemas de violência doméstica e de abuso sexual nas comunidades. (RESENDE & ARAÚJO, s/d).

Dessa forma, um dos caminhos possíveis que pode ser traçado nessa problemática vai ao encontro da justiça restaurativa, em que a figura dos *Ñanderu* e *Ñandesy* podem ser fortalecidas.

Assim, refletir como a Lei Maria da Penha pode ser implementada junto das comunidades indígenas, nos pressupostos de uma construção coletiva, em que uma nova identidade pode ser a florada, tendo como base os valores da cultura ocidental e tradicional Guarani e Kaiowá (interculturalidade) é de suma importância.

Isso porque, o sujeito Guarani-Kaiowá envolve esse ser múltiplo, que vai desde o *teko rei* (jeito à toa de ser) até o *teko marangatu* (jeito sagrado de ser).

Nesse percurso podem ser encontradas gradações: *teko vai* (jeito ruim de ser), *teko pochy* (jeito odioso de ser), *teko ñaña* (jeito mesquinho de ser). É no *teko marangatu* que é o ponto elevado de ser, onde os *Ñanderu* e as *Ñandesy* vão conduzir os grupos de parentes, através do seu jeito sagrado no convívio coletivo, em que todos os bens são compartilhados e há solidariedade em todas as relações sociais (Benites & Ramos, 2017, p. 32).

Nessa perspectiva, fazer esse diálogo com a justiça restaurativa, que empodera as percepções das comunidades, num movimento de alteridade, pode ser encarado como estratégia de fortalecimento das vozes condutoras dos *Ñanderu* e das *Ñandesy*.

Por fim, (re)pensar a Lei 11.340/06 fora dos parâmetros do feminismo ocidental, encabeçado pelo próprio movimento das mulheres indígenas faz com que essas mulheres se tornem sujeitos de direito, decidindo quais aspectos devem ou não ser preservados, dentro da sua organização social, e ainda insere as mulheres num debate de gênero,

questionando os seus papéis sociais, num diálogo intercultural com o mundo dos brancos.

Referências

AKOTIRENE, Karla. **O que é interseccionalidade?** Editora Letramento, Coleção Feminismos plurais, 2018.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. Disponível em: < http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acesso em 05 jul.2019.

BECKER, Simone. **Breves considerações sobre a (in)humanidade de LGBT's (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis) perante o discurso jurídico brasileiro.** In: *Gênero e Ciências Sociais*.1 ed.Maia : Edições ISMAI, 2011, v.1, p. 103-119.

BENITES, Eliel & RAMOS, Antonio Dari. **O caminho Guarani e Kaiowá na busca do jeito sagrado de ser- Oguata Teko Araguayje rehehápe.** Revista Euroamericana de Antropología, nº 04, julio de 2017.

BLAY, Eva Alterman. **Assassinato de mulheres e direitos humanos.** São Paulo, Editora 34, 2008.

BRAND & CALDERONI. **Povos indígenas e Formação Acadêmica: ambivalências e desafios.** Currículo sem fronteiras, v. 12, n. 1, pp 85-97, Jan/Abr 2012.

BRAND, Antônio J. **O impacto da perda de terra sobre a tradição Kaiowá / Guarani: os difíceis caminhos da palavra** [Tese de doutorado]. Rio Grande do Sul. PUC: 1997.

BRASIL. Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006. Presidente da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: jul 2019.

CAMPO GRANDE NEWS. **Violência contra mulher indígena equivale a menos de 1% das denúncias.** Disponível em:< <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/violencia-contramulher-indigena-equivale-a-menos-de-1-das-denuncias>>. Acesso em 05 jul.2019.

CNJ. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: jul.2019.

CPMIVCM. Relatório da CPMI da Violência contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25856:relatorio-da-cpmi-da-violencia-contra-a-mulher-sugere-acoes-ao-cnj>>. Acesso em: jul.2019.

EL PAIS BRASIL. **Dizer que nós indígenas não enfrentamos violência de gênero é mentira.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/26/politica/1556294406_680039.html>. Acesso em: jul.2019.

GRUBITS, S. et al. **Mulheres indígenas: Poder e Tradição.** Psicologia em Estudo, Maringá, V.10, n.3, p.363-372, set/dez.2005.

GUIMARAES, Liliana A. M.; GRUBITS, Sonia. **Alcoolismo e violência em etnias indígenas: uma visão crítica da situação brasileira.** Psicol. Soc., Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 45-51, Apr. 2007. .

HERNANDEZ CASTILLO, Rosalva Aída. **Entre el etnocentrismo y el esencialismo étnico. Las Mujeres indígenas y sus demandas de género, in: Raza, género, orientación sexual, nación.** México. 2002, pp 206-229.

JORNADA LEI MARIA DA PENHA. Carta da XI Jornada da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706fdfd1d015b74a169c11d9b56810cb.pdf>>. Acesso em: jul.2019.

KUNÂNGUE ATY GUASU. Documento final da VII Kuñangue Aty Guasu. PDF, 2019.

MINISTERIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias- Atualização junho de 2016.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: jul. 2019.

ONU MULHERES. **Projeto Voz das Mulheres Indígenas.** Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/PAUTA-Mulheres-indigenas.pdf>>. Acesso em: 01 jul.2019.

PAREDES, Julieta. **Hilando fino desde el feminismo comunitario.** La Paz: CEDEC y Mujeres Creando Comunidad, 3a. edición, 2010.

- PARRA, Mariana dos Santos. Direitos humanos e Direitos Coletivos - A Violência Doméstica e as Mulheres Indígenas no Brasil. Publicado em: <http://www.academia.edu/3457371/Artigo_Direitos_Humanos_e_Direitos_Coletivos_-_A_Violencia_Domestica_e_as_Mulheres_Indigenas_no_Brasil>. Acesso em: jul.2019.
- PEREIRA, Levi Marques Pereira. **Imagens kaiowá do sistema social e seu entorno**. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Universidade de São Paulo, 2004.
- PIMENTEL, Spensy. Entre nhemyrõ e vy'ae'y: interpretações sobre motivos e atitudes dos suicidas guarani-kaiowa”. ANPOCS, 2007. Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/papers-31-encontro/st-7/sto3-6/2764-spensypimentel-entre/file>>. Acesso em 05jul.2019.
- RESENDE, Ana Catarina Zema & ARAÚJO, Fabíola de Souza. A Justiça restaurativa para os autóctones do Canadá e o Caso R.V. Gladue. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e833405930e90a24>>. Acesso em 05 jul.2019.
- SACCHI, A. **Mulheres indígenas e participação política: a discussão de gênero nas organizações de mulheres indígenas**. Revista Antropológica, ano 7, v. 14, 2003, p. 5-110.
- SEGATO, Rita Laura. **Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial**. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/civitas/v18n1/1519-6089-civitas-18-01-0065.pdf>>. Acesso em jul.2019.
- TELES, Maria Amélia de Almeida e MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org