

A REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

THE PERIODIC REVIEW OF THE PRETRIAL DETENTION IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

MAURO FONSECA ANDRADE

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2016). Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona/Espanha (2005), cuja tese "Sistemas Procesales Penales" recebeu a nota máxima e voto de louvor - "cum laude" - por unanimidade. Especialista em Direito Processual Penal pela FMP (1998). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1990). Professor Titular da Faculdade de Direito da FMP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça na Comarca de Porto Alegre/RS, onde atuou como Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/RS.

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE

Doutorando em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Mestre em Direito Processual Penal (Universidade de Lisboa/Portugal). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Promotor de Justiça/RS.

Resumo: A Lei nº 13.964/2019 trouxe uma série de inovações ao direito criminal brasileiro como um todo, em especial, ao direito processual penal. Além do estabelecimento de uma *estrutura acusatória* ao processo penal e da inserção da figura do *juiz das garantias*, também houve a imposição de revisão periódica da prisão preventiva, devendo essa revisão ocorrer a cada 90 dias. Por se tratar de uma inovação, muitas vêm sendo as críticas a ela, chegando ao ponto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ser ajuizada contra parte de seus termos. Por isso, o presente texto busca apresentar informações básicas para o conhecimento do instituto da revisão periódica da prisão preventiva, desde a criação do ambiente para sua inserção na legislação brasileira, passando também por sua abordagem no direito estrangeiro, em especial, o direito português. Por fim, apontamentos são feitos quanto à necessidade de evolução no trato de certas questões processuais ligada à forma como essa revisão foi tratada pelo legislador brasileiro.

Palavras-chave: Prisão Preventiva – Convencionalidade – Revisão periódica – Contraditório – Decisão surpresa.

Sumário: Introdução. 1. A inserção da revisão periódica no direito processual penal brasileiro. 1.1. Proposta legislativa inacabada. 1.2. As iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. 1.2.1. Resolução nº 66/2009. 1.2.2. Resolução Conjunta nº 1/2009. 1.2.3. Resolução nº 213/2015. 2. O fundamento convencional para a revisão periódica. 2.1. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2.2. A Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. 3. Lições do direito processual penal português. 4. Resistência à *legalidade da ilegalidade*. 5. Questões processuais pendentes de evolução. 5.1. Segurança Jurídica, Preclusão *Pro Judicato* e Decisão Surpresa. 5.2. A Qual Juiz se Aplica o Dever de Revisão Periódica? 5.3. A Necessária Expansão da Revisão Periódica. 5.4. O Impacto da Cultura Revisionista sobre a Celeridade Processual. 6. Considerações finais. Referências.

Abstract: The Federal Law n. 13.964/2019 has brought some important innovations to Brazilian Criminal Law as a whole and, in particular, to Criminal Procedure Code. In addition to the accusatory structure option and the insertion of the figure of the “Judge of Guarantees”¹, this statute amended the Brazilian Criminal Procedure Code and established the judicial obligation in reviewing some criteria and conditions of pretrial detention periodically in every 90 days. As a consequence, raising criticisms and discussions are being presented, including in Brazilian Supreme Court. This article purpose is to contribute to academic and judicial discussions, focusing on the best understanding of subjects and scientific terms in order to create a better environment for their correct insertion in Brazilian Criminal Law System and to approach a comparative perception with foreign law, specifically, the Portuguese Criminal Procedure Law. Finally, notes were made on the necessity of evolution of procedural conditions for the best management of the periodic review of the pretrial detention in Brazil.

¹ The term “Judge of Guarantees” is largely used in Brazil and directly translated from Juiz das Garantias, figure brought by the Federal Law n. 13.964/2019. Nevertheless, it works as a pretrial phase Judge, it has not the same institutional functions. Most of them are to watch over the human rights of the detainee and legality of the criminal investigation among others. To see the full description of the figure of “Judge of Guarantees” the reader is referred to article n 3 of Law n. 13.964/2019.

Keywords: Pretrial detention – Conventionality – Periodic review – principle of audi alteram partem – Surprise decision.

Summary: Introduction. 1. The insertion of the periodic review of the pretrial detention in Brazilian Criminal Procedure Law. 1.1. A Draft Bill unfinished. 1.2. The initiatives of the Brazilian National Council of Justice and the Brazilian National Council of Public Prosecutors. 1.2.1. Resolution No. 66/2009. 1.2.2. Joint Resolution No. 1/2009. 1.2.3. Resolution No. 213/2015. 2. The conventional basis in favor to the periodic review. 2.1. The jurisprudence of the European Court of Human Rights. 2.2 The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. 3. Lessons from the Portuguese Criminal Procedure Law. 4. Resistance to the legality of illegality. 5. Procedural issues pending further development. 5.1. Legal certainty, pro judicato preclusion and surprise decision. 5.2. Which judge does the periodic review duty apply to? 5.3. The necessary expansion of the periodic review. 5.4. The impact of the periodic review culture in favor of the procedural agility. 6. Conclusion. References.

INTRODUÇÃO

No final de dezembro de 2019, o legislador brasileiro fez vir à luz a Lei nº 13.964, originalmente fruto do que se convencionou chamar de *Projeto de Lei Anticrime*, o que levou aquela lei a ser conhecida pelo grande público como *Pacote Anticrime*.

Com alterações relevantes nas esferas do direito penal, processual penal e execução penal, foram as inovações introduzidas no Código de Processo Penal que provocaram as maiores discussões no meio acadêmico, em especial, atingindo os institutos do *juiz das garantias* e o *acordo de não persecução penal*.

Embora algumas das inovações hajam sido suspensas (por força de medida liminar deferida no seio de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade),² é possível identificar

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299/Distrito Federal**. Brasília/DF; Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

certas novidades que, mesmo não tendo inicialmente chamado a atenção dos operadores do Direito, tornaram-se merecedoras de um olhar mais atento, sob pena de não alcançarem os resultados que motivaram sua incorporação à legislação brasileira. Um bom exemplo disso é a imposição de revisão, a cada 90 dias, da necessidade de manutenção da prisão preventiva, hoje presente no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.³

Recentemente, esse dispositivo foi alvo de várias e severas críticas, em especial, quanto aos efeitos decorrentes da não realização da revisão periódica dos motivos que levaram o Poder Judiciário a decretar a prisão preventiva do sujeito passivo da persecução penal. A tal ponto se chegou, que até mesmo Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.⁴ Entretanto, tais críticas também deixam escapar a sensação de desconhecimento em relação à forma como esse instituto vem sendo tratado no direito estrangeiro, pois é lá que encontramos sua origem.

Por isso, o presente texto tem, por objetivo, analisar a inserção da revisão periódica da prisão preventiva no Brasil, a partir da evolução do caminho percorrido até a inovação proporcionada pela Lei nº 13.964, de 2019. De igual modo, far-se-á a abordagem de aspectos procedimentais destinados ao reconhecimento da validade constitucional da decisão proveniente daquela revisão.

O método de pesquisa utilizado será o qualitativo, por meio de pesquisa bibliográfica, com viés exploratório e explicativo.

1. A INSERÇÃO DA REVISÃO PERIÓDICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

³ Alguns autores já começaram a manifestar suas preferências pessoais quanto à designação do instituto ali inserido. Um bom exemplo é a designação dada por Bruno Montenegro Ribeiro Dantas, ao chamá-lo de “Exame Periódico da Contemporaneidade dos Pressupostos da Prisão Preventiva” (DANTAS, Bruno Montenegro Ribeiro. *Prisão Preventiva: inovações, análise e perspectivas*. In: HABIB, Gabriel. **Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019. Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 135). De nossa parte, no entanto, seguiremos com a menção a *exame periódico da prisão preventiva*.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6027729) Acesso em: 23 out. 2020.

Não é de hoje que o Código de Processo Penal (CPP) vem sofrendo críticas, por parte da doutrina, no sentido de que ele deve ser modernizado, em razão dos avanços verificados em diversos institutos próprios de sua área de conhecimento. Resultado dessas críticas é que, ao longo das últimas décadas, vários projetos de lei foram apresentados com o fim de permitir a modernização da legislação processual penal brasileira, seja por meio de reformas parciais, seja por meio de reformas globais.

A concretização dessas reformas esbarrou na lenta tramitação do processo legislativo, não raras vezes, fazendo com que alguns projetos fossem abandonados. Em razão desse fenômeno, novos atores ingressaram fortemente na busca de soluções para os atrasos proporcionados pelo Poder Legislativo, merecendo destaque, nesse sentido, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Nas linhas que terão sequência, apresentaremos algumas das proposições que, de algum modo, buscaram a tão almejada atualização de nossa realidade processual penal – seja pela via legislativa, seja pelos contornos empregados pela via administrativa –, voltadas à revisão periódica da prisão preventiva.⁵

1.1. PROPOSTA LEGISLATIVA INACABADA

Em razão do fracasso de proposições legislativas voltadas à confecção de um novo CPP,⁶ o legislador optou, já no começo dos anos 2000, por uma estratégia que imaginou ser a mais eficiente para alcançar tal resultado: reformar profundamente nossa codificação, mas valendo-se, para tanto, de vários projetos de lei que mantivessem a harmonia e unidade do texto final.⁷

⁵ Como marco conceitual de *prisão preventiva*, aderimos à posição de Odone Sanguiné, ao lecionar que “A prisão preventiva (art. 311 e ss. Do CPP) é a modalidade mais importante de privação antecipada de liberdade pessoal, não só por sua maior abrangência, mas também porque seus fundamentos servem de pressupostos a todas das demais espécies de prisões cautelares” (SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106).

⁶ Referimo-nos, especificamente, aos seguintes intentos: TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963. BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD)** (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977. BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

⁷ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover – presidente da comissão de juristas nomeados para essa tarefa – “Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros” (GRINOVER, Ada Pellegrini.

Essa abordagem, na realização de reformas na legislação processual penal, acabou por sofrer os mesmos problemas dos intentos anteriores, o que levou o legislador a novamente investir em uma reforma total, com a apresentação de um novo CPP. Foi aí que o Senado Federal, no ano de 2008, nomeou nova comissão de juristas,⁸ cujo trabalho final – o anteprojeto de novo CPP – foi apresentado no ano de 2009,⁹ e prontamente convertido no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009.

Dentre as inúmeras novidades presentes em seu texto, lá encontramos o artigo 550, chamado pelo projeto de *reexame periódico*, voltado, justamente, à reanálise dos fundamentos da prisão preventiva decretada.^{10/11} O número do artigo do reexame periódico acabou por ser alterado pela redação final do PLS nº 156/2009, momento em que passou a ser identificado como sendo o artigo 562. Este mesmo número do artigo foi mantido no Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010, designação dada ao projeto de lei de novo CPP quando ingressou na Câmara dos Deputados,¹² após sua rápida passagem pelo Senado Federal.

Nota marcante em relação ao PLS nº 156/2009 é que significativa foi a produção bibliográfica destinada à análise de seu conteúdo, por haver sido marcado por inúmeras novidades. Contudo, no que diz respeito ao reexame periódico dos fundamentos da prisão preventiva, a reação doutrinária foi praticamente nula. Quando muito, é possível encontrar textos que se restringiram a reproduzir, com outras palavras, o próprio teor da lei, não se ocupando de melhor explicá-lo para os operadores do Direito como um todo, muito menos em

A Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 31, ano 8, jul.-set. 2000, p. 67).

⁸ Sobre o tema, ver: CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 189-192, jul./set. 2009.

⁹ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

¹⁰ Art. 550. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar.

§ 1º. O prazo previsto no caput deste artigo é contado do início da execução da prisão ou da data do último reexame.

§ 2º. Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.

¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 23 out. 2020.

¹² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 23 out. 2020.

procurar aparar eventuais arestas que, como vemos hoje, acabaram por atingir os termos do parágrafo único do artigo 316 do CPP.¹³

1.2. AS INICIATIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Bem se sabe que o CNJ e o CNMP possuem suas esferas de atuação restritas aos termos impostos pela Constituição Federal, onde não se vê a possibilidade de ambos atuarem na definição de políticas criminais para o país. Entretanto, dentro daquilo que lhes cabe, ambos vêm desempenhando um papel importantíssimo na divulgação e consolidação da cultura voltada para uma maior atenção ao tempo de incidência das medidas cautelares pessoais.

Na sequência, veremos as iniciativas realizadas pelo CNJ e pelo CNMP, voltadas para o mesmo objetivo que motivou a inserção legal da revisão periódica da prisão preventiva.

1.2.1 Resolução nº 66/2009

Desde que a humanidade começou a registrar suas vivências em torno do que hoje denominamos *processo*, a preocupação com o tempo de sua duração é algo que se faz notar ao longo de todos os períodos da história escrita.¹⁴

¹³ Nesse sentido, encontramos: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 11-19, jul./set. 2009. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009: Uma Leitura a Partir do Princípio da Presunção de Inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Disposições Gerais das Medidas Cautelares. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 459-464. LIMA, Marcellus Polastri. Das Medidas Cautelares Pessoais. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ob. cit., p. 465-487. Exceção deve ser feita a Rosberg Souza Crozara, que teceu considerações muito pertinentes sobre o direito estrangeiro, abordando a revisão periódica da prisão preventiva na Alemanha e Portugal (CROZARA, Rosberg Souza. *Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência?* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Ob. cit., p. 284-285).

¹⁴ Já na realidade ateniense, encontramos: DEMOSTENES. *Sobre la Corona*. In: **Discursos Políticos y Privados**. Tradução de A. Lopes Dire e José Manuel Colubi Falcó. Madrid: Gredos, 2000. v. 5, p. 149.

No Brasil, embora seja possível encontrar estudos esparsos – e desbravadores – voltados ao tema da duração do processo,¹⁵ a atenção da academia nacional somente foi mais efetiva após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º, que recebeu a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁶ Aberto estava o caminho, portanto, para a revisão de uma série de situações – omissivas, é bem verdade – presentes em nosso direito processual, em especial, no direito processual penal.

Sensível a esse novo paradigma e a uma realidade que apontava para a tomada de providências urgentes há muitos anos, o CNJ instituiu o que se convencionou chamar de *mutirão carcerário*, de modo a unir forças para a documentação e tentativa de correção de erros e omissões que afetavam – e ainda afetam – o sistema carcerário brasileiro.

Uma das primeiras conclusões foi a necessidade de tomada de providências contra as paralisações de investigações e processos de natureza criminal, sobretudo, os reflexos disso decorrentes sobre aquelas pessoas que se encontram presas preventivamente. Foi aí que o CNJ fez vir à luz a Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, que teve, como foco: a) a necessidade de um melhor acompanhamento das prisões provisórias, em razão dos excessos de prazo à época verificados; b) a importância de os magistrados brasileiros realizarem *revisões periódicas da situação jurídica dos presos provisórios*; e c) a observância dos princípios constitucionais da legalidade e duração razoável do processo.¹⁷

¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁶ Após a entrada em vigor do novel dispositivo constitucional, uma das primeiras obras a enfrentar o tema foi o texto publicado Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró (**Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006). Entretanto, tal obra acabou por adotar um viés totalmente apartado da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por vincular aquele direito somente à figura do sujeito passivo da persecução penal. Conforme corretamente lecionam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, os direitos elencados em ambos diplomas internacionais – de longa data – vêm sendo interpretados como alcançando os direitos de *todo ser humano*, independentemente de sua condição na persecução penal, o que engloba, portanto, também a figura da vítima. Não por outro motivo, a nossa própria Constituição Federal deixa claro que esse direito é de exercício de *todos*. Essa interpretação, por parte das Cortes Internacionais protetivas dos direitos humanos se vê materializada no que se convencionou chamar de *obrigações processuais penais positivas*, desfazendo o erro de se interpretar as questões ligadas a direitos humanos como se fossem somente ligadas aos direitos de quem figure no polo passivo da persecução penal. Sobre o tema, ver: FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Vaz. **Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

Dentre as providências indicadas nessa resolução, duas delas nos chamam especial atenção para os efeitos do presente estudo. A primeira, em obrigar os Tribunais a criarem mecanismos voltados a auxiliar os magistrados no controle de prisões e internações (§ 2º do artigo 2º).¹⁸ A segunda, em determinar que, todos os processos ou investigações criminais que contarem com pessoa investigada ou já acusada privada provisoriamente de sua liberdade, e que estiverem há mais de *três meses sem qualquer movimentação*, deverão ser imediatamente encaminhados ao juiz, a fim de que ele avalie tal situação (artigo 3º).¹⁹

Em termos normativos – ainda que de caráter administrativo –, o primeiro passo havia sido dado para a formação de uma cultura voltada ao controle periódico da medida cautelar pessoal mais invasiva, qual seja, a prisão preventiva.

1.2.2 Resolução Conjunta nº 1/2009

A partir dos dados obtidos com o mutirão carcerário, foi possível ter a visualização do panorama geral do sistema carcerário brasileiro. Resultado disso é que se criou um clima institucional de conscientização para a ampliação dos termos da Resolução nº 66/2009, não só em relação ao tipo de prisão que mereceria maior atenção, senão também aos atores que envolvidos no combate aos problemas verificados.

O alinhamento desse pensamento fez com que CNJ e CNMP publicassem a Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009, cuja finalidade foi criar “mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes”.²⁰ No que disse respeito às prisões provisórias, a revisão diria respeito ao reexame de sua duração e dos requisitos determinantes para sua imposição judicial.²¹

¹⁸ Artigo 2º. (...)

§ 2º Os Tribunais devem desenvolver mecanismos, prioritariamente eletrônicos, de auxílio aos magistrados, no controle das prisões e internações sob sua jurisdição.

¹⁹ Artigo 3º. Verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009.** Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

²¹ Artigo 2º. A revisão consistirá, quanto à prisão provisória, na reavaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram; quanto à prisão definitiva, no exame quanto ao cabimento dos benefícios da Lei de Execução Penal e

Nota marcante dessa resolução é que houve um retrocesso temporal na determinação da revisão das decisões privativas de liberdade. Ao passo que a Resolução nº 66/2009 estabeleceu a revisão para as prisões decretadas em investigações e processos criminais que estivessem há mais de três meses paralisados, a Resolução Conjunta nº 1/2009 estabeleceu o período mínimo de um ano para que essa mesma revisão ocorresse em todas as investigações e processos criminais, independentemente de estarem paralisados ou em curso.²²

1.2.3 Resolução nº 213/2015

Durante muitas décadas, a lógica brasileira, referente ao trato de temas envolvendo o *status libertatis* do sujeito passivo da persecução penal, esteve centrada no binômio *prisão cautelar-liberdade provisória sem vínculos*.

Essa realidade veio a ser alterada com a entrada em vigor da Lei nº 11.403, de 4 de maio de 2011, que realizou uma alteração profunda no Livro I, Título IX, do CPP, momento em que não só se agregou um maior e melhor detalhamento para as prisões cautelares e para a liberdade provisória. Além desse detalhamento, também foi apresentado um rol de medidas cautelares diversas da prisão – até então inexistentes no direito processual penal brasileiro –, e foram disciplinados os critérios e procedimentos a serem seguidos para a imposição de medidas cautelares pessoais em geral.

Sem medo de cometer qualquer exagero, é possível afirmar que o grau do impacto que essa reforma legislativa provocou pode ser medido pelo número de estudos monográficos dedicados somente à Lei nº 11.403, de 4 de maio de 2011. De lá para cá, quiçá o efeito mais importante da mencionada reforma legislativa haja sido o começo da familiarização do operador do Direito brasileiro com a necessidade de questionamento quanto à necessidade e adequação (proporcionalidade) da imposição de qualquer medida cautelar pessoal. Não à toa, tais

na identificação de eventuais penas extintas; e, quanto às medidas socioeducativas de internação, provisórias ou definitivas, na avaliação da necessidade da sua manutenção (art. 121, § 2º, da Lei 8069/90) e da possibilidade de progressão de regime.

²² Artigo 1º. As unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.

requisitos foram os que inauguraram a nova disciplina dada pelo CPP às medidas cautelares dessa natureza, propositalmente inseridos nos incisos I e II da redação dada ao artigo 282.²³

Um primeiro efeito, atinente à atenção a ser dada à análise judicial da necessidade e adequação das medidas cautelares pessoais, foi a tardia efetivação da apresentação judicial imediata de toda pessoa privada em sua liberdade (posteriormente conhecida no Brasil pelo nome de *audiência de custódia*). Ainda no ano de 2011 (9 de setembro), o Senador Antônio Carlos Valladares apresentou o PLS nº 554, posteriormente remetido à Câmara dos Deputados, e convertido no PL nº 6.620, de 2016.

A costumeira demora das Casas Legislativas brasileiras fez, novamente, com que outras forças políticas se movimentassem em torno da necessidade premente em dar vida ao direito de apresentação judicial imediata. Assim, após breve período de vigência de um projeto-piloto no Estado de São Paulo, o CNJ publicou a Resolução nº 213, de 2015, que dispôs “sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”.²⁴

Foi aí que, mesmo em se tratando de uma norma de natureza administrativa voltada aos juízes brasileiros, o CNJ inaugurou a obrigatoriedade de reavaliação periódica das decisões judiciais que impusessem uma medida cautelar pessoal em específico, independentemente do estado em que a investigação ou processo se encontrassem. Referimo-nos, portanto, ao artigo 10 daquela resolução, que criou essa obrigação – embora sem especificação de qual seria essa periodicidade – a toda decisão que determinasse a medida cautelar de monitoração eletrônica.²⁵

Raríssimas foram as manifestações doutrinárias em torno da reavaliação periódica criada pelo CNJ. Mesmo assim, quem se dedicou a esse tema – tão árido em sua época – já marcava

²³ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁵ Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

posição pela necessidade de essa reavaliação alcançar outras medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Como bem pontuou Mateus Marques, a reanálise dos requisitos da necessidade e adequação não deve ser um “privilegio exclusivo da monitoração eletrônica”, mencionada no artigo 10 daquela resolução,²⁶ o que exigiria sua ampliação para todas as medidas cautelares pessoais presentes no direito brasileiro.

A partir dessa lógica, aberto estava o caminho para a expansão da revisão periódica de ofício das medidas cautelares pessoais, sendo que a primeira manifestação legislativa concreta nesse sentido veio, exatamente, com a Lei nº 13.964, de 2019. Mesmo assim, o legislador foi tímido nesse sentido, ao inserir a obrigatoriedade da revisão periódica unicamente para os decretos de prisão preventiva, tal como passou a constar na nova redação do artigo 316, parágrafo único, do CPP.²⁷

Diante da inserção legislativa, impositiva que é de uma nova prática e cultura no âmbito do direito processual penal, algumas observações se fazem necessárias, de modo a permitir que a intenção do legislador seja alcançada e compreendida, o mais brevemente, pela comunidade jurídica brasileira.

2. O FUNDAMENTO CONVENCIONAL PARA A REVISÃO PERIÓDICA

A doutrina que trata da necessidade de revisão periódica da prisão preventiva marca a origem desse instituto junto às posições adotadas pelas Cortes encarregadas de julgar os pactos e convenções internacionais protetivos dos direitos humanos.

Por isso, passaremos a analisar a jurisprudência de tais Cortes, de modo a colocar o leitor a par dos motivos que levaram à criação da lógica revisionista.

2.1. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

²⁶ MARQUES, Mateus. Comentários ao artigo 10. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 127. Ver também: MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 127.

²⁷ Artigo 316. (...)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

No ano de 1959, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que teria, como incumbência, assegurar que as obrigações presentes naquela convenção fossem respeitadas pelos Estados contratantes. De lá para cá, o TEDH tem se notabilizado pela busca de uma consolidação não só em relação ao respeito, senão também em relação à definição e ao conteúdo daquelas obrigações.

A sua linha de atuação, por óbvio, não envolve somente temas ligados ao direito processual penal. No entanto, é essa área do conhecimento que nos faz invocar a sua posição no presente estudo.

No que diz respeito à prisão preventiva e ao prazo de sua duração, bem como de sua interpretação do artigo 5.4 daquela convenção,²⁸ o TEDH possui uma posição muito clara quanto à necessidade de controle judicial constante para o requisito *necessidade* dessa medida cautelar pessoal. Partindo do pressuposto de que não se pode analisar o tema da duração da prisão preventiva de forma abstrata – mas sim de forma individualizada, ou seja, caso a caso –, aquela Corte afirma que, aos magistrados nacionais, cabe-lhes o dever de *vigiar* essa duração.²⁹

Ainda assim, é possível observar que o TEDH não propôs o estabelecimento de nenhum prazo para que essa *vigilância* seja efetuada, repassando o dever de cuidado constante ao Poder Judiciário.³⁰ Disso se depreende que a fixação de um prazo máximo de revisão periódica dos requisitos motivadores da prisão preventiva deve decorrer do entendimento de cada Estado, ao tratar do tema em sua legislação interna.

2.2. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

²⁸ “Artigo 5.4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal” (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

²⁹ CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Assenov e outros vs. Bulgária**, § 162, julgado em 28 de outubro de 1998. Estrasburgo, França: Corte Europeia dos Direitos Humanos, [1998]. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:\[%22001-58261%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-58261%22]}). Acesso em: 23 out. 2020.

³⁰ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos Humanos Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 131.

Por meio do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, tendo ela sido erigida à condição de norma supralegal pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Com isso, aquela convenção somente seria inferior, em termos hierárquico-normativos, à Constituição Federal, mostrando-se superior, portanto, ao próprio CPP e às demais leis extravagantes que versem sobre matéria processual penal.

Tendo por objetivo demonstrar preocupação com a inserção daquele diploma na cultura jurídica do país, o Estado brasileiro também reconheceu a competência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH) para as questões relativas à interpretação ou aplicação da CADH, envolvendo fatos posteriores a 10 de dezembro de 1988. Em suma, o Brasil admitiu não só se submeter à jurisdição daquela Corte, senão também à jurisprudência por ela produzida, que se converteu em fonte para o direito processual penal brasileiro.³¹

Dentre as posições já consolidadas pela Corte IDH, adotada a partir da interpretação dada ao artigo 7.5 daquela convenção,³² encontramos a necessidade de reavaliação judicial periódica das decisões ligadas às medidas cautelares pessoais, mais especificamente, aquelas ordenadoras da prisão preventiva de pessoas investigadas ou acusadas.

Como justificativa para a necessidade de revisão judicial da decisão que decretou a privação de liberdade do sujeito passivo da persecução penal, vê-se o reforço do argumento de que, como medida cautelar, a necessidade dessa prisão deve ser constantemente comprovada. No entanto, a jurisprudência daquela Corte, a exemplo do TEDH, não aponta o período em que essa revisão deveria ocorrer. Ao contrário, ela só se refere à incidência de ilegalidade das prisões cautelares, sempre que elas ultrapassem o limite imposto pela própria legislação de cada país em específico.³³

³¹ Sobre o tema, ver: BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

³² “Artigo 7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 out. 2020).

³³ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**, § 74, Sentença de 30 de outubro de 2008 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020. CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y**

Essa observação é de suma importância para a compreensão do instituto da revisão periódica, sobretudo para não se imputar ao direito convencional a responsabilidade pelas críticas e desacertos provenientes dos setores que vêm se posicionando em sentido contrário aos efeitos da superação do prazo legal previsto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

3. LIÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

Como visto acima, a proposição legislativa inicial, para a fixação de um prazo destinado à revisão periódica da prisão preventiva no Brasil, deu-se no projeto de novo CPP apresentado pelo Senado Federal (PLS nº 156/2009).

Analizando o conteúdo das atas das reuniões realizadas pela comissão de juristas encarregada da redação do anteprojeto de novo CPP – que redundou no PLS nº 56/2009 – é possível ver que, em várias oportunidades, fez-se menção à realidade portuguesa no trato de temas ligados ao direito processual penal. Mais que isso, houve menção específica, durante os debates, à forma como a legislação lusitana trata do tempo da prisão preventiva.³⁴ Tendo isso em conta, mostra-se mais que necessária a análise, ainda que não exaustiva, da forma como a revisão periódica da prisão preventiva é lá tratada.

Dito isso, é no artigo 213º do CPP português que encontramos a presença e regulamentação do que o legislador local entendeu por bem chamar de *revisão oficiosa*, que deve atingir não só a prisão preventiva em sua modalidade clássica (em um estabelecimento estatal), senão também a obrigação de *permanência na habitação* (equivalente à prisão domiciliar no Brasil).³⁵

activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, § 311, Sentença de 29 de maio de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020. CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles e Outros vs. Argentina**, § 121, Sentença de 20 de novembro de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

³⁴ SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3º Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009. p. 233.

³⁵ Artigo 213.º

Reexame dos pressupostos da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação

O único ponto em comum com a novel previsão legal brasileira, para demérito nosso, é a fixação de um prazo próximo aos 90 dias. No mais, a legislação portuguesa avança em vários temas, cuja ausência de regulamentação pelo CPP já é sentida pelos operadores do Direito brasileiro.

O primeiro deles é o entendimento de que a revisão periódica deve se dar não só sobre a prisão preventiva em sua aplicação clássica, senão também sobre a prisão domiciliar, que é uma modalidade de prisão preventiva, mas, sobretudo, outra expressão das medidas cautelares pessoais. Além disso, também há a menção à oitiva das partes (Ministério Público e acusado) antes da realização do *reexame oficioso*, bem como a possibilidade de o juiz determinar a realização de certas diligências que lhe permitam melhor apurar questões ligadas à personalidade do acusado e sobre sua reinserção social.

No que toca à oitiva prévia das partes, a redação do artigo 231.3 é clara, no sentido de ela não ser obrigatória, mas sim facultativa (“Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido”). Todavia, esse carácter facultativo somente tem lugar quando o juízo constatar a não alteração das condições que, originariamente, autorizaram o decreto de prisão preventiva ou prisão domiciliar. Em sendo observada essa alteração, a oitiva prévia das partes de torna obrigatória.³⁶

Por fim, como ponto destoante da legislação brasileira, o *reexame oficioso* lusitano não prevê a sanção da ilegalidade da prisão, para as hipóteses em que o Poder Judiciário deixar de se manifestar no prazo trimestral apontado. É em razão dessa opção legislativa que a não realização da revisão da prisão preventiva ou da permanência na habitação, ao término dos três meses, é encarada como mera irregularidade.³⁷

1 - O juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas:

a) No prazo máximo de três meses a contar da data da sua aplicação ou do último reexame; e
b) Quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objecto do processo e não determine a extinção da medida aplicada.

2 - Na decisão a que se refere o número anterior, ou sempre que necessário, o juiz verifica os fundamentos da elevação dos prazos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, nos termos e para os efeitos do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do artigo 215.º e no n.º 3 do artigo 218.º

3 - Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido.

³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 612.

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Ob. cit., p. 612.

4. A RESISTÊNCIA À LEGALIDADE DA ILEGALIDADE

Do mesmo modo que o legislador previu a obrigatoriedade da revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, ele também definiu qual a sanção decorrente da não observância desse prazo. De acordo com a parte final do parágrafo único do artigo 316 do CPP, a não realização dessa revisão no prazo indicado tornaria *ilegal* a prisão.

Longe de ser um exagero ou devaneio do legislador brasileiro, a lógica da ilegalidade – como sanção pela omissão judicial no prazo fixado – seguiu os parâmetros convencionais adotados pela Corte IDH, que é fonte, como se viu, para a formação do direito processual penal brasileiro. Isso não impediu, no entanto, que essa lógica fosse duramente criticada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG) e pela magistratura nacional.

Quanto ao CNPNG, o entendimento pela inaplicabilidade dessa sanção se fez presente nos *Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime*, mais especificamente, em seu enunciado 35.³⁸ Já, quanto à magistratura, a dimensão dessa crítica pode ser medida em razão do ajuizamento da ADI 6582, por parte da Associação dos Magistrados Brasileiros, onde se lê, dentre os argumentos apresentados, o alegado desrespeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão da consequência eleita pelo legislador.³⁹

³⁸ Enunciado 35. O esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente. (BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpng.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 23 out. 2020.

Ainda que em outro processo, o STF teve oportunidade antecipar sua posição sobre a imposição daquela sanção. Quando da análise do pedido de *Suspensão de Liminar* nº 1395, o entendimento do Tribunal Pleno foi no sentido de suspender os efeitos dessa parte do artigo, por não vislumbrar que a superação do prazo nonagesimal seria suficiente para tornar a prisão ilegal.⁴⁰

Frente a essa posição, abrem-se alguns cenários para o futuro.

Acaso o STF, quando do julgamento da ADI 6582, repita os argumentos apresentados quando da análise do pedido de *Suspensão de Liminar* nº 1395, o primeiro cenário é de as partes deverão provocar judicialmente a revisão periódica da prisão preventiva, após superado o prazo de 90 dias. Seguir-se-ia, assim, a tendência também exposta pelo CNPG em seus Enunciados Interpretativos, especificamente, o de número 36, ao sustentar caber às partes provocarem as eventuais mudanças das decisões judiciais que decretaram as prisões.⁴¹

A crítica, já existente, em torno da ausência de reflexo processual derivada da omissão judicial está no fato de a sanção da ilegalidade se tornar *letra morta* na lei.⁴² Além disso, também pode passar a impressão de uma posição francamente auto protetiva de parte do próprio Poder Judiciário, desonerando-o de eventual controle mais constante quanto ao prazo de suas próprias revisões. Contudo, também é importante lembrar que, para evitar a superação desse prazo, o Poder Judiciário poderá se dedicar a intimar o Ministério Público e a defesa para que se

⁴⁰ Na ementa dessa decisão, vê-se: “STF. TRIBUNAL PLENO. Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a decisão em *Suspensão de Liminar*, com a consequente confirmação da suspensão da decisão proferida nos autos do HC 191.836 até o julgamento do writ pelo órgão colegiado competente, determinando-se a imediata prisão de A.O.M, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), vencido o Ministro Marco Aurélio, que inadmitia a possibilidade de Presidente cassar individualmente decisão de um integrante do Tribunal. O Ministro Ricardo Lewandowski, preliminarmente, não conhecia da *Suspensão* e, vencido, ratificou a liminar. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 15.10.2020 (Sessão)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1395**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴¹ Enunciado 36. Havendo fato novo que justifique a revogação da prisão, cabe às partes levá-lo ao conhecimento do juiz, para que o avalie, em decorrência do sistema acusatório, que limita a atividade probatória do juiz. (BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴² LIMA. Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Ob. cit., p. 332.

manifestem previamente ao exame judicial imposto – tal como será proposto abaixo, em nome do princípio do contraditório e da vedação à decisão surpresa.

Um segundo cenário seria a consolidação do entendimento de que o prazo nonagesimal seria, em verdade, um *prazo impróprio*, pois direcionado ao Poder Judiciário, e sua inobservância não provocaria qualquer efeito sancionatório. Todavia, a fixação desse entendimento exigiria que o STF realizasse uma reinterpretação sobre o que se considera *prisão ilegal*, a partir da superação de um prazo expressamente fixado pelo legislador. A título de exemplo, apresentamos a seguinte situação. O prazo dado à polícia judiciária, para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é de 24 horas. Caso ele venha a ser superado, há o reconhecimento da ilegalidade da prisão, embora não haja previsão legal expressa apontando essa sanção processual. Em sendo assim, por qual motivo a superação de um prazo noventa vezes maior, para a prática de um só ato por parte do Poder Judiciário (igualmente envolvendo uma pessoa privada em sua liberdade, mas desprovido do número de formalidades exigidas para o auto de prisão em flagrante), não leva a consequência alguma, apesar de haver sanção expressa em lei?

Como terceiro cenário, tem-se a consideração global dos momentos de revisão, que não seriam peremptórios, mas admitiriam uma espécie de compensação futura. Explica-se: está visto que o prazo de revisão deve se dar a cada 90 dias. Caso o juiz faça a revisão de ofício, hipoteticamente, em 100 dias, o prazo excedido poderia ser retirado do próximo prazo. Assim, neste exemplo, a nova revisão deveria acontecer em 80 dias, e não mais o período integralmente previsto em lei. Note-se que, na prisão preventiva, já há um mandamento judicial que determinou a medida cautelar pessoal, fato que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo passar dos dias, já que não é o tempo que, por si só, afasta a necessidade e a adequação da medida (critérios exigidos pelo artigo 282, incisos I e II, do CPP).

Como se pode ver, vários são os pontos para os quais o STF está chamado a responder.

5. QUESTÕES PROCESSUAIS PENDENTES DE EVOLUÇÃO

Que a revisão periódica é uma realidade em nosso país, não se tem dúvida. No entanto, a forma como ela vem sendo entendida é que causa séria preocupação, pois os rumos que a

interpretação desse novel instituto pode tomar põem em risco não só a sua efetividade, senão a sua própria razão de ser.

Mostra-se necessário, então, traçarmos algumas considerações sobre o instituto da revisão periódica da prisão cautelar, a partir da análise de sua estrita previsão contida no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

5.1. SEGURANÇA JURÍDICA, PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* E DECISÃO SURPRESA

A realidade não só brasileira, mas igualmente mundial, deixa clara a necessidade da imposição de obrigação de Poder Judiciário revisar, com certa periodicidade, as decisões que impuseram a privação da liberdade ao sujeito passivo da persecução penal. Não à toa, essa obrigação já se encontrava presente em algumas legislações europeias – tal como a portuguesa –, bem como em diversos julgados de Cortes internacionais protetivas dos direitos humanos.

Mesmo assim, ainda que se reconheça a obviedade desse dever revisional, praticamente nada se menciona em relação ao fator que levará o juiz a alterar ou manter sua posição, em relação à decisão anteriormente proferida por ele. Dito de outra forma, partindo-se do pressuposto de que essa revisão é um ato que deve partir de ofício pelo juiz, e que todo ato de ofício implicar reconhecer a ausência de provocação externa acompanhada de aporte informativo ou probatório postulando algo, o problema que disso deriva é óbvio: o que poderá levar o juiz a mudar o entendimento que o levou a decretar a prisão preventiva de alguém?

A resposta a essa indagação passa pelo exame de dois institutos pouco tratados em sede processual penal, sendo eles a preclusão *pro judicato*⁴³ e o contraditório como impeditivo da decisão surpresa, ambos regulados pela legislação processual civil.

Quanto à preclusão *pro judicato*, seu significado surge a partir de um socorro prestado pelo Código de Processo Civil (CPC): em nome da preservação da segurança jurídica, ela representa o impeditivo que atinge o juiz de voltar a apreciar questões já decididas por ele no mesmo processo. No entanto, esse impeditivo não possui caráter absoluto, podendo vir a ser superado, de acordo com o seu artigo 505: a) nas relações jurídicas de trato continuado, sempre que sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, o que poderá autorizar à parte

⁴³ Sobre o tema, ver: VILHENA, Leonardo da Silva. **A Preclusão para o Juiz no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

interessada que requeira a revisão da decisão já proferida; e b) nas outras hipóteses previstas em lei.⁴⁴

Aplicando-se tais premissas aos termos do parágrafo único do artigo 316 do CPP, claro está que a imposição de revisão periódica de ofício satisfaz o quesito da *previsão em lei*, mencionada pela legislação processual civil. Com isso, o juiz poderá revisar questão por ele já decidida, sem que esteja condicionada a qualquer provocação anterior das partes. Entretanto, permanece a pergunta: o que poderá fazê-lo mudar de ideia em relação aos termos da decisão anteriormente proferida? Essa indagação poderá ser respondida a partir da invocação do inciso I do artigo 505 do CPC.

Isso porque, estando as medidas cautelares pessoais vinculadas à satisfação do requisito da necessidade (inciso I do artigo 282 do CPP), não haveria nenhum exagero em equipará-la à “relação jurídica de trato continuado” mencionada pelo CPC, pois deve estar presente ao longo de todo o tempo em que tal ou qual medida cautelar estiver sendo aplicada. Portanto, o controle sobre sua manifestação seria de *trato continuado*. Entretanto, o autorizativo legal e a *relação jurídica de trato continuado* são requisitos meramente formais para a superação da preclusão *pro judicato*, pois o que realmente importa é se houve alguma modificação no estado sobre o qual se decidiu anteriormente. Este é o ponto central que envolve o conteúdo da decisão decorrente da revisão periódica: alteração ou permanência do estado *de fato* ou *de direito* que motivou a decisão anterior.

No que diz respeito a uma possível alteração no *estado de direito*, maiores dificuldades não vislumbramos no atuar de ofício. Via de regra, essa modalidade de alteração decorre de reforma legislativa ou de modificação de entendimento jurisprudencial por parte das Cortes Superiores. Seja como for, não há espaço para que o juiz não tome conhecimento sobre essa alteração no estado de direito, autorizando-o, portanto, a revisar e alterar de ofício sua decisão anterior, inclusive, antes mesmo do lapso previsto legalmente.

Outra realidade atinge, no entanto, a alteração no *estado de fato*. Isso porque, a prisão preventiva tem sua justificativa de existência na proteção de certos valores ou situações ligadas à persecução penal, sendo eles: a ordem pública (aqui incidindo a proteção contra

⁴⁴ Artigo 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

descumprimento às medidas protetivas de urgência), a ordem econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Todos esses valores ou situações mereceram proteção judicial, por meio do decreto de prisão preventiva, em razão de algum *fato* verificado que os colocou em risco. Portanto, somente *fato novo* será capaz de justificar uma alteração na decisão que decretou a privação da liberdade de alguém.

Em relação à prisão preventiva, entendemos que, dentre os fundamentos que justificam a sua necessidade, somente o término da fase probatória é que autorizaria o juiz a determinar, de ofício e sem o aporte de qualquer argumento ou documentação externa, a soltura da pessoa presa. Isso ocorreria ante o óbvio esvaziamento do foco de proteção daquela medida cautelar pessoal, que seria a instrução criminal já finalizada, acaso o fundamento da prisão preventiva haja sido, justamente, a garantia da instrução criminal. Com os demais fundamentos para o decreto de prisão preventiva (ordem pública, ordem econômica e aplicação da lei penal), no entanto, somente fatos novos exteriores ao processo é que justificariam a alteração da decisão em vigor. E, para que eles aportem ao processo, o juiz deveria ter acesso a eles de alguma forma.

O problema é que o CPP somente autoriza a atividade probatória do juiz em caráter subsidiário às partes ou após o término da fase de instrução. Ou seja, ao juiz não lhe é autorizado sair à cata de informações para ver se o sujeito passivo da persecução penal deve, ou não, permanecer preso.

Dentro desse quadro, tudo levaria a crer que a manutenção da prisão seria algo natural nas decisões proferidas como resultado da atividade revisional. Ou, o que é pior, eventuais decisões de soltura, sem o aporte de fatos novos, seriam resultado de uma pura e simples mudança de opinião por parte do juiz, o que não lhe é permitido nem mesmo nas hipóteses autorizadoras da superação da preclusão *pro judicato*. É aí, então, que entra a observância ao princípio do contraditório como impeditivo da decisão surpresa.

Por *decisão surpresa*, entende-se todo aquele julgamento (podendo ser uma decisão final ou interlocutória) que o juiz profere invocando argumento próprio, sem antes haver possibilitado às partes se manifestarem previamente a ele em tal julgamento.⁴⁵ Usando uma figura de linguagem, a decisão surpresa pode ser equiparada a um julgamento proferido *pelas*

⁴⁵ De forma mais esmiuçada, encontramos o conceito dado por Welder Queiroz dos Santos, quando diz: “*Decisão surpresa* é aquela que contém como fundamento matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual, a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito” (SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 88).

costas das partes, sem que elas houvessem podido previamente conhecer e rebater os fundamentos invocados pelo juiz para decidir.

Foi exatamente para evitar uma situação como essa que o CPC, já em seu artigo 10, traçou as linhas básicas a serem observadas pelo julgador – seja lá o grau de jurisdição em que se encontre o processo –, sempre que ele invocar motivação não conhecida anteriormente pelas partes à hora de julgar qualquer tema.^{46/ 47}

Partindo-se da lógica, portanto, que as questões de fato é que, em sua grande maioria, são aquelas que, verdadeiramente, poderão autorizar o juiz a alterar a decisão que decretou a prisão preventiva de alguém, e que essas questões de fato não podem ser *buscadas* por ele de ofício, a concepção da vedação a decisões surpresa surge como uma boa resposta para superar a ausência de informação ao juiz e à possibilidade de as partes exercerem algum tipo de influência sobre essa decisão.

Em outras palavras, diante da obrigação da revisão periódica de ofício e da necessária inércia judicial quanto à busca de informações fora dos autos (atinentes à análise da perda da necessidade da prisão preventiva imposta), a incidência do artigo 10 do CPC (por interpretação analógica) ou do inciso IX do artigo 497 do CPP (por interpretação extensiva) se torna impositiva para que o parágrafo único do artigo 316 do CPP tenha alguma efetividade. Do contrário, caso o juiz insista em decidir *sozinho*, eventual mudança de posição quanto à necessidade da prisão preventiva decretada não passará de uma clara *mudança de opinião* desprovida de qualquer embasamento fático, o que não lhe é autorizado, seja pelo conteúdo do instituto da preclusão *pro judicato*, seja pelas disposições do CPC, de aplicação subsidiária em tais situações.⁴⁸ Não é por outro motivo que o CPP português prevê, como abordado acima, a

⁴⁶ Artigo 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴⁷ Nesse aspecto, o CPC deu uma bela demonstração de como deve ser a inserção de princípios básicos que necessitam permear todo processo de natureza judicial. Assim afirmamos, porque o procedimento por ele estabelecido no seu artigo 10 já havia sido criado pelo legislador criminal desde a década de 1940. Referimo-nos, pois, ao inciso IX do artigo 497 do CPP, quando diz que: “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade”. Entretanto, as limitações científicas, doutrinárias e judiciais que, infelizmente, ainda afetam o direito processual penal brasileiro, não permitiram que a lógica da vedação à decisão surpresa prosperasse em seu meio, e atingisse toda e qualquer decisão que invocasse fundamento não debatido entre as partes, ficando restrito, portanto, exclusivamente à hipótese acima reproduzida.

⁴⁸ Em relação a essa questão, Carlos Eduardo Mitsuo Nakaharada faz um importante aporte sobre a posição sustentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, quando dos debates em torno do PLS 156/2009. No texto

possibilidade de manifestação prévia do Ministério Público e da defesa ao reexame *oficioso* da prisão preventiva.

Bem sabemos que o melhor caminho para a solução de um *problema operacional* como esse seria o legislador alterar o conteúdo parágrafo único do artigo 316 do CPP ou, melhor ainda, inserir um dispositivo – equivalente ao artigo 10 do CPC – de aplicação genérica para toda e qualquer decisão. Todavia, acreditamos que a solução proposta tem o condão de solucionar, ainda que temporariamente, a ausência de aporte fático que auxilie o juiz a bem desempenhar a novel tarefa da revisão periódica da prisão preventiva.

5.2. A QUAL JUIZ SE APLICA O DEVER DE REVISÃO PERIÓDICA?

A decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, no *Habeas Corpus* 191.836 / São Paulo, abriu margem, subsidiariamente, à discussão em torno de qual magistrado recairia o dever de revisão periódica da prisão preventiva.

Em sua literalidade, o parágrafo único do artigo 316 do CPP aponta, de modo indiscutível, que esse dever cabe ao *juiz*, dando, assim, a impressão de que somente a ele exerceria aquela atividade revisora. Mas, e quando o processo já não mais se encontra sob a presidência do juiz, por haver sido interposto recurso contra a decisão que julgou o *meritum causae*? Estando o processo em grau de recurso, caberia ao julgador *ad quem* exercer a atividade de revisão? Por fim, nos processos decorrentes de ação penal originária, essa atividade de revisão não se aplicaria aos seus julgadores, pois a palavra *juiz* deve ser interpretada em sentido estrito, em lugar de também ser entendida como *Desembargador* ou *Ministro*?⁴⁹

da proposta de emenda, que teve Ada Pellegrini Grinover como relatora, sugeriu-se que as partes fossem intimadas com 30 dias de antecedência à finalização do prazo para a revisão judicial da prisão preventiva. Respeitadas estariam, assim, a devida inércia judicial na busca de fatos estranhos ao processo e a observância ao princípio do contraditório como obstáculo à decisão surpresa (NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão Preventiva: Direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015. p. 132. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/publico/Dissertacao_Carlos_Eduardo_Mitsuo_Nakaharada.pdf. Acesso em: 23 out. 2020).

⁴⁹ Tais questionamentos fizeram parte de diversas reuniões da comissão de juristas responsável pela redação do anteprojeto de novo CPP. No entanto, não se chegou a um consenso quanto à necessidade de ser inserida previsão expressa no texto do anteprojeto, de modo a esclarecê-los. (SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009. p. 230, 233, 263, 585 e 970 a 973).

O primeiro questionamento torna necessário invocarmos novo auxílio do CPC, ante o permissivo da utilização de interpretação extensiva, conforme consta no artigo 3º do CPP. Assim, frente à inexistência de um conceito para a decisão judicial denominada *sentença* junto às disposições do CPP, é no CPC que o encontramos com a seguinte redação: “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (§ 1º do artigo 203).

Nota marcante na sua redação é que a sentença põe fim ao período processual de *cognição*, sempre que a atividade judicial estiver a tratar de processo de conhecimento. Logo, havendo o juiz *sentenciado* determinado processo, sua atividade de cognição sobre qualquer tema ligado a ele obviamente já estará encerrada. O que se poderia questionar é se a revisão periódica da prisão preventiva exigiria alguma atividade de conhecimento por parte desse juiz, de modo a possibilitar de que seja fixado o entendimento de que ele permaneceria com o dever revisional, mesmo após proferir sua sentença. Noutros termos: se nova atividade de cognição não haveria com a atividade revisional, o juiz sentenciante permaneceria com o dever imposto pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Conforme expusemos acima, a atividade revisional não pode ser exercida a partir de uma simples troca de opinião por parte do juiz, em relação à perda de validade dos argumentos que ele mesmo havia invocado quando do decreto de prisão preventiva. Ao contrário, deve o juiz estar munido de informações novas, tendo elas sido fornecidas pelas partes ou em razão de fatos observáveis a partir da forma como veio a se dar a tramitação do processo após a publicação da sentença. Seja de uma forma ou de outra, ambas exigem uma *nova atividade cognitiva por parte do juiz*, mas ela já se viu esgotada ao ser proferida a sentença, tal como ensina a legislação processual civil. Portanto, sob esse ângulo, não há como sustentar uma obrigatoriedade perene de o juiz que julgou o processo ser o responsável pela revisão periódica da prisão preventiva que ele mesmo decretou.

O segundo questionamento está voltado à identificação sobre qual grau de jurisdição alcança o dever de revisão. Busca-se definir, assim, se o preceito do parágrafo único do artigo 316 do CPP se aplica somente ao primeiro grau ou, de igual modo, a todo o percurso jurisdicional até o trânsito em julgado da última decisão proferida.

Em um momento inicial, a impressão deixada por aquele preceito pode, perfeitamente, induzir o intérprete a se posicionar pelo dever de revisão somente atingir o primeiro grau de jurisdição. No entanto, o dever de revisão das decisões que decretaram a prisão preventiva é

perene junto aos magistrados que se depararem com determinado processo, mesmo após ele deixar o primeiro grau. Não nos esqueçamos que a possibilidade de *habeas corpus* de ofício está dentro das atividades a serem exercidas pelos Tribunais de Apelação e pelos próprios Tribunais Superiores, fator que transfere nossa discussão para o fato de dever, ou não, existir uma *periodicidade* para se permitir essa *possibilidade*, o que a tornaria em uma *obrigatoriedade*, em observância ao espírito do parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Assim posta a questão, poder-se-ia apresentar, como obstáculo, o fato de que tal periodicidade não está prevista nos regimentos internos das Cortes brasileiras, realidade que enclausuraria o parágrafo único do artigo 316 do CPP somente perante os processos criminais ainda em trâmite junto ao primeiro grau. Contudo, esse entendimento esbarra em uma questão que transcende a necessidade de previsão legal ou regimental para o exercício do dever de revisão. Concretamente, é preciso ter sempre em vista que a revisão periódica da prisão preventiva tem sua origem em interpretação dada aos termos do Pacto de São José da Costa Rica, o que implica na necessária observância de uma matéria de natureza *convencional*, muito superior que é, em termos hierárquicos, a qualquer lei ordinária ou regimento interno das Corte brasileira. Se hoje em dia se cobra, corretamente, um maior envolvimento do Ministério Público no controle de convencionalidade,⁵⁰ o que dizer da necessidade desse controle em relação ao Poder Judiciário.

Ao se insistir na exclusão da obrigatoriedade da revisão periódica para além da jurisdição de primeiro grau, estar-se-á incidindo no mesmo erro verificado em relação a outro instituto trazido pela Lei nº 13.964/2020, qual seja, o *juiz das garantias*, cuja presença, em termos legais, somente atinge o primeiro grau de jurisdição. Mais uma vez, estaríamos a considerar somente o primeiro grau de jurisdição como ligado a certas máculas (incidência de impedimento) ou responsabilidades (revisão periódica), dando a impressão de que, ser um julgador de base, configurar-se-ia em uma *capitis diminutio* frente a toda magistratura nacional.

Resta-nos, por fim, a análise do terceiro questionamento, voltado à abordagem em torno da incidência, ou não, da obrigatoriedade revisional nos processos derivados de ação penal originária.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, nº 87, p. 183-220, 2020. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/192>.

A quem sustenta a incidência do parágrafo único do artigo 316 do CPP somente para o primeiro grau de jurisdição – por se referir especificamente à figura do *juiz* –, fica difícil justificar que a obrigatoriedade revisional não se aplicaria aos processos de conhecimento (de cunho condenatório), originariamente instaurados junto às Cortes brasileiras. Quando muito, poderia invocar a ausência de previsão dessa obrigatoriedade junto à Lei nº 8.038/1990, que trata, entre outros temas, do procedimento aplicável aos processos derivados de ações penais originárias.

Mesmo assim, novamente não há como pretender a superioridade hierárquica de uma lei ordinária, frente a uma norma – ou interpretação de norma – de caráter supralegal. Ou seja, em razão de as questões procedimentais estarem reguladas por leis ordinárias, todas elas sucumbiriam às normas de caráter convencional protetivas dos direitos humanos, justamente por serem consideradas, por ninguém menos que o STF, normas de natureza supralegal, que somente seriam inferiores ao próprio texto constitucional.

Uma última justificativa para que a revisão periódica ocorra em qualquer grau de jurisdição está no fato de que ela colaborará não apenas na celeridade processual, mas também se apresenta como um importante motivo para que haja a devida apreciação dos pressupostos recursais, notadamente o interesse neles. Atualmente, são presenciados os manejos de inúmeros instrumentos procrastinatórios para retardo da formação do trânsito em julgado. Por isso, a necessidade de manutenção de revisão das prisões, pode ser um instrumento, ainda que indireto, de racionalização dos recursos.

Em sendo assim, não há como evitar que a revisão periódica da prisão preventiva seja uma obrigação de todo e qualquer magistrado que se encontre sob a presidência de um processo criminal, esteja ele em sede de primeiro grau ou perante qualquer Corte, em decorrência de interposição de recurso ou por tramitação regulada pela Lei nº 8.038/1990.

5.3. A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA REVISÃO PERIÓDICA

As primeiras manifestações do CNJ, voltadas à necessidade revisões periódicas das prisões preventivas (2009), foram publicadas ao tempo em que o CPP ainda não contava com o rol de medidas cautelares diversas da prisão, pois elas somente foram instituídas nos artigos 319 e 320, por meio da Lei nº 12.403/2011. Quando muito, havia o afastamento do agressor do

lar (nos casos de violência doméstica), que foi inserido no parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995, por meio da Lei nº 10.455/2002.

Essa realidade fez com que a cultura da revisão somente estivesse focada nas prisões preventivas, mas, após a reforma do CPP (concretizada pela Lei nº 12.403/2011), o CNJ voltou a se manifestar sobre a revisão periódica de medida cautelar, embora restrita à imposição de monitoração eletrônica, tal como imposta no artigo 10 da Resolução 213/2015. No entanto, mesmo sofrendo correta crítica por parte da doutrina,⁵¹ a preocupação com a necessidade de revisão periódica de toda e qualquer medida cautelar não ingressou na pauta de preocupações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A ausência de preocupação ficou mais que patente com a Lei nº 13.964/2019, restringindo, como se sabe, a revisão periódica à prisão preventiva, sequer dando ouvidos à revisão periódica estabelecida pelo CNJ às decisões impositivas de uso de monitoração eletrônica.

Acreditamos ser desnecessário tecer maiores esclarecimentos sobre o fato de que toda medida cautelar pessoal está sujeita ao requisito *necessidade*, e que o critério temporal atinge a todas elas, o que nos permite alcançar, obviamente, até as medidas que não são privativas de liberdade. Muito menos, lembrar que o direito estrangeiro reconheceu a necessidade de ampliação do catálogo de medidas merecedoras desse reexame periódico, a exemplo do CPP português, que também o impôs para o que denominamos *prisão domiciliar*.

Por essa soma de fatores, enquanto esse grave deslize não for corrigido pelo legislador, o bom senso aponta para a necessidade não só da permanência da obrigatoriedade revisional periódica da monitoração eletrônica, presente na Resolução nº 213/2015, do CNJ. Previstas ou não no CPP, todas as demais medidas cautelares pessoais devem ser passíveis dessa mesma obrigatoriedade, permitindo-se a ampliação da cultura revisionista, sob a invocação da interpretação extensiva autorizada pelo artigo 3º do CPP.⁵²

⁵¹ MARQUES, Mateus. Comentários ao artigo 10. Ob. cit., p. 127.

⁵² Renato Brasileiro de Lima segue posição similar, mas a restringe às medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP (LIMA. Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 332).

5.4. O IMPACTO DA CULTURA REVISIONISTA SOBRE A CELERIDADE PROCESSUAL

O crescente combate às organizações criminosas vem fazendo com que já não seja estranho, ao Poder Judiciário brasileiro, deparar-se com processos criminais que apresentam algumas dezenas de pessoas figurando como acusadas. Não à toa, esse fenômeno está despertando um interessante foco de pesquisa por parte da doutrina, consistente no estudo do que vem se convencendo chamar de *maxiprocessos* ou *megaprocessos*.⁵³

Partindo-se dessa realidade, bem como do fato de que, em processos como esses, há um número expressivo de pessoas presas preventivamente, não é descabido dizer que vários são, ou poderão vir a ser, os pedidos de liberdade encaminhados semanalmente ao juiz, referentes a um mesmo processo. Imagine-se, assim, um único processo com 10 réus presos, onde, a cada semana, um réu diferente apresente seu pedido de liberdade ou revisão de outras medidas cautelares pessoais impostas.

Em uma conta rápida, teríamos, ao final de 90 dias, cerca de 12 pedidos encaminhados ao Poder Judiciário, com a natural abertura de 12 vistas ao Ministério Público para seu exercício ao contraditório. Após isso, outras 12 devoluções ocorreriam ao Poder Judiciário, a fim de que decida sobre o pedido e a resposta apresentada a ele. Muito singelamente, teríamos cerca de 24 movimentações processuais para que o Poder Judiciário pudesse julgar os 12 pedidos a ele encaminhados.

Acaso tais postulações dissessem respeito a reiterações de pedidos já analisados anteriormente, sem o acréscimo de qualquer fato novo, prejuízo algum haveria se todos eles fossem concentrados no momento criado pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP. Com isso, em lugar de 12 pedidos que motivariam 24 movimentações processuais, teríamos estes mesmos 12 pedidos justificando uma única movimentação processual, sob a invocação do princípio da concentração de atos. Imagine-se, portanto, qual seria o impacto dessa lógica junto a um número maior de processos criminais contendo dezenas de réus presos ou, o que seria mais significativo

⁵³ A título de exemplo, é possível encontrar os seguintes textos: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020. PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, a. 27. p. 145-170, dez. 2019.

ainda, junto às varas criminais especializadas no combate ao crime organizado, que possuem centenas ou milhares de processos com essas características.

Por óbvio que não se está, aqui, afirmando que a defesa não poderá apresentar seus pedidos de liberdade fora do momento ensejador da revisão periódica presente no CPP. Em havendo inovação nas situações de direito ou de fato, não há necessidade de se esperar a chegada do nonagésimo dia para ter julgado o seu pleito de liberdade.

Enfim, o impacto da reavaliação periódica das medidas cautelares pessoais impostas ocorrerá sobre um direito fundamental constitucionalmente previsto, qual seja, o direito a um processo sem dilação indevida e com prazo razoável, que tem, como beneficiários – em igualdade de condições – o sujeito passivo, a vítima e o Ministério Público.

A seguir tal linha de pensamento, que está centrada em orientações de caráter constitucional e convencional, promover-se-á, portanto, uma modalidade de aceleração processual que não coloca em risco qualquer direito das pessoas acusadas. Ao contrário! Estar-se-á promovendo o pleno exercício de direito constitucional da defesa, da vítima e da parte acusadora, sem colocar em risco o objetivo primordial do Poder Judiciário, qual seja, a prestação de jurisdição de forma célere e com acréscimo de qualidade proporcionado pelo aumento do tempo para avaliar cada processo em concreto.

Para que essa lógica possa vingar, é preciso, antes de qualquer outra coisa, que haja o engajamento do próprio Poder Judiciário, de modo a reconhecer que os pedidos sem qualquer inovação nas situações de direito ou de fato deverão ser analisados no momento previsto pelo parágrafo único do artigo 316 do CPP. Do contrário, a revisão periódica instituída não passará de um ato burocrático, que se reportará às diversas e anteriores decisões já tomadas, constituindo-se em um procedimento desnecessário na prática, e ensejador de movimentações processuais sem o menor sentido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apresentação das informações e desenvolvimento do raciocínio atinentes à revisão periódica da prisão preventiva inserida no direito processual brasileiro nos permite apontar algumas conclusões.

Primeiro, a revisão periódica das prisões preventivas não foi fruto de entendimento abstratamente desenvolvido pelo legislador. Em realidade, ela resultou: a) da obtenção de dados referentes ao tempo de duração dessa modalidade de prisão no país, em razão do levantamento realizado pelo mutirão carcerário realizado pelo CNJ; b) do acolhimento da jurisprudência consolidada da Corte IDH, cuja observância é de cunho obrigatório pelo Estado brasileiro.

Segundo, faz-se necessária a ampliação da cultura revisionista para que ela incida sobre toda e qualquer medida cautelar pessoal, pois todas elas estão sujeitas à satisfação e permanência do requisito *necessidade*.

Terceiro, igualmente deve ser consolidado o entendimento de que essa revisão deve permear a todo e qualquer grau de jurisdição. Por sentar suas bases em normas (ou interpretações de normas) de caráter convencional, não há necessidade de se invocar a necessidade de alteração de legislação infraconstitucional ou de regimentos internos de Tribunais para que se exija das Cortes de Apelação e dos Tribunais Superiores a mesma realização da revisão nonagesimal imposta ao juízo de primeiro grau.

Por fim, em se tratando de decisão que deve ser realizada de ofício, a incidência do princípio do contraditório é essencial para que seja reconhecida a validade daquela decisão. Do contrário, estaremos diante de uma clara *decisão surpresa*, rechaçada integralmente pelo CPC e por disposição específica do próprio CPP.

Esperamos, pois, que tais observações sejam conhecidas por parte do Poder Judiciário brasileiro, de modo a permitir que o novel instituto da *revisão periódica da prisão preventiva* esteja de acordo não só com as diretrizes constitucionais, senão também com as diretrizes convencionais e estrangeiras ligadas a ele.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Disposições Gerais das Medidas Cautelares. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 459-464.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos Humanos Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD)** (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Conjunta nº 1, de 29 de setembro de 2009**. Institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Disponível em:
<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em:
https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009**. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_66_27012009_08042019135736.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime**. Brasília, DF: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Disponível em: https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/>

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6582/Distrito Federal**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6027729>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299/Distrito Federal**. Brasília/DF; Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1395**. Brasília/DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 186, p. 189-192, jul./set. 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 out. 2020

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Assenov e outros vs. Bulgária**, julgado em 28 de outubro de 1998. Estrasburgo, França: Corte Europeia dos Direitos Humanos, [1998]. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:\[%22001-58261%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-58261%22]}). Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Argüelles e Outros vs. Argentina**, Sentença de 20 de novembro de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**, Sentença de 30 de outubro de 2008 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Sentença de 29 de maio de 2014. San José de Costa Rica: Corte Interamericana dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

CROZARA, Rosberg Souza. Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271-287.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DANTAS, Bruno Montenegro Ribeiro. Prisão Preventiva: inovações, análise e perspectivas. In: HABIB, Gabriel. **Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019. Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: Juspodivum, 2020. p. 103-141.

DEMOSTENES. Sobre la Corona. In: **Discursos Políticos y Privados**. Tradução de A. Lopes Dire e José Manuel Colubi Falcó. Madrid: Gredos, 2000. v. 5, p. 103-249.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Vaz. **Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 31, ano 8, p. 65-74, jul.-set. 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. Das Medidas Cautalres Pessoais. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 465-487.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Salvador: Juspodivum, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Mateus. Comentários aos artigos 9 e 10. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia. Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 1115-129.

MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, nº 87, p. 183-220, 2020. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/19290645>>. Acesso em: 23 out. 2020.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. **Prisão Preventiva: Direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015. 154p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/publico/Dissertacao_Carlos_Eduardo_Mitsuo_Nakaharada.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, a. 27. p. 145-170, dez. 2019.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. Secretaria-Geral da Mesa. 3º Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Ata da Comissão de Juristas. Brasília, a. LXIV, Suplemento ao n. 89, quinta-feira, 18.06.2009.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009: Uma Leitura a Partir do Princípio da Presunção de Inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270.

TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.

RESPONSABILIDADE CRIMINAL AMBIENTAL: COMBATE AO DANO AMBIENTAL E RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS¹

*ENVIRONMENTAL CRIMINAL RESPONSIBILITY: COMBATING ENVIRONMENTAL
DAMAGE AND RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES*

ANDRÉ PERALVA BARBIRATO DE ASSIS

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA-RJ.

Resumo: Este artigo tem a pretensão de abordar a temática da responsabilidade na seara criminal, notadamente quando se relaciona à prática de atos lesivos ao Meio Ambiente, perpetrados por Pessoas Jurídicas. O direito ambiental moderno é composto por um conjunto de normas e princípios, que visam a proteção jurídica e preservação do Meio Ambiente. A conservação da natureza e dos recursos naturais se faz imprescindível para a continuidade da vida dos seres humanos no planeta. Esta proteção tem relação direta com a necessidade da exploração de parte dos recursos naturais pelo homem, como forma de subsistência na economia mundial (predominantemente capitalista). Nesse diapasão, através de um estudo de natureza bibliográfica, e através de pesquisa de metodologia documental qualitativa, serão abordados o conceito do referido instituto; a definição de dano ambiental; quais são os sujeitos processuais da relação jurídica envolvendo a responsabilização por crime ambiental; delimitados os princípios norteadores e indicados os demais aspectos legais, com base no que há de mais recente na doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: responsabilidade; pessoa jurídica; dano ambiental.

Abstract: This article intends to address the issue of responsibility in the criminal field, especially when it relates to the practice of acts harmful to the Environment, perpetrated by Legal Entities. Modern environmental law is composed of a set of rules and principles,

¹ tema proposto no artigo é fruto de discussões promovidas Grupo de Pesquisa Intermunicipal de Desenvolvimento Econômico - UENF/UNIFLU – RJ.

aimed at legal protection and preservation of the Environment. The conservation of nature and natural resources is essential for the continuity of human life on the planet. This protection is directly related to the need for the exploitation of part of natural resources by man, as a means of subsistence in the world economy (predominantly capitalist). In this tuning fork, through a study of a bibliographic nature, and through research of qualitative documentary methodology, the concept of the referred institute will be addressed; the definition of environmental damage; what are the procedural subjects of the legal relationship involving accountability for environmental crime; delimiting the guiding principles and indicating the other legal aspects, based on the most recent doctrine and jurisprudence.

Keywords: responsibility; legal person; environmental damage.

1. INTRODUÇÃO

A partir da criação do sistema capitalista, baseado na propriedade privada, no controle dos meios de produção, na exploração da mão-de-obra assalariada e dos recursos naturais, as ações dos seres humanos passaram a influenciar diretamente no Meio Ambiente, cujo ecossistema é capaz de garantir a nossa sobrevivência.

O surgimento de um Estado de Direito Ambiental, preocupado com a interação dos seres humanos e o Meio Ambiente se fez necessário, como forma de barrar as ações destrutivas do sistema capitalista, e visando salvaguardar os recursos minerais, hídricos, fauna, flora e todo o conjunto de ecossistema.

O direito ambiental, em seu aspecto transindividual e difuso, bem como, a manutenção de um sistema de Meio Ambiente ecologicamente equilibrado foi legalmente previsto através do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

A responsabilização da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais foi um grande avanço trazido pela Constituição de 1988, pois, constatava-se que parte das degradações ambientais eram causadas por ações corporativas de grandes empresas. Tal possibilidade já era

vislumbrada no direito estrangeiro, em países como a França, os Estados Unidos, Portugal, Holanda, Noruega, Suécia e Venezuela.

O direito ambiental brasileiro está pautado na tentativa de conciliar a produtividade, a livre concorrência, a propriedade privada, sua função social e a preservação e defesa do Meio Ambiente (conforme prevê o art. 170 da CRFB/88).

A Lei Federal n. 9.605/98, corroborou com tal entendimento ao dispor expressamente sobre as sanções penais, civis e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente. Este esforço visa garantir a todos uma vida saudável e um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

A responsabilização das pessoas jurídicas em matéria criminal por danos ao Meio Ambiente vem sendo discutida por lidadores do direito, estudiosos e juristas, que divergem acerca de sua admissibilidade.

Este breve estudo, através da metodologia da revisão bibliográfica e documental, pela análise da jurisprudência do STJ acerca da matéria debatida e da legislação pátria, tratará da questão da ação penal para apuração da prática do crime ambiental por pessoas jurídicas, destacando pontos controvertidos no que se refere à responsabilização da pessoa jurídica.

Aborda-se a forma utilizada para individualizar o agente e a conduta danosa ao Meio Ambiente; quais modalidades de pena são legalmente previstas e como aplicá-las; como ocorre o interrogatório do réu; e como observar as garantias constitucionais no processo criminal de apuração do dano.

2. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental se fundamenta em diversos princípios, que deverão ser utilizados como parâmetro pelos lidadores do direito ao se depararem com as peculiaridades de cada caso concreto, através de uma interpretação conjunta dos dispositivos legais aplicáveis.

Conforme detalha Sampaio (2015), a crescente preocupação social com as questões que envolvem o Meio Ambiente levou a comunidade internacional a adequar suas legislações para promover a proteção do Meio Ambiente. Esta necessidade é relevante, pois, os recursos naturais renováveis e não renováveis são limitados.

Esta limitação de recursos acarretou o reestudo da forma de desenvolvimento econômico, no qual, uma nova linha de pensamento de utilização dos recursos naturais existentes dever ser adotada, conciliando-se a racionalidade no uso de tais recursos e a necessidade de desenvolvimento econômico.

Neste contexto, foram criados os princípios relacionados ao direito ambiental, que servem para auxiliar na interpretação dos conceitos legais e sanar eventuais lacunas existentes na legislação ambiental e em nosso ordenamento jurídico.

Passa-se a detalhar os princípios, por classificação da doutrina pátria.

2.1 PRINCÍPIO DO ACESSO EQUITATIVO AOS RECURSOS NATURAIS

Por este princípio os bens/recursos ambientais devem ser utilizados para satisfazer as necessidades comuns de todos os cidadãos, de forma racional e igualitária, zelando-se para que não ocorra o seu esgotamento e/ou perecimento.

2.2 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A experiência demonstra que, os danos ambientais são, na maioria das vezes, irreparáveis e irreversíveis. Pela aplicação da prevenção, as normas de direito ambiental devem se atentar ao fato de que o Meio Ambiente é um bem público, devendo ser protegido e resguardado como patrimônio público. O objetivo é agir antecipadamente, para evitar danos ao Meio Ambiente.

De acordo com Bittencourt (2006) o princípio da prevenção consiste no comportamento efetuado com o intuito de evitar e afastar o risco ambiental. O que se busca é a adoção de medidas prévias para evitar o dano e agressões ao Meio Ambiente.

Este princípio está expressamente previsto no art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, que determina ao Poder Público e toda à coletividade o dever de proteção e preservação do Meio Ambiente para as futuras gerações.

Cita-se como exemplo o deferimento de uma licença ambiental. Previamente, o ente público deve verificar se a atividade a ser exercida pelo interessado atende ao bem comum, se é capaz de gerar dano ao Meio Ambiente, quais serão os impactos causados pela realização da atividade e se existem formas de reparar eventuais danos.

2.3 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO

Por tal princípio, todo aquele que causar lesão ou dano ao Meio Ambiente fica obrigado a repará-lo e será responsabilizado, civil, penal e administrativamente. A reparação de um dano ambiental pode ser realizada de duas formas: a primeira é a denominada reparação natural, quando ocorre o ressarcimento in natura, se for possível o retorno ao status quo ante; a segunda é o pagamento de uma indenização em dinheiro.

De acordo com o entendimento do STJ (2015), por força da reparação in integrum, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar, para promover a reparação do dano ambiental. Leva-se em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos).

É sempre preferencial a reparação natural do dano, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado. Somente quando esta não for possível, é que se deve arbitrar uma indenização a ser paga pelo agente causador do dano.

2.4 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Pautado neste princípio, impõe-se ao agente poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção de danos ao Meio Ambiente que a sua atividade possa vir a causar, evitando a ocorrência do dano (caráter preventivo). Entretanto, caso o dano venha a ocorrer, o ônus de repará-lo integralmente é do agente poluidor, que responderá criminal, civil e administrativamente.

Este princípio está previsto na Constituição Federal, no art. 225 § 3º, in verbis: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao Meio Ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Segundo Brasil (2004), o art. 4º, inciso VII da Lei Federal n. 6.938/85 prevê o princípio do poluidor-pagador. Tal dispositivo legal obriga o poluidor / predador do Meio Ambiente a

reparar e/ou indenizar pelos danos causados ao Meio Ambiente e a terceiros afetados em virtude da sua atividade produtiva, independentemente da existência de culpa ou dolo.

O princípio do poluidor-pagador se relaciona com o aspecto da responsabilidade civil objetiva quanto aos danos ambientais, ao dever da prioridade da reparação específica do dano e a solidariedade para suportar os danos causados ao Meio Ambiente.

2.5 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

A Constituição Federal, através do seu artigo 225 atribuiu ao Poder Público e a Coletividade / Sociedade Civil o dever e a participação na defesa e proteção do Meio Ambiente, através de uma atuação conjunta.

O princípio da participação popular diz respeito ao direito de todo e qualquer cidadão, organizado ou não, de conhecer todos os atos praticados pelos agentes públicos. Ele decorre da qualidade de parte interessada no processo de tomada de decisão em âmbito de direito ambiental. (BENJAMIN, 1992).

Conforme Fiorillo (2017), não se trata de um aconselhamento, mas sim de um dever da coletividade. Este comportamento se justifica, pois, o direito ambiental tem uma natureza difusa e eventual dano será suportado por toda a coletividade. Desta forma, se faz necessária a cooperação de diversos atores sociais, seja na elaboração de uma política de ações ambientais, seja na solução de problemas.

2.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade tem relação direta com o da participação popular, na medida em que, dele decorre. Trata-se de um dever de tornar públicas todas as informações acerca do Meio Ambiente, e visa assegurar o direito da participação popular na solução dos problemas porventura encontrados.

Detalha Brasil (2004) que o Meio Ambiente é bem de uso comum e sua preservação é um fator de interesse público. Portanto, todos os atos realizados pelo Poder Público em prol de sua proteção devem ser publicados para gerar a ciência de toda a coletividade.

No mesmo sentido, esclarece Silveira (2020), que os estudos de impacto ambiental e os seus respectivos relatórios devem ser públicos, na medida em que se relacionam a elementos

de interesse de toda a coletividade (bem comum), qual seja, a manutenção de um Meio Ambiente sadio e equilibrado.

Cita-se como exemplos da aplicação do princípio da publicidade em matéria de direito ambiental a necessidade de publicação dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA), e, a obrigação de realização de audiências públicas para debater os Relatórios de Impacto ao Meio Ambiente (antes da concessão da licença ambiental), por parte dos órgãos de fiscalização e controle.

Especificamente quanto ao processo de licenciamento ambiental, a Resolução n. 9, de 1987 do CONAMA determina que sejam realizadas Audiências Públicas, antes da aprovação do Relatório de Impacto ao Meio Ambiente - RIMA, possibilitando a discussão do referido estudo com a sociedade.

No próximo tópico será abordado o tema da responsabilidade civil por dano ao Meio Ambiente, e detalhada a forma de responsabilização do(s) agente(s) causador(es) do dano.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO MEIO AMBIENTE

Preliminarmente faz-se necessário descrever o que se entende como dano ao Meio Ambiente. Trata-se de uma construção doutrinária, já que a legislação vigente não o conceitua especificamente. Dano é todo ato que gera lesão a um bem jurídico.

O dano ambiental prescinde que haja lesão a um bem jurídico ambiental, qual seja, ao Meio Ambiente, ecologia, a fauna, flora, aos recursos hídricos, minerais, etc.

Ocorrendo lesão a um bem ambiental, decorrente de uma atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, haverá o dever de repará-lo.

Os direitos e garantias ambientais são considerados difusos ou transindividuais, pois protegem relações jurídicas que ultrapassam a esfera do indivíduo e atingem um número indeterminável de seres humanos. Este entendimento está previsto no art. 225 da Constituição Federal/1988.

Quanto a forma de responsabilização do agente quando ocorre um dano ambiental, pela importância dos bens jurídicos tutelados em matéria de direito ambiental, atribui-se a

responsabilidade civil objetiva, não sendo necessário comprovar em juízo dolo ou culpa do agente para fins de responsabilização.

No Brasil, antes mesmo do advento da Constituição Federal, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída na Lei Federal n. 6.938/81 já previa a responsabilidade civil objetiva do agente causador do dano ambiental, em seu art. 14, §1º, in verbis:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao Meio Ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao Meio Ambiente (BRASIL, 1981).

A Constituição Federal, através do art. 225 § 3º não estabeleceu qualquer critério ou requisito para a configuração da responsabilidade (tal como, a comprovação da existência de culpa ou dolo do agente causador do dano ambiental), motivo pelo qual se adota, nestes casos, a teoria da responsabilidade civil objetiva.

De forma específica, a Lei Federal n. 7.347/85, classifica como Ação Civil Pública a medida judicial cabível para apurar responsabilidade de ato que gere dano ao Meio Ambiente, sem prejuízo do ajuizamento de eventual Ação Popular (de forma individual, por parte da coletividade).

A doutrina faz uma diferenciação quanto as formas de responsabilização do agente causador do dano. Cabe, quando observado um dano ao Meio Ambiente, a responsabilização do agente nos âmbitos penal, civil e administrativo, nos termos previstos pela Constituição Federal.

A responsabilidade administrativa decorre da não observância de normas de caráter administrativo, e sujeita o infrator a penalidades de natureza administrativa, quais sejam, aplicação de multa, advertência, interdição temporária das atividades, suspensão de benefícios, entre outras.

Para a aplicação de sanções administrativas é imprescindível a instauração de um processo administrativo punitivo, onde deverão ser observadas todas as garantias processuais constitucionalmente previstas (contraditório, ampla defesa, publicidade, devido processo legal).

O sistema jurídico pátrio de responsabilidade civil impõe ao infrator o dever de reparar o dano causado e restituir os prejuízos causados pela conduta lesiva ao Meio Ambiente, seja por expressa determinação de lei (responsabilidade legal) ou do contrato (responsabilidade contratual).

Conforme preleciona Barreto (2014), o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, a responsabilidade civil pela reparação do dano ambiental é pautada na Teoria do Risco Integral, que não admite excludentes de responsabilidade...em relação aos danos ambientais, a denominada teoria do risco integral, dá ênfase ao caráter objetivo da responsabilidade, sendo, portanto, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para fins de responsabilização, o acontecimento de um evento danoso ao homem e ao Meio Ambiente, oriundos de uma ação ou omissão do agente .

O escopo principal do presente artigo é tratar da responsabilidade criminal da pessoa jurídica infratora por danos ambientais, temática que se passa a detalhar no próximo tópico.

4. NOTÍCIAS DO DIREITO ESTRANGEIRO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA, POR DANO AO MEIO AMBIENTE

O instituto da Responsabilidade Criminal por Danos Ambientais também é aplicado e previsto em diversos países estrangeiros, dentre os quais podemos citar os Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e França.

Ensinam Correio e Rezende (2015) que o dano ambiental e suas consequências possuem destaque especial nas discussões jurídicas. O Meio Ambiente recebeu proteção internacional através de tratados e documentos nas Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, tais como: a Declaração de Estocolmo, a Agenda 21, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas.

Nos Estados Unidos a responsabilidade criminal por prática de crimes contra o Meio Ambiente é aplicada de uma forma mais ampla, abrangendo até mesmo os sindicatos. Entretanto, alguns Estados Membros rejeitam a orientação dominante.

Quanto à forma de responsabilização por Danos ao Meio Ambiente nos Estados Unidos esclarecem Auslander – et al (2020, s/p.):

There is no US generalized regime for environmental damages. Statutes, regulations and common law can impose various types of liability, including administrative, civil and criminal. Courts in turn establish precedent for liability in cases arising under various environmental laws. Alleged violators may face government administrative actions, civil suits or citizen suits. Only the government can prosecute criminal liability in court. The government generally follows proportional enforcement. Minor offences may trigger administrative or civil sanctions; more serious and intentional violations trigger more severe sanctions or even criminal charges. The government's burden of proof is highest in criminal cases.

Conforme leciona Marques (2017, p. 140), o direito americano admite que: “as infrações culposas sejam imputadas às empresas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso”. No que se refere à responsabilização individual de diretores e funcionários das empresas, esclarecem Auslander – et al (2020, s/p.) que:

Can directors and officers be held personally liable for company environmental offences? [...] Generally not for routine environmental violations. However, some federal environmental statutes, including the Clean Air Act, specifically state that an ‘operator’ or ‘responsible corporate officer’ can include any person who is senior management personnel or a corporate officer.

Na Inglaterra, inicialmente, não era possível aplicar o instituto, por influência da Teoria da Ficção. Com o passar do tempo, em razão do elevado número de delitos cometidos pelas pessoas jurídicas passou-se a aplicar sanções penais nos crimes e infrações omissivas. Posteriormente, se ampliou a previsão legal para os crimes comissivos. Detalha Trevelyan (2020) que as regras atuais de prevenção e reparação de danos causados ao Meio Ambiente na Inglaterra foram criadas em 2009 e posteriormente alteradas em 2015, e visam remediar danos causados nas terras, águas e biodiversidade na Inglaterra e nos País de Gales.

The Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations 2009 – as amended by the Environmental Damage (Prevention and Remediation) (England) Regulations 2015 (the regulations) – implement the provisions of the Environmental Liability Directive. The aim of the regulations is to prevent and remedy damage to land, water and biodiversity in England and Wales. They reinforce the ‘polluter pays’ principle by making businesses financially liable for threats of damage or actual damage caused. (TREVELYAN, 2020, s/p.)

Este sistema de proteção do Meio Ambiente Inglês se relaciona à manutenção de espécies protegidas, habitats naturais, locais ou zonas de interesse científico, água, subsolo, e a superfície (terra).

No que se refere à responsabilização de funcionários e sócios, esclarece Trevelvan (2020, s/p.):

The regulations generally only apply to damage caused by ‘operators of economic activities’. There is liability without the need to show fault for activities. [...] These include activities requiring: Environmental Permits (EP); discharges to water; groundwater discharges; water abstraction or impoundment; the use of pesticides, biocides or dangerous substances; the use and release of genetically modified organisms; the transportation of dangerous goods. Any business or individual can be liable for damage caused by the regulations if their actions significantly adversely affect a protected species or a SSSI and they either meant to cause the damage or were deemed to be ‘negligent’.

O direito Alemão admite a possibilidade de se atribuir responsabilidade criminal aos entes coletivos, através do direito penal administrativo ou por contravenção à ordem, cuja consequência é a aplicação de uma pena administrativa.

De acordo com Correio e Rezende (2015) a Alemanha é um país conhecido internacionalmente por sua preocupação ambiental, sendo pioneira na adoção políticas sustentáveis. Naquele país, a responsabilidade por danos ambientais está prevista na Lei de Recursos Hídricos, Lei da Engenharia Genética, Lei da Energia Atômica, dentre outras. As duas principais normas acerca do tema são o Código Civil Alemão e a Lei de Responsabilidade Civil Ambiental.

Segundo os autores acima, com a evolução das discussões acerca do Meio Ambiente, em 1990, a Alemanha promulgou a Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental, que, trouxe a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco criado, para os danos ambientais.

Detalham Correio e Rezende (2015) que em 2007, visando ampliar a proteção ao Meio Ambiente, o Parlamento Alemão aprovou a Lei de Desastre Ambiental. A partir desta legislação, aplica-se a responsabilidade objetiva para os danos ambientais causados por certas profissões ou atividades (listadas em lei).

Porém, nos danos causados às espécies ou habitats naturais, se o causador do dano agiu com culpa ou negligência será responsabilizado o agente através da teoria da responsabilidade subjetiva.

No que se refere à Itália, por expressa previsão constitucional a responsabilidade criminal é individual, razão pela qual rejeita-se o entendimento de tal responsabilização penal à pessoa jurídica. Apesar deste fato, esta é considerada devedora solidária, caso o empregado ou pessoa civil penalizada pelo crime ambiental seja insolvente.

A França, a partir da reforma do Código Penal de 1994, expressamente prevê a responsabilização da pessoa jurídica por crimes, sendo a única exceção as coletividades públicas ou agrupamentos de coletividades públicas.

De acordo com Ribeiro e Paulon (2013) a responsabilidade penal da pessoa jurídica na França foi prevista no Código Penal, através do art. 121-2 e, este somente excluiu o alcance da responsabilidade no que se refere a infrações cometidas por coletividades territoriais (comunas, departamentos e regiões), quando estiverem no exercício de funções próprias do Estado.

Nesta linha de raciocínio, todas as demais pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas, no âmbito penal, por crimes praticados ao Meio Ambiente, o que inclui sindicatos, associações, sociedades civis e comerciais, agrupamentos de interesse econômico, fundações clássicas e de empresas. (RIBEIRO E PAULON, 2013)

No próximo tópico será detalhada a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

5. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PÁTRIO

Uma vez demonstrado o que se considera Dano Ambiental, bem como, indicado quais são as medidas judiciais cabíveis para apurar a responsabilidade por ato lesivo ao Meio Ambiente, passar-se a destacar a competência para o julgamento criminal de tais demandas.

Em se tratando de crime ambiental, por expressa determinação legal (art. 26 da Lei n. 9.605/98) a ação penal possui natureza pública e incondicionada, cabendo ao Ministério Público a fiscalização e defesa de tais direitos indisponíveis, difusos e transindividuais (art. 129, incisos I e III da CRFB/88).

Via de regra, a competência para julgamento das demandas envolvendo danos ambientais será a Justiça Estadual. Tal regra de competência é relativa, pois, desloca-se a competência do julgamento para a Justiça Federal, se o delito for consumado contra bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas (art. 109, IV da CRFB/88).

A Justiça Federal será igualmente competente para julgar crimes ambientais previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, quando, iniciada a execução no Brasil, o resultado tenha ou devesse ocorrer fora do país, assim como, reciprocamente (art. 109, V da CF/88). Eventuais delitos que venham a gerar danos ao Meio Ambiente, cometidos dentro de navios ou aeronaves também serão analisados pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, IX da CRFB/88.

Em se tratando de dano ambiental, o foro competente para o ajuizamento da ação civil pública é o local onde ocorrer o dano / fato. Tal regra está prevista no art. 2º da Lei 7.347/85 c/c art. 53, IV, “a” do CPC. No que se refere à Ação Penal a competência é determinada pelo lugar em que se consumar a infração (art. 70 do Código de Processo Penal).

O presente artigo trata da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, razão pela qual se faz necessário delimitar o conceito de tal terminologia. Conforme ensina Acetti Junior (2017, p. 16):

pode-se definir Pessoa Jurídica como sendo uma entidade com existência real, distinta dos indivíduos que a compõe, formalmente estabelecida para realizar objetos lícitos, dotada pelo ordenamento jurídico de personalidade e capacidade jurídicas próprias, tornando-se sujeitos de direitos e obrigações.

As pessoas jurídicas podem ser classificadas como: de direito privado (sociedades, associações e fundações privadas); de direito público interno (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) ou de direito público externo (organizações internacionais, como, por exemplo a ONU – Organização das Nações Unidas e o FMI – Fundo Monetário Internacional)

A Constituição Federal/1988, dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica em seus artigos 173 § 5º e art. 225 § 3º.

Entretanto, a mera leitura dos referidos dispositivos legais vem causando controvérsias na doutrina e jurisprudência. Parte da doutrina (minoritária) entende que a sociedade empresarial não pode delinquir e, por via de consequência afirma-se que não pode ser aplicada responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Conforme preleciona Prado, citado por Acetti Junior (2007, p. 18):

...o §3º do artigo 225 referiu-se, claramente, a conduta/atividade e, em seguida, a pessoas físicas ou jurídicas. Desse modo, assevera que o próprio legislador constituinte procurou fazer a devida distinção, por meio da significativa correlação mencionada.

No mesmo sentido, os professores Reale Jr. e Coelho apud Acetti Junior (2007, p. 19) entendem que a Constituição Federal não atribuiu responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. Sob este ponto de vista, o texto constitucional deve ser interpretado no sentido de que as pessoas físicas ou jurídicas se sujeitam respectivamente a sanções penais e administrativas.

Esta corrente do direito se baseia na Teoria da Ficção. Conforme ensinamento de Marques (2017, p. 130):

A teoria da Ficção nega a existência real da pessoa jurídica, atribuindo-lhe a qualidade de ente fictício, irreal ou abstrato, criado pelo Direito. Parte da premissa de que somente o homem é capaz de ser sujeito de direitos, e considera a pessoa jurídica uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais.

Segundo aquele autor, a aplicação da Teoria da Ficção no campo do direito penal leva à ausência de responsabilidade penal, pois, somente o homem poderia ser capaz de praticar a conduta de forma livre e consciente.

Em contrapartida, a parte majoritária da doutrina entende que a Constituição Federal trouxe expressamente em seu texto a responsabilidade penal dos entes coletivos, face a condutas antijurídicas causadas ao Meio Ambiente.

Através da Teoria da Realidade, adotou-se o posicionamento de que a pessoa jurídica é dotada de personalidade, capacidade, vontade própria e existência independente, e, como sujeito de direitos e deveres poderia praticar ilícitos penais.

O Superior Tribunal de Justiça corroborou com a tese de que é possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica, quando do julgamento do AgREsp n. 1.601.921/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 16/09/2016 (decisão detalhada no próximo tópico).

Nos termos do art. 3º da Lei 9.605/98, as empresas podem ser responsabilizadas: “...nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (BRASIL, 1998).

Nesta linha de raciocínio, seria necessário, para aplicar a responsabilidade criminal a prática de uma infração penal, delito ou contravenção, cometida por decisão de um

representante legal (diretor) ou órgão colegiado da pessoa jurídica, e que tal ato fosse praticado em benefício ou proveito da entidade.

Caso algum funcionário atue em proveito próprio haverá a responsabilidade criminal individual, nos termos do parágrafo único do art. 3 da Lei 9.605/1998. Visando individualizar a conduta e culpabilidade de cada agente, faz-se necessário apurar qual era o seu real intuito no que se refere a prática do dano ao Meio Ambiente, questionando se o mesmo tinha ciência da ilicitude, bem como perquirindo qual seria o proveito alcançado pela prática de tal ato.

Neste sentido verifica-se ser possível a desconsideração da personalidade jurídica, instituto previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, através da instauração de procedimento próprio, respeitando-se o devido processo legal, a ampla defesa e o princípio do contraditório.

No caso da apuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica tal ato se perfaz pelo interrogatório dos funcionários da empresa; de seus diretores; sócios-administrativos e do órgão colegiado responsável pela tomada/aprovação de decisões.

A prova testemunhal, da mesma forma, pode ser produzida pelo depoimento dos Policiais Militares Ambientais; membros dos órgãos ambientais de controle (IBAMA, ICMBio) e testemunhas em geral da infração legal.

No que se refere ao procedimento criminal, passa-se á análise da ementa do julgamento do AgREsp n. 1.601.921/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 16/09/2016, notadamente quanto aos seus aspectos processuais penais.

6. JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.601.921/SC (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça deparou-se com tal tema em 2016, quando do julgamento de Agravo em Recurso Especial n. 1.601.921/SC, que tratou do tema da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, sendo naquela oportunidade decididas diversas questões e adotados posicionamentos jurídicos práticos de aplicação das penalidades pela prática de crime ambiental.

Reconheceu-se, por exemplo, que se configura erro de proibição quando o agente não possui consciência acerca da ilicitude do fato, e, pelas circunstâncias, não era possível atingir o

discernimento e ciência da conduta criminosa. O afastamento da culpabilidade do agente foi determinado, com base na sua idade sua avançada, baixa escolaridade, e por ter sido contratado tão somente para efetuar a limpeza de uma propriedade.

A prova pericial pode ser dispensada, e sua falta não impede o reconhecimento da prática da infração penal, quando por outros meios se puder comprovar a culpabilidade do agente.

No julgamento foi decidido pelo STJ que a materialidade do crime pode ser comprovada por Auto de Infração Ambiental confeccionado pelos Policiais Militares, pela notícia de prática de crime ambiental, por Auto de Constatação, Termo de Embargo, levantamento fotográfico e pela prova testemunhal.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica decorre da conduta delituosa de seu representante legal ou contratual, considerando-se doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Outro ponto relevante foi a decisão de não ocorrer “bis in idem” ou duplo apenamento, por ter sido ajuizada ação penal contra o diretor da empresa e a pessoa jurídica de forma concomitante, pois, se tratam de figuras distintas e sujeitas às sanções penais individualmente.

No julgamento em questão houve a condenação do diretor, na qualidade de sócio-administrador da pessoa jurídica, que concorreu para a realização do crime ordenando a limpeza do terreno e mais, sabendo da prática da conduta típica pelo seu preposto, deixou de agir quando podia e devia para evitá-la, restando assim suficientemente demonstrado de que forma teria ele concorrido para a conduta ilícita.

Conforme o entendimento da Corte (STJ, 2008), adotado no HC 92.822/SP, deve ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez.

A obrigação de conservação do Meio Ambiente é transferida do alienante/arrendante ao adquirente/arrendatário do imóvel, independentemente de este último ter responsabilidade pelo dano ambiental inicial.

Este entendimento está em perfeita harmonia com a tutela constitucional do Meio Ambiente (artigo 225 da Carta Magna), que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (STJ, 2018).

7. PENALIDADES APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Atento à importância da manutenção do Meio Ambiente, o legislador criou a Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente (classificado como bem de uso comum do povo e considerado constitucionalmente como um direito fundamental).

Cabe destacar que as penalidades que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas têm um panorama diferenciado das pessoas físicas. São cabíveis a aplicação de multa, penas restritivas de direitos, prestação de serviço à comunidade e extinção da empresa / liquidação forçada (após o trânsito em julgado). Descabe por razões lógicas a aplicação de pena privativa de liberdade com relação às pessoas jurídicas.

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica também pode ser utilizado, de forma que seja individualizada a responsabilidade criminal dos diretores, empregados, agentes do conselho de administração e demais cargos de gerência (com poder decisório da pessoa jurídica), cuja responsabilidade criminal é distinta.

A aplicação da penalidade de multa está prevista no art. 21, I da Lei 9.605/98, e os critérios para fixação do valor estão regulamentados no Código Penal (art.32, III c/c artigos 49 e 50). Esta penalidade está vinculada diretamente à situação econômico/financeira do infrator.

O juiz, ao aplicar eventual multa deve, primeiramente, fixar a quantidade de dias-multa, dentro do limite estabelecido em lei. Neste momento, o magistrado analisará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do acusado, os motivos, circunstâncias e consequências do delito.

Posteriormente deve o julgador fixar o valor de cada dia-multa, quando valorará as condições econômico-financeiras do sentenciado, nos termos do art. 60 do Código Penal, evitando a aplicação de penas exorbitantes (para os mais pobres) ou irrisórias (para os ricos).

Em situações excepcionais, caso o julgador aplique o valor do dia-multa ao máximo e, mesmo assim, em virtude da abastada situação financeira do sentenciado a multa não for suficiente para puni-lo adequadamente, poderá elevá-lo ao triplo (art. 60, §1 do Código Penal), adequando a multa ao binômio (fato x situação econômica do agente).

Uma vez detalhada a base legal e os critérios de fixação da pena de multa, passa-se a descrever a modalidade de pena restritiva de direitos, legalmente prevista no art. 21, II c/c 22 da Lei n. 9.605/98.

De forma complementar, a suspensão parcial ou total de atividades poderá aplicada pelo julgador quando as empresas não estiverem obedecendo as disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do Meio Ambiente.

Vale destacar ainda que, para que haja a responsabilidade penal da pessoa jurídica é necessário que a infração penal seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado. Da mesma forma, a infração deve ser cometida no interesse ou benefício da entidade.

Na dosimetria das penas, o julgador deve levar em consideração a gravidade do fato (suas consequências para a saúde pública e o Meio Ambiente); os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação ambiental; a situação econômica do infrator (quando aplicar pena de multa).

Cabe ressaltar ainda que a proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos, nos termos do art. 22 § 3º da Lei 9.605/98. A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

Faz-se importante destacar que a extinção coercitiva das atividades da Pessoa Jurídica não extingue a punibilidade pela prática dos crimes ambientais. Outro entendimento permitiria que as empresas se escusassem do cumprimento das penas alegando a sua mera extinção. Entretanto, a aplicação das demais penas suspende a possibilidade de extinção da Pessoa Jurídica.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foram abordados aspectos práticos e teóricos acerca do instituto da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica com relação aos crimes ambientais. Discorreu-se sobre as temáticas surgidas no direito pátrio, após o advento da Constituição Federal de 1988.

Foram detalhadas ainda as questões controvertidas sobre o instituto, com base no que há de mais recente na doutrina.

De início formam descritos os princípios de direito ambiental relacionados ao tema proposto, com ênfase na proteção do Meio Ambiente, na manutenção de um Meio Ambiente saudável e na responsabilização do agente causador do dano, conceituado pela doutrina como poluidor-pagador.

As notícias de direito estrangeiro e a doutrina internacional estudada demonstram que, a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas, quando diante de um crime ambiental é uma tendência mundial, havendo previsão expressa de tal responsabilização em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Os institutos tratados neste artigo são relacionados a manutenção da vida em nosso planeta, haja vista que, a existência de um Meio Ambiente saudável é uma condição para a continuidade da sobrevivência de toda a nossa sociedade.

Entende-se que a modificação legislativa promovida pela Constituição Federal de 1988 trouxe uma necessária evolução para viabilizar a responsabilização de pessoas jurídicas e seus dirigentes, quando ocorre um dano ao meio ambiente. De igual sorte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corroborou este posicionamento do legislador constituinte.

A legislação de direito ambiental impõe, aos representantes legais de pessoas jurídicas o dever de evitar que ocorra um dano ao Meio Ambiente, em virtude da atividade empresarial. O direito penal, em contrapartida, se preocupa com a tutela de condutas que possam causar perigo real para a humanidade, promovendo o interesse público.

O dano ambiental e suas consequências ocupam lugar de destaque nas discussões jurídicas. Em diversos países do mundo é possível perceber a intenção e preocupação das nações com o desenvolvimento sustentável e a preservação do Meio Ambiente.

Deve o legislador buscar aprimorar a legislação específica de atribuição de responsabilidade penal quando constatada a prática de um crime ambiental, através de um sistema jurídico de apuração célere e efetiva da autoria da conduta delituosa, possibilitando além do ressarcimento do dano a recomposição total do sistema ambiental.

REFERÊNCIAS:

ACETTI JUNIOR, Luiz Carlos; VASCONCELOS, Eliane Cristine Avilla; CATANHO, Guilherme. Crimes Ambientais – a responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Imperium Editora, 2007.

AUSLANDER, James M. – et al. Environmental liability in USA. Documento Eletrônico. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dc8c9201-b89e-4c55-abff-ed59090517f>>. Acesso em: 27/04/2020.

BARRETO, Caroline Menezes. O STJ e a teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 de dez. 2014. [Documento Eletrônico]. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42592/o-stj-e-a-teoria-do-risco-integral-na-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental>>. Acesso em 27/04/2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Cálculo da pena de multa de acordo com a reforma de 1984. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/cezar-bitencourt-calculo-pena-multa-segundo-reforma-penal>>. Acesso em 27/04/2020.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limite da discricionariedade administrativa, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BRASIL, Código de Processo Civil/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 27/04/2020.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27/04/2020.

_____, Lei Federal n. 6.938/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Consulta em 27/04/2020.

_____, Lei Federal n. 7.347/1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17347orig.htm>. Consulta em 27/04/2020.

_____, Lei Federal n. 9.605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 27/04/2020.

_____, Lei Federal n. 12.651/2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 27/04/2020.

BRASIL, Rebeca Ferreira. Direito ambiental: dos princípios à sua aplicabilidade. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1701/Direito-Ambiental-Dos-principios-a-sua-aplicabilidade>>. Acesso em: 27/04/2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Breve estudo crítico – penal. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5459>. Acesso em 27/04/2020.

CORREIO, Daniela Oliveira Gonçalves; REZENDE, Élcio Nacur. Responsabilidade Ambiental na Alemanha: um estudo comparativo com o direito brasileiro. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/304557057_Responsabilidade_civil_ambiental>

_na_Alemanha_um_estudo_comparativo_com_o_Direito_brasileiro>. Acesso em: 27/04/2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14ª ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a lei de crimes ambientais, em uma análise com o direito comparado. Revista Veredas do Direito, p.125-145, dez. 2004.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; PAULON, Luiz Otávio Braga. Direito penal francês: uma abordagem descritiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica para fins de tutela do Meio Ambiente e de bens jurídicos difusos. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3641/2273>>. Acesso em: 27/04/2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, Rômulo. Direito Ambiental. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_ambiental_2015-2.pdf>. Acesso em: 27/04/2020.

SILVEIRA, Antônio. Princípios de Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.aultimaarcadenoe.com.br/principios-do-direito/>>. Acesso em: 27/04/2020.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgResp n. 1.601.921/SC, 2016/0138673-0. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 16/09/2016. Disponível em: < Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 16/09/2016>. Acesso em 27/04/2020.

STJ. HC 92.822/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJE 17/06/2008. Disponível em:<[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866675/habeas-corpus-hc-92822-sp-2007 - 0246901-3/inteiro-teor-12766178](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866675/habeas-corpus-hc-92822-sp-2007-0246901-3/inteiro-teor-12766178)>. Acesso em: 27/04/2020.

STJ. Tomo de Jurisprudência. JUL/SET, 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_1_cap ResponsabilidadeCivil.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_1_capResponsabilidadeCivil.pdf)> . Acesso em: 27/04/2020.

JUIZ DAS GARANTIAS: COMPETÊNCIAS E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO NOS PROCESSOS PENAIS ELEITORAIS

JUDGE OF GUARANTEES: POWERS AND THE POSSIBILITY OF ACTION IN ELECTORAL CRIMINAL PROCEEDINGS

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

AIRTON CARVALHO LEÃO

Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e direito processual Civil, pela Universidade da Região da Campanha- URCAMP

Resumo: O presente artigo tem por desiderato tratar acerca do juiz das garantias e sua atuação no âmbito da Justiça Eleitoral. O texto propõe-se a analisar a experiência internacional de implantação do juiz das garantias e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 13.964/2019, cujos dispositivos pertinentes a essa figura processual encontram-se ora suspensos em decorrência de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, a seguir abordando a estrutura e as atribuições da Justiça Eleitoral e as divergências existentes sobre a legitimidade do juiz das garantias nos processos criminais eleitorais. Método de abordagem hipotético-dedutivo, técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Competências. Crimes eleitorais.

Abstract: The purpose of this article is to deal with the judge of guarantees and his presence within the scope of the Electoral Justice. The text proposes to analyze the international experience of implementing the judge of guarantees, its insertion in the Brazilian legal system through Law no. 13,964 / 2019, whose provisions pertinent to this procedural figure are now suspended due to a precautionary measure in direct actions of unconstitutionality, below approaching the structure and attributions of the Electoral Justice and the existing divergences on the legitimacy of the guarantees judge in the electoral criminal proceedings. Hypothetical-deductive approach method, bibliographic research technique.

Keywords: Judge of Guarantee. Assignments. Electoral crimes.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas quatro décadas os países europeus, no que foram seguidos pelas nações latino-americanas, passaram a atualizar suas legislações processuais penais, a elas incluindo a denominada figura do juiz das garantias como forma de alcançar um sistema processual penal democrático e imparcial, com a separação das fases processuais inerentes à criação do juizado de garantias, órgão jurisdicional que substitui o antigo juiz de instrução e possui atuação específica na fase pré-processual, adequando procedimentos inquisitoriais a uma estrutura acusatória.

Volvendo a atenção à realidade brasileira, tem-se que a Lei 13.964/19 promoveu reformas parciais na legislação penal e processual penal, inserindo, dentre outros dispositivos, os artigos 3º-A e seguintes no Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941).

Não obstante tais dispositivos se encontrem, atualmente, com eficácia suspensa em virtude da concessão de medida liminar na Medida Cautelar nas ADI(s) nº 6.298, 6.299 e 6.300, trata-se de decisões provisórias, de modo que a norma poderá ter sua vigência restabelecida nos próximos meses, assim justificando sua análise neste artigo, inclusive porque, independentemente do deslinde das ações diretas de inconstitucionalidade, a novel Lei, de per si, reflete um notável divisor de águas, podendo-se a ela tributar o mérito de trazer ao ordenamento jurídico significativo diferencial no processo penal do país, inclusive abrangendo os processos de natureza criminal que são da competência da Justiça Eleitoral.

A metodologia empregada será a hipotético-dedutiva, tendo como fontes a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

2 O JUIZ DAS GARANTIAS NA EUROPA E NA AMÉRICA DO SUL

Para discorrer acerca do juiz das garantias, indispensável, ainda que de forma sucinta, fazer-se alusão aos precedentes que marcaram paulatinamente a adoção desta figura no processo penal de diferentes países no mundo, a começar pela Europa Ocidental.

Em tal sentido, valendo-nos dos ensinamentos de André Machado Maya (2020, p. 49), tem-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH –, a partir da década de 1980 do século 20, passou compreender que, nos processos de natureza processual penal, a concentração, em um mesmo magistrado, das competências da condução da investigação e de julgamento, poderia ocasionar, em determinados casos, risco à imparcialidade processual, garantia expressamente assegurada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim repercutindo internamente nos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, influenciando-lhes a realizar reformas em suas legislações processuais penais, caso, por exemplo, da Itália e da Espanha.

Por seu turno, os países da América Latina, após suplantarem governos ditatoriais e se redemocratizarem, motivados pela necessária atualização das respectivas legislações internas à Convenção Interamericana de Direitos Humanos firmada em 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), reformaram ou estão em processo de reforma de seu sistema penal (MAYA, 2018, p. 72-73).

Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 127) observa que, em 1988, quando o projeto final do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado no âmbito das XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizada no Rio de Janeiro, a maioria dos países da América Latina adotava um sistema processual penal de características notadamente inquisitivas, com procedimentos escritos e secretos, com a concentração dos poderes de investigação, instrução e julgamento na figura de um mesmo juiz, com compressão dos direitos de defesa e com a articulação do sistema probatório em torno da confissão, com raríssimas exceções, caso do Código da Província de Córdoba, na Argentina, promulgado em 1939, no qual havia um juízo público, oral, contraditório e contínuo.

Neste ponto, destaca-se que uma das experiências consideradas paradigmáticas na adoção do juiz das garantias foi a instituída no Chile.

Neste sentido, Rodrigo Ríos Álvarez (2020) observa que a figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico chileno foi decorrência de uma grande reforma do sistema de procedimento penal, concretizada no ano 2000, quando editado o Código de Processo Penal daquele país, estabelecendo as bases de um processo de viés acusatório e adversarial, de forma a cumprir o Estado do Chile as obrigações que havia assumido em âmbito internacional de respeitar e garantir o devido processo.

Assinala Álvarez (2020) que a reforma sofreu forte resistência por parte do Poder Judiciário, porquanto implicava uma perda substancial de poder, uma vez que, até o ano 2000, as funções de investigação, acusação e julgamento estavam concentradas na figura do Juiz Criminal, fundando-se as críticas sob o argumento de que o Chile não estaria preparado para uma mudança tão radical em seu sistema de Justiça Penal.

A reforma processual criou o Ministério Público, instituição encarregada de exercer as competências investigatória e acusatória, ficando a função de julgar aos juízes com competência penal, rompendo com o antigo modelo, em que todas as funções se concentravam na figura do magistrado.

Do mesmo modo, a par da experiência chilena, podem ser referidas como exemplo de implementação do juiz das garantias a legislação provincial argentina, bem como os casos da Colômbia, Paraguai e, mais recentemente, do Uruguai (MAYA, 2020, p. 87).

Apresentadas essas digressões quanto ao cenário europeu e sul-americano, passa-se, doravante, à situação brasileira.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

De tal forma, ao iniciar-se este item, cabe referir que, no Brasil, conforme pontuam Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Bruno Augusto Vigo Milanez (2020, p. 16), “diferentemente dos demais países da América Latina, ainda não se realizou uma reforma global na legislação processual penal, adotando-se reformas parciais, porém insuficientes, para alterar o sistema ancorado em um Código de Processo Penal de 1941, que teve por modelo o Código italiano de 1930”.

Assim, assinalam os referidos autores, a figura do juiz das garantias surge na experiência legislativa brasileira como obra de uma comissão de juristas criada com a finalidade de elaborar um Anteprojeto de Reforma Global do Código de Processo Penal, o qual, após elaborado, foi protocolado no Senado Federal em 22.4.2009 pelo senador José Sarney, tendo recebido o n. PLS 156/09.

No início do ano de 2019, foi apresentado pelo governo federal o chamado Pacote Anticrime, caracterizado, essencialmente, pelo desiderato de fortalecimento do poder punitivo

do Estado por meio do aumento de penas e da criação de novos tipos penais, bem como por meio da flexibilização de garantias processuais.

Ao longo de sua tramitação na Câmara dos Deputados, todavia, alguns pontos considerados relevantes do Projeto de reforma global do Código de Processo Penal foram incorporados ao Pacote Anticrime, dentre os quais, a implementação do instituto do juiz das garantias.

Destarte, veio a lume a Lei n. 13.964, de 24.12.2019.

O novo Diploma Legal promoveu alterações em leis penais de natureza material e processual, incluindo leis extravagantes, acrescentando, no CPP, seis novos artigos, contados do art. 3º-A ao artigo 3º-F.

No novo artigo 3º-A do CPP, previu-se que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do Ministério Público, enquanto nos artigos 3º-B a 3º-F, houve regulamentação específica quanto a aspectos práticos relacionados à implementação do juiz de garantias, tais como a delimitação das atribuições do magistrado, bem como de regras de competência e impedimento.

Ao juiz das garantias incumbirá atuar na investigação criminal, sendo o responsável pelo controle da legalidade nesta fase processual, assinalando Marcondes Machado (2020) que, para “além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária, o juiz das garantias representa uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso com o sistema democrático, consistindo em uma mudança, que, no entanto, para ser efetiva, demanda uma profunda alteração quanto à cultura jurisdicional”.

Com efeito, tão logo sancionada pelo Presidente da República, a Lei nº 13.964/2019 teve diversos dispositivos questionados por meio de ações declaratórias de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, mormente no que se refere à instituição do Juiz de garantias, nomeadamente a (1) a ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), na qual os autores impugnam os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o artigo 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma; (2) a ADI nº 6.299, ajuizada pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do artigo 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019; (3) e ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional

do Partido Social Liberal (PSL), na qual igualmente se impugnam os artigos 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019 (STF, 2020).

Tendo em vista a propositura das ADI(s) com requerimento de medida cautelar no período de recesso forense, coube ao ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal – STF –, no exercício do plantão judicial, em 15.1.2020, manifestar-se sobre o assunto, oportunidade em que antecipou seu entendimento acerca da constitucionalidade das medidas de implementação do instituto de juiz de garantias, não obstante tenha concedido parcialmente a medida cautelar ao efeito de suspender, pelo prazo de 180 dias, a eficácia dos dispositivos que regulam o instituto, sob o fundamento da exiguidade do prazo para entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que, na conformidade de seu artigo 20, terá *vacatio legis* de 30 dias, sem que tenha sido efetuada qualquer ressalva quanto à eventual prazo diferenciado para implementação, especificamente, do juiz de garantias.

Essa decisão, porém, logo a seguir, foi revogada pelo ministro Luiz Fux que, na condição de vice-presidente do STF e relator das mencionadas ADI(s), assim como da ADI 6.305, pronunciou-se pela inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos que previram a implementação do juiz de garantias. Nesse contexto, entendendo presente o *fumus boni iuris* para conceder as medidas cautelares pleiteadas, suspendeu, em decisão monocrática, a eficácia dos dispositivos questionados até que houvesse deliberação pelo Plenário da Corte Constitucional.

Por evidente, e, todavia, a decisão em questão, dada a sua natureza, possui caráter provisório, não obstante a indeterminação do tempo que persistirá a suspensão, de modo que a análise da matéria deverá ser retomada pela Suprema Corte, inclusive por meio de audiências públicas e com a oitiva de *amici curiae*, quando entidades científicas e institutos de pesquisa poderão prestar esclarecimentos a embasarem o futuro julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, é oportuno registrar que o ministro relator havia convocado, para os dias 16/3/2020 e 30/3/2020, duas audiências públicas, às quais acorreram 79 interessados, para debater o juízo de garantias e institutos correlatos, o acordo de não persecução penal e procedimentos de arquivamento de investigações criminais, contestados no âmbito das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, posto que essas audiências apenas não se realizaram em virtude da necessidade de adoção de medidas preventivas relacionadas à pandemia do coronavírus Covid-19, devendo, assim, ser reagendadas assim que for superado o obstáculo sanitário.

Nesta altura e direcionando o presente artigo a seu enfoque central, incumbe referir às competências do juiz das garantias.

Assim, impende anotar que a Lei nº 13.964/2019, ao acrescentar o artigo 3º-C ao Código de Processo Penal, estabeleceu:

Art. 3º-C A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

Destarte, conforme assinala Aury Lopes Junior (2020, p. 154), as infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes, cuja pena máxima não exceda a 2 anos), submetidas ao juizado especial criminal nos termos da Lei nº 9.099/1995, não serão abarcadas pela competência atribuída ao juiz das garantias, pois tais infrações penais sequer podem ser objeto de inquérito policial, passando somente pela elaboração de um termo circunstanciado, tampouco havendo prisão temporária, preventiva ou mesmo imposição de prisão em flagrante, não se justificando por tais razões a intervenção do juiz das garantias.

De tal modo, destaca André Machado Maya (2020, p. 110) que a Lei nº 13.964/2019 limitou a competência do juiz de garantias sob dois enfoques: de acordo com a fase procedimental e de acordo com a matéria.

No que se refere à fase procedimental, assinala, duas seriam as hipóteses de limitação da competência: (I) a decisão de recebimento da denúncia ou queixa e (II) na forma prevista na Lei nº 12.694/2012 quanto às varas colegiadas de 1ª instância para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas; quanto à delimitação pela matéria, o juiz das garantias, na forma do artigo 3º-C, terá competência para atuar no âmbito da investigação criminal de qualquer tipo de crime, exceto para os processos que disserem respeito aos crimes de menor potencial ofensivo.

Não há outras exceções previstas na lei nº 13.964/19.

Todavia, voltando a atenção à suprarreferida decisão do Min. Dias Toffoli, vislumbra-se a inserção de outras exceções, muito embora não albergadas na Lei.

Assim, em juízo preliminar, o ministro Dias Toffoli, sob o argumento de conferir interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias, entendeu serem inaplicáveis às seguintes hipóteses: (i) processos de competência originária dos tribunais, os quais são

regidos pela Lei nº 8.038/1990; (ii) processos de competência do Tribunal do Júri; (iii) os casos de violência doméstica e familiar; e (iv) processos de competência da Justiça Eleitoral.

Todas essas hipóteses de afastamento da competência do juiz das garantias, por certo, ensejam reflexão e aprofundamento acerca de seu alcance e efetividade.

Neste trabalho, a opção será apreciar a decisão suprarreferida sob o prisma da exclusão do juiz das garantias no âmbito dos processos penais eleitorais, questão pouco abordada, ainda que bastante polêmica, dividindo opiniões doutrinárias, conforme a seguir se colacionará.

Aqui, reproduz-se *ipsis litteris* a manifestação do ministro Toffoli quanto à presença do juiz das garantias nos processos criminais eleitorais:

[...] Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias. Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral. Portanto, a aplicação do juiz das garantias ao Processo Eleitoral é tema que merece maior reflexão e, conforme o caso, regulamentação específica, fator que recomenda, em juízo liminar, a exclusão dos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral do âmbito de incidência do juiz de garantias. (STF. 2020)

De tal modo, passa-se a enfocar, primeiramente, a estrutura e atribuições da Justiça Eleitoral, e, posteriormente, a legitimidade ou não da presença do juiz das garantias na fase pré-processual dos delitos afetos à atuação desta Justiça especializada.

4 PECULIARIDADES DA JUSTIÇA ELEITORAL

Com efeito, a Justiça Eleitoral é ramo do Poder Judiciário que apresenta conformação única e absolutamente distinta de todas as outras Justiças do país, conforme se depreende da análise dos artigos 118 a 121 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 4.737/66, o chamado Código Eleitoral, lei essa que, apesar de editada no âmbito do constitucional revogada, foi recepcionada pela CF/88, ao menos até que seja editada lei complementar definindo a

organização e as competências dos Tribunais e Juízes Eleitorais a que se refere o artigo 121 da Carta Magna (ZÍLIO, 2012, p. 23).

A Justiça Eleitoral, juntamente com a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, igualmente pertencentes ao Poder Judiciário da União, integra o rol das chamadas Justiças Especializadas.

Diferentemente, entretanto, daquelas, a Justiça Eleitoral possui composição *sui generis*, não tendo quadro próprio de magistrados nem de membros do Ministério Público, em nenhuma de suas instâncias, ressalvado seu próprio quadro de servidores.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 118, incisos I a IV, serem órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral (TSE); os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs); os Juízes Eleitorais; e as Juntas Eleitorais.

Neste sentido, na conformidade dos artigos 119 e 120 da Carta Magna, o TSE será composto de, no mínimo, 7 ministros, três oriundos do STF, dois oriundos do STJ e dois oriundos da classe dos advogados, à medida que os Tribunais Regionais Eleitorais – TRE – compor-se-ão por 7 juízes, dois desembargadores do TJ e dois juízes de direito, um desembargador do TRF, ou juiz federal, e dois advogados.

Por sua vez, de acordo com o artigo 32 do Código Eleitoral, os Juízes Eleitorais são Juízes de Direito estaduais em efetivo exercício, oriundos, portanto, da Justiça Estadual, a fim de exercerem, por delegação, a função eleitoral, para tanto sendo designados pelo TRE para atuarem nas Zonas Eleitorais, cabendo a esses magistrados, conforme o artigo 35, II, do Código Eleitoral, processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais.

Cada Juiz Eleitoral tem jurisdição em uma determinada zona eleitoral, que, em regra, corresponde a uma comarca, observada a autonomia de cada um dos órgãos do Poder Judiciário (Justiça Comum e Justiça Eleitoral), distinguindo-se a zona eleitoral e circunscrição eleitoral, por ser aquela a delimitação do exercício da jurisdição, ou seja, a divisão territorial da Justiça Eleitoral; esta corresponde ao âmbito de abrangência territorial em que é realizada a eleição (ZÍLIO, 2012, p. 34).

O Rio Grande do Sul, conforme ressaltado no site do Tribunal Regional Eleitoral, conta com 165 zonas Eleitorais, sendo dez delas localizadas em Porto Alegre, havendo Municípios com maior número de eleitores, que possuem mais de uma Zona Eleitoral, caso, por exemplo, de Caxias do Sul, Pelotas, Canoas, Santa Maria, entre outros (TRE-RS, 2020).

No que diz respeito aos delitos eleitorais, o Código Eleitoral estatui, em seu artigo 287, aplicarem-se aos fatos por ele incriminados as disposições da Parte Geral do Código Penal, prevendo, a seguir, entre seus artigos 289 e 354, diferentes crimes em espécie, dentre os quais, compra de votos, boca de urna, transporte de eleitores, fraudes variadas (até na inscrição dos eleitores), crimes contra a honra e crimes contra a fé pública, sem prejuízo de outras condutas penais previstas em leis extravagantes, tais como a Lei nº 6.091/1974 (Transporte de Eleitores), a Lei nº 6.996/1982 (Processamento Eletrônico de Dados nos Serviços Eleitorais), a Lei nº 7.021/1982 (Escrutínio), a Lei Complementar nº 64/1990 (Inelegibilidades) e a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições).

Nesta senda, assinala José Jairo Gomes (2018, p. 7-8) que, na legislação penal eleitoral, os tipos penais sujeitam os infratores às penas de detenção ou de reclusão – de forma isolada, alternada ou cumulada com penal de multa –, asseverando o referido autor (2018, p. 31-32), que, da a análise das penas fixadas aos crimes eleitorais, pode-se concluir que um grande número deles se enquadra na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, consoante o artigo 61 da Lei nº 9.099/1995, ou seja, com possibilidade de concessão dos benefícios da transação e conciliação criminais, bem como da suspensão condicional do processo, não sendo óbice à adoção de tais medidas despenalizadoras o fato de inexisterem juizados especiais na estrutura da Justiça eleitoral.

Com efeito, muitos dos delitos eleitorais são passíveis de penas não superiores a dois anos, com isso se enquadrando na condição de crimes de menor potencial ofensivo, o que os deixaria fora do plexo atuacional do juiz das garantias, não obstante se verificar, nos últimos anos o surgimento de novos tipos penais eleitorais contendo previsão de penas mais gravosas, v.g., a apropriação indébita eleitoral e a denúncia caluniosa eleitoral insertas, respectivamente, em 2017 e 2019, no Código Eleitoral, artigos 354-A e 326-A.

Ademais, ressalta-se que o papel da Justiça Eleitoral em matéria penal foi reforçado pelo STF no Inquérito 4435, tendo aquela Corte reconhecido a vigência e aplicabilidade do artigo 35 do Código Eleitoral, que fixa a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos com crimes eleitorais, assim como na Questão de Ordem na Ação Penal 937, considerando que o novo entendimento adotado pela Corte Constitucional quanto à redução do espectro de abrangência da regra de competência por prerrogativa de função contribuiu, no plano prático, para que diversos expedientes que, até então, tramitavam, de forma originária, perante Tribunais, tivessem sua competência declinada para juízos eleitorais de 1ª instância.

Quanto às questões processuais propriamente ditas, sua regência é encontrada nos artigos 355 a 364 do Código Eleitoral, aplicando-se subsidiária e supletivamente o disposto no Código de Processo Penal, observado, ainda, o poder normativo conferido ao TSE para expedir as instruções que julgar convenientes à execução do processo penal eleitoral.

O Código Eleitoral não regulamenta o inquérito policial eleitoral. Assim, valerão, no que for cabível, as regras do Código de Processo Penal, notadamente as constantes de seus artigos 4º a 23 (GOMES, 2018, p. 310).

De tal modo, se o investigado estiver preso cautelarmente, a autoridade policial deverá concluir o inquérito em dez dias, contados do dia em que se efetuar a prisão e, se o investigado estiver solto, o prazo para conclusão será de trinta dias, podendo, porém, ser prorrogado caso seja necessário realizarem-se outras diligências., na conformidade do art. 10 do CPP.

Excetuando-se algumas disposições quanto a garantias eleitorais (Código Eleitoral, artigo 236), a legislação eleitoral não traz disciplina específica acerca de medidas cautelares no âmbito processual penal, nada prevendo sobre tais medidas, sejam elas de caráter pessoal (constitutivas da liberdade individual de ir e vir), sejam de natureza patrimonial ou real, sejam, ainda, de natureza probatória, incidindo, então, nesta seara, as regras da legislação processual comum, isto é, o CPP e demais leis pertinentes (GOMES, 2018, p. 318).

Por sua vez, na conformidade da Resolução TSE n. 23.396/2013, a ação penal eleitoral observará as disposições do Código de Processo Penal, obrigatoriamente seus arts. 395, 396, 396-A, 397 e 400.

Já quanto à denúncia, consoante leciona José Jairo Gomes (2018, p. 328-329), o artigo 357, caput, do CE, fixa o lapso de dez dias para sua apresentação pelo órgão do MP Eleitoral, mas não é esclarecido pelo dispositivo se esse prazo é para a hipótese de o investigado encontrar-se solto ou preso cautelarmente, entendendo mencionado doutrinador que, pelo fato de o artigo 46 do CPP determinar que a denúncia deve ser oferecida em cinco dias se o investigado estiver preso, esse mesmo lapso de cinco dias deve ser observado na seara eleitoral. Logo, depreende-se que a denúncia por crime eleitoral será oferecida em cinco ou dez dias conforme o investigado esteja preso ou solto respectivamente.

Enfim, tecidas as presentes considerações acerca da composição e das atribuições da Justiça Eleitoral, cenário por onde transitará o juiz das garantias, mormente no que diz respeito à prestação jurisdicional na fase investigatória, passa-se, a seguir, a analisar a necessidade e legitimidade para aplicação do aludido instituto no processo penal eleitoral.

5 NECESSIDADE E LEGITIMIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NOS PROCESSOS CRIMINAIS ELEITORAIS

Tal qual supra anotado, na decisão proferida pelo ministro Dias Toffoli na Medida Cautelar nas ADI 6.298, 6.299 e 6.300, não haveria possibilidade de atuação do juiz das garantias nos processos de competência da justiça eleitoral.

Esse entendimento suscitou polêmicas na doutrina, dividindo opiniões entre partidários e adversários da possibilidade de atuação do juiz das garantias nos processos criminais eleitorais, consoante ilustrativamente, passa-se a colacionar.

Vladimir Passos de Freitas (2019, *on line*), ainda que favorável ao juiz das garantias, visualiza, de um modo geral, dificuldades operacionais para implementação do instituto, quadro de que não se dissocia a Justiça Eleitoral:

[...]

Na Justiça Eleitoral não será diferente. Comarca de 1 juiz obrigará a designação de outro colega para atender os crimes eleitorais. Tudo se repetirá, mas tem mais. Este segundo juiz receberá a gratificação eleitoral pelo exercício da função, ou seja, R\$ 5.390,00 por mês. Fácil é perceber que a União — e não apenas os estados — sofrerá sério impacto financeiro ao pagar para mais centenas de magistrados exercerem tal função.

Na mesma linha, assevera Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2020, *on line*):

[...]

É preciso superar a falsa impressão de que a investigação, processo e julgamento de crimes é de importância secundária para a Justiça Eleitoral. [...]

No ambiente eleitoral, o juízo das garantias vai enfrentar dificuldades específicas. Só podem atuar no processo eleitoral, cível ou criminal, indistintamente, juízes de direito que recebam específica designação pelo Tribunal Regional Eleitoral. São, relativamente, poucos. Num estado como o de São Paulo, no qual há mais de 2 mil juízes de direito, apenas cerca de quatrocentos são eleitorais. Mesmo em cidades nas quais o número de juízes é plural, os designados para a função eleitoral são uma pequena parte, quando não um único, acompanhando o número de zonas eleitorais.

Por sua vez, Aury Lopes Junior (2020, p. 158, 159, 163), em defesa da possibilidade de atuação do juiz das garantias, sustenta,

[...]

O principal argumento dos críticos do juiz das garantias é exatamente esse: inviabilidade de implantação dada a quantidade de comarcas que contam com apenas um juiz. É um argumento pueril, que não se sustenta. Alguns simplesmente ignoram as soluções, que são simples, como apontaremos a continuação. Outros, manipulam o argumento, pois no fundo

querem apenas manter hígida estrutura inquisitória, a aglutinação de poderes e o justicialismo (óbvio que o juiz das garantias é uma tragédia para um juiz justiceiro...).

[...]

■ Existem centenas de comarcas com apenas um juiz, mas com comarcas contíguas (às vezes a menos de 100 km) em que existem dois ou mais juizes, que poderiam atuar como juiz das garantias (inclusive online, através de inquérito eletrônico).

■ Em outros casos, existem comarcas contíguas com apenas um juiz, onde também poderia haver uma distribuição cruzada (inclusive com atuação online).

■ Em todos os casos, diante da ampla implementação dos processos e inquéritos eletrônicos, é possível criar centrais de inquéritos em comarcas maiores para atender as comarcas pequenas na mesma região.

■ Enfim, com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o “onde”, mas apenas o “quando”, isto é, estar na mesma temporalidade. Ora sabemos todos desse novo referencial, basta ver que trabalhamos o tempo todo no virtual, com várias pessoas em tempo real e o que menos importa é “onde” se está. Eis um “novo” paradigma que na verdade já integra o nosso cotidiano há décadas. Caberá assim ao Poder Judiciário implementar as diferentes ferramentas disponíveis para efetivar o sistema duplo juiz e o juiz das garantias.

[...]

É verdade que a justiça eleitoral tem uma estrutura peculiar, mas igualmente é verdadeira a constatação de que a demanda criminal eleitoral é mínima, infinitamente menor do que na justiça comum, de modo que seria perfeitamente contornável o argumento. No mais, não se enfrenta o próprio fundamento da existência do juiz das garantias em momento algum na decisão.

[...]

André Machado Maya (2020, p. 117), ao analisar a Lei nº 13.964/2019, e ao discorrer sobre exclusão da competência do juiz das garantias para os feitos penais eleitorais, observa que:

[...]

A estrutura da Justiça Eleitoral é efetivamente ímpar. Isso, no entanto, não é fundamento adequado a afastar a incidência do juiz de garantias. Basta observar que a estrutura do Judiciário no Brasil, de modo geral, também não é suficiente à implementação dessa figura e precisará passar por readequação. Aliás, esse o motivo da ampliação do prazo de *vacatio legis* na Lei 13.964/19, em relação ao juiz de garantias, pelo Ministro Dias Toffoli, e depois da suspensão da vigência dos dispositivos legais, determinada pelo Ministro Luis Fux. De outro lado, na ponderação entre os princípios de imparcialidade e de celeridade e preclusão, não é adequado que aquele ceda de maneira absoluta em relação a estes. A celeridade é fator importante no processo penal, e em especial na Justiça Eleitoral, guardando estreita relação com a noção de eficiência. No entanto, eficiência não possui relação unicamente com o fator tempo, mas também com a garantia do devido processo legal, cláusula na qual se insere a imparcialidade. Não há processo eficiente sem a observância de garantias (FERNANDES, 2008, p. 10). Sendo assim, mais adequado seria a prorrogação do prazo para a implementação do juiz de garantias na Justiça Eleitoral, de modo a viabilizar a adequação estrutural em prol da imparcialidade.

[...]

Nesta altura, poder-se-ia fazer uma distinção. Há as Zonas Eleitorais correspondentes às comarcas de jurisdição plena e há os municípios que comportam mais de uma zona eleitoral.

Nesse contexto, o maior impasse com o qual a Justiça Eleitoral poderia vir a se deparar ao implementar o juiz das garantias poderia ocorrer naquelas Zonas Eleitorais de jurisdição plena, pois, nelas, comumente, o juiz eleitoral é o único juiz da comarca.

Para tais hipóteses, eventual solução poderia advir da designação de juízes das garantias para atender mais de uma zona eleitoral, a serem agrupadas por região geográfica.

Outra alternativa poderia ser levada a efeito por meio da distribuição cruzada de juízes de garantias entre zonas eleitorais contíguas.

Ademais, poder-se-ia buscar a implementação do juiz das garantias com a designação de juízes eleitorais de zonas das capitais e cidades com maior número de eleitores (normalmente abrangidas por mais de uma zona eleitoral), que não tenham, originariamente, competência para o exercício da função, a fim de exercer as atribuições do juízo de garantias nas zonas eleitorais de menor porte, cujo volume processual, em regra, costuma ser menor.

Quanto aos lugares dotados de mais de uma zona eleitoral, a solução de eventuais óbices poderia ser encontrada de forma ainda mais ágil, podendo os Tribunais Eleitorais, por meio de ato administrativo, designar um magistrado para exercer a atividade de juiz de garantias e outro para processar e julgar as ações penais eleitorais.

Ainda, é indispensável registrar que, hodiernamente, o avanço das tecnologias de informação, tal qual sabido, permite o andamento processual sem que seja necessária a presença física das partes, do Ministério Público e dos magistrados.

Desse modo, a atuação do juiz das garantias poderia ser também viabilizada por meio das aludidas ferramentas tecnológicas, possibilitando que um magistrado exercesse as funções pertinentes mesmo se lotado, fisicamente, em circunscrição territorial distante daquela em que se dará a atuação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, o juiz das garantias, a exemplo do que se pode vislumbrar na Europa e em países da América Latina, consiste em um grande avanço rumo a um processo penal imparcial e democrático.

Neste sentido, a Lei nº 13.964/2019, ao introduzir essa figura processual no ordenamento jurídico nacional, trouxe uma das maiores inovações presenciadas em nossa história jurídica das últimas décadas, podendo-se a ela tributar o mérito de aportar ao ordenamento jurídico significativo diferencial no processo penal do país, nisso abrangendo os processos de cunho eleitoral, em seu viés criminal, na fase investigatória, não parecendo, salvo melhor juízo, solução mais adequada suprimir competências do juiz das garantias, por conta de interpretação normativa, ainda que em sede de exame de ADI(s), à revelia do estabelecido pelo legislador, que atribuiu ao juiz das garantias a prerrogativa de funcionar em todas as infrações penais, somente excetuando expressamente aquelas de menor potencial ofensivo.

Enfim, valendo-nos das lições do professor André Machado Maya (2020, p. 118), tem-se que a criação aleatória de exceções ao juiz de garantias dificulta a sua implementação efetiva, resultando em inegável insegurança jurídica, sendo certo que melhor seria, efetivamente, a racionalização dos procedimentos, com a aplicação do juiz de garantias aos casos de primeira instância, nos termos da Lei 13.964/19, conferindo-se o tempo necessário para sua implementação pelo Poder Judiciário.

7 REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos. **Juez de garantía. Experiencia chilena**. Texto apresentado em palestra proferida na aula da disciplina de Direito Fundamental à Segurança e Direito Fundamental de Liberdade, dia 21 de maio de 2020, no Curso de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>constituicao>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br>ccivil_03>decreto-lei>del3689.

BRASIL. **Lei n. 4.737**, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br>ccivil_03>leis.

BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br>ccivil_03>_ato2019-2022>lei>L13964. Acesso em: 14 maio 2020.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; VIGO MILANEZ, Bruno Augusto. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. Disponível em: <http://www.biblioteca.cejamerica.org>. Acesso em: 13 jun. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça**. 2019. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes>. Acesso: 20 maio 2020.

GOMES, José Jairo. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos. **O juiz das garantias na Justiça eleitoral**. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-jan-11/luiz-carlos-goncalves-juiz-garantias. Acesso: 10 maio 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os poderes do juiz penal na América Latina. **Revista Jurídica**, maio 2009. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ_379-Doutrina_Penal. Acesso: 15 jun. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1.232 p.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 23, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.fmp.instructure.com>. Acesso em: 12 maio 2020.

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirante Lo Blanch Brasil, 2020. 148 p.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Juiz das garantias**: a nova gramática da Justiça criminal brasileira. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias>. Acesso em: maio 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **AP 937 QO**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: maio 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe>. Acesso em: 4 de mar. de 2020. Juiz das garantias: ministro Luiz Fux divulga participantes da audiência pública.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.435**. Disponível em: <http://stf.jus.br/redir/paginadorpub/paginador.PDF>. Acesso em: 10 de abril 2020c.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso: 10 de junho de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: www.tre-rs.jus.br/eleitor/cartorios-eleitorais-e-locais-de-votacao. Acesso em: 11 jun. 2020.

ZÍLIO, Rodrigo. **Direito eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. 584 p.

PROGRAMA REDE CATARINA FRENTE AO (DES)CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA TRAZIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA NA REGIÃO NORTE DA ILHA DE SANTA CATARINA

*CATARINA NETWORK PROGRAM IN FRONT OF (DIS)COMPLIANCE WITH THE
EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES BROUGHT BY THE MARIA DA PENHA LAW IN
THE NORTHERN REGION OF SANTA CATARINA ISLAND*

CHRISTIANE HELOISA KALB

Pós-Doutoranda e Doutora em Ciências Humanas, pela UFSC. Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, pela Univille, especialista em direito civil e processo civil, pela ACE, Professora de Direito na Univille.

KARINE AGUIAR FRITZEN

Graduanda em Direito, Faculdade CESUSC. Graduação em Naturologia Aplicada pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008). Estagiária desde 2017 no Ministério Público, Florianópolis.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a eficácia acerca da imposição das Medidas Protetivas de Urgência trazidas pela Lei Maria da Penha na região que compreende o Norte da Ilha de Santa Catarina, na cidade de Florianópolis. Após apresentar as atualizações surgidas a partir de 2017 à lei Maria da Penha, se questiona sobre o número de atos de violência em razão de gênero ter aumentado nos últimos anos ou foram os incentivos por meio de canais de televisão, disque denúncia, consultas a psicólogos ou a qualquer outro meio de comunicação que pôde, de alguma forma, ter

encorajado estas mulheres a denunciarem seus agressores, fazendo com que esse número tenha “aumentado”. A metodologia aplicada foi de revisão bibliográfica e análise de dados estatísticos fornecidos pelo 21º Batalhão da Polícia Militar de Santa Catarina, através do Programa Rede Catarina, que nos disponibilizou o número de casos de violência doméstica e de descumprimento das medidas protetivas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Norte da ilha de Santa Catarina. Violência doméstica.

Abstract: This article aims to analyze the effectiveness of the imposition of the Emergency Protective Measures brought by the Maria da Penha Law in the region that comprises the North of Santa Catarina Island, in the city of Florianópolis. After presenting the updates from 2017 on to the Maria da Penha law, the question arises as to whether the number of acts of gender-based violence has increased in recent years or whether it was the incentives through television channels, dialing charges, consultations with psychologists or to any other means of communication that could, in some way, have encouraged these women to denounce their aggressors, causing this number to “increase”. The methodology applied was a bibliographic review and analysis of statistical data provided by the 21st Battalion of the Military Police of Santa Catarina, through the Rede Catarina Program, which provided us with the number of cases of domestic violence and noncompliance with protective measures.

Keywords: Maria da Penha Law. urgent protective measures. northern Santa Catarina island. domestic violence.

1. INTRODUÇÃO

Nas duas últimas décadas, tem ocorrido um aumento importante dos estudos acerca do tema “violência”, principalmente nos casos contra a mulher (COELHO; DA SILVA; LINDNER, 2014). Neste sentido, a violência de modo geral, é definida como o uso intencional da força ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG et al., 2002).

Uma das formas mais comuns de violência contra as mulheres é a praticada pelo marido ou pelo parceiro íntimo. O fato de as mulheres, em geral, estarem emocionalmente envolvidas com quem as vitimiza e dependerem economicamente deles têm grandes implicações tanto para a dinâmica do abuso, quanto para as abordagens para se lidar com isso. A violência perpetrada por parceiro íntimo ocorre em todos os países, independentemente do grupo social, econômico, religioso ou cultural. E apesar de as mulheres poderem ser violentas em seus relacionamentos com homens e, às vezes, também encontrarmos violência em relacionamentos com parceiros do mesmo sexo, a grande carga da violência de gênero [masculino/feminino] recai sobre as mulheres perante aos homens.

Dessa forma, um questionamento se apresenta no sentido de analisar se o número de atos de violência em razão de gênero aumentou ou foram os incentivos por meio de canais de televisão, disque denúncia, consultas a psicólogos ou a qualquer outro meio de comunicação que pôde, de alguma forma, ter encorajado estas mulheres a denunciarem seus agressores, fazendo com que esse número tenha “aumentado”.

Este presente artigo tem como objetivo, então, expor as definições de violência doméstica e analisar os números levantados pelo 21º Batalhão da Polícia Militar que atua no norte da ilha de Santa Catarina, cidade de Florianópolis, acerca das ocorrências geradas por violência doméstica e o (des)cumprimento de medidas protetivas de urgência.

Para elaboração da pesquisa, foi utilizado o método de revisão bibliográfica, e análise dos dados estatísticos fornecidos pelo 21º Batalhão da Polícia Militar em relação às vítimas de agressão no período de 01 de maio de 2019 a 30 de abril de 2020 (período este que compreendeu

o interstício da pesquisa de conclusão de curso de Direito). No primeiro item foram expostas as questões conceituais sobre violência doméstica e suas modalidades, além da definição e utilidade das medidas protetivas de urgência. Em seguida, foram analisadas suas atualizações, modificações e inovações da Lei Maria da Penha. O terceiro item abarcou além a análise dos dados fornecido pela Polícia que compreende a Região do Norte da Ilha.

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A palavra violência deriva do Latim “*violentia*”, que remete a “vis”, ou seja, força, vigor, emprego de força física ou os recursos do corpo para exercer sua força vital” (ZALUAR, 1999, p. 28). Segundo o autor, essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. É, portanto, a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento que provoca) que vai caracterizar o ato como violento, percepção esta que varia cultural e historicamente.

Em sentido amplo, a violência pode ser considerada como qualquer comportamento ou conjunto de comportamentos que venham a causar dano a outras pessoas, ser vivo ou objeto. É o uso excessivo de força, muito além do necessário. Significa o ato de violentar abusivamente contra o direito natural, exercendo constrangimento sobre determinada pessoa, por obrigá-la a praticar algo contra sua vontade (CLIMENE; BURALLI, 1998).

A violência pode ser considerada como um fenômeno multicausal, além de se apresentar sob várias formas e também ocorrer em distintos espaços sociais ou institucionais.

De acordo com Yves Michaud:

“Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou a várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais” (MICHAUD, 1989, p. 10-11).

A resolução WHA 49.25 da *World Health Assembly*, ocorrida em 1996, declara a violência como um dos principais problemas de saúde pública. Isto posto, solicitou-se então, à Organização Mundial da Saúde (OMS), que desenvolvesse uma tipologia que caracterizasse os

diferentes tipos de violência, bem como os vínculos entre eles. Essa tipologia, longe de ser universalmente aceita, fornece uma estrutura útil para se compreender os complexos padrões de violência que ocorrem no mundo, bem como a violência na vida diária das pessoas, das famílias e das comunidades.

Ao abordar a natureza dos atos violentos, a relevância do meio social e comunitário, a relação entre as pessoas envolvidas e as possíveis motivações existentes, essa tipologia nos aproxima da compreensão deste complexo cenário. No entanto, é importante ter em mente que tanto na pesquisa quanto na prática, nem sempre é fácil identificar as fronteiras entre os diferentes tipos de violência (COELHO; DA SILVA; LINDNER, 2014, p. 32).

À vista disso, a violência é um ato que pode ser expresso sob diversas formas, podendo ser elas, física, moral, psicológica, sexual e patrimonial, bem como, existem vários enfoques sob as quais podem ser definidas. Trata-se de agressão injusta, ou seja, aquela que não é autorizada pelo ordenamento jurídico. É um ato ilícito, doloso ou culposo, que ameaça o direito próprio ou de terceiros, podendo ser atual ou iminente (ROSA FILHO, 2006, p.55).

Foi assim que, na Conferência de Direitos Humanos de Viena em 1993, adotou-se pela primeira vez uma definição oficial das Nações Unidas sobre a violência contra a mulher definida como:

“Todo ato de violência de gênero que resulte em, ou possa resultar em dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico da mulher, incluindo a ameaça de tais atos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública como na vida privada”. (Economic and Social Council, 1992 apud HEISE et al., 1994, [s.p.]).

Ainda sobre a Conferência de Direitos Humanos acontecida naquela cidade, vale destacar que, o tema violência contra a mulher corroborou para que fossem redefinidas as fronteiras entre o espaço público e a esfera privada, para superar a divisão que até então caracterizava as teorias clássicas do direito. A partir desta nova configuração, os abusos que ganharam lugar na esfera privada, portanto, o estupro e a violência doméstica passaram a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana.

A violência contra a mulher não escolhe classe social, raça/etnia, religião, idade ou nível de escolaridade, encontra-se disseminada em praticamente todos os seguimentos significativos da sociedade. A presença evidente e cotidiana de todos os tipos de violência - física, sexual ou psicológica - bem como, o modo e a intensidade de episódios de violência que

emergem de toda parte, abalam a sociedade; ganham vulto, para motivar pesquisas que visam compreender as diferenças entre homens e mulheres.

2.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No Brasil, o termo violência contra a mulher começou a ser usado no final dos anos 70 e difundiu-se rapidamente em função das mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres e impunidade dos agressores, frequentemente os próprios maridos, comumente absolvidos em nome da defesa da honra (GROSSI, 1998).

No início dos anos 80, tais mobilizações se estenderam para a denúncia dos espancamentos e maus tratos conjugais, formas também muito comuns de violência contra a mulher. Com isso o termo passou a ser usado como sinônimo de violência doméstica em função da maior incidência deste tipo de violência surgir no espaço doméstico e/ou familiar (AZEVEDO, 1985).

Sendo assim, a violência doméstica contra a mulher é definida como aquela que ocorre no âmbito doméstico ou em relações familiares ou de afetividade, caracterizando pela discriminação, agressão ou coerção, com o objetivo de levar a submissão ou subjugação do indivíduo pelo simples fato deste ser mulher (BENFICA; VAZ, 2008, p. 201). Portanto, entende-se por violência doméstica, todo tipo de violência praticada entre os membros que habitam um ambiente familiar em comum, podendo acontecer entre pessoas com laços de sangue (como pais e filhos), ou unidas de forma civil (como marido e esposa ou genro e sogra).

Muitas vezes entendido como sinônimo de violência de gênero, a violência contra mulher é definida pela Assembleia Geral das Nações Unidas como todo ato de violência contra a pessoa do sexo feminino, que tenha ou possa ter como resultado um dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, inclusive as ameaças de tais atos, a coação ou a privação da liberdade tanto na vida pública como na privada (COELHO; DA SILVA; LINDNER, 2014, p. 15-16).

Essas formas de agressão são complexas, perversas, não ocorrem isoladas umas das outras e têm graves consequências para a mulher. Qualquer uma delas constitui ato de violação dos direitos humanos e deve ser denunciada às autoridades competentes. Independentemente se

a violência é física, moral, psicológica, patrimonial e/ou sexual; todas, previstas na Lei Maria da Penha (11.343/2006) devem e precisam ser combatidas.

De acordo com estudos de alguns doutrinadores do início dos anos 2000, o espaço doméstico e familiar é, na maioria dos casos (60%), o lugar onde ocorrem as agressões, e o agressor alguém que mantém ou manteve com a vítima uma relação de proximidade e intimidade, entre marido, companheiro e/ou namorado (46% de relações atuais e 23% de relações passadas). A violência física é a mais frequente ou, pelo menos, a mais denunciada (58% no total, sendo 32% com lesão corporal). Já a violência psicológica aparece com 36% e a sexual com 6% entre os B.O.s pesquisados. Os motivos da agressão são os mais variados. Em 69% dos casos resulta de discussões motivadas por ciúme, ameaça de separação, problemas de dinheiro, questões relacionadas aos filhos, etc. Alcoolismo, distúrbio mental e desemprego também aparecem como motivos, mas em menor incidência. O fator realmente preponderante é a relação de poder que o homem tem sobre a mulher e que lhe “dá” o direito de agredi-la por qualquer motivo (ARAUJO, MARTINS; SANTOS, 2004).

3. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

As medidas protetivas de urgência, conforme veremos detalhadamente nos subitens seguintes são mecanismos que protegem a mulher no tocante à violência familiar e doméstica e também, são medidas cautelares que visam coibir o agressor de praticar algum ato contra a vítima. As medidas são destinadas a dar uma maior efetividade à busca pela proteção à mulher, vítima de violência no ambiente familiar, afetivo e doméstico (ROCHA; MESQUITA, 2017).

Cumpre salientar que, conforme o artigo 22 da Lei 11.340/2006 as medidas protetivas de urgência são concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. E poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e também, ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados (BRASIL, 2006, [s.p.]).

O referido diploma legal, estabelece quais são e quando podem ser aplicadas as medidas de urgência, que podem ser impostas ao agressor ou conferidas à ofendida, vejamos:

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

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.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”. (BRASIL, 2006, [s.p.])

Nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha são medidas administrativas, de natureza cautelar e consideradas obrigatórias, que tem por objetivo essencialmente a proteção da mulher. Portanto, sua aplicação não é mera alternativa ao agressor, mas sim uma imposição que, havendo descumprimento, haverão de ser tomadas providências mais severas, que vão desde o uso de força policial, ou até mesmo, a prisão preventiva do agressor.

Além destas, o artigo 23 desta lei permite ao juiz quando necessário, sem prejuízo de outras medidas, encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida

do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos ou determinar a separação de corpos (BRASIL, 2006).

O que se pode compreender da Lei, é que a expressão medidas protetivas de urgência significa uma providência jurisdicional adequada para proteger e assegurar a todas as mulheres seus direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, independentemente de classe, orientação sexual, raça, religião, cultura, escolaridade e idade (PORTELA, 2011, p. 19).

Ademais, vale ressaltar que, o artigo 20 da Lei 11.340/2006 estabelece que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor. Veja-se que o artigo mencionado acrescentou o inciso III, no artigo 313 do Código de Processo Penal:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (BRASIL, 2011, [s.p.]).

Diante disso, nota-se que a função da Lei Maria da Penha é fazer com que as medidas protetivas sejam cumpridas, tornando-se um instrumento de coação aos agressores a praticar algum ato contra a vítima. No entanto, cumpre observar que o rol elencado nos artigos 22 e 23 é exemplificativo e não taxativo, portanto, esta lei traz providências que não se limitam somente à estas medidas protetivas de urgência previstas. Tais medidas encontram-se espalhadas em toda a legislação, voltadas sempre à proteção da vítima.

3.1 A LEI MARIA DA PENHA E SUAS ATUALIZAÇÕES RECENTES

No que se refere à legislação brasileira sobre violência doméstica, em agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340/2006, que popularmente passou a ser conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes.

Esta lei alterou não só o Código Penal Brasileiro, triplicando a pena para agressões domésticas contra mulheres, mas outras normas, inclusive com atualizações em seu próprio interior no decorrer desses 14 anos de vigência, aumentando os mecanismos de proteção às vítimas.

Possibilitando desta forma, que os autores da violência sejam presos em flagrante, e extinguindo as penas alternativas. Medidas preventivas para proteger a mulher em situação de agressão também estão previstas nesta lei. Dentre elas, a promoção de estudos e pesquisas com a perspectiva de gênero relacionada à violência doméstica e familiar contra a mulher e a celebração de convênios e parcerias com o objetivo de implementar programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

A seguir apresentamos uma análise das atualizações da lei de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica mais recentes, especialmente de 2017 a 2020.

3.2 ATENDIMENTO POLICIAL

Em novembro de 2017, foi publicada a Lei nº 13.505/17, que acrescentou o dispositivo 10-A à lei Maria da Penha. Esta norma instituiu que, mulheres em situação de violência doméstica ou familiar devem ser atendidas, preferencialmente, por policiais e peritas do sexo feminino e que, em nenhuma hipótese, ela, seus familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos de terem cometido a violência ou pessoas a eles relacionadas, vejamos:

“Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas” (BRASIL, 2017, [s.p.]).

Ademais, conforme o mesmo artigo, na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, procedimentos tais como: i) a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterà os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida; ii) a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar

designado pela autoridade judiciária ou policial, quando for o caso; iii) o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito (BRASIL, 2017, [s.p.]).

Portanto, este dispositivo teve como objetivo salvaguardar a integridade física, psíquica e emocional da mulher vítima de violência doméstica, a fim de lhe proporcionar maior cuidado, respeito, carinho e dignidade.

3.3 TIPIFICAÇÃO COMO CRIME DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Em 03 de abril de 2018, o ex-presidente da República, Michel Temer, sancionou a Lei nº 13.641/2018, que alterou dispositivo da Lei Maria da Penha, incluindo o artigo 24-A da referida lei, tipificando como crime, o descumprimento da medida protetiva por parte do agressor, ensejando na pena de detenção de três meses a dois anos, sendo que apenas a autoridade judicial pode conceder fiança em hipóteses de prisão em flagrante.

Nesse caso, a decisão judicial é encaminhada às polícias Civil e Militar, e um oficial de Justiça faz a retirada do agressor de dentro da casa. Caso ele não saia do lar, o oficial de Justiça, já assinado pelo juiz na ordem, chama a Polícia Militar e o agressor é imediatamente retirado a força do local.

Existem outras medidas judiciais que podemos também citar como, por exemplo, a proibição de qualquer contato do agressor para com a mulher, de se aproximar da vítima e de estar em lugares que assiduamente a vítima frequenta, podendo, assim, acionar a Polícia Militar ou a Polícia Civil, a fim de mantê-lo afastado, e, no caso de descumprimento da medida de afastamento, vir ser preso preventivamente, conforme artigo 12-C incluindo à Lei Maria da Penha pela Lei nº 13.827, de 2019, vejamos:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida” (BRASIL, 2019, [s.p.]).

Portanto, tais medidas tem a finalidade de coibir, afastar, repelir injusta ou grave ameaça às vítimas de violência doméstica.

3.4 INTIMIDADE

Em dezembro de 2018 a norma passou por nova alteração, com a edição da Lei nº 13.772/18, que reconhece a violação da intimidade da mulher, o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual como crime.

Conforme dispõe a norma, ao inserir o artigo 216-B e parágrafo único do Código Penal, *in verbis*:

“216-B: Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”. (BRASIL, 2018, [s.p.])

Consequentemente, aquele que violar o disposto neste artigo, poderá incorrer na pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

3.5 AGRESSORES DE MULHERES NÃO PODERÃO RETIRAR A CARTEIRA DA OAB

O Conselho Federal da OAB aprovou no dia 18 de março de 2019, súmula segundo a qual a violência contra a mulher constitui fator apto a caracterizar a ausência de idoneidade moral necessária para inscrição na OAB. A referida súmula, leva em conta a definição de violência contra a mulher prevista na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, veja-se abaixo o conteúdo da súmula aprovada:

Requisitos para inscrição nos quadros da OAB. Inidoneidade moral. A prática de violência contra a mulher, assim definida na Convenção Interamericana de Belém do Pará, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independentemente da instância criminal. Assegurado ao Conselho Seccional a análise das circunstâncias de cada caso concreto (OAB, 2019, [s.p.])

No ano de 2017, a OAB/MS indeferiu pedido de inscrição de Vinícius Batista Serra, 27 anos, bacharel em Direito, em razão de processo criminal de violência doméstica. Na época, a

conselheira Eclair Nantes, relatora do processo, negou a inscrição sob argumento de que a idoneidade é um pré-requisito para pessoas que queiram exercer a profissão da advocacia:

“A conduta perpetrada pelo requerente está em desacordo com os padrões de honestidade, respeitabilidade, dignidade exigidos pela sociedade e principalmente por esta comunidade profissional, que tem como princípio zelar pelos fracos e oprimidos” (OAB, 2019, [s.p.])

O bacharel em Direito teria sido preso em flagrante sob a acusação de tentativa de feminicídio. Ele havia passado na OAB quatro dias antes do ataque.

A seccional da OAB no Rio de Janeiro destacou, que não basta ter conhecimento jurídico, mas sim, o bacharel teria que ter "idoneidade moral" para atuar como advogado. A OAB Mulher requereu à presidência da Ordem que houvesse sido imposta ao agressor, a devida responsabilização, conforme o Código de Ética e Disciplina da Seccional.

3.6 CONCESSÃO IMEDIATA DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA, PELA AUTORIDADE JUDICIAL OU POLICIAL

Na data de 14 de maio de 2019, foi sancionada pelo então presidente Jair Bolsonaro, e publicada no Diário Oficial da União, com vigência imediata, a Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, que conforme prevê seu artigo 1º, que altera a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), autorizar, em determinadas hipóteses, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes.

Portanto, esta lei confere atribuição ao delegado de polícia e ao policial para aplicar medidas protetivas à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, nos locais onde não for sede de comarca, e determina, ainda, que a providência adotada seja comunicada ao juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, que decidirá, em igual prazo, sobre a sua manutenção ou revogação, devendo dar ciência ao ministério público concomitantemente (ALMEIDA, 2019).

A referida lei supra insere o artigo 38-A, parágrafo único à Lei 11.340/2006, estabelecendo que o juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência, determinando que seja lançada em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça

o referido registro da medida protetiva de urgência, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Outrossim, na existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, conferindo ao delegado de polícia e policial como legitimados para concederem as medidas protetivas de acordo com os incisos II e III do artigo infra.

“Art. 12-C Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia”. (BRASIL, 2019, [s.p.]

Nota-se, portanto, que o legislador se referiu à autoridade policial como gênero, dos quais são espécies os policiais civis e militares, podendo ser o escrivão, o agente de polícia e do soldado ao coronel da polícia militar. Trata-se, pois, o que podemos chamar de legitimidade condicionada.

Para que possa conceder a medida protetiva, em se tratando de delegado de polícia, o município em que atua não pode ser sede de comarca. Para policiais, é necessário que além do município não seja sede de comarca, não haja delegado disponível no momento da denúncia, por qualquer motivo (férias, licença, dificuldades de contatar o delegado plantonista etc).

Este fato se explica pois, é comum, em vista da realidade do país, que muitas cidades com ampla extensão territorial possuam moradores que residem em locais distantes da sede da comarca, sobretudo em áreas rurais, sendo demasiadamente moroso a espera para remeter os autos ao juiz competente, para que este lhe conceda a medida. Sendo assim, nestes casos, deverá a autoridade policial determinar o afastamento imediato do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, para prevenir que ocorra qualquer ato no “calor do momento” por parte do agressor em face da vítima.

Vale destacar que, a única medida protetiva de urgência que pode ser concedida pelas autoridades policiais é o afastamento imediato do agressor do lar, domicílio ou local de

convivência com a ofendida, as demais medidas, como proibição de manter contato com a ofendida e de se aproximar da vítima continuam sendo de exclusividade do juiz. Nota-se que não há previsão legal para que o Ministério Público conceda as medidas protetivas de urgência.

Por fim, o § 1º do artigo 12-C, ordena que, nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

Além disso, importa destacar que, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, quando houver risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

3.7 OBRIGATORIEDADE DE INFORMAR A CONDIÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA MULHER VÍTIMA DE AGRESSÃO:

Com o objetivo de tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar, o Governo Federal sancionou em 04 de junho de 2019, a Lei nº 13.836/19, que acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar, *in verbis*:

“Art. 12, § 1º, IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente”. (BRASIL, 2019, [s. p.])

Esta norma prevê, ainda, que no registro policial deve constar se a violência sofrida resultou em sequela, deixando a vítima com algum tipo de deficiência ou com agravamento de deficiência preexistente.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) celebrou esta relevante alteração que contou com a participação da ministra Damares Alves, a qual afirma que:

“A medida exemplifica a transversalidade das ações do ministério, já que reúne as pautas da mulher e da pessoa com deficiência. A alteração na Lei também representa o compromisso do governo Bolsonaro com as políticas públicas de combate à violência e valorização do segmento feminino, contribuindo para o fortalecimento das mulheres em todo o Brasil”.

A proposta de mudança na Lei Maria da Penha é de autoria de Roseane Estrela, a Rosinha da ADEFAL, atual secretária adjunta de Políticas para as Mulheres e ex-deputada federal.

3.8 COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS APROVA VÁRIAS MUDANÇAS

A Comissão de Direitos Humanos - CDH aprovou no dia 08 de agosto de 2019, quatro projetos que aumentam as punições para agressores enquadrados na Lei Maria da Penha. Os senadores foram favoráveis ao impedimento de nomear agressores domésticos para cargos públicos; à indenização por danos morais as agredidas; à obrigatoriedade de o agressor frequentar reabilitação; e ao sigilo obrigatório para todos os processos criminais e cíveis abertos com base na Lei Maria da Penha.

A relatora, senadora Leila Barros (PSB-DF), acrescentou que não cabe ao poder público acolher em seus quadros agressores condenados pela prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Excluir agressores em cumprimento de pena do serviço público atende ao princípio da moralidade, considerando que a prática de violência contra a mulher pode ser considerada uma mácula que compromete a integridade ética, tornando a pessoa incompatível com a idoneidade moral e a reputação ilibada que se esperam de servidor (BARROS, 2019).

Também foi aprovado pela CDH o projeto que prevê o pagamento de indenização por danos morais decorrentes de prática de violência contra a mulher (PL 1.380/2019), que pode ser determinado pelo juiz entre as medidas protetivas de urgência, independentemente de instrução probatória. Bastando que a vítima faça um pedido expresso de indenização ao juiz, independentemente da apresentação de provas sobre a violência praticada. Além dessa indenização, o depósito judicial de uma caução provisória por perdas e danos materiais está dentro do rol de medidas protetivas de urgência a serem determinadas pela Justiça.

Outra proposta aprovada pela CDH, a depender da avaliação feita pelo juiz, torna obrigatório o segredo de Justiça para processos sobre violência doméstica e familiar contra a mulher (PL 1.822/2019).

Ao apresentar o projeto, o senador Fabiano Contarato (Rede-ES) afirmou que

“a publicidade nos processos que envolvem a violência doméstica e familiar contribuem para a revitimização da mulher, uma vez que a expõe a constrangimento social, situação agravada pelos recursos tecnológicos que praticamente impossibilitam o resguardo de sua intimidade e a proteção de sua vida íntima”.

A CDH também aprovou o Substitutivo da Câmara (SCD 11/2018) ao projeto de lei (PLS 9/2016) que obriga os agressores de mulheres a frequentar centros de reabilitação por decisão judicial e de educação. Acrescentou também, o acompanhamento psicossocial do agressor por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

A Lei Maria da Penha já estabelece que, entre as medidas de proteção à mulher agredida, a separação do agressor e o afastamento da vítima do lar, sem prejuízos aos direitos de bens, guarda de filhos e alimentos.

3.9 RESPONSABILIDADE DO AGRESSOR PELO RESSARCIMENTO DOS CUSTOS RELACIONADOS AOS SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

No dia 17 de setembro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei nº 13.871 de 2019, que altera o texto da Lei Maria da Penha, acrescentando ao artigo 9º desta última, três parágrafos, o § 4º, § 5º e o § 6º, no qual responsabiliza o agressor pelo ressarcimento dos custos de serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar.

O § 4º determina que o agressor deverá ressarcir todos os danos causados, inclusive o SUS, pelos custos do atendimento prestado à vítima. Já o § 5º dita que o agressor também deverá ressarcir os custos com os dispositivos de segurança usados em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar. O ressarcimento feito pelo agressor, segundo o § 6º, não importará ônus de qualquer natureza ao

patrimônio da mulher e dos seus dependentes e nem servirá como atenuante ou substituição da pena aplicada.

Assim, podemos verificar o conteúdo vigente na Lei nº 13.871 de 2019 referente aos parágrafos acrescidos in verbis:

“§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

§ 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor;

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada”. (BRASIL, 2019, [s.p.])

Segundo a lei, os recursos recolhidos serão destinados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

3.10 DEPÓSITO E O CONFISCO DA POSSE DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE AO AGRESSOR

No dia 8 de outubro de 2019, se sancionou a Lei nº 13.880/2019, que prevê a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica.

Tal medida encontra-se prevista no Estatuto do Desarmamento o qual incluiu o dispositivo 12, VI-A à Lei Maria da Penha, prevendo que em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, será feito o registro da ocorrência, devendo a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal, verificando se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei. (BRASIL, 2019, [s.p.])

Esta medida protetiva é de extrema importância, pois, aquele agressor que possuir arma de fogo no local da ocorrência da violência doméstica, terá sua arma confiscada e mantida em depósito no Fórum.

3.11 DIVÓRCIO FACILITADO

A Lei nº 13.894 de 2019 incluiu o divórcio facilitado à Lei Maria da Penha acrescentando o inciso III ao artigo 9º, §2º da lei e o inciso V ao artigo 11.

Esta foi uma recente mudança que auxilia vítimas de violência doméstica pleitearem o ajuizamento de ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável quando for o caso. Assim prevê o texto da lei *in verbis*:

“Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

[...]

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

[...]

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente;

[...]

Art 11.

[...] V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável” (BRASIL, 2019, [s.p]).

A norma determina ainda a intervenção obrigatória do Ministério Público, quando este agir na função de *custos legis*, e estabelece prioridade de tramitação desses procedimentos judiciais, com o objetivo de facilitar o divórcio. Esta regra encontra amparo legal no Código de Processo Civil ao incluir o parágrafo único ao artigo 698 e o inciso III ao artigo 1.048 conforme segue:

“Art.698

[...]

Parágrafo único. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).” (NR)

Art.1.048

[...]

III - em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006” (BRASIL, 2019, [s.n.]).

Esta lei ainda estabelece a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e torna obrigatória a informação sobre a possibilidade de serviços de assistência judiciária às vítimas caso necessário conforme dispõe os artigos 14-A e 11, V da Lei 13.894/2019 respectivamente.

3.12 FREQUÊNCIA DO AGRESSOR A CENTRO DE EDUCAÇÃO E DE REABILITAÇÃO E ACOMPANHAMENTO PSICOSSOCIAL.

Em recente alteração (abril 2020) da lei Maria da Penha, ainda durante a pandemia do novo coronavírus, foi sancionada a lei 13.984/2020 que possibilita ao juiz aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, às medidas protetivas de urgência, a obrigação do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Após analisarmos as recentes alterações da lei Maria da Penha, agora é o momento de analisar os dados colhidos durante a pesquisa.

4. PROGRAMA “REDE CATARINA” DE PROTEÇÃO À MULHER (PMSC)

No ano de 2017, a Polícia Militar de Santa Catarina (PMSC, 2020, web) criou o chamado Programa “Rede Catarina”. Trata-se de um Programa Institucional da Polícia Militar de Santa Catarina, que tem como objetivo principal a prevenção da violência doméstica e

familiar. Este Programa está pautado na filosofia de polícia de proximidade, buscando conferir maior efetividade e celeridade às ações de proteção à mulher, através da realização de visitas às residências das vítimas beneficiadas por Medida Protetiva de Urgência, a fim de fiscalizar o seu devido cumprimento.

Este Programa tem como base, ações de proteção, policiamento direcionado da Patrulha Maria da Penha e a disseminação de solução tecnológica, por aplicativos pelo celular, como também através do próprio site da PMSC. O acompanhamento às vítimas tem a finalidade de garantir a sua proteção e de sua família, reprimindo o descumprimento de ordem judicial. A Rede Catarina de Proteção à Mulher foi idealizada a partir de práticas existentes por todo território nacional e em Santa Catarina, transcendendo os programas e projetos experimentados de Patrulha Maria da Penha, e obtendo excelentes resultados na fiscalização acerca do cumprimento das medidas protetivas, como também na proteção destas mulheres (PMSC, 2020, web).

Este programa foi instituído para dar voz às mulheres vítimas de violência, para que sejam tratadas com dignidade, de maneira simples e efetiva. Conferindo um atendimento mais célere, da integração com o SADE (Sistema de Atendimento e Despacho) e da comunicação no momento do fato das situações de risco ao juiz de plantão. A Rede Catarina de Proteção à Mulher realiza a fiscalização de medidas protetivas, despontando-se como vanguarda dentre os programas direcionados à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher (PMSC, 2020, web).

A metodologia para desenvolvimento do programa se faz da seguinte forma: i) Reunião de Sensibilização, ao apresentar o programa às estruturas e entidades públicas locais, expondo o levantamento de situação da localidade e esclarecendo o objeto, os objetivos, a metodologia, os benefícios, as dificuldades, os riscos e a responsabilidade; ii) Rede de Comunicação/Padronização, estabelecendo um canal de comunicação e padronização dos procedimentos entre o Poder Judiciário, Ministério Público, Assistência Social, Polícia Civil, Conselho Tutelar, Casas Abrigo, Serviços Voluntários, etc.; iii) Governança, mantendo reuniões de trabalho regulares entre os atores envolvidos e ações de integração que fomentem a coprodução e a corresponsabilidade. A adoção desses métodos tem o objetivo de diminuir as

possibilidades de erros e potencializa a capacidade de alcançar os resultados positivos (PMSC, 2019).

4.1 PROCEDIMENTO OPERACIONAL PADRÃO (POP)

Antes de adentrarmos com a exposição dos dados estatísticos fornecidos pela Agência de Inteligência da Polícia Militar, é imperioso destacar primeiramente acerca da operacionalidade dos procedimentos realizados durante às visitas feitas pelos agentes a estas mulheres vítimas de violência doméstica. Este procedimento é o Procedimento Operacional Padrão (POP), que consiste num documento elaborado pela polícia para padronizar os atendimentos de ocorrência prestados, ou seja, para cada ocorrência é realizado um POP, que irá determinar as ações e os procedimentos que o policial irá prestar durante o atendimento a esta vítima.

Também será feito por meio deste documento, a identificação das partes, o *modus operandi* dos fatos, se existe crianças ou adolescentes envolvidos, se o autor possui laços de consanguinidade, afetividade ou de coabitação com a vítima, se o autor adulto é identificado e preso, se existem a presença de lesões na vítima e em que grau, se a vítima encontra-se amedrontada, se a ofendida se demonstra segura e deixa claro que não quer representar contra o autor, se o autor adulto está em fuga, se há necessidade de encaminhamento da vítima ao IML, se há risco de vida, os erros apresentados no decorrer da ocorrência, entre outros.

O Procedimento Operacional Padrão também fará a verificação do cadastro dessa mulher na PMSC Cidadão em se tratando de Medida Protetiva de Urgência encaminhada pelo Poder Judiciário, ao Comando da Organização Policial Militar (OPM), ao Gestor da Rede Catarina da OPM ou a 3ª Seção. Desta forma, o POP tem a finalidade de padronizar os atendimentos realizados, coletar o maior número de informações possíveis acerca do fato, para que então, se consiga saber qual será o melhor procedimento a ser adotado para cada caso, após preenchidos os itens contidos nele.

Após feita a análise do caso particular em concreto, o policial pode lavrar dois tipos de Boletins de Ocorrência conforme mencionado acima, o BO-PA (Prisão/Apreensão), que será lavrado quando o autor é preso e encaminhado para Delegacia de Polícia; ou o BO-COP

(Comunicação de Ocorrência Policial), que será lavrado quando o autor se evade do local, ou quando a vítima não quer representar, ou também quando um terceiro que aciona a polícia e a vítima alega que não houve a ocorrência. Neste último, serão feitas investigações posteriores e visitas para acompanhamento dos fatos, sendo que a vítima aqui, terá que escolher entre representar ou não num prazo de até 06 meses do ocorrido, caso seja crime em que a ação é condicionada a sua representação ou mediante queixa.

4.2 RELATÓRIOS ANALISADOS

Este subitem tem intenção de apresentar os resultados da pesquisa realizada entre os anos de 2019 e 2020/1 pelas autoras, tendo por base os relatórios gerados pelo 21º Batalhão da PMSC da cidade de Florianópolis, especialmente a região norte da ilha, pelo período total de 1 (um) ano, entre o dia 01 de maio de 2019 ao dia 30 de abril de 2020.

Para o desenvolvimento e análise dos dados foram utilizadas tabelas e documentos fornecidos pela Agência de Inteligência do 21º Batalhão da Polícia Militar, além dos Relatórios: 1) Relatório Geral de Crimes cometidos por Bairro – Violência Doméstica; 2) Boletins de Ocorrência Lavrados por Ocorrência – Violência Doméstica e 3) Relatório de Descumprimento de Medida Protetiva e 4) Boletins Lavrados por ocorrência – Descumprimento de Medida Protetiva. Cada relatório continha as ocorrências geradas por períodos: semestral e anual: - 1º analisa o período de 01 de maio/2019 até 31 de outubro/2019 (06 meses); - 2º analisa o período de 01 de novembro/2019 até 30 de abril/2020 (06 meses) e - 3º analisa o período anual, de 01 de maio/2019 até 30 de abril/2020 (01 ano)

O Relatório de Ocorrência gerado por bairro consiste na identificação do número de ocorrências de determinado fato dentro da área do 21º Batalhão, que vai do bairro Cacupé ao Moçambique, ou seja, consiste no número casos de violências domésticas, por determinado período e dentro dos bairros que o 21º Batalhão atua. Vale destacar, que existem duas Companhias (CIAs) que atuam dentro do 21º Batalhão.

Estas CIAs consistem basicamente numa divisão do espaço territorial do Batalhão: a 1ª CIA compreende os bairros entre o Cacupé até Jurerê Tradicional (Cacupé, Santo Antônio, Sambaqui, Ratones, Vargem Pequena, Daniela, Praia do Forte, Jurerê Tradicional e Jurerê

Internacional – parte “interna” da ilha); a 2ª CIA compreende a Região que vai de Canasvieiras até o Moçambique (Canasvieiras, Vargem Grande, Vargem do Bom Jesus, Ingleses, Rio Vermelho, que compreende o Moçambique, Capivari e Muquém – parte “externa” da ilha). A 3ª CIA é considerada somente de apoio, ou seja, são viaturas que abrangem a área do Batalhão inteiro, não possuindo uma área específica de atuação.

Ao fazer a análise dos dados fornecidos dos Relatórios de Violência Doméstica por bairro, extrai-se que os volumes de ocorrências variam bastante conforme a área territorial de cada CIA. Isso se explica em razão de alguns fatores: O primeiro diz respeito à diferença de perfil social de cada região; o segundo ao volume populacional que cada região apresenta e o terceiro se dá pela presença de regiões conflituosas entre bairros vizinhos, fazendo com que os indicadores criminais dessas regiões, que compreende a 2ª CIA, sejam maiores.

Os bairros com menor número populacional, os mais residenciais e que possuem em sua constituição pessoas com melhor poder aquisitivo, apresentam um indicador criminal baixo. Isso não quer dizer que não haja crimes nestas regiões, porém este número é relativamente baixo se comparado a outros bairros que compreendem a área de atuação da 2ª CIA.

Dentre todas as balneárias de Florianópolis, os Ingleses é o que possui a maior população residente, com cerca de 30 mil habitantes¹. É também onde há grande número de pessoas de médio a baixo poder aquisitivo, além da presença de comunidades carentes, podendo ser citada a conhecida Comunidade do Siri, que é a região onde ocorrem diversos confrontos entre facções, a citar exemplo a do PGC (Primeiro Grupo Catarinense) e a do PCC (Primeiro Comando da Capital).

Pôde-se observar pelos relatórios que os bairros que mais preocupam no que diz respeito aos índices de crimes de violência doméstica, são o dos Ingleses, como já mencionado, seguido pelo bairro do Rio Vermelho, juntos os dois somam aproximadamente 60% do total de casos registrados desta modalidade criminosa que compreende toda a região do 21º BPM. A região da 1ª CIA continha 64 casos registrados de violência doméstica pelo período de 01 de

¹ Fontes: Dalmo Vieira Filho, secretário municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano; Dácio Medeiros, diretor técnico do Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis; Paulo Henrique Spinelli, representante do distrito dos Ingleses no Plano Diretor Participativo; Gervásio Duarte da Silva, presidente da Associação de Moradores do Norte dos Ingleses; Nivaldo Araújo da Silva, ex-presidente do Conselho Comunitário dos Ingleses.

maio de 2019 a 30 de abril de 2020, ou seja, um percentual de 15,5% do total, ao passo que a 2ª CIA apresentou um total de 349 casos, ocupando um percentual expressivo de 84,5%.

Vale destacar que, conforme Boletim de Ocorrência gerada pela modalidade Violência Doméstica foi possível verificar que foram lavradas 266 BO-COP e 146 BO-PA. Isso quer dizer que, na grande maioria dos casos, não há condução desses agressores à Delegacia, seja por que o autor não foi localizado, ou porque não ocorreu representação, ou também quando um terceiro que aciona a polícia e a vítima alega que não houve a ocorrência.

Apesar de o número de BO-PA ser inferior ao do BO-COP, o mesmo apresenta-se bastante representativo no que concerne ao número de autores conduzidos à Delegacia. Ademais, os 266 casos em que não foi possível fazer o encaminhamento do agressor pode ter sido motivado por circunstâncias alheias à vontade da autoridade policial, haja vista o direito que a vítima tem de não querer representar em desfavor do agressor. Muitas delas têm medo de represálias, sofrem ameaças por parte do agressor, têm pena de o autor possa vir a ser preso, por insegurança econômica e até mesmo por vezes possuir laços familiares com o agressor.

O Relatório de visitas registradas através do Programa Rede Catarina mostrou que apesar de recente, o programa vem atingindo excelentes resultados no que diz respeito ao acompanhamento das vítimas, mantendo uma política de proximidade, o que fez com que o número de descumprimento de medidas protetivas tornasse expressivamente baixo.

Conforme se observou, no período de 01 de maio de 2019 até o dia 30 de abril de 2020, foram realizadas 1.367 (mil trezentos e sessenta e sete) visitas através do Programa Rede Catarina, sendo que deste total, foram atendidas 1.164 (mil cento e sessenta e quatro) vítimas cadastradas pelo programa. O valor residual corresponde a outras circunstâncias: i) vítima ausente, ii) endereço não encontrado, iii) vítima que não reside no local, iv) descumprimento de medida protetiva, v) vítima que dispensou o atendimento, vi) outros. Ademais, colhe-se que, deste total de visitas realizadas pelo programa no prazo de 1 (um) ano, somente 56 foram os registros de descumprimento de medida protetiva, número este de suma importância e que mostra com clareza e objetividade que a atuação policial vem obtendo excelentes resultados no combate à violência doméstica.

Sabe-se que o acompanhamento de forma presencial na residência dessas mulheres vítimas de violência, de certa forma, contribui para intimidar a ação dos agressores perante estas

mulheres, além de fazer com que elas se sintam mais protegidas e acolhidas. Além do patrulhamento feito, este programa também presta atendimentos, tais como, o encaminhamento a psicólogos, médicos, entre outros; tendo em vista o sofrimento geral que tais tipos de violência podem causar. As evidências empíricas indicam que as unidades especializadas e as grandes reformas nos departamentos de polícia, nas procuradorias e nos tribunais especializados melhoraram a experiência destas mulheres vítimas de abuso.

Importa salientar, que o programa intitucional Rede Catarina, tem como base, a atuação policial *in loco*, a coleta de dados, a implementação de políticas sociais que visam melhorar a forma de atuação, através da concretização de informações acerca das condições de segurança, saúde, socioculturais e políticas que vem sendo desenvolvidas.

Apesar de o Programa Rede Catarina ter mostrando excelentes resultados no que diz respeito ao acompanhamento dessas vítimas em suas residências, infelizmente, em alguns casos, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 acabam não surtindo os efeitos desejáveis no tocante a coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Um dos maiores entraves da Lei Maria da Penha é o silêncio e a omissão das mulheres, seja por medo, falta de cultura, acesso à justiça e, ainda, pela vergonha de se expor perante a sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada dia, novos espaços são conquistados pelas mulheres com avanços significativos em termos de reconhecimento e consolidação de seus direitos. Para além daqueles direitos tradicionalmente consagrados na legislação brasileira, novas perspectivas se vislumbraram a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e especialmente, após 2006 com a vinda da Lei Maria da Penha.

Percebe-se que a Lei 11.340/06 é uma lei imperfeita, mas necessária. Apresentou um avanço legislativo, um remédio para um mal que acomete uma parcela significativa da população. Na lei, há muitas lacunas, passagens obscuras, artigos repetitivos e desnecessários, mas, a despeito disso tudo, sua essência é nobre, cativante e inspira mudanças. Como visto, esta

lei determinou um novo tratamento à mulher, uma vez que impõe mais rigor ao agressor, já que aumentou a pena, dentre outros procedimentos, por conseguinte, ampliou a proteção à mulher. Além disso, a Lei Maria da Penha proibiu que a sanção ao agressor fosse convertida em cestas básicas de alimentos ou à prestação de serviços à comunidade, como ocorria até então.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, longe de ser exceção, é uma realidade dura e persistente. É tarefa árdua a de modificar estereótipos e a de transformar condutas há tanto tempo tidas como normais e até necessárias. O presente artigo buscou analisar a eficácia acerca da imposição das Medidas Protetivas de Urgência trazidas pela Lei Maria da Penha na Região que compreende o Norte da Ilha de Santa Catarina, durante o período de 01 de maio de 2019 a 30 de abril de 2020, através de dados fornecidos pelo 21º Batalhão da Polícia Militar em relação às vítimas de agressão e sobretudo o avanço no campo jurídico de proteção a estes direitos na vida cotidiana destas mulheres. Para alcançar tal objetivo, foi feita a análise destes documentos / relatórios, onde se constatou a maior incidência destes crimes e o maior número de registros destas ocorrências em alguns bairros pertencentes a circunscrição da 2ª CIA, mais precisamente nos bairros dos Ingleses e do Rio Vermelho. A presente pesquisa trouxe, então possíveis explicações a essas variantes, tais como: i) maior número populacional; ii) maior presença de comunidades carentes; e ainda iii) ocorrência de conflitos entre facções; entre outros.

É cediço que as medidas protetivas dispostas na Lei Maria da Penha promoveram um avanço em nosso ordenamento jurídico com relação à prevenção da violência contra a mulher. Entretanto, se por um lado, a alteração legislativa é louvável, de outro, a efetividade e garantia de cumprimento das medidas protetivas ainda prescinde de estrutura por parte do Estado. Ainda, há de se ressaltar a precariedade das Delegacias e Defensorias Públicas Especializadas, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Centros de Atendimento Multidisciplinares para Mulheres, os abrigos, bem como os Centros de Educação e Reabilitação para os agressores, que muitas vezes sequer existem em alguns locais do país.

Nos últimos anos, o Brasil avançou de forma significativa no que diz respeito a criação de novas normas e cada vez mais tem alcançado efeitos positivos na adoção das medidas protetivas de urgência que abrigam a mulher vítima de violência doméstica e seus dependentes, desde o primeiro momento até a denúncia. Tais disposições encorajam as mulheres a

denunciarem seus maridos, companheiros e namorados, dando, assim, um fim ao cenário violento que participavam como vítimas silenciosas. Nesse contexto, não há dúvidas que esta Lei é um avanço e responde a sociedade, todavia, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a violência doméstica contra a mulher seja efetivamente reduzida.

Portanto, espera-se que este artigo tenha contribuído para fomentar discussões sobre o tema, que é considerado de suma importância nos dias de hoje e que por vezes foi abandonado por grande parcela da população e da administração pública, tendo como sugestão para trabalhos futuros, um estudo mais aprofundado e por um período de tempo maior, no sentido de se fazer uma comparação mais sistemática entre os mais diversos parâmetros.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, V. G.; CARVALHO, R. dos R., SIQUEIRA, V. R. de; SOUZA, F. G. de M. *Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v39n1/14.pdf>> Acesso em 22 de março de 2020.

ALMEIDA, J. E. F. de. Breves considerações sobre a Lei 13.827/2019 de proteção à mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5809, maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74211>. Acesso em 29 de mar 2020.

ARAUJO, M. F.; MARTINS, E. J. S.; SANTOS, A. L. *Violência de gênero e violência contra a mulher*. In: ARAÚJO, M.F; MATTIOLI, O. (Org.). *Gênero e Violência*. São Paulo: Arte & Ciência, 2004. p. 17-35.

AZEVEDO, M. A. *Mulheres espancadas: a violência denunciada*. São Paulo, Cortez, 1985.

BARROS, L. *CDH aprova que agressor de mulher não pode ocupar cargo público*. Brasília: Fonte: Agência Senado, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/08/cdh-aprova-que-agressor-de-mulher-nao-pode-ocupar-cargo-publico>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BENFICA, F. S.; VAZ, M. *Medicina Legal*. Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2008.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 131, de 27 de maio de 2009*. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. Brasília, 28 de maio, 2009 lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.880, de 8 de outubro de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). . Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, Código Penal Brasileiro, *Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940*, Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *Constituição da República Federativa de 05 de outubro de 1988*. Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019*. Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *Lei nº 13.894, de 2019*. Vade Mecum, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, E. B. S.; DA SILVA, A. C. L. G.; LINDNER, S. R. *Violência: Definições e Tipologias*, Edição, distribuição e informações: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

COMINICAÇÃO, Empresa Brasil de. *Lei obriga registrar no BO se vítima de violência tem deficiência*. Brasília: Agencia Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-06/lei-obriga-registrar-no-bo-se-vitima-de-violencia-tem-deficiencia>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FARIAS Jr, J. *Manual da Criminologia*.3. Ed. Atual. Curitiba: Juruá, 2001.

FILHO, D. V; MEDEIROS, D.; SPINELLI, P. H.; SILVA, G., D; da SILVA, N, A. *O Novo Mapa de Ingleses*.Disponível em http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/plano_diretor/ingleses.html#zoneamento Acesso em 11 de maio de 2020

GOMES Jr, Coronel Carlos Alberto de Araújo. *Rede Catarina de proteção à Mulher*. Florianópolis: Desenvolvido Por Inova Pmsc 2019 - 2020, 2019. Disponível em: <https://www.pm.sc.gov.br/paginas/rede-catarina>. Acesso em: 30 abr 2020

HEISE, L.; ELLSBERG, M.; GOTTEMOELLER, M. *Ending Violence against women*. Popul. Rep. L., n. 11, p. 1-43, 1999.

HEISE, L.; PITANGUY, J.; GERMAIN, A. *Violencia Contra la Mujer: La Carga Oculta sobre la Salud*. OPAS/OMS, Washington, 1994.

KRUG EG et al., eds. *World report on violence and health*. Disponível em: <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acessado em: 03 de nov. 2019.

MICHAUD, Y. *A violência*. São Paulo: Ed. Ática, 1989

MINAYO, M. C. S. *A violência social sob a perspectiva da Saúde Pública*. *Cad. Saúde Pública*, v. 10 sup 1, p. 07-18, 1994.

NUCCI, G. de S. *Código penal comentado*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, G de S. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>. Acesso em 11 out. de 2019.

OAB, Seccional São Paulo da. *Pleno do CFOAB decide que violência contra a mulher impede inscrição nos quadros da instituição*. São Paulo: Sede Seccional Oab Sp, 2019. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2019/03/pleno-do-cfoab-decide-que-violencia-contra-a-mulher-impede-inscricao-nos-quadros-da-instituicao.12864>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial sobre Violência e Saúde*. Genebra, 2002.

POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. *Rede Catarina de proteção à mulher: o que é rede catarina de proteção à mulher?* Florianópolis-SC: Inova PMSC 2019-2020, 2019. Disponível em: <https://www.pm.sc.gov.br/paginas/rede-catarina>. Acesso em 30 de abril de 2020.

PORTELA, T. V. *A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2011.

ROCHA, C; MESQUITA, B. J. S. *As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha*. 2017 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61522/as-medidas-protetivas-de-urgencia-previstas-na-lei-maria-da-penha> Acesso em: 10 de maio 2020.

ROSA FILHO, C. G. da. *Crime passional e Tribunal Do Júri*. Florianópolis: Habitus, 2006. recurso online. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74965/violencia-domestica-contra-mulher> Acessado em: 03 de nov. 2019.

SENADO, Reprodução Autorizada Mediante Citação da Agência. *Nova lei obriga agressor doméstico a ressarcir SUS por atendimento a vítimas*. Brasília: Fonte: Agência Senado, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/18/nova-lei-obriga-agressor-domestico-a-ressarcir-sus-por-atendimento-a-vitimas>. Acesso em: 18 set. 2019

TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, 11ª Ed. São Paulo: Juspodvm, 2016.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUBVERSÃO DO PARADIGMA PUNITIVO

RESTORATIVE JUSTICE AND THE SUBVERSION OF THE PUNITIVE PARADIGM

JULIA GOMES FACCIO

Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020).

ANDRESSA LOLI BAZO

Doutoranda em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2018 - atual). Mestra pela mesma instituição (2017), com pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação em Direito e do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo: Tendo em vista que os projetos de reforma do sistema de justiça criminal perpetuam, reproduzem e reforçam a lógica punitiva, as pesquisas que visam a resolver algum tipo de problema pertencente a esta estrutura podem ser classificados como estudos de "ciência normal", em apropriação de expressão cunhada por Thomas Kuhn, físico e filósofo que estudou as mudanças de paradigma na ciência. A partir dessa constatação, a pergunta que procura ser respondida neste artigo é: a Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um paradigma que subverte a lógica punitiva? Para responder a esta indagação, foi feita uma análise do paradigma punitivo e da proposta restaurativa como modelo de solução de conflitos, para, ao fim, concluir que, embora as práticas restaurativas operadas pelo Poder Judiciário brasileiro tenham funcionado como um gerenciamento de ilegalidades, os pressupostos teóricos da Justiça Restaurativa seriam capazes de promover uma rearticulação paradigmática e romper com o vício punitivo.

Palavras-chave: Resolução alternativa de conflitos. Práticas restaurativas. Revolução científica. Criminologia Clínica. Racionalidade penal moderna.

Abstract: Given that the projects to reform the Criminal Justice System perpetuate, reproduce and reinforce the punitive logic, the researches that aims to solve problems that belongs to this structure can be classified as "normal science" studies, in appropriation of the expression developed by Thomas Kuhn, physicist and philosopher who studied paradigm shifts in Science. Based on this observation, the question that seeks to be answered in this article is: can Restorative Justice be understood as a paradigm that subverts the punitive logic? To answer this question, an analysis of the punitive paradigm and the restorative proposal as a model of conflict resolution was made, in order to conclude that, although the restorative practices operated by the Brazilian Justice System have worked as a management of illegalities, the theoretical assumptions of Restorative Justice would be able to promote a paradigmatic rearticulation and to rupture with the punitive addiction.

Keywords: Alternative conflict resolution. Restorative practices. Scientific revolution. Clinical Criminology. Modern penal rationality.

1. INTRODUÇÃO

Os princípios norteadores da Justiça Restaurativa têm sido disseminados pelo país e encampados por vários profissionais do Direito. A metodologia restaurativa já foi adotada por várias instituições, como escolas, abrigos, hospitais e centros comunitários. Parece que há um interesse, sobretudo por parte do Poder Judiciário, de adotar as práticas restaurativas como forma de solução alternativa de conflitos. Em vista disso, alguns Tribunais de Justiça incorporaram algumas dessas práticas a seus rituais, principalmente nas Varas da Infância e da Juventude.

Tendo em vista a expansão da teoria e sua propagação, é preciso avaliar se os seus postulados conformam uma nova forma de olhar para a justiça e, particularmente, se configuram um novo paradigma, capaz de substituir o paradigma retributivo sob o qual foi construído o sistema de justiça criminal brasileiro, ou se apenas reforçam a conjuntura judicial de expropriação das necessidades e responsabilidades das partes em conflito.

A partir de análise bibliográfica, o presente artigo busca compreender a articulação de uma teoria sobre justiça restaurativa e avaliar se essa teoria apresenta, de fato, um potencial transformador, em face da histórica crise do paradigma punitivo, desde a sua formulação, para resolver conflitos intersubjetivos. Em outras palavras, com o estudo das bases teóricas que sustentam o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, pretende-se avaliar se a sua aplicação seria idônea a mover a transposição de um sistema de justiça que reforça as desigualdades sociais e segrega parte da população.

Nesse contexto, na primeira parte, serão analisados os fundamentos teóricos que orientam a resolução do fenômeno definido como crime e o papel dos atores que atravessam essa situação problemática e que movem a máquina judicial. Posteriormente, serão descritos os pressupostos teóricos que fundam a ideia de justiça restaurativa, bem como a avaliação que os pesquisadores têm feito da sua aplicação no país, para, na sequência, entender se a Justiça Restaurativa seria capaz de promover uma revolução científica e orientar um novo modo de

fazer justiça. Os conceitos de paradigma e de revolução científica são apropriações das formulações de Thomas Kuhn sobre o desenvolvimento das ciências exatas.

2. JUSTIÇA RETRIBUTIVA

No paradigma retributivo, o crime é analisado como uma violação à legislação vigente. Assim, o controle estatal será acionado quando do cometimento de um ato que viole uma norma contida em uma lei como crime. Daí nasce a ofensa. O objetivo concebido pelo processo penal é a investigação do ilícito, assim como a autoria delitiva, para a determinação da culpa do acusado e a infligência de dor como pena. Logo, no sistema retributivo, a justiça é medida pelo processo penal. “O procedimento tem procedência sobre o mérito. Foram obedecidos os procedimentos e regras corretas? Então foi feita justiça” (ZEHR, 2018, p. 83).

A ênfase do processo penal recai sobre os ritos processuais a serem seguidos, uma vez que, garantidos estes procedimentos, a isonomia (a preservação da igualdade de tratamento entre todos os indivíduos) do processo é supostamente atingida. Neste contexto, ignoram-se as diferenças sociais, econômicas e políticas entre os infratores, tratando-se de "maneira equânime" todos aqueles que cometeram determinado ilícito, pelo menos em tese¹. “Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo a desigualdade em nome da igualdade” (ZEHR, 2018, p. 83).

No sistema de Justiça Retributivo, o crime é analisado como uma ofensa contra o Estado e não contra seu destinatário direto; logo, apenas o Estado é que detém a legitimidade para reagir ao ilícito - excluídos os crimes de ações penais privadas -, o que revela seu monopólio na administração dos conflitos decorrentes de infrações penais.

Seguido o devido rito processual, uma sentença é prolatada por um magistrado supostamente imparcial, que decidirá, conforme as provas produzidas no processo, se o réu é ou não o autor do crime e se este realmente aconteceu. Se for condenado pela prática do ilícito,

¹ Isto porque não é possível ignorar que o sistema de justiça criminal atua seletivamente, perseguindo gente preta, pobre e periférica (PIMENTA, 2018).

presume-se que os ofensores recebam um castigo merecido. Nesse sistema, as autoridades judiciárias são consideradas administradoras equânimes da punição (ZEHR, 2018, p. 80).

Raffaella Pallamolla e Daniel Achutti (2014) explicam que a justiça criminal moderna possui uma divisão acentuada do trabalho, com diferentes funções atribuídas a distintos papéis ocupacionais, pessoas treinadas em conhecimentos técnicos e específicos. Isto é, a tarefa da acusação é exercida pela promotoria de justiça, a defesa pelo advogado ou defensor público, e o julgamento pelo magistrado. Existe uma padronização dos procedimentos a serem adotados e uma rigorosa formalidade a ser cumprida na obtenção do produto final: a prolação da sentença.

Nesse sentido, para os autores, a consequência fundamental deste modelo de justiça é o tratamento categorizado dos casos levados à jurisdição, desconsiderando as particularidades contidas em cada situação. Na perspectiva jurídica, o conflito decorre de uma polarização entre as partes processuais: “o réu” e “vítima”. Resulta disso o enrijecimento da percepção deles sobre a situação de conflito, que será enquadrada segundo a legislação, o que lhes impossibilita leituras diversas das prescritas, comprometendo a consideração de circunstâncias alheias às previstas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a necessidade classificatória do sistema jurídico penal obriga os atores jurídicos a reduzirem suas percepções sobre as situações que lhe são encaminhadas, como forma de evitar o próprio colapso do sistema. Seu caráter burocrático, portanto, é potencializado, praticamente impossibilitando qualquer outra forma de atuação que não siga o passo a passo da *engenharia de produção da justiça* (PALLAMOLLA; ACHUTTI, 2014, p. 81).

Para Pallamolla, a justiça criminal típica da modernidade identifica uma conduta tipificada pelo legislador como crime a partir de pressupostos que conferem a base da reação ao delito. Estes pressupostos vinculam-se ao paradigma da justiça retributiva, que estigmatiza a justiça e o crime: “a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer, e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo sucesso; e é a violação da lei que define o crime” (2009, p. 68).

Dessa forma, a resposta penal é dicotomizada e simplificada na medida em que as duas opções viáveis para o desfecho do processo criminal são a absolvição ou a condenação do acusado. Nesse sentido, a culpa e a inocência inseridos no processo da justiça criminal moderno serão sempre excludentes, contribuindo para a estigmatização e a implicação de uma visão moralista do infrator. Nesta esteira, “ter cometido um delito passa a ser uma qualidade da pessoa, que se torna um criminoso. Essa etiqueta permanecerá aderida à pessoa mesmo depois

desta ter cumprido sua pena, ou seja, ter ‘pago sua dívida’ com a sociedade” (PALLAMOLLA, 2009, p. 69).

Howard Zehr aponta as seguintes críticas sobre o modelo de justiça denominado *retributivo* (2018, p. 189): a definição de crime como uma conduta selecionada pelo legislador como penalmente relevante; os danos são contidos abstratamente na tipificação dada pelo legislador; o Estado é a vítima do ilícito, e por isso o Estado e o réu são alçados a partes principais do processo criminal para apuração do ilícito; os direitos e necessidades das vítimas são negligenciados e ignorados; as dimensões interpessoais entre os envolvidos são irrelevantes; a natureza conflitiva do crime é obscurecida; o sistema não possui abertura para a vulnerabilidade do réu e as ofensas são estritamente definidas com termos técnicos e legais.

Para Zehr, no processo de justiça criminal, as vítimas são levadas em consideração apenas quando são necessárias como testemunhas, ouvidas em Juízo, realizando o seu depoimento sobre o caso (ZEHR, 2018, p. 37). A pessoa ofendida, via de regra, é inserida no processo judicial apenas para realizar o reconhecimento do ofendido. A estrutura adversarial do processo de justiça criminal apresenta-se como um desestímulo ao encontro entre o ofendido e o ofensor, que inúmeras vezes acaba resultando em uma desinformação sobre o andamento do caso e é caracterizada como “vitimização secundária” perpetrada pelos profissionais do judiciário e pelo próprio rito processual (ZEHR, 2018, p. 27).

As vítimas aparecem como figurar periféricas no processo judicial, desprovidas de qualquer tipo de influência, e a ausência de participação deixa um imenso legado de medo, raiva, desconfiança e culpa, que conduz a exigências persistentes e crescentes de vingança. Esse sentimento que atinge a vítima acaba, inevitavelmente, alcançando toda a comunidade.

No que diz respeito ao ofensor, o processo de justiça criminal brasileiro garante o seu direito constitucional de acompanhar todos os atos processuais junto ao seu defensor. Ao final da instrução criminal, ele terá a possibilidade de expor, perante o juízo, a suas versões sobre fatos narrados. Esta disposição do processo judicial determina que o ofensor figure como um espectador, mantendo sua atenção no seu futuro próximo e deixando transcorrer a experiência da justiça (ZEHR, 2018, p. 41).

A crítica apresentada por Howard Zehr é: os ofensores necessitam responsabilizar-se pelos atos que cometeram e, para que isto possa acontecer, é necessário que exista um vínculo intrínseco entre seus atos e as consequências deles decorrentes. Para isso, é necessário

descaracterizar a natureza adversarial do processo, que tende a consolidar os estereótipos entre a vítima e o ofensor.

O atual sistema de justiça criminal ocidental busca manter vítima e ofensor separados durante toda a instrução processual. Esta dinâmica realça a condição de adversários entre as partes e, inevitavelmente, desestimula o diálogo sobre a ofensa e sua resolução. As partes são privadas de seu poder pessoal no processo penal diante da unilateralidade do poder que se concentra no Estado. Este detém para si a legitimidade de conduzir a ação penal e, posteriormente, a aplicação da pena. Se, no momento da ofensa, a vítima é inoquizada pelo ofensor, no processo penal, ela é neutralizada pelo Estado. Assim, paradoxalmente, tanto o ofensor quanto o Estado retiram da vítima o seu direito de empoderar-se diante do fato.

Além disso, autor relata que o contexto carcerário é fundamentado no intuito de desumanizar (ZEHR, 2018, p. 45). Aos presos cabe apenas o direito de permanecer em suas celas, obedecer às regras impostas pela administração do presídio e àquelas determinadas pelos companheiros de cela. Não é proporcionado a eles a oportunidade de tomar decisões e exercer o poder pessoal, a fim de, tendo a possibilidade de tomar decisões, assumir responsabilidades. Segundo Zehr, os presos podem incorporar um padrão distorcido de relacionamentos interpessoais para sobreviver nestes locais. “Assim, não é de se surpreender que aqueles que melhor se conformam às regras da prisão são os que pior se adaptam à vida na comunidade depois de soltos” (ZEHR, 2018, p. 45). A opressão e a violência disseminadas dentro dos presídios são as reações que menos propiciarão uma transição bem-sucedida para a vida em comunidade.

Para Howard Zehr, o mundo do cárcere é pautado por padrão de violência. Conforme o autor: “[...] é preciso ser violento para sobreviver, que a violência é uma forma de reagir à frustração. Afinal, este é o padrão de normalidade no mundo distorcido da prisão” (2018, p. 43). O autor afirma, ainda, que todo o contexto dentro dos presídios é permeado por uma deterioração do próprio “eu” dos indivíduos. A violência se transforma em um tipo deformado de autodefesa, que, por consequência paradoxal, confirma ainda mais os sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade inerentes àqueles indivíduos que ali se encontram. Pouco a pouco o ambiente prisional retira o valor e poder de seus “clientes”.

De acordo com Pallamolla e Achutti, as críticas contra o sistema punitivo tiveram início muito cedo; já existiam movimentos para a reformulação do sistema prisional logo após a sua implementação, anunciando, assim, as prisões como um fracasso do sistema de justiça criminal.

Com o intuito de manter o sistema de justiça retributivo, os autores relatam inúmeras tentativas de “consertar” as falhas advindas do próprio sistema punitivista:

Ao longo da existência do modelo retributivo, portanto, inúmeras alterações buscaram ‘consertar’ suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, não havendo correlação entre gravidade do delito e a pena imposta. Posteriormente, com o Renascimento, introduziu-se o critério da proporcionalidade entre o ato e a pena correspondente, o que tornou a aplicação da pena mais ‘racionalizada’. Desde então, as prisões popularizaram-se e configuraram-se em uma forma ‘científica’ de aplicar punição. Mais recentemente, na primeira metade do século XX, surgiu a ideia de reabilitação, que em seguida (e torno de 1960) cairia em descrédito por sustentar um modelo terapêutico com sentenças indeterminadas e discricionárias. Ademais destas alterações ou reformas, também as penas alternativas figuraram como tentativas de salvar o paradigma punitivo, estatuidando alternativas de castigo (PALLAMOLLA; ACHUTTI, 2014, p. 82).

Michel Foucault, na obra “Vigiar e Punir”, publicada em 1975, apresenta um tratado histórico sobre a pena enquanto meio de coerção e suplício. As faces do controle social aplicadas ao Direito são abordadas no livro, que possui uma análise da vigilância e da punição. Assim, Foucault examina os meios sociais e teóricos que impulsionaram as mudanças nos sistemas penais ocidentais e descortina como o poder, por meio de diferentes entidades estatais, como hospitais, escolas e as próprias prisões, persegue aqueles ditos “indesejados”.

O autor utiliza duas formas de punição para ilustrar a sua discussão e para comparar a manutenção da pena em dois períodos históricos. A primeira data do século XVIII, a partir da execução (utilização de métodos que incluíam a tortura e o esquartejamento) de Robert Damiens pela tentativa de assassinato de Luiz XV na França. A segunda é relativa ao século XIX e diz respeito à agenda de programação diária da casa de disciplina dos jovens detentos de Paris. Analisa, então, dois estilos penais: a punição como suplício, enquanto teatro punitivo, e a prisão, sendo que ambos utilizam o poder voltado para o controle do corpo. Nesse sentido, é possível interpretar que a pena de prisão talvez seja tão intolerável quanto o suplício.

Foucault fará menção a uma nova ordem de economia do castigo na qual o sofrimento físico e a dor não são mais elementos que definem a pena, mas, sim, a suspensão de direitos, ou melhor, a redução de pequenas liberdades. Ele irá definir essas mudanças dos métodos punitivos como uma forma de dominação pela qual o poder tornou-se mais regular e estratégico: não punir mais em praças pública; a punição, em sua nova caracterização, passa a atingir a vida do criminoso e não mais apenas o corpo (FOUCAULT, 2010, p. 16).

O autor faz menção a uma nova forma de punição, após protestos contra o suplício, o qual teria se tornado intolerável, uma vez que revelava a tirania, o excesso, a sede por vingança,

por meio cruel de punir. Assim, na segunda metade do século XVIII, com a influência das ideias iluministas, surge um movimento de reforma que buscaria, em tese, a humanização dos meios punitivos do Estado. Entretanto, Foucault alerta que as novas formas de punição constituíram o remodelamento da gestão da ilegalidade com o fim de “[...] fazer que a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres” (FOUCAULT, 2010, p. 102).

Foucault afirma que, durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, formou-se uma nova estratégia no exercício do poder de castigar em que os objetivos foram pautados na execução da punição e da repressão das ilegalidades como uma função regulatória do Estado, não havendo uma diminuição do poder punitivo, mas, sim, a criação de sua melhor versão.

E a ‘reforma’ propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada da política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função de regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 2010, p. 79).

Foucault indica que a prisão é vista como uma sanção a uma determinada prática de delito cujo objetivo maior é disciplinar os detentos, criando-os, assim, como pessoas mais dóceis (FOUCAULT, 2010, p. 133). O autor afirma que as instituições de reclusão se movem no sentido de se tornarem mais produtivas (FOUCAULT, 2010, p. 229). Retoma-se a ideia de adestramento, ou seja, coordenação das ações em uma resposta automática e em uma observação permanente, como um instrumento essencial dessas instituições (FOUCAULT, 2010, p. 235).

A partir dessa ótica, conclui-se que o paradigma punitivo tem sido retroalimentado pelas propostas de reformas e que a sua crise ainda não foi capaz de provocar uma guinada na ciência jurídica. A questão que se coloca aqui, entretanto, é se não haveria um potencial de mudança à vista, com a formulação de uma teoria da Justiça Restaurativa. É isso que passaremos a analisar na sequência.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A obra de Howard Zehr (1990) é considerada uma referência nos estudos sobre métodos alternativos de solução de conflitos e sistema de justiça criminal, porque propaga uma nova forma de análise do fenômeno criminal. Dessa perspectiva, o fenômeno criminoso é compreendido como um ato que afeta a vítima, provocando-lhe danos.

O autor supracitado relata uma experiência vivenciada na cidade de Elmira, Ontário, nos Estados Unidos da América, no ano de 1974, em que dois jovens foram denunciados por praticar inúmeros atos de vandalismo contra propriedades da região (ZEHR, 2018, p. 161). Tais práticas foram amplamente divulgadas até que Mark Yantzi, Membro do Comitê Central Menonita, da cidade de Kichener, também em Ontário, junto a um grupo de cristãos engajados, iniciou uma busca por alternativas para lidar com os delitos de menor potencial ofensivo. Mark, então, propôs ao juiz do caso que promovesse um encontro entre os acusados e as vítimas das infrações cometidas. O encontro foi realizado, e, poucos meses depois, as vítimas foram ressarcidas pelos danos causados.

Essa experiência resultou na disseminação de outros programas de reconciliação e restituição de danos entre a vítima e o ofensor em inúmeros países, dentre eles: no Canadá, com o programa *Victim Offender Reconciliation Programmes*; nos Estados Unidos, na cidade de Elkhart, no estado da Indiana, local onde ocorreram as primeiras experiências na década de 1970; e na Nova Zelândia, em 1989, mediante a promulgação de *Children, Young Persons and Their Families Act*.

No Brasil, a Justiça Restaurativa teve início em 2004 (ZEHR, 2015, p. 6), com a criação do *Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa* na Escola Superior da Magistratura AJURIS (Associação de Juízes do Rio Grande do Sul). Em 2005, foi criado o projeto *Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro*, aplicando-se os postulados da Justiça Restaurativa na 3ª Vara da Infância e Juventude em casos que envolviam medidas socioeducativas e protetivas.

Conforme Zehr, a Nova Zelândia figura como um dos lugares mais avançados no que diz respeito à aplicação da Justiça Restaurativa (ZEHR, 2015, p. 68). Para o autor, a Justiça Restaurativa foi instituída como uma forma de recuperar a gestão de conflitos de populações nativas, os Maoris, que não se sentiam representados no sistema moderno de justiça

contemplado no país. Hoje a aplicação da Justiça Restaurativa está regulada pela Constituição do país (TONCHE, 2015, p. 53).

John Braithwaite afirma que a Justiça Restaurativa é resultado de um grande desenvolvimento do pensamento humano, uma vez que o modelo de justiça criminal imperou ao longo da maior parte da história humana, remontando às antigas civilizações árabes, gregas e romanas (BRAITHWAITE, 2003, p. 3).

A partir desses estudos, é possível afirmar que a Justiça Restaurativa se apresenta como uma via alternativa pacificadora, com o objetivo de garantir a reconstrução do tecido social e comunitário. Braithwaite evidencia que um processo restaurador perfeito pode resultar em uma decisão democrática não nominal entre os envolvidos, em contraposição ao atual sistema de justiça criminal, que impõe um resultado exclusivamente punitivo. Para o autor, a Justiça Restaurativa representa um movimento que luta contra a estigmatização e injustiças do atual sistema de justiça criminal (BRAITHWAITE, 2002, p. 1).

De acordo com Juliana Tonche, a Justiça Restaurativa promove um resgate de práticas ancestrais de comunidades originalmente indígenas consolidadas ao longo de séculos de prática (2015, p. 53). A principal prática restaurativa relaciona-se com a formação de círculos decisórios. Seus intérpretes são membros da comunidade que se reúnem a fim de discutir os problemas advindos do ato praticado, para, posteriormente, convergirem a possíveis soluções.

Raffaella Pallamolla afirma que Justiça Restaurativa não tem como proposta principal a recuperação de formas tradicionais de composição de conflitos, mas, sim, resgatar a base teórica que privilegia o protagonismo das partes diretamente envolvidas no conflito no processo restaurativo: vítima, ofensor, comunidade, família, e demais pessoas que se sintam envolvidas no conflito. Para a autora, a principal diferença entre a Justiça Restaurativa e o sistema de justiça criminal atual é que, enquanto este centraliza em um “terceiro” responsabilidade pela decisão do conflito, a Justiça Restaurativa tem enfoque nos efeitos que restaram do incidente e nos danos acarretados à vítima, que, por sua vez, também atingiram a comunidade (PALLAMOLLA, 2009, p. 55).

Howard Zehr insere o termo “Justiça Restaurativa” como oposição ao modelo de Justiça Retributiva. Mylène Jaccoud, por sua vez, argumenta que o termo restaurativo é originado da transformação da justiça terapêutica. Para esta autora: "A Justiça Restaurativa é uma aproximação que privilegia toda e qualquer forma de ação, individual ou coletiva, visando a

corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a recondução das partes ligadas a um conflito" (JACCOUD, 2005, p. 6).

Jaccoud afirma que a Justiça Restaurativa propõe reconstruir a noção de crime, a qual não será mais concebida como uma transgressão a uma norma jurídica, mas, sim, como um evento de ruptura de um laço social causador de prejuízos e consequências. Através desta análise restaurativa do crime, pode-se conceder duas perspectivas diferentes: uma perspectiva restaurativa enquanto alternativa à perspectiva punitiva, e uma perspectiva complementar à punitiva. A autora apresenta três modelos de Justiça Restaurativa: um modelo centrado sobre as finalidades (o foco reside nos resultados da intervenção, não sendo essencial, no entanto, os meios pelos quais os resultados serão alcançados); um outro modelo centrado no processo (o foco se concentra sobre o processo e na participação dos envolvidos na decisão, independente se esta virá ou não a ser restaurativa) e um último modelo centrado nas finalidades e nos processos negociados (Justiça Restaurativa como função exclusiva alternativa ao sistema de justiça criminal de um Estado, condicionada portanto à ausência de interferência do Estado) (JACCOUD, 2005, p. 7).

Raffaella Pallamolla identifica dois modelos restaurativos: maximalista, o qual insere a Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, preocupando-se com os resultados restaurativos e aceitando, inclusive, que a reparação do dano à vítima seja imposta ao ofensor; e outro modelo, minimalista, optando por manter-se afastado do sistema criminal. Neste último, não se adere à lógica punitiva do sistema, acreditando, assim, que é possível mudar o sistema punitivista (PALLAMOLLA, 2009, p.78).

A partir desta análise, Pallamolla entende que a Justiça Restaurativa se apresenta como um conceito aberto, uma vez que não possui uma teoria estática, mas fluida, pois, ao longo dos anos, sua prática tem sido constantemente modificada (PALLAMOLLA, 2009, p. 54). No contexto norte americano, na década de 1970 a 1980, por exemplo, a Justiça Restaurativa era vista como um movimento de descriminalização operacionalizado mediante a aplicação de técnicas de mediação e reconciliação entre a vítima e o ofensor. Já na década de 1990, a Justiça Restaurativa teria sido inserida em todas as fases do processo penal.

Como se vê, as teorias sobre Justiça Restaurativa têm sido renovadas durante os anos subsequentes ao primeiro círculo restaurativo na modernidade e se desenvolvido com base na experiência. Assim sendo, a Justiça Restaurativa não se apresenta como um projeto específico. Zehr afirma que, após três décadas de discussões sobre os programas, não existe um modelo de

aplicação da teoria que possa ser visto como ideal, ou, ainda, passível de implementação imediata. Ademais, as práticas restaurativas devem se adequar à comunidade na qual está inserida, por meio do diálogo sobre as necessidades locais, próprias de cada região. Em suas palavras: “A Justiça Restaurativa não é um mapa, mas seus princípios podem ser vistos como uma bússola que aponta na direção desejada. No mínimo, a Justiça Restaurativa é um convite ao diálogo e à experimentação” (ZEHR, 2015, p. 23).

Diante da complexidade da teoria da Justiça Restaurativa - uma vez que não possui um modelo de estrutura, mas, sim, princípios estruturais que ditarão a condução das práticas restaurativas -, os processos restaurativos apenas designam quais procedimentos de composição de conflitos serão conduzidos. Deste modo, circunscrevê-la em conceitos taxativos seria uma contradição (TONCHE, 2015, p. 42).

Nesse sentido, Howard Zehr propôs a concepção de Justiça Restaurativa como uma lente. Segundo ele, a sua aplicabilidade está condicionada à combinação de uma teoria com uma gramática, sendo que esta articulação é que garantiria o êxito de sua aplicação (ZEHR, 2018, p. 184). Para o autor, a Justiça Restaurativa é pautada em três pilares (danos e necessidades, obrigações e engajamento) e cinco princípios fundamentais: focar nos danos e necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade; tratar das obrigações que resultarem destes danos; utilizar-se de processos inclusivos e cooperativos; envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação; e reparação dos danos (ZEHR, 2015, p. 38).

Analisando o crime a partir do enfoque de que este é um dano causado a pessoas e à comunidade, parte-se de uma nova premissa de que, uma vez praticado, preocupações inerentes às necessidades das vítimas e ao seu papel no processo surgirão (ZEHR, 2015, p. 28). Assim, a reparação do dano causado à vítima tornar-se-á, automaticamente, o enfoque principal dos círculos restaurativos. Esta nova abordagem exige que o procedimento restaurativo esteja apto a atender às necessidades das vítimas, mesmo que o ofensor não seja reconhecido.

A comunidade será corresponsável pela reparação dos danos, devendo assistir a vítima e cooperar para identificar e atender as necessidades dela, bem como as necessidades do ofensor, garantindo-lhes que sejam transformados a partir do processo de justiça. Com isso, a Justiça Restaurativa utiliza-se dos círculos restaurativos para proporcionar a reunião dos envolvidos a fim de que presenciem um momento propício para a restauração dos laços já degradados (TONCHE, 2015, p. 55).

Braithwaite relata em seus estudos que os valores obrigatórios do processo restaurativo deverão ser inevitavelmente respeitados a fim de prevenir que o processo não se torne opressivo. Assim, a Justiça Restaurativa deverá ser estruturada de forma a minimizar os estereótipos de poder, devendo-se evitar a dominação entre os participantes e fomentar a interação entre eles; os processos restaurativos visam ao empoderamento e à preocupação igualitária com todos os participantes, garantindo-lhes a participação ativa no processo de justiça; a escuta respeitosa entre os participantes, como condição de participação; a honra dos limites máximos estabelecidos na legislação, proibindo-se qualquer desfecho degradante ou humilhante a qualquer uma das partes e a garantia do respeito aos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como outros tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados pelo país (BRAITHWAITE, 2002, p. 8).

Uma das preocupações da Justiça Restaurativa é atender as necessidades das vítimas. Neste contexto, garantir a plena integração das vítimas ao processo de justiça consiste em: asseverar o amplo acesso às informações processuais; garantir o seu empoderamento na relação processual; possibilitar a restituição patrimonial; e assegurar o diálogo entre todos os componentes do círculo restaurativo (ZEHR, 2015, p. 28).

Além disso, a vítima necessita de um espaço para que possa expressar e validar suas emoções após uma ofensa (ZEHR, 2018, p. 35). Nesse sentido, é importante oferecer à vítima espaços de acolhimento, a fim de que ela se sinta segura, e, desse modo, possa encontrar oportunidade para expor seus sentimentos e seu sofrimento. Esta ocasião pode funcionar como um momento de empoderamento, porque é capaz de devolver à vítima sua autonomia pessoal, proporcionando-lhe uma sensação de controle e envolvimento na solução do conflito.

Dessa forma, é possível afirmar que a Justiça Restaurativa propõe um movimento em direção a um novo senso de identidade nos relacionamentos interpessoais, podendo ser identificada como um caminho a ser trilhado para reconstruir um sentido de esperança comunitário (ZEHR, 2015, p. 30).

Porém, ressalta-se que a Justiça Restaurativa não tem como objetivo principal gerar o perdão ou a reconciliação entre vítima e ofensor, mas oferecer um contexto propício para que ocorra uma diminuição das hostilidades e do medo entre os participantes, o que poderá, ou não, levar a algum grau de perdão ou reconciliação, não podendo sobrevir qualquer pressão entre os participantes para estes fins (ZEHR, 2015, p. 19).

Em síntese, a teoria restaurativa reconhece que tanto a vítima quanto o ofensor possuem pontos de dor e sofrimento e que, portanto, a transcendência desses papéis inerentes às figuras perpetradas por cada um no processo apenas será possível a partir do auto perdão, por meio da reafirmação de seu poder pessoal (ZEHR, 2018, p. 58).

Além disso, a Justiça Restaurativa concede às comunidades² um lugar central em sua teoria porque, conforme o autor Howard Zehr, elas também sofrem o impacto do conflito. Por essa razão, são consideradas vítimas secundárias, assumindo responsabilidades em relação às vítimas, aos ofensores e a seus membros (ZEHR, 2015, p. 32).

Como se vê, a teoria da justiça restaurativa ainda está em desenvolvimento, mas indica caminhos promissores. Entretanto, é preciso conhecer também como têm sido estruturadas as suas práticas, a fim de se evitar olhar apenas por uma dimensão hipotética. A seguir, serão descritos alguns modelos, para depois avaliar como estes modelos têm sido articulados no país.

3.1 OS CÍRCULOS RESTAURATIVOS

A Justiça Restaurativa utiliza-se de diversos tipos de processos para ser posta em prática: mediação vítima-infrator; conferência vítima-ofensor; círculos de pacificação; círculos de sentença; e círculos restaurativos.

O termo “círculo restaurativo” tem sido extensamente utilizado no Brasil (TONCHE, 2015, p. 72). Os tipos de práticas restaurativas divergem de acordo com o país em que são utilizadas, já que é intrínseca à prática restaurativa adaptar-se de acordo com o país e com as especificidades da região na qual se pretende aplicá-la (ZEHR, 2015, p. 23).

O círculo restaurativo permite que a intervenção ocorra a partir de uma disposição em que todos os participantes presentes estão em uma mesma posição, configurando-se, portanto, uma tentativa de rompimento com as hierarquias presentes no rito das audiências do Judiciário.

Faz parte das práticas restaurativas substituir o termo convencionalmente utilizado, qual seja, “réu”, por “infrator” e “ofensor”, para que os participantes não se sintam em um processo

² Devido à dificuldade enfrentada na modernidade sobre o conceito de comunidade inserido na Justiça Restaurativa, Zehr afirma que as práticas restaurativas têm se concentrado na expressão “comunidades de cuidado” ou micro-comunidades. Neste contexto, a comunidade seria composta por pessoas que convivem próximas tanto da vítima quanto do ofensor. Porém, a problemática colocada pelo autor de que também existem redes de relacionamento que não são definidas no âmbito geográfico é por ele mesmo solucionada. Desse modo, as questões fundamentais para sanar a temática posta são: “quem da comunidade se importa com essas pessoas ou com a ofensa?, e como envolvê-las no processo?” (ZEHR, 2015, p. 44).

estigmatizado. Desse modo, a Justiça Restaurativa prioriza o contexto social em que se produziu o ato conflituoso, englobando a relativização dos papéis de cada um dos participantes – a vítima também poderá assumir o papel de ofensora e vice-e-versa.

O modelo pioneiro de círculos restaurativos, realizado em Elkhart, Indiana, utilizava a terminologia “Programas de Reconciliação Vítima - Ofensor”. Porém, atualmente, utiliza-se o termo “Diálogo Vítima-Ofensor” ou “Conferência Vítima-Ofensor” (ZEHR, 2018, p. 163). A Conferência Vítima-Ofensor baseia-se em uma organização independente do sistema de justiça criminal que trabalha em cooperação com ele. O procedimento consiste em encontro presencial entre a vítima e o ofensor que confessou o delito. Antes do encontro, a vítima e o ofensor serão contactados para decidirem se aceitam ou não participar da conferência, e, apenas depois da concordância de ambos, o encontro é marcado. Este é presidido por um facilitador treinado que enfatizará três elementos: os fatos, os sentimentos, e os acordos. As duas partes são incentivadas a contar suas histórias, expressando o impacto e as implicações da sua experiência. Chegando a um acordo, as partes assinam um contrato. Para Zehr, as experiências da Conferência Vítima-Ofensor oferecem uma oportunidade para a expressão de sentimentos, troca de informações, recuperação de perdas e garantia do empoderamento da vítima.

Já a mediação vítima-ofensor apresenta-se como um programa no qual a figura do mediador é de maior relevância (TONCHE, 2015, p. 73). O mediador, entretanto, será um membro da comunidade treinado, que preparará as vítimas e ofensores interessados em se comunicar, gerando a oportunidade de se encontrarem em um espaço propício. Ele deverá transmitir segurança e estrutura para a mediação. Nesse sentido, a proposta deste processo da Justiça Restaurativa concentra-se principalmente na facilitação e incentivo do diálogo entre os participantes, sem, contudo, afetar o devido processo penal, seu julgamento ou a sentença do acusado.

Para Zehr, apesar de alguns projetos restaurativos serem baseados em programas de mediação, a Justiça Restaurativa não pode ser considerada um programa de mediação, porque o encontro facilitado entre vítima, ofensor, familiares e membros da comunidade nem sempre se mostra apropriado a todos os tipos de crimes (ZEHR, 2015, p. 21). Deste modo, para o autor, a Justiça Restaurativa não se limita apenas ao encontro entre os participantes, podendo ser realizada inclusive quando o ofensor não é identificado, ou, ainda, quando uma das partes não se dispõe a participar do encontro (ZEHR, 2018, p. 209).

Os círculos de sentença, que também podem ser chamados de círculos de pacificação da pena, aplicados na comunidade Inuit, no Canadá, oferecem a oportunidade de incorporar abordagens tradicionais de soluções de crime a um sistema jurídico ocidental. Desse modo, o resultado é obtido através de discussões e consensos entre os envolvidos. Zehr afirma que os Círculos de Sentenciamento não têm como objetivo apenas avaliar o que acontece com os ofensores, mas, também, o impacto gerado na comunidade, construindo assim um senso de comunidade (ZEHR, 2018, p. 177). Estes círculos reúnem o ofensor, a vítima (ou seu representante) e grupos de apoio das partes, além de membros da comunidade interessados na discussão do evento danoso.

Para Juliana Tonche, a tentativa de administrar meios alternativos de resolução de conflitos resultante da própria utilização de círculos para determinar a sentença do ofendido apresenta-se como uma nova imposição. “Os círculos de cura são mais amplamente empregados para tentar empoderar comunidades nativas, enquanto que os círculos de sentença constituem-se em apenas mais um degrau para criar uma nova legitimidade para a intervenção do sistema de justiça estatal” (TONCHE, 2015, p. 72).

Em outra perspectiva, na Nova Zelândia, a Justiça Restaurativa está presente nas Conferências de Grupos Familiares e outros modelos restaurativos aplicados discricionariamente e por encaminhamento (ZEHR, 2018, p. 174). Na justiça neozelandesa, as ofensas de menor potencial ofensivo são encaminhadas pela comunidade, pela escola, por instituição religiosa ou, ainda, por iniciativa das próprias partes envolvidas. Em outros casos, o próprio sistema judiciário da Nova Zelândia, por meio de seus agentes, encaminha para a prática restaurativa. No âmbito dos tribunais, a indicação da prática restaurativa ocorre logo após a instrução e as alegações finais, antes, no entanto, da prolação da sentença, que será ordenada caso ocorra um acordo no encontro restaurativo.

É importante ressaltar que, independentemente da prática restaurativa aplicada, todo processo restaurativo baseado nos princípios norteadores da Justiça Restaurativa se estrutura sob a assunção, por parte dos envolvidos no delito, de posições ativas nas discussões sobre os danos. Assim, esse modelo visa à tomada de decisões mais adequadas sobre o que deve ser feito, sobre quais as reparações pertinentes ao caso concreto e sobre quais as responsabilidades que cada um dos participantes deverá assumir a partir do que foi decidido (ZEHR, 2015, p. 38).

Preza-se pela experiência democrática em que todos os participantes falam e escutam respeitosamente todos que participam do encontro, cabendo ao facilitador informar aos

participantes os objetivos e o modo de operar o círculo restaurativo. Assim, na experiência restauradora, o diálogo é essencial e indispensável, porque beneficia tanto a vítima quanto o infrator. O resultado advindo do processo restaurativo deverá constar de um acordo e este deverá ser claro quanto às responsabilidades de cada um dos participantes para facilitar o seu integral cumprimento e monitoramento (ZEHR, 2018, p. 208).

3.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Para contextualizar a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil, foi utilizado como substrato a pesquisa de doutorado de Juliana Tonche, que analisou programas de Justiça Restaurativa que funcionam no município de São Caetano do Sul, Estado de São Paulo; e o artigo “Justiça Restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria a prática”, de Daniel Achutti e Maria Angélica dos S. Leal, em que foram analisadas as práticas restaurativas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul.

Para Tonche, o município de São Caetano do Sul é polo importante de Justiça Restaurativa no Brasil, porque foi instalado ali um dos três programas-piloto implantados no país, através de uma colaboração da Secretaria da Reforma do Judiciário e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento³. O programa restaurativo inserido em São Caetano do Sul tem aplicação na área da infância e da juventude, integrando com o sistema público educacional.

A autora explica que o projeto teve início no ano de 2005, com um magistrado da Vara da Infância e Juventude da comarca de São Caetano do Sul, que mobilizou parceiros no Judiciário para o desenvolvimento e posterior concretização de um projeto que envolvia, nessa época, três escolas e adolescentes em conflito com a lei (TONCHE, 2015, p. 119). Tonche ressalta que houve um segundo momento durante a instauração do projeto, com o desenvolvimento do segundo projeto-piloto no mesmo município, chamado “Restaurando Justiça na Família e na Vizinhaça: Justiça Restaurativa e Comunitária no bairro Nova Gerty” (TONCHE, 2015, p. 119).

³ De acordo com Juliana Tonche, os outros dois programas-piloto se desenvolveram no Juizado Especial Criminal, no Distrito Federal, e em Porto Alegre, sendo aplicados na Vara de Execuções de Medidas Sócio-Educativas na área da Infância e Juventude.

Até 2015, o programa de Justiça Restaurativa aplicado no município de São Caetano do Sul era difundido em dois locais distintos: no Fórum e em uma escola da rede pública da cidade, chamada Padre Alexandre Grigoli. Entretanto, Tonche analisou apenas as intervenções restaurativas ocorridas na escola, porque, conforme exposto pela autora, os círculos restaurativos ocorridos no Fórum da cidade não foram possíveis de serem acompanhados (TONCHE, 2015, p. 121).

A pesquisadora constatou que, na escola, eram realizados dois tipos diferentes de atendimento vinculados à justiça restaurativa: existia um momento em que uma professora realizava círculos restaurativos com alunos para resolver desentendimentos entre os alunos, professores ou funcionários da escola; e, ainda, aos sábados, três facilitadores atuavam em círculos restaurativos, independentemente de os casos terem sido originados na escola ou não, mas que tivessem efetivamente resultado em processos criminais e que, portanto, foram encaminhados pelo magistrado ou ainda pelo promotor do caso (TONCHE, 2015, p. 121).

Importante destacar que a autora menciona que o juiz do caso possui regular atenção aos programas restaurativos ocorridos na escola, até os casos que se originaram nas escolas e que não constituem necessariamente matéria para um processo crime, para que os acordos provenientes do pós-círculo sejam levados ao Judiciário, a fim de encerrarem o conflito.

O juiz acompanha de perto o programa e todos os casos passam pelo seu crivo; são resolvidos na escola casos que já vem com sua indicação e mesmo aqueles que se originaram na escola, sem necessariamente se constituírem enquanto matéria para processo criminal, vão para o Judiciário, depois da realização do acordo pós-círculo, o juiz ou promotor neste caso não aplicam a pena e decidem seu fechamento (TONCHE, 2015, p. 122).

Os conflitos decorrentes do âmbito escolar e que envolviam unicamente alunos, fossem estes do ensino fundamental ou médio, não eram encaminhados para o juízo da Vara da Infância e Juventude do município de São Caetano do Sul, sendo resolvidos por um professor, que guardava os registros dos procedimentos restaurativos, não enviando-os à justiça para sua homologação.

Na dinâmica dos círculos restaurativos no contexto escolar, caso eventualmente uma das partes não comparecesse ou não desejasse participar, não ocorria a dinâmica restaurativa, já que a participação é voluntária. De outra parte, nos casos enviados pelo magistrado ao programa de Justiça Restaurativa, se uma das partes não comparecesse na data e horário do

círculo restaurativo, sua ausência era comunicada ao juízo, que então poderia convocar ou não a pessoa a participar do círculo novamente (TONCHE, 2015, p. 123).

No momento do pré-círculo, o facilitador atendia individualmente cada uma das partes envolvidas no conflito, ocasião em que eram explicados aos “potenciais participantes” o que é a Justiça Restaurativa e como funcionaria o círculo. Nesse contexto, é importante ressaltar que, para que o ofensor pudesse fazer parte do procedimento restaurativo, era necessário que ele se responsabilizasse pelo evento danoso (TONCHE, 2015, p. 130).

Transcorrido o período do pré-círculo, passava-se então para a efetiva realização do círculo. Neste momento, os participantes envolvidos na situação conflituosa eram novamente ouvidos individualmente pela facilitadora, para que só depois pudessem reunir-se e decidirem, juntos, as formas de reparação do problema. No decurso do círculo, caso as partes realizassem um acordo, finalizava-se a sessão e o pós-círculo ficava na dependência do desfecho de cada caso trabalhado na sessão, mas devendo necessariamente haver uma outra reunião com a facilitadora para que, então, pudesse haver a efetiva resolução do caso (TONCHE, 2015, p. 130).

Conforme minuciosa análise dos círculos restaurativos objeto de estudo de campo, Tonche então extrai uma importante conclusão: os conflitos trazidos aos círculos restaurativos são considerados muito simples para serem inseridos no judiciário, e, portanto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma maneira de evitar que conflitos saiam das escolas, ao passo que estes conflitos ainda continuam sob o controle do magistrado e o papel pedagógico é exercido pela facilitadora (TONCHE, 2015, p. 147).

Neste prisma colocado pela autora, sua crítica à aplicação das práticas restaurativas no sistema de justiça brasileiro evidencia apenas o intuito de retirar do Poder Judiciário atos infracionais (condutas descritas como crime ou contravenções penais cometidas por menores de dezoito anos de idade) de menor potencial ofensivo, o que, de fato, retira o potencial restaurativo dos demais delitos que são diariamente levados ao Judiciário.

Embora a Justiça Restaurativa possa ser aplicada a crimes com diferentes graus de potencial ofensivo, no contexto brasileiro, há uma seleção delimitando os crimes considerados menos graves para os quais há a recomendação de práticas restaurativas. “Nesse âmbito, a questão da utilização dos programas restaurativos para casos de menor gravidade pode se constituir num paradoxo, porque quanto menor a necessidade de reintegração social está presente, mais a justiça restaurativa é recomendada” (TONCHE, 2015, p. 147). Para Juliana

Tonche, o envio, apenas, ou prioritariamente, de casos de menor potencial gravidade, acaba por reforçar a marginalidade da Justiça Restaurativa.

Neste contexto, Tonche indica que a Justiça Restaurativa aplicada no contexto brasileiro reproduz, em um ambiente de informalidade, práticas já construídas nos procedimentos de justiça criminal comum. Neste sentido, embora não ocorram no Fórum e não contem com a presença de um magistrado, as práticas restaurativas acompanhadas se distanciam das formulações teóricas sobre Justiça Restaurativa e acabam por se assemelhar às práticas e discursos próprios do sistema de justiça comum.

O conteúdo potencialmente transformador proposto pelo modelo é esvaído e o ideal autocompositivo proposto pelos encontros restaurativos fica comprometido na medida em que a sua prática está orientada pelo tom pedagógico e disciplinador presente nas audiências perante um juiz. Para a autora, isso se dá porque o modelo informal de justiça está compreendido no modelo formal. A pesquisadora constata que, independentemente de o condutor do procedimento ser um profissional do Direito ou não, os facilitadores tentam também trazer, para o procedimento restaurativo, aspectos característicos dos rituais judiciais. “Estes são os novos *experts*, que, atuando em parceria com os tribunais, estão fazendo do modelo alternativo mais um apêndice do modelo de justiça oficial” (TONCHE, 2015, p. 151).

Daniel Achutti e Maria Angélica dos S. Leal, em estudo sobre a aplicação de práticas restaurativas em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, apontam que a Justiça Restaurativa estava incluída desde 2012 no Mapa Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), integrada pela metodologia de solução de conflitos, gerenciada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos. Os autores aduzem ainda que, em 2015, o Tribunal implantou quatro projetos-piloto de Justiça Restaurativa no Foro de Porto Alegre, por meio do Programa Justiça Restaurativa para o Século 21.

De acordo com Achutti e Leal, as práticas restaurativas inseridas no contexto gaúcho são aplicadas por dois servidores técnicos e dois voluntários e são supervisionadas por um magistrado, que realiza a coordenação das práticas juntamente com o magistrado titular que coordena o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Os pesquisadores acompanharam quatro demandas judiciais, sendo três encaminhadas por Varas Criminais do Foro Partenon e uma do Juizado da Infância e Juventude, que envolviam crimes de roubo e extorsão, crimes contra a honra, lesão corporal e contravenção penal. Conforme relatado, o procedimento restaurativo se desenvolve em três etapas: pré-círculo,

círculo e pós-círculo. Assim sendo, após os casos terem sido distribuídos ao CEJUSC, foi realizado contato telefônico com o ofensor, a fim de marcar um encontro para analisar a possibilidade do uso da Justiça Restaurativa e, com o aceite deste, deu-se início à fase do pré-círculo. Após esse procedimento, a vítima foi contactada e, com ela, era realizado um novo encontro de forma separada. Portanto, na fase do pré-círculo ocorria a preparação das partes para o encontro circular. Neste momento, conversava-se sobre o evento danoso e as necessidades advindas da situação de forma individual.

Com o aceite, tanto do ofensor quanto da vítima, o círculo restaurativo era marcado. Este encontro possui metodologia específica, em que pessoas capacitadas atuam na posição de facilitadores, orientando as atividades para que as partes busquem compreender a dimensão do ocorrido, manifestando suas necessidades e assumindo a autorresponsabilidade para que, ao final, assumam protagonismo na elaboração de um acordo e na superação da situação de conflito.

A fase do pós-círculo ocorre após a realização do acordo no círculo restaurativo e permite acompanhá-lo, “bem como ressignificar as ações acordadas e, se necessário, estabelecer novos prazos para cumprimento deste acordo” (ACHUTTI; LEAL, 2017, p. 93).

Achutti e Leal indicam que, em todos os atos que permeiam o processo, houve o esclarecimento do papel dos facilitadores, bem como sobre a participação voluntária das partes. Nestas oportunidades, houve o questionamento sobre a necessidade das partes e o que poderia ter sido feito para atender suas necessidades. A assunção da responsabilidade pelos atos acabou por aparecer na fala dos envolvidos, junto com a percepção de como sua ação teria afetado a vida da outra parte.

Na visão de ambos os autores, a fase do pré-círculo mostra-se muito significativa para o resultado restaurativo, porque ajuda na extração de muitas das necessidades e informações das partes. “O acolhimento pode ser tão importante quanto o círculo, pois diversas situações podem torná-lo o momento do encontro” (ACHUTTI; LEAL, 2017, p. 94).

Além disso, constataram que os processos encaminhados para os centros de Justiça Restaurativa do CEJUSC foram de pequena gravidade, menor potencial ofensivo, situações em que talvez não fosse necessária uma intervenção do Poder Judiciário. Concluíram, por fim, que: “a baixa gravidade das situações conflitivas também foi percebida como um dos motivos que influi no desinteresse das partes pela continuidade do procedimento” (ACHUTTI; LEAL, 2017, p. 96).

Nesse contexto, os pesquisadores estimulam a reflexão sobre a efetividade da proposta restaurativa, quando aplicada somente em situações de menor potencial ofensivo e em casos de atos infracionais, porque, nestes casos, a proposta consagrada na teoria da Justiça Restaurativa, de satisfação do tecido social e satisfação das partes, dificilmente é visualizada.

Mostra-se evidente, após as duas análises acima demonstradas, que as práticas restaurativas hoje aplicadas na sociedade brasileira distanciam-se da teoria da Justiça Restaurativa. Ambas são aplicadas em ambientes inseridos no Poder Judiciário, coordenadas por um magistrado, que, apesar de não ser o responsável por guiar a sessão, figura como supervisor dos procedimentos restaurativos.

Ademais, é válido reafirmar a crítica realizada por todos os autores acima citados (Tonche, Achutti e Leal), de que os processos levados à proposta restaurativa são de menor gravidade ou atos infracionais. Para Achutti e Leal, tal dinâmica de atuação pode servir para expandir o controle do Estado e não trazer benefícios à coletividade. Para Tonche, a escolha brasileira de redirecionar apenas os delitos de menor potencial ofensivo aos programas de Justiça Restaurativa tem como intuito evitar que estes processos cheguem até o sistema de justiça comum. Isso tornou-se evidente quando os três projetos piloto foram inaugurados. O foco desses programas se assenta sobre questões envolvendo adolescentes e conflitos relacionados ao contexto escolar e não à proposta teórica da Justiça Restaurativa de utilizar o modelo restaurativo como um resgate de formas tradicionais de composição de conflitos – como ocorrem em países como Nova Zelândia, Canadá.

Restou evidente em ambos os trabalhos analisados que as práticas restaurativas instauradas no Brasil acabam por reforçar a centralidade do Judiciário. Neste sentido, Tonche afirma que o potencial transformador, princípio basilar contido na teoria da Justiça Restaurativa, tem enfrentado dificuldades para ser efetivamente implantado. Isso ocorre em função principalmente da resistência que a teoria enfrenta dos próprios profissionais do Direito e da população que é atendida pelos programas, já que ambos não o entendem como um benefício para os envolvidos. Para a autora, as iniciativas desenvolvidas no Brasil não estão rompendo com a lógica do sistema de justiça comum, haja vista que integram um quadro em que o sistema de justiça criminal continua sendo central: “estão aumentando as possibilidades de expansão da rede de controle social, inaugurando configurações inéditas de programas que mesclam o formal e o informal, saber leigo e *expertise*” (TONCHE, 2015, p. 206).

Nesse sentido, as experiências restaurativas analisadas anteriormente demonstram-se como um gerenciamento de ilegalidades, como afirmado por Michel Foucault, assim como ocorreu com a concentração da função regulatória estatal na repressão das ilegalidades, ampliando o poder punitivo com a implementação de práticas de Justiça Restaurativa, as quais não teriam reduzido o poder punitivo, mas, sim, expandido o controle social formal.

Todavia, apesar dessas constatações, é preciso avaliar, ainda, se há, de fato, um potencial transformador nas postulações teóricas da Justiça Restaurativa. Em outras palavras, a pergunta que se coloca é: a Justiça Restaurativa pode provocar uma revolução científica?

4. É POSSÍVEL A TRANSPOSIÇÃO PARADIGMÁTICA?

Thomas Kuhn, físico e historiador da ciência, publicou, em 1962, o livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”, no qual investiga o modo como evolui a ciência⁴. O autor, nesse estudo, desconstrói a ideia de que a ciência possui um caminho linear, isto é, que possui um processo cumulativo que traz sempre um progresso para a humanidade. Segundo o autor, a ciência é feita de rupturas.

De acordo com Kuhn, as revoluções científicas ocorrem da seguinte forma: a fase da pré-ciência é pautada por um sistema teórico não homogêneo, no qual existem diferentes teorias tentando explicar um determinado fenômeno em um campo específico da ciência. A passagem desta fase para a ciência normal dá-se exatamente no momento em que uma das versões teóricas passa a ter homogeneidade naquele campo da ciência, definindo-se assim um paradigma.

O conceito de paradigma, para o autor, se configura como realizações científicas exemplares, universalmente reconhecidas, que fornecem problemas e soluções modelares para a comunidade científica. A ciência normal encarrega-se, por sua vez, de levar os cientistas a focarem e restringirem os “problemas significativos”, que por seu turno devem ser solucionados por meios específicos já padronizados pelo próprio paradigma (KUHN, 1997, p. 82).

⁴ É importante mencionar que, apesar do trabalho do autor estar inserido no contexto das ciências “duras”, as formulações de Kuhn serão utilizadas com o intuito de analisar o atual panorama do sistema de justiça criminal brasileiro. A proposta é proceder à reflexão sobre a possibilidade de o Brasil estar vivenciando um contexto de crise no paradigma punitivo.

No contexto da ciência normal, o autor reconhece que o cientista daquela comunidade não procura novidades: ele apenas é um solucionador de “quebra cabeças”, problemas diretamente ligados àquele campo das ciências. As soluções para estes “quebra cabeças”, já estão antecipadas e, no caso em que os cientistas não conseguem alcançar essa solução antecipada a partir dos procedimentos estabelecidos como paradigma por aquela comunidade científica, entende-se que o problema reside no cientista e não no paradigma (KUHN, 1997, p. 105). Desta feita, para o autor, a ciência normal constrange a visão do cientista: “[...], enquanto os paradigmas permanecem seguros, eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo sem qualquer tentativa de racionalização” (KUHN, 1997, p. 122).

Todavia, aumentando o conteúdo informativo da teoria, o cientista normal expõe necessariamente o paradigma a anomalias (problemas que resistem no paradigma) até que estas não sejam mais sustentáveis. Neste sentido, os dogmas são colocados em dúvida e os cientistas perdem a confiança na teoria (KUHN, 1997, p. 147).

Nasce, assim, a crise de paradigma, quando a ciência extraordinária faz frente à ciência normal, sendo que a passagem de um paradigma para outro implica em uma revolução científica. Essa revolução projeta o olhar para o mesmo problema sob um ângulo diferente, de modo que os mesmos elementos são percebidos de uma outra forma.

Sempre haverá uma revolução científica quando houver uma ruptura no modo de conceber a realidade. O novo paradigma consagrará uma visão da ciência e da realidade totalmente nova, por sua vez incompatível com a anteriormente adotada. Este novo paradigma é uma grande conquista científica, que, por certo período de tempo, constitui a base da pesquisa posterior. Isto porque se transforma em ciência normal (especificações dos conceitos de fundo do paradigma) e estará sujeito ao mesmo processo de confronto posteriormente.

Para Kuhn, quando uma comunidade científica decide rejeitar um paradigma, necessariamente e simultaneamente, existe uma alternativa disponível para substituí-la. E a decisão de aceitar um novo paradigma em detrimento de outro baseia-se essencialmente na comparação mútua entre ambos os paradigmas (KUHN, 1997, p. 160).

As revoluções científicas são um processo de conversão, o que significa dizer que se configuram em teorias que expressam as mesmas ideias de modo completamente diferente, o que não necessariamente quer dizer, na visão do autor, um abandono de todos os conceitos

definidos no paradigma anterior, mas a renúncia do eixo central da teoria (KUHN, 1997, p. 169).

Na rearticulação paradigmática, o novo paradigma deve basear-se mais nas promessas futuras do que nas conquistas do passado, porque, embora sejam relevantes, nada mais são do que a confiança de que muitos dos problemas serão resolvidos: “para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada” (KUHN, 1997, p. 80). Assim, para que um paradigma possa triunfar, deve-se conquistar alguns defensores que desenvolverão argumentações sólidas, que poderão ser produzidas e multiplicadas, promovendo um progressivo deslocamento entre um paradigma a outro, da atribuição da confiança dos especialistas.

Os paradigmas que se sucedem são incomparáveis porque partem de visões muito diferentes do objeto de estudo. Neste sentido, não há acumulação entre um paradigma e outro, já que ambos partem de revoluções científicas (KUHN, 1997, p. 177). Isto é, são opostos uns dos outros; não existe uma linguagem comum entre eles, tanto pelos fatos científicos quanto pelos fatores externos.

Naturalmente, quando um paradigma se afirma, seus defensores o encaram como um progresso da evolução da ciência a partir de estágios primitivos, mas que não tendem a nenhum objetivo em especial; ou seja, existem rupturas, mas isto não quer dizer necessariamente que exista um objetivo – que é dado no contexto da ciência normal.

Observando os movimentos das ciências, Thomas Kuhn traça diálogos sobre as dificuldades de os indivíduos ligados às ciências ampliarem, rearticularem e modificarem os paradigmas que ditam determinado ramo das ciências. Neste contexto, a consciência das anomalias desempenha um papel emergencial na construção de novos e inovadores padrões em que a ciência se estrutura.

A partir dessas concepções propostas pelo físico, é possível refletir em que fase da “ciência” jurídico criminal, no âmbito brasileiro, estamos ainda imersos. Ao que parece, o sistema de justiça criminal brasileiro se encontra na fase da ciência normal, distante da ruptura que antecede a quebra de paradigma. A normativa jurídica, trazida pelo Código Penal e Código de Processo Penal Brasileiro, conduzida por todos os “cientistas” deste campo de estudos, assim como a produção de conhecimento das Universidades de Direito do país, é a da Justiça Retributiva.

Os cientistas deste campo do conhecimento esbarram em uma rotina viciada, da qual, eventualmente, submergem anomalias que, por vezes, acabam abafadas pelo próprio sistema de justiça criminal.

Para Howard Zehr, a rigorosa observação do rito processual e a correta aplicação da sentença penal condenatória geram uma pena delimitada em anos e dias de privação de liberdade. Também, o regime inicial para iniciar o cumprimento dela é definido como um padrão normativo que, dentro dos ditames do processo, configura a correta aplicação da pena. Inserido no contexto do sistema de justiça criminal, apresentam-se mecanismos cientificamente comprovados pela lógica retributiva, transparecendo proporcionalidade entre o crime cometido pelo infrator e a pena aplicada. Com estruturas rígidas definidas em protocolos no decorrer de todo o processo crime, a ciência jurídica se aproxima da ciência normal quando observamos a dificuldade em transpor paradigmas.

Isto evidencia as dificuldades encontradas pelos profissionais do Direito em visualizarem os problemas enfrentados pelo próprio paradigma punitivo, sobretudo porque seu desenvolvimento se deu exclusivamente sobre o mesmo paradigma posto, dificultando análises diversas sobre questões emergentes.

Esse labirinto, cujas portas apresentam apenas soluções penais, foi denominado por Álvaro Pires de "racionalidade penal moderna". Trata-se da priorização da sanção penal como medida de resolução de conflitos, dentro de uma lógica em que o discurso oficial atribui à pena privativa de liberdade função retributiva e preventiva⁵.

Howard Zehr, em seus primeiros estudos sobre o tema, contextualizava a Justiça Restaurativa como uma contraposição ao que ele mesmo definiu como *modelo de Justiça Retributivo* (o sistema de justiça ocidental). Em seu livro, "Trocando as Lentes", de 1990, Zehr critica as formas de justiça criminal praticadas principalmente no âmbito norte-americano. Nesta obra, o autor exemplifica o modelo de Justiça Restaurativa como uma dicotomia entre os modelos restaurativos e retributivos. Porém, em "Justiça Restaurativa", Zehr se retifica e afirma que, atualmente, não mais sustenta a exclusão desses dois sistemas: "apesar de minhas afirmações em obras anteriores, não vejo mais a Justiça Restaurativa como oposta à Justiça Retributiva" (ZEHR, 2015, p. 26).

⁵ Esse conceito é desenvolvido em PIRES, 2004. Para uma análise de sua manutenção nos projetos legislativos de reformas penais, veja também BAZO; SIQUEIRA, 2020.

Para Zehr, a revolução científica, no contexto das ciências jurídico-criminais da transição entre paradigmas, aparentemente é inviável na medida em que a proposta da teoria da Justiça Restaurativa não tem como intuito obter aplicabilidade em todos os casos levados à tutela jurisdicional estatal. Isto porque os procedimentos restaurativos são aplicados apenas mediante aceite dos participantes em condições apropriadas. A oportunidade de reconciliação e restauração proposta pela Justiça Restaurativa só será possível se os participantes aceitarem participar de forma voluntária, contribuindo ativamente nos círculos restaurativos, para que, ao final, chegue-se a um acordo.

Em contraposição, o sistema de justiça criminal brasileiro possui aplicabilidade a todos os casos através de inúmeras legislações, delimitando, inclusive, os limites da punição consagrados primordialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Howard Zehr elucida a necessidade de haver um processo que atenda às necessidades de interessados para além daqueles detentores de interesse direto no caso, permitindo que existam mecanismos viáveis de investigação e justiça em casos nos quais os infratores se negam a assumir responsabilidades. O autor propõe:

Talvez seja mais plausível pensar num amanhã em que a Justiça Restaurativa seja a norma, enquanto alguma forma de justiça criminal ou sistema judicial ofereça uma retaguarda ou alternativa. Mas, idealmente, o sistema de retaguarda deveria também ser orientado por princípios e valores restaurativos (ZEHR, 2015, p. 82).

Zehr, ao fazer uma releitura do paradigma punitivo que estrutura o sistema de justiça retributivo a partir do pensamento de Thomas Kuhn, afirma que a inserção de novas formas de punição “menos dispendiosas e mais atraentes que a prisão” evidenciam um epíciclo a que Kuhn denomina de “quebra-cabeças”. Ou seja, são problemas advindos do próprio paradigma, que serão resolvidos pelos cientistas em uma tentativa de mantê-lo intacto. Para o autor, a criação de penas alternativas nada mais evidencia que uma forma de “remendar” o paradigma punitivo, pois não questiona os pressupostos do fundamento da punição (ZEHR, 2018, p. 98).

Nesse sentido, o autor argumenta que, mesmo evidenciada uma permanente crise no sistema de justiça criminal desde sua criação à atualidade, foram criados mecanismos dentro do próprio paradigma punitivo para, de fato, lidar com os problemas advindos dele e, assim, mantê-lo como a forma sedimentada na atualidade frente às situações tipificadas pelo legislador como penalmente relevantes.

Entretanto, Kuhn já antecipou que, dentro do paradigma, surgirão problemas, e estes serão resolvidos pela ciência normal. Ou seja, o paradigma serve como uma nova forma de olhar para a ciência, que passa a ser reconstruída segundo essa nova perspectiva. Tendo isso como pressuposto, sugere-se uma nova articulação do pensamento, estruturada por uma ideia extraída da criminologia clínica. Para isso, é preciso lembrar que o crime e a atuação do sistema de justiça criminal, objetos de estudo da criminologia, têm sido, historicamente, interpretados por dois paradigmas que disputam a sua compreensão.

De um lado, temos o paradigma do fato social bruto ou da passagem ao ato, que entende o "ato criminoso" como um fenômeno decorrente do livre-arbítrio da pessoa. Por outro lado, o paradigma da reação social ou do etiquetamento⁶ entende que o crime conforma simplesmente uma conduta selecionada pelas instâncias oficiais de controle, isto é, pelo Legislador, que define a conduta como criminosa, pelas polícias, que perpetram a perseguição do "criminoso", e pelo Poder Judiciário, que segrega e termina por estigmatizar a população mais vulnerável, tudo isso numa máquina regulada por estereótipos racistas.

Esses paradigmas apontam para caminhos aparentemente antagônicos à medida em que o primeiro sustenta que o sujeito é dotado de uma vontade livre e consciente, capaz de fazer escolhas, e o segundo delega às classes privilegiadas toda a responsabilidade pela seleção dos comportamentos classificados como criminosos. Assim, estabelece-se uma disputa entre livre arbítrio e determinismo e, conseqüentemente, entre responsabilidade individual e responsabilidade coletiva.

Ocorre que não é possível ignorar as escolhas do indivíduo, sob pena de se estar excluindo o seu protagonismo, ou melhor, aquilo que permite efetivamente defini-lo como sujeito e não como mero objeto. Em contrapartida, também é preciso reconhecer que há um flagrante seleção dos comportamentos perseguidos pelo sistema a partir de uma ótica racista e classista, que impõe os interesses de uma classe dominante sobre uma classe socialmente marginalizada, excluída dos meios de produção, do acesso a bens de consumo, da ocupação de espaços de cultura, lazer e sociabilidade e também dos espaços de decisão política e econômica.

Os dois paradigmas supostamente contrapostos formam um paradoxo. Esse paradoxo é enfrentado por Álvaro Pires, que, com base em Christian Debuyst, propõe o paradigma das

⁶ Teoria desenvolvida nos EUA no início dos anos 1960, conhecida como Labeling Approach, cujo principal difusor foi Howard Becker. Para entender melhor a teoria, ver BECKER, 2008 e BARATTA, 2011.

inter-relações sociais (PIRES; DIGNEFFE, 1992). Por esta via, trabalha-se com a ideia de corresponsabilidade pelo comportamento socialmente problemático definido como crime⁷. Nesse sentido, reconhece-se que nem todo comportamento definido pelo direito penal é problemático e entende-se que o crime deve pressupor um conflito socialmente danoso.

O sujeito que protagoniza esse comportamento problemático tipificado pelo legislador é denominado de "ator situado", de modo a indicar que existe um sujeito que atua, mas que este sujeito atua em um contexto influenciado por um conjunto de variáveis, sendo uma destas variáveis justamente a definição do comportamento problemático por uma parcela da população que ocupa os estratos mais privilegiados.

Dessa forma, rompe-se com o binarismo que separa a dimensão fenomênica da conduta e a reação social a determinados comportamentos, trabalhando com essas duas dimensões como integrantes de um todo. Nesse cenário, não se pode mais falar em responsabilidade individual *ou* coletiva, mas em responsabilidade individual *e* coletiva, isto é, em responsabilidade compartilhada.

Essa nova perspectiva teórica serve de base para Alvino Augusto de Sá propor um novo modelo de Criminologia Clínica, intitulado de modelo de terceira geração ou modelo de inclusão social, que opera com o conceito de "reintegração social"⁸ como a possibilidade de diálogo entre partes em conflito (SÁ, 2011). Por essa ótica, o significado de "reintegração social" não coincide com a ideia de prevenção especial positiva defendida como finalidade da pena.

A reintegração visa à emancipação pessoal e social de todos os envolvidos no conflito. Trata-se de uma proposta que não é complementar ao sistema de justiça criminal, mas que atua *apesar* dele.

A partir dessas concepções, parece possível afirmar que os princípios propagados pela Justiça Restaurativa se conformam perfeitamente a um programa de reintegração social, podendo ser classificada como uma espécie do gênero inclusão, já que se ancora na ideia de corresponsabilidade.

Assim, a despeito de alguns pesquisadores já terem demonstrado que os projetos chamados de restaurativos reforçarem a atuação punitiva (TONCHE, 2015; ACHUTTI; LEAL,

⁷ Para mais explicações sobre a conciliação dos dois paradigmas e enfrentamento do paradoxo, vide: BAZO, 2020.

⁸ Esse conceito é desenvolvido a partir das ideias do criminólogo italiano Alessandro Baratta. Para saber mais, vide BARATTA, 2004.

2017), parece possível afirmar que os aportes teóricos da Justiça Restaurativa subvertem a lógica retributiva. Na prática, o que se identifica é uma clara distorção dos pressupostos restaurativos, que originariamente deveriam estar enraizados em iniciativa própria da comunidade, e acabam sendo apropriados pelo Poder Judiciário.

Como exposto no primeiro capítulo, a Justiça Restaurativa, embora ainda dificilmente definida, organiza a sua estruturação em um modelo de resolução de conflitos pacificatório que tem como referência as práticas/experiências dos povos Maori, na Nova Zelândia, e Inuit, no Canadá. Sua colonização pelo Poder Judiciário, na prática, a transforma em mero aparato de conciliação disfarçado de alternativa. Portanto, parece-nos que é justamente essa apropriação dos princípios restaurativos que distorce a sua proposta e reforça o aparato repressor do Estado.

Nesse sentido, discordamos de Howard Zehr e entendemos que a Justiça Restaurativa escapa da lógica que impera no Ocidente desde o século XVIII, denominada por Álvaro Pires de "racionalidade penal moderna". Haveria, assim, uma mudança paradigmática⁹ à medida em que o modelo ideal de justiça restaurativa consiste em uma proposta de resolução de conflitos intersubjetivos organizada e desenvolvida dentro da comunidade e não apropriada por terceiros externos a esta relação.

5. CONCLUSÕES

A pena privativa de liberdade foi introduzida no século XVIII como uma nova estratégia no exercício do poder de castigar. A despeito de ter substituído o suplício e a tortura explícita, Foucault constatou que esse movimento de reforma criminal reforça a punição, que é caracterizada pelos seus efeitos produtivos, no sentido de formação da delinquência e gestão das ilegalidades.

Nesse contexto, o sistema de justiça criminal, pautado por um paradigma retributivo, trata o crime como uma violação à legislação vigente, de modo que o Estado substitui o lugar da vítima. A ênfase do processo penal recai sobre os ritos processuais a serem seguidos e a

⁹ No mesmo sentido, vide BAZO; PAULO, 2015.

resposta penal é dicotomizada e simplificada na medida em que as duas opções viáveis para o desfecho do processo criminal são a absolvição ou a condenação do acusado.

Em contrapartida, a teoria proposta pela Justiça Restaurativa apresenta-se como uma alternativa na resolução de comportamentos socialmente problemáticos classificados pelo legislador como penalmente relevantes, tendo como objetivo proporcionar autonomia às partes diretamente envolvidas na transgressão (agressor, vítima e comunidade).

As práticas restaurativas são - ou deveriam ser - pautadas pela responsabilização do agressor (encarar a extensão do mal que praticou), pelo empoderamento da vítima (expor as suas dores) e pela reparação dos danos ocorridos, que é definida por meio da realização de um acordo, o qual deve ser acompanhado pela própria comunidade.

Ocorre que, na prática, pesquisadores têm apontado que as dinâmicas restaurativas acabam por reforçar a centralidade do poder Judiciário, expandindo o poder estatal de punir.

A partir dessa análise, é possível concluir que, para que a prática restaurativa, no contexto brasileiro, esteja cada vez mais alinhada aos pressupostos teóricos da Justiça Restaurativa, é necessário que essas práticas sejam dissociadas do Poder Judiciário. Fortalece-se, assim, a comunidade, restituindo às partes a gestão dos conflitos.

Nessa linha, compreende-se que a Justiça Restaurativa apresenta um potencial de superação do paradigma punitivo à medida em que suas formulações teóricas não reforçam a racionalidade penal moderna e podem ser desenvolvidas como práticas de reintegração social que se operam *apesar* do sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel; LEAL, Maria Angélica dos S. Justiça Restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática. *Revista de Criminologia e Políticas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 84-100, jul/dez. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. *Criminologia y Sistema Penal*, p. 376–393, 2004.

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13248-13249-1-PB.pdf>>.

BAZO, Andressa Loli. A questão criminal e a inclusão social. In: SHECAIRA, S. S.; FERRARINI, L. G. B.; ALMEIDA, J. M. (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvino Augusto de Sá*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 53–74.

BAZO, Andressa Loli; PAULO, Alexandre Ribas de. Da aplicabilidade da Justiça Restaurativa à violência moral em função do gênero. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 10, n. 1, p. 190–210, 2015.

BAZO, Andressa Loli; SIQUEIRA, Flávia. Reformas penais e a (ir)racionalidade penal moderna. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 10, p. 19–20 agosto de 2020.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, von Andrew et al (org.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oregon, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 36. ed. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2010 [1975].

JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., DE VITTO, R; GOMES PINTO, R. (Orgs.) et al. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1997.

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

PALLAMOLLA, Raffaella da P.; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrática-retribucionista. *Sistema Penal e Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais*. PUCRS, v. 6, n.1, p. 75-87, jan/jun. 2014.

PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos - CEBRAP*, v. 68, n. Março, p. 39-60, 2004.

PIRES, Alvaro P.; DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique. *Criminologie*, v. 25, n. 2, p. 13-47, 1992.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TONCHE, Juliana. *A construção de um modelo “alternativo” de gestão de conflitos*: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo. 2015. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia van Acker. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ENTRE A PANDEMIA E A REALIDADE JURÍDICA COTIDIANA

*BRAZILIAN PRISON SYSTEM IN LIGHT OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION:
BETWEEN THE PANDEMIC AND EVERYDAY LEGAL REALITY*

JÔNICA MARQUES COURA ARAGÃO

Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1995), Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande (2005) e Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba (2006). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (2012), com reconhecimento formal pela Universidade Federal de Campina Grande (2016). Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (2018). Pós-Doutorado em Psicologia Social pela Universidade Federal da Paraíba (2020). É Professora Adjunto IV da Universidade Federal de Campina Grande - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Experiência como avaliadora do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito; como avaliadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; como avaliadora da Revista Veredas do Direito, entre outros periódicos. Professora vinculada ao Banco de Avaliadores de Cursos e Institucionais do BASIs/INEP.

JACYARA FARIAS SOUZA MARQUES

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (2003). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande (2005). Mestrado em Ciências Jurídicas na área de concentração - Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (2009) e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (2014) cujo título foi reconhecido pela UFCG. É Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). É avaliadora de revistas qualizadas nacionais e internacionais. É docente vinculada ao Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP/UFCG) e tem orientações de mestrado concluídas e em curso. É pesquisadora vinculada ao grupo de estudo e pesquisa em Direitos Humanos da UFCG - GRUPEDIH com projeto de pesquisa sobre os conselhos municipais de políticas públicas - em desenvolvimento. É avaliadora de Cursos vinculada ao BASIs/INEP. É Professora Adjunto nível III - classe C do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, câmpus de Sousa, da Universidade Federal de Campina Grande. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Econômico e Ambiental.

MARIA FERNANDA RODRIGUES NEVES FARIAS

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Resumo: Em face das consequências fáticas e jurídicas ocasionadas no sistema prisional brasileiro, decorrentes da pandemia causada pelo novo coronavírus, abordam-se nesse artigo elementos formatadores da postura do Poder Judiciário frente a esse grande desafio. Assim, convém indagar: qual é o elemento balizador das decisões judiciais quanto à adoção de medidas preventivas ao alastramento do coronavírus no ambiente carcerário brasileiro? Aponta-se, como hipótese, que em casos de decisões de caráter humanitário e excepcional, para além dos embasamentos do sistema jurídico como um todo, há que se considerar o regramento ético, como um farol a guiar o conteúdo e o tempo dessas decisões. Tem-se como objetivo geral da pesquisa analisar a situação fática e jurídica da pandemia causada pela Covid-19 no ambiente prisional brasileiro; como objetivos específicos, verificar a postura institucional do Judiciário diante do problema sócio-jurídico, bem como identificar elementos balizadores adequados a respaldar as decisões judiciais. Para tanto, se empregará como método de abordagem, o abstrato-dedutivo; como método de procedimento, o sistêmico. Como técnicas para realizar esta pesquisa exploratória serão utilizadas a bibliográfica e a documental indireta. Assim, diante de tão grave crise, espera-se colaborar, lançando luzes humanitárias ao contexto, por vezes cético, da estrita legalidade.

Palavras-chave: Pandemia. Sistema prisional brasileiro. Dignidade da pessoa humana. Ética Judicial.

Abstract: In view of the consequences, factual and legal, caused in the Brazilian prison system, resulting from the pandemic caused by the new coronavirus, this article addresses elements that shape the Judiciary's stance in the face of this great challenge. So it is worth asking: What is the guiding element of judicial decisions regarding the adoption of preventive measures against the spread of the new coronavirus in the Brazilian prison environment? It is pointed out, as a hypothesis, that in cases of decisions of a humanitarian and exceptional nature, in addition to the foundations of the legal system as a whole, it is necessary to consider ethical regulation, as a beacon to guide the content and timing of these decisions. The general objective of the research is to analyze the factual and legal situation of the pandemic caused by Covid-19 in the Brazilian prison environment; as specific objectives, to verify the institutional position of the Judiciary, in view of the socio-legal problem, as well as, to identify appropriate guiding elements to support the judicial decisions. For that, the abstract-deductive method will be used as an approach method; as a method of procedure, the systemic. As techniques to carry out this exploratory research, bibliographic and indirect documentary will be used. In the face of such a serious crisis, we hope to collaborate, shedding humanitarian lights on the context, at times skeptical, of strict legality.

Keywords: Pandemic. Brazilian prison system. Dignity of human person. Judicial Ethics.

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro há muito tem sido tema de discussões internacionais pertinentes à superlotação, corrupção e controle das unidades por facções criminosas, maus-tratos e tortura contra os que se encontram sob custódia estatal¹. Na tentativa de garantir segurança à sociedade ao afastar do seu seio aqueles que delinquem, o próprio Estado autoriza a transgressão aos direitos fundamentais dos apenados, muito embora somente o direito à liberdade seja legalmente suprimido.

Com uma população carcerária extremamente marcada pela seletividade do sistema penal, portanto, majoritariamente negra, pobre e com baixo nível de escolaridade, esse sistema expressa diariamente quem são os seus destinatários imediatos. São centenas de milhares de pessoas que estão vivendo com restrição alimentar e acesso intermitente a água potável, em ambientes insalubres que facilitam a propagação de inúmeras doenças, muitas das quais são agravadas pela falta de insumos e cuidados médicos².

Assim, frente à disseminação do coronavírus, o Ministério da Saúde recomenda a lavagem frequente das mãos com água e sabão ou higienização com álcool em gel; a assepsia de objetos de uso pessoal; a limpeza e a garantia de área de circulação nos espaços; uma alimentação saudável; e, em especial, a distância mínima de 2 (dois) metros de qualquer pessoa tossindo ou espirrando³. Entretanto, as possibilidades de prevenção no sistema prisional são baixas, ou nulas, e a pandemia da Covid-19 tende a atuar como um barril de pólvora, descortinando uma realidade ainda pior do que a experimentada pela coletividade em geral.

Nesses termos, apresentar-se-á como objetivo geral da pesquisa, analisar a situação fática e jurídica da pandemia causada pela Covid-19 no ambiente prisional brasileiro; como objetivos específicos, verificar a postura institucional do Judiciário diante do problema sócio-jurídico, bem como identificar elementos balizadores adequados a respaldar as decisões

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da ONU alertou governo federal em novembro sobre problemas nos presídios do país. **Nações Unidas Brasil**, [Rio de Janeiro], 12 jan. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-alertou-governo-federal-em-novembro-sobre-problemas-nos-presidios-do-pais/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

² UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19. **UFRJ**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/01/o-sistema-prisional-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sobre a doença. **Ministério da Saúde**, Brasília-DF, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-proteger>. Acesso em: 20 abr. 2020.

judiciais. Assim, convém indagar: qual é o elemento balizador das decisões judiciais quanto à adoção de medidas preventivas ao alastramento do novo coronavírus no ambiente carcerário brasileiro? Aponta-se, como hipótese, que em casos de decisões de caráter humanitário e excepcional, para além dos embasamentos do sistema jurídico como um todo, há que se considerar o regramento ético, como um farol a guiar o conteúdo e o tempo dessas decisões. Para tanto, empregar-se-á como método de abordagem, o abstrato-dedutivo; como método de procedimento, o sistêmico. Além disso, serão também utilizadas como técnicas de pesquisa exploratória, a bibliográfica e a documental indireta.

É certo que há emergência no enfrentamento desse cenário pandêmico em um sistema penitenciário que, ainda em tempos de normalidade, foi apontado perante o Supremo Tribunal Federal – STF – como violador da dignidade da pessoa humana. Esse fato se traduz em temática das mais áridas, mas que precisa ser analisada e decidida com toda a racionalidade e prudência necessárias.

2. O BRASIL E A PANDEMIA

O início da nova década foi deflagrado pelo temor de uma recente doença oriunda do continente asiático que, em poucos dias, contaminou o mundo. A Covid-19, ocasionada pelo novo coronavírus – cientificamente reconhecido como SARS-CoV-2 – cuja eclosão começou em meados de novembro de 2019, na China, teve sua circulação confirmada em janeiro de 2020 através da Organização Mundial de Saúde – OMS. Em razão da celeridade da propagação e, não diferentemente dos demais países, o Brasil registrou seu primeiro caso ainda em janeiro⁴.

Em vista da elevada contaminação, o Congresso Nacional promulgou, em março, o Decreto Legislativo nº 6, reconhecendo o estado de calamidade pública até 31 de dezembro do ano corrente⁵. No mesmo sentido, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020, dispondo sobre

⁴SOUZA, André de; MARIZ, Renata; PRAZERES, Leandro; MAIA, Gustavo. Ministério da Saúde descobre que coronavírus chegou ao Brasil em janeiro. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-descobre-que-coronavirus-chegou-ao-brasil-em-janeiro-1-24347029>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁵BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1 – extra, Brasília, DF, ano 158, n. 155-C, p. 1, 20 mar. 2020.

medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional⁶. Não obstante, até o presente momento – outubro de 2020 – já foram registrados mais de 5 (cinco) milhões de casos positivos, bem como mais de 148 (cento e quarenta e oito) mil mortes decorrentes da doença⁷.

Sob um enfoque analítico, Conti⁸ caracteriza tal quadro de pandemia como a crise tripla da Covid-19, sendo esta formada pelas crises: comportamental, sanitária e econômica. O referido autor afirma que a crise comportamental se traduz na exigência de uma mudança nos hábitos sociais, desde a lavagem de mãos até restrição de eventos como festas. Essa crise também se estende ao comportamento de governantes, que devem tomar decisões transparentes e com respaldo em evidências, assim como redirecionar recursos e cortar privilégios.

Na sequência, expõe que a crise sanitária se vislumbra na real possibilidade de o sistema de saúde entrar em colapso em breve, fazendo com que as mortes tanto por Covid-19 quanto por outras doenças sejam alarmantes, resultando, também, no colapso do sistema funerário. Finalmente, aponta a crise econômica como sendo todas as implicações na economia derivadas da queda do comércio e dos investimentos internacionais, bem como da mudança de comportamentos, da aversão ao risco e da adoção de certas políticas públicas⁹.

Sob outra ótica, Lana e outros¹⁰ expressam que a atual pandemia evidencia os reveses da estrutura de vigilância e saúde no Brasil, especialmente levando em consideração a restrição de investimentos no Sistema Único de Saúde – SUS – e na educação, atingindo de forma aguda

⁶ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coronavírus Brasil: Painel coronavírus. **Ministério da Saúde**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁸ CONTI, Thomas Victor. Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia. **Dr. Thomas Conti**, Campinas, 6 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁹ CONTI, Thomas Victor. Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia. **Dr. Thomas Conti**, Campinas, 6 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁰ LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; VILELLA, Daniel Antunes Maciel; CODEÇO; Cláudia Torres. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, fev. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v36n3/1678-4464-csp-36-03-e00019620.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

a pesquisa e o desenvolvimento científico tão necessários nesse momento. Para além, este cenário revela toda a desigualdade social ostentada na segregação socioespacial, no desamparo às pessoas sem acesso à moradia e na negligência para com aquelas em privação de liberdade.

Desse modo, é urgente o enfrentamento às dimensões do julgar, cuidando de analisar os fatores que influenciam ou deveriam influenciar esse processo decisório¹¹. Importa observar, considerando o novo contexto de saúde pública no Brasil, principalmente no ambiente carcerário, os possíveis componentes dos atos decisórios que se revelarão, muitas vezes, mais que decisões judiciais quanto ao processo de execução, mas decisões quanto ao direito à vida e à saúde dos encarcerados.

3. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: RETRATANDO UMA REALIDADE

O sistema prisional brasileiro, comumente assinalado de “escola do crime”, tem expandido anualmente o número de pessoas privadas de liberdade, alcançando a terceira posição no ranking mundial¹². O diagnóstico desse sistema conduz a uma reflexão sobre a política criminal de encarceramento massivo adotada no Brasil e que se materializa em um universo de mais de 755 (setecentos e cinquenta e cinco) mil presos¹³.

Consoante o Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2019, a taxa de aprisionamento nacional se estendeu de 260,0, no ano de 2010, para 359,40 em 2019, o que resultou em um déficit de quase 313 (trezentas e treze) mil vagas no último ano¹⁴. De acordo

¹¹ PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial. A Cultura Jurídica Brasileira na Transição para a Democracia**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons. 2012.

¹² INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 20 fev. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZlZlZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFlMDktNmFkNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLWVlRi00RmNmJmZThlMjMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=ev>

com o Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, somente no estado de Pernambuco, o déficit de vagas atinge 184,1%, seguido do estado de Roraima com 143,1% e do Distrito Federal, com 115,4%¹⁵.

Esses dados revelam, sobremaneira, a superlotação dos ambientes prisionais do Brasil, cuja decorrência lógica é o aglomerado de pessoas em celas estreitas, sem ventilação e com condições muito aquém daquelas legalmente estabelecidas. A partir dessa observação, sucedem inúmeras violações aos direitos humanos dos apenados, ora pelo tratamento degradante conferido aos mesmos, ora pela negligência da prestação estatal em assegurar-lhes assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do art. 10 da Lei de Execução Penal – LEP¹⁶.

Neste deslinde, é notório que a política de encarceramento massivo adotada pelo Estado brasileiro desnuda as raízes do neoliberalismo que, para além do mercado, exerce sua influência na sociedade como um todo. Para Casara¹⁷, a razão neoliberal tem o poder de administrar e controlar corpos para os fins do mercado, se manifestando ora como biopoder, ora como psicopoder, de modo a transformar os seres em mercadorias úteis à obtenção de lucro. Todavia, nem todas as pessoas correspondem a essa lógica valorativa ou lucrativa, sendo, pois, marginalizadas e rotuladas como disfuncionais ou inimigas.

Partindo dessas constatações, Casara¹⁸ descreve o Sistema de Justiça Criminal como um conjunto de instituições e indivíduos responsáveis pelo exercício do poder penal que, por sua vez, está direcionado para os interesses políticos e econômicos das classes dominantes. O neoliberalismo recorre a esse poder – e ao cárcere – para garantir o controle social dos indesejáveis e o sucesso capitalista. Disso, o autor assevera que a atuação desse sistema não é neutra, dada a sua funcionalidade política. E, ainda, que não é possível compreendê-lo sem levar em conta a seletividade no processo de criminalização secundária.

JrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTlRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁵ BRASIL. Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Congresso Nacional [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁷ CASARA, Rubens Roberto Rebello. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

¹⁸ CASARA, Rubens Roberto Rebello. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

Nessa linearidade, Wacquant¹⁹ aponta que a transformação cada vez mais evidente do Estado-providência em um Estado penal demonstra a verdadeira guerra contra os pobres que se opera através da criminalização da marginalidade. Para ele, tem-se a presença de um “Estado-centauro, guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritarista”, que, de um lado, mostra-se brando frente às desigualdades sociais e, de outro, brutalmente repressor para lidar com as mesmas pessoas desamparadas.

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, ostenta uma Carta Política denominada Cidadã, centrada na proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos. Conforme preceitua Sarlet²⁰, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição afigura-se singularmente amplo, implicando em uma “construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados)”, bem assim, incluindo direitos fundamentais pulverizados em todo o texto constitucional e nos tratados internacionais.

Considerando direitos fundamentais como o direito ao trabalho, à educação, à assistência jurídica, à saúde, entre outros, há que se refletir sobre dois prismas, o da liberdade e o do encarceramento, objeto desse trabalho. Não obstante a consagração constitucional e legal dos direitos mencionados, a população carcerária que se encontra atualmente em atividade laboral e/ou educacional é diminuta, se comparada ao quantitativo de pessoas nos estabelecimentos penais. Conforme o INFOPEN 2019²¹, apenas 19,28% desses indivíduos encontra-se em programa laboral e apenas 16,53% em atividade educacional.

No que tange ao acesso à saúde, o INFOPEN 2017²² explana que o percentual de pessoas privadas de liberdade em unidades sem módulo de saúde, no referido ano, era de aproximadamente 234 (duzentos e trinta e quatro) mil. Esse plano torna-se mais preocupante

¹⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução: Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 21.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN** dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNmZlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJlRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN** atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

considerando a proliferação de doenças infectocontagiosas dentro dos presídios, as quais representam um risco não apenas para os apenados, mas também para os agentes, profissionais e visitantes que circulam nessas unidades.

A título de exemplo, o risco de contágio de tuberculose nas prisões é 28 (vinte e oito) vezes maior em comparação à população geral²³. Somente no ano de 2019, foram notificados 8.154 (oito mil cento e cinquenta e quatro) novos casos entre as pessoas privadas de liberdade, o que corresponde a 11,1% do total no país²⁴. Decerto, essa realidade está intrinsecamente relacionada às condições precárias de infraestrutura e higiene, bem como à insuficiência de aparato médico para os cuidados necessários aos doentes.

Nesta seara, a taxa de mortalidade para cada 10 (dez) mil pessoas privadas de liberdade no primeiro semestre de 2017, por óbitos naturais, foi de 8,4 – a maior dentre as categorias dos óbitos: criminais, acidentais, por suicídio e com causa desconhecida²⁵. Esse dado não especifica a *causa mortis*, deixando à margem de interpretação o significado de “naturais”, o que leva a crer que a maioria dessas mortes resultou de doenças incuráveis ou não tratadas.

O que se constata é a negligência para com o resguardo da integridade física tanto daqueles que já estão remotamente inseridos no cárcere, quanto dos recém-chegados. Em outros termos, há a inobservância da LEP e da própria Constituição Federal que, em seu art. 5º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral²⁶. Nesse ponto, importa ressaltar que não é o bastante a proteção formal da norma. Ferrajoli²⁷ assevera que uma norma somente será válida quando respeitar, materialmente, a perspectiva ética dos direitos fundamentais.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota informativa nº 10/2018-CGPNCT/DEVIT/SVS/MS**. Nota informativa – Projeto “Apoio ao desenvolvimento de ações em saúde para a comunidade carcerária com foco na Tuberculose”. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <https://saude.es.gov.br/Media/sesa/Tuberculose/Nota%20Informativa%20N%C2%BA10.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico Especial: Tuberculose 2020**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletimtuberculose-2020-marcas--1-.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN** atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Relativamente à assistência jurídica, a LEP preleciona que esta se destina aos presos e internados sem recursos financeiros para constituir advogado, devendo, pois, as Unidades da Federação oferecer esses serviços integrais e gratuitos dentro e fora dos estabelecimentos penais – no teor dos arts. 15 e 16²⁸. No entanto, tal assistência é obstaculizada, sobretudo, pela carência de defensores públicos nos estados²⁹.

Nesse seguimento, importa ressaltar que o Brasil possui aproximadamente 230 (duzentos e trinta) mil presos provisórios, os quais representam 30,43% da população carcerária total³⁰. Ademais, as incidências por tipo penal mais recorrentes em 2019 foram crimes contra o patrimônio – 50,96%; crimes previstos na Lei de Drogas – 20,28%; e crimes contra a pessoa – 17,36%. Desse espectro, as mulheres responderam significativamente mais pelos crimes relativos a drogas, contrariamente aos homens, que se sobressaíram nos crimes patrimoniais³¹.

Em relação aos crimes hediondos e equiparados cometidos, destacaram-se o tráfico de drogas – com 41,65% das ocorrências – e o homicídio qualificado – com 28,74%, de acordo com o INFOPEN 2019³². Para mais, segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça – voltado ao registro das ordens de prisão decretadas pelas autoridades judiciárias no país – os cinco tipos penais mais imputados às pessoas privadas de liberdade em 2018 foram o roubo, o tráfico de drogas, o homicídio, o furto e a posse, porte,

²⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Congresso Nacional [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. **IPEA**, Brasília, [2013?]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Acesso em: 18 abr. 2020.

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MmWi3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MmWi3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MmWi3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

disparo e comércio de arma de fogo ilegal. Ressaltando-se, porém, que algumas pessoas respondem por mais de um tipo penal³³.

No que se refere à assistência material, embora os arts. 10 e 12 da LEP³⁴ assegurem que é dever do Estado fornecer alimentação, vestuário e instalações higiênicas, muitas vezes, esse ônus recai sobre a família da pessoa custodiada, que fica encarregada de fornecer produtos de higiene e até itens alimentícios. No ano de 2015, foi elaborado o Projeto de Lei – PL 3461/2015, que acrescentaria três parágrafos à LEP dispendo sobre os produtos de higiene como itens obrigatórios nos estabelecimentos prisionais, porém, o mesmo foi arquivado em janeiro de 2019³⁵.

Nesse momento de pandemia, mais que em qualquer outro, percebem-se as ausências e fragilidades do sistema penitenciário nacional. A dificuldade para se implementar as medidas profiláticas em uma superpopulação carcerária ressalta a impossibilidade de se passar por essa calamidade sem que o caos se instale, caso não sejam tomadas as decisões no sentido de promover a prevenção de contágio por integrantes do sistema. Ignorar essa necessidade será, indiretamente, admitir a ocorrência de óbitos aos indivíduos que se encontram sob a tutela estatal.

4. E QUANDO A PRISÃO SE TORNA UMA PENA DE MORTE?

A quem será concedida a garantia material constitucional do direito à vida? Quem são, em sua maioria, os indivíduos que ocupam os cárceres brasileiros? A quem convém a

³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0:** Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Brasília, DF: Congresso Nacional [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

³⁵ BRASIL. **Projeto de Lei – PL 3461/2015.** Acrescenta os parágrafos 1º, 2º e 3º ao art. 13 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), para dispor sobre os produtos de higiene como itens obrigatórios nos estabelecimentos prisionais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2015]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405967&filename=PL+3461/2015. Acesso em: 17 abr. 2020.

manutenção do cárcere e de suas consequências? Quais são as balizas que definem o grande público de encarcerados no Brasil?

À luz da Criminologia para Castro³⁶, a criminalidade é um conceito pré-definido pelas agências de controle penal, revelando-se em notória manifestação de poder. Desse modo, a questão criminal consiste em imputação que se concretiza a partir da confluência de interesses que movem o sistema, partindo daqueles que fazem as normas, dos que as interpretam e, também, dos que as executam. Do outro lado, estão aqueles que as infringem e os que são apontados como tal.

Na praxe prisional e forense, do lado de dentro das grades estão aqueles que não se pode considerar subjetivamente como detentores de direitos, embora objetivamente sejam com amparo constitucional e legal para isso. E no escorrer do tempo, seguem as dualidades: formal *versus* material; objetivo *versus* subjetivo.

Diante do descaso do Poder Público quanto à garantia de serviços de saúde e cuidados básicos para a população apenada, indaga-se sobre a produção de morte enquanto uma das finalidades ocultas do cárcere. Neste prisma, Ferreira e Moura³⁷, analisando as mortes no sistema prisional alagoano entre os anos de 2012 e 2015, constatarem problemas na averiguação das causas de óbitos e o não envio dos laudos cadavéricos ao juízo competente, impossibilitando a conclusão dos processos. Fato este que corrobora o desprezo com que algumas vidas são tratadas.

Em face dos delineamentos expostos, percebe-se que a anomalia do sistema prisional brasileiro tem razões multifatoriais que, no contexto da pandemia da Covid-19, tendem a se acentuar. Partindo desse pressuposto, convém examinar mais detalhadamente a situação do cárcere no Brasil e de que maneira esse sistema pode contribuir para o surgimento de vítimas, inclusive fatais, sob a anuência do Estado.

No que se refere à Covid-19, de acordo com os órgãos mundiais de saúde, a principal medida profilática é o distanciamento social. Porém, tendo em vista a infraestrutura dos estabelecimentos penais e o superávit de pessoas por cela, torna-se praticamente impossível

³⁶ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia de la reaccion social**. Maracaibo: Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, 1977.

³⁷ FERREIRA, Amanda Assis; MOURA, Roberto Barbosa de. **Mortos nos cárceres de Alagoas entre 2012 e 2015: a relação do Sistema Penitenciário e o Instituto Médico Legal – IML na morte dos detentos**. In: II Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas – Decisão judicial: processo decisório e precedentes, 2017, [Alagoas]. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/308>. Acesso em: 28 jul. 2020.

adotar tal medida. Se considerada a hipótese de que os presos permanecem isolados por estarem confinados, ignora-se o fato de que os mesmos recebem visitas e continuam tendo aproximação com os agentes de execução penal, por exemplo.

Para elucidar, dados do INFOPEN 2017³⁸ demonstram que o sistema prisional conta com um quadro de 108.403 (cento e oito mil quatrocentos e três) profissionais em atividade, incluindo efetivos, comissionados, terceirizados e temporários, de ambos os sexos. E esses, por sua vez, têm livre circulação por ambientes externos às unidades prisionais, podendo ser contaminados e transmitir a doença entre si e entre os detentos.

Além disso, a movimentação dos próprios custodiados dentro dessas unidades é relativamente alta. Somente em 2017 foram registradas mais de 248 (duzentas e quarenta e oito) mil entradas – inclusões originárias – e mais de 169 (cento e sessenta e nove) mil saídas – decorrentes de alvarás de soltura. O número de inclusões por transferências ou remoções foi de aproximadamente 225 (duzentas e vinte e cinco) mil³⁹.

Quanto às permissões de saída para os condenados em regimes fechado, semiaberto ou provisório, nos termos do art. 120 da LEP, foram, em média, 93 (noventa e três) mil. Já a quantidade de saídas temporárias para os condenados em regime semiaberto para visitar a família, seguindo o art. 122 da LEP, foi de mais de 99 (noventa e nove) mil. Esses dados comprovam, portanto, que os presos não se mantêm continuamente atrás das grades, isolados⁴⁰.

Por outro lado, a problemática reside na população carcerária que faz parte do grupo de risco da Covid-19, qual seja: pessoas idosas e com condições de saúde pré-existentes, como pressão alta, doenças cardíacas e pulmonares, câncer ou diabetes, e, ainda, que possuem a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, dependendo do nível⁴¹. Quanto à faixa etária,

³⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS BRASIL. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). **Organização Pan-Americana de Saúde**, Brasília-DF, 17 abr. 2020. Disponível

o INFOPEN 2017⁴² mostra que, naquele ano, o percentual de pessoas privadas de liberdade maiores de 46 (quarenta e seis) anos de idade foi de 8,16 em um quantitativo de pouco mais de 726 (setecentos e vinte e seis) mil presos.

Relativamente àqueles que apresentam doenças pulmonares, como tuberculose, ou que convivem com a AIDS, as únicas informações disponibilizadas datam de dezembro de 2014, e mostram que nesse período havia 5.534 (cinco mil quinhentos e trinta e quatro) casos de tuberculose e 7.412 (sete mil quatrocentos e doze) de pessoas HIV positivas. Ou seja, a cada 100 (cem) pessoas custodiadas, 1,3 viviam com HIV⁴³.

A partir da compreensão de que os presos incluídos no grupo de risco, se contraírem a Covid-19, têm mais chance de evoluir para os quadros graves da doença, infere-se que eles precisarão também de um leito hospitalar para o tratamento e, com a crise no sistema de saúde, poderão não o receber. Além do mais, a prestação interna dos serviços de saúde, por intermédio das Equipes de Atenção Básica Prisional – EABP, não é homogênea em todo o sistema prisional, a exemplo de estados como Amapá e Paraíba, que têm uma cobertura de EABP de 0,0% e 2,6%, respectivamente⁴⁴.

Com o avanço da doença, cada vez mais detentos e agentes penitenciários estão sendo infectados, trazendo à tona um perigo iminente. De acordo com o monitoramento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁴⁵, mais de 39 (trinta e nove) mil pessoas já foram infectadas no sistema carcerário, das quais aproximadamente 29 (vinte e nove) mil estão aprisionadas e 10 (dez) mil são servidoras. No total, 199 (cento e noventa e nove) pessoas vieram a óbito. Não diferentemente, a Covid-19 alcançou o sistema socioeducativo, contaminando mais de 4

em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁴² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁴³ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Nota Técnica n.º 23/2020/COS/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 05 abr. 2020. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/SAUDEPRISIONAL/SEI_MJ11406541NotaTcnica2.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Registros de Contágios e Óbitos – Covid-19 no Sistema Prisional. CNJ, Brasília-DF, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-7.10.20.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

(quatro) mil pessoas e levando a óbito 22 (vinte e duas) delas. Na tabela abaixo⁴⁶ é possível notar esse percentual de casos confirmados e óbitos de pessoas presas dividido por região até o início do mês de outubro:

Tabela 1 – Monitoramento da Covid-19 entre pessoas presas		
Região	Casos confirmados	Número de óbitos
Norte	8,9%	12,2%
Nordeste	17,5%	14,8%
Centro-oeste	23,3%	10,4%
Sudeste	35,0%	50,4%
Sul	15,3%	12,2%

Desse modo, se a cena é preocupante fora do cárcere, dentro dele se torna mais dramática. Os números que retratam a realidade, podendo ainda, ao que indicam as evidências, estar suavizados pelo fenômeno da subnotificação, denunciam que o sistema carcerário se encontra efetivamente contaminado e o resultado final dessa constatação, certamente, será desastroso.

5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA GARANTIA DOS DIREITOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No sistema penal brasileiro inflado, hodiernamente, por vieses punitivistas, vê-se no encarceramento desordenado o mecanismo ideal para o combate da criminalidade. Tem-se deixado de lado os valores nos quais está imbuído o Princípio *in dubio pro reo* e também não se garante a aplicação dos matizes do Princípio *in dubio pro societate*. Nesse cenário paradoxal, não se garante nem um, nem outro princípio. Em qual caos está atracado o sistema penal nacional? Qual o futuro daqueles que são afetados nefastamente por critérios atrozes, violentos e antidemocráticos? O que fazer perante aqueles que assistiram o seu ente familiar perder não

⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Registros de Contágios e Óbitos – Covid-19 no Sistema Prisional. CNJ, Brasília-DF, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-7.10.20.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

somente a liberdade, como lhe determinou a Justiça, mas a própria vida, dentro dos estabelecimentos que integram o sistema carcerário brasileiro?

No entendimento de Mbembe⁴⁷, “a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer”. E mais adiante, conclui afirmando: “Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder”.

Por outro prisma, mais teórico e menos realista, partindo de uma premissa democrática, o Direito Penal deve basear-se em critérios garantidores. A ciência penal antigarantista deve ser combatida, de *per si*, numa cooperação coletiva dos Poderes Públicos. Mas como fazer isso em uma pandemia sem precedentes e até que ponto é possível flexibilizar direitos? Qual o limite que a emergência justifica a mitigação de regras? O que se teme é que neste momento, excepcional, os direitos individuais e coletivos sejam violados indiscriminadamente.

A solução mais ponderada é aquela que se direciona para a equalização de valores, e diante de situações emergenciais e extremas, a decisão deve ser leniente, mesmo que desafie e contrarie regras aplicáveis na normalidade. Os direitos fundamentais mínimos da pessoa humana não são garantidos aos apenados – sendo este o cenário calamitoso, independente dos efeitos carreados pela pandemia.

Nesse ponto convém trazer a lume as palavras de Carvalho⁴⁸, que assevera: “La formalidad de las garantías debe ser vista como aliada de un procedimiento regular; es un freno inhibitor del arbitrio estatal y judicial; ella controla al juez y, con eso, lo protege de sí mismo”. Mais adiante conclui advertindo que uma atuação judicial democrática e guardiã das garantias não se traduz em “benevolência”, ao contrário, a observância das garantias atesta a legitimidade da decisão.

Em um ordenamento jurídico de tradição positivista, num país de dimensões continentais que está firmado nas bases de modelo federal com três níveis de governo que dependem da ação concreta do Poder Público, o navio fica à deriva. E o mais assustador é que

⁴⁷ MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**. n. 32, dezembro, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. ¿QUIÉN ES EL JUEZ QUE APLICA LA PENA? p. 13-36. In: **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales** Año I No. 1 Enero-Junio 2009. Disponível em <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%c3%bamero%201/Redhes1-01.pdf>. Acesso em: 23 jul.2020.

o principal timoneiro do navio, entendido aqui como a dignidade da pessoa humana, é neutralizado em interpretações, na maioria das vezes atendendo aos “pseudo interesses” de uma política institucional desordenada.

Várias rotas surgem para remodelar o papel do Estado de Direito e, com isso, minimizar os efeitos negativos das condições usuais do sistema penitenciário nacional e ainda mais, assolado pela disseminação da Covid-19. Uma possível solução encontra amparo no Neoconstitucionalismo e na tendência do ativismo, pois, segundo Barroso⁴⁹, nele busca-se a concretização dos direitos fundamentais, baseado em uma nova dogmática interpretativa da Constituição, na qual o Estado-Juiz passa a ser protagonista na condução das políticas públicas nesta área.

Impulsionado por esse movimento que muda vertiginosamente a ótica interpretativa do Direito, o Brasil vem adotando mecanismos garantidores não só de forma individual, mas também de forma massiva, através da aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. De origem colombiana, essa teoria foi inaugurada em solo nacional pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF⁵⁰, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, no ano de 2015, buscando o melhoramento das condições de sobrevivência dos aprisionados, de forma indistinta.

Com a declaração do Estado Inconstitucional de Coisas, ante as condutas omissivas ou comissivas do Poder Público, o Judiciário, através do STF, tem atuado coordenando as ações institucionais destinadas para todo o sistema penitenciário brasileiro, visando frear as violações flagrantes aos direitos da pessoa humana. Esse fenômeno caracteriza-se com um “Ativismo Judiciário Positivo”, ou seja, o Poder Judiciário, presenciando violações generalizadas aos

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPFMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2020.

encarcerados, toma a iniciativa do protagonismo do processo, não na posição de elaborador ou aplicador das políticas sem a participação do Executivo ou Legislativo, mas sim como fomentador do processo em massa.

Como efeitos práticos, obteve-se, através do julgamento da Liminar na ADPF 347/DF, a instituição da audiência de custódia e a liberação e o não contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional – FUPEN – para sua finalidade. Todavia, a decisão da citada ADPF ainda se encontra pendente de julgamento do mérito.

Esse panorama agregador deve partir de uma decisão hermenêutica plural baseada nas ideias de Habermas⁵¹, segundo as quais todos que compõem a sociedade devem contribuir para uma melhor interpretação e aplicação do Direito. O Poder Público passa a ser o principal responsável pela construção de um caminho dialógico e democrático entre os poderes públicos nos três níveis federativos, visando oferecer soluções estruturantes para a tragédia diária do cárcere.

6. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020

Ante o panorama de pandemia, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – emitiu a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, direcionada aos magistrados e tribunais, ensejando a adoção de medidas preventivas à propagação da Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Tal posicionamento levou em consideração, principalmente, que a manutenção da saúde das pessoas em privação de liberdade é imprescindível à garantia da saúde coletiva⁵².

Ponderou-se, ainda, que a insalubridade, a aglomeração de pessoas e a inobservância dos procedimentos mínimos de higiene nessas unidades contrariam todos os protocolos de

⁵¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

prevenção, ainda que o Estado seja responsável por assegurar o atendimento de saúde preventivo e curativo dos indivíduos custodiados. Além disso, foi ressaltado que a continuidade da prestação jurisdicional deve prosseguir com atenção aos direitos e garantias individuais e ao devido processo legal, e, mormente, preservando-se a saúde de magistrados, agentes públicos e pessoas aprisionadas⁵³.

Em pertinência ao público infanto-juvenil, as recomendações destinam-se tanto para os magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais quanto para aqueles responsáveis pela execução de medidas socioeducativas. Para os primeiros, são no sentido de rever as decisões que determinaram a internação provisória de adolescentes gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até 12 (doze) anos ou por pessoa com deficiência, bem como adolescentes indígenas, com deficiência ou integrantes do grupo de risco. E, ainda, que estejam internados provisoriamente em unidades socioeducativas superlotadas ou sem equipe de saúde⁵⁴.

Para os magistrados de execução, recomenda-se a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, objetivando a eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, especialmente quanto ao público supramencionado. Também se defende a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção⁵⁵.

Semelhantemente, tal recomendação se destina aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal no sentido de reavaliarem as prisões provisórias e as prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que se relacionem a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Outrossim, a Recomendação proclama a necessidade de suspensão do dever de apresentação periódica em juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo. E aduz que apenas excepcionalmente devem ser dadas novas ordens de prisão preventiva⁵⁶.

⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁵⁴ Ibidem, 2020.

⁵⁵ Ibidem, 2020.

⁵⁶ Ibidem, 2020.

Quanto aos magistrados com competência sobre a execução penal, instrui-se a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto e a avaliação da prorrogação do prazo de retorno ou adiamento – com posterior reagendamento – do benefício de saídas temporárias. Para mais, orienta-se a concessão de prisão domiciliar para todos os indivíduos cumprindo pena em regime aberto e semiaberto, observadas as condições que serão definidas pelo juiz da execução, assim como no caso de presos por dívida alimentícia⁵⁷.

Dentre outras questões, a Recomendação nº 62 também trata acerca da redesignação de audiências e da realização destas por videoconferência. Ainda explana o procedimento que deve ser realizado frente aos casos suspeitos ou confirmados de Covid-19, tais como: separação da pessoa sintomática, encaminhamento para tratamento em unidade de saúde e comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa por alternativa diversa. Além disso, traz regras pertinentes à visitação em estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas⁵⁸. Contudo, verifica-se o seu caráter não vinculante, o que possibilita a aplicação discricionária por parte dos juízes e tribunais.

Ademais, no mês de setembro de 2020, o CNJ editou a citada Recomendação para dilatar o seu prazo de vigência, que, nos termos do art. 15, será de 360 (trezentos e sessenta) dias, bem como para coibir a aplicação de suas medidas às pessoas condenadas pelos crimes: de organização criminosa; lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; crimes contra a administração pública; por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher.⁵⁹

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁵⁸ Ibidem, 2020.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020**. Acrescenta o art. 5-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar sua vigência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-78-altera-e-prorroga-o-prazo-da-Recomenda%C3%A7%C3%A3o-62-2020-1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

7. DECISÕES JUDICIAIS SOB O ENFOQUE DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA

Sob esse cenário é que os magistrados de todo o Brasil, especialmente aqueles que são competentes para a execução penal, enfrentam a difícil missão de administrar judicialmente as dificuldades inerentes ao sistema prisional. Têm sob os seus ombros a responsabilidade de determinar as ações preventivas à contaminação pelo novo coronavírus, além de julgar as ações que clamam pela libertação dos presos que se encontram em situação de risco.

Nesse sentido, o que se espera, no dizer de Carvalho⁶⁰, das tomadas de decisões do Judiciário, é que se possa dar voz aos anseios populares, conferindo efetividade às garantias sob o prisma do interesse coletivo. Mais adiante, adverte o autor para o risco de que a locução interesse público pode servir tanto à coletividade, quanto ao interesse da classe detentora do poder. Antes de tudo, convém conhecer a realidade – os fatos – combinando esse conhecimento à adequada interpretação e aplicação da norma.

Nesse sentido, imersos no contexto de pandemia, extrai-se a informação que decisões judiciais em diversos sentidos vêm sendo publicadas em todo o país. Uma decisão recorrente, e bastante lúcida, consiste na liberação de presos civis por dívidas alimentícias e, em complemento, a determinação de suspensão, por noventa dias, do cumprimento dos mandados de prisão civil.

Na seara criminal, que é sem dúvida a maior amostra, além de ser a mais preocupante, por razões óbvias, observa-se que tem sido concedida a prisão domiciliar a quem cumpre regime semiaberto e que integre os grupos de risco. Também têm sido liberados os apenados do regime aberto quanto à obrigação legal de comparecimento ao albergue por um prazo de trinta dias, remanejando-se os apenados do regime fechado que fazem parte de grupo de risco e que não se recomendou a prisão domiciliar, para a Casa de Albergado, já esvaziada para receber esses indivíduos, com as cautelas e adaptações necessárias. Outra medida oportuna extraída das últimas decisões judiciais foi a concessão de progressão antecipada, prevista para os próximos

⁶⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Momentos do Passado e o Presente do Processo Penal no Contexto do Sistema Criminal.. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019. Disponível em: http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/luis_gustavo_grandinetti.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

doze meses, e considerando que os beneficiários já possuíam trabalho externo. Percebe-se, então, que são muitas as alternativas judiciais que, mesmo aparentemente paliativas, se consideradas em sua totalidade, implicam em importante resultado quanto ao objetivo de prevenção aos efeitos da pandemia no ambiente carcerário.

Neste mesmo entendimento, de salvaguardar direitos nesse cenário caótico, tem ocorrido a suspensão das saídas temporárias e da visitação em alguns presídios. Malgrado a necessidade de afastamento dos detentos, estes não podem ficar totalmente sem contato com o mundo exterior, vide o caráter ressocializador das penas. Assim, a elaboração do “Plano de contingência para o novo coronavírus (Covid-19) no sistema penitenciário do estado da Paraíba” traz como uma de suas ações a implementação de visita virtual através de vídeo chamadas, a serem realizadas mediante agendamento por unidade prisional, o que se mostra conveniente nessas circunstâncias e passível de ser adotado por outros estados⁶¹.

A discussão mais intrincada, porém, reside na questão da permanência no cárcere dos presos provisórios e, mais ainda, dos apenados em regime fechado que integram o grupo de risco. O que poderia o Estado juiz fazer para salvaguardar o direito à saúde e, quiçá, à vida dessas pessoas? Seria razoável apostar na hipótese de que não serão contaminados e tudo seguirá normalmente? É certo que não. Possivelmente serão contaminados e, segundo relatos das estatísticas de saúde, integrarão os percentuais de pacientes graves ou de óbitos decorrentes da contaminação pela Covid-19. E isso é um fato muito grave. Essas pessoas encontram-se sob a custódia estatal; a pena que cumprem é privativa de liberdade; não autoriza a morte, ainda que seja esta apenas eventual (;ou esperada!) nessa conjuntura inédita decorrente da pandemia. O Estado assume o dever de evitar esse resultado.

Merece destaque, pela abrangência e poder de alcance, a decisão proferida no *Habeas Corpus* – HC 143641, em que a Segunda Turma do STF determinou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que estejam grávidas ou que tenham filhos de até 12 (doze) anos ou com deficiência, excepcionando-se os

⁶¹ PARAÍBA. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária SEAP/PB. **Plano de contingência para o novo coronavírus (Covid-19) no sistema penitenciário do estado da Paraíba**. João Pessoa: Secretaria de Estado da Administração Penitenciária SEAP/PB, 2020. Disponível em: https://paraiba.pb.gov.br/noticias/sistema-penitenciario-tem-plano-de-contingencia-para-combate-ao-covid-19/1585917690521_plano-de-contingencia-seap-covid19-pdf.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

casos de autoras de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou situações excepcionais devidamente fundamentadas pelos juízes⁶².

A despeito da letra da Recomendação nº 62 autorizar a discricionariedade das decisões, é certo que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode se ausentar das análises em cada realidade a ser analisada pelo Judiciário. Não há que se transferir a responsabilidade dessas decisões ao STF e, assim, ficar aguardando uma decisão sobre o que está posto. As medidas judiciais de prevenção que se aguardam deverão ser fruto da aferição de cada realidade, com o julgador sentindo-lhe o pulso. São emergenciais; exalam a pressa de quem quer, e tem direito, de se manter vivo; mesmo integrando um sistema caótico.

O decidir, nesse caso, não é apenas medida de justiça, é garantia de vida e não pode ser relegado ao plano da espera, da dúvida. Exige racionalidade na valoração entre: a manutenção do cárcere, como medida de legalidade estrita, descolada da realidade; ou a aplicação de medida humanitária, excepcional, também sob o amparo do ordenamento jurídico, conforme já demonstrado, mas considerando o direito à vida e atendendo ao princípio da dignidade humana.

Para Carvalho⁶³, em cenários dessa ordem, vale invocar o perfil decisório do juiz Hermes: “Su tarea primordial es universalizar e igualar el Derecho a la palabra, a la participación democrática para, después, hacer valer su punto de vista de manera democrática. Es un mediador pero con capacidad de decisión”.

Nesse sentido corrobora o conteúdo do Código de Ética da Magistratura Nacional⁶⁴ quando estabelece, em seu art. 3º, que assim dispõe: “A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas”. Mais adiante, em seu art. 24 assevera, com precisão, acerca da prudência nas decisões: “O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF – 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília-DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 20 abr. 2020.

⁶³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Año I No. 1 Enero-Junio 2009. ¿Quién es el juez que aplica la pena? p. 13-36. Disponível em <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%c3%bamero%201/Redhes1-01.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 06 ago. 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável”.

Sem dúvidas, a sociedade espera do magistrado, especialmente em momentos de crise pandêmica, uma adequada ponderação dos valores. Antes que seja tarde demais. Antes que se concretize a previsão de Mbembe⁶⁵ afirmando duramente que “[...] as formas contemporâneas que subjagam a vida ao poder da morte (necropolítica) reconfiguram profundamente as relações entre resistência, sacrifício e terror”. O Judiciário precisa se dispor a serviço da vida; direito fundamental resguardado constitucionalmente. Sem essa disposição, o caos que se instala certamente encontrará abrigo no sistema prisional, com mais ênfase do que fora dele.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência ocasionada pela pandemia do novo coronavírus exige das autoridades, em todas as esferas e níveis do poder estatal, uma postura responsável e preventiva. Contudo, em se tratando de sistema penitenciário nacional, a despeito da responsabilidade compartilhada na gestão e manutenção desse sistema, o momento exige uma conduta diligente no tocante à tomada de decisões quanto ao destino dos indivíduos encarcerados.

Sob a forma de Recomendação, o CNJ orientou a todos os juízes e tribunais no sentido de que sejam preservados os direitos das pessoas sob a custódia estatal. Nesse sentido, muitas decisões já foram tomadas objetivando evitar o caos no ambiente carcerário. Em geral, são medidas profiláticas e temporárias, como se espera acontecer em situações emergenciais, mas que podem representar uma sensível redução de riscos nos estabelecimentos em que foram aplicadas.

Contudo, as questões mais tormentosas envolvem a liberação de encarcerados, provisórios ou definitivos, que integram o denominado grupo de risco. Convém, pois, indagar: por que invocar sistemicamente tantas normas, se a dignidade da pessoa humana é um

⁶⁵ MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**. n. 32, dezembro, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 22 jul. 2020.

dos fundamentos da República? Diante da ausência de resposta, é forçada a compreensão de que sempre vai depender do perfil de julgador que será incumbido das decisões.

Há aqueles que mesmo com esse arcabouço normativo em amparo às decisões, julgam se valendo das entrelinhas e contrariam o interesse dos indivíduos, contornando os direitos fundamentais em nome de uma suposta salvaguarda coletiva. Por outro lado, haverá também os que, respaldando-se no conjunto normativo e, especialmente, firmando-se no terreno dos direitos individuais, decidem pela liberdade como meio à manutenção da vida, até que a situação de fato demonstre a indicação de reversibilidade da medida.

Na realidade dos cárceres brasileiros, o que se tem percebido é que ainda não se concretizou, ao menos não de modo a noticiar os resultados, um levantamento detalhado das realidades locais, para que se tenham parâmetros objetivos e subjetivos confiáveis, capazes de embasar tomadas de decisão quanto à determinação de prisão domiciliar dos referidos indivíduos, em tempo de não lhes ocasionar danos diretos decorrentes da pandemia, reduzindo, também, os riscos epidemiológicos da disseminação do vírus.

Por fim, é interessante destacar o caráter extraordinário da decisão da Segunda Turma do STF, que concedeu, por maioria de votos, Habeas Corpus – HC 143641 coletivo, e nisso reside a extraordinariedade que o momento exige, para determinar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres presas, em todo o território nacional, que estejam gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência, podendo, em cada caso, haver também a aplicação das medidas alternativas à prisão provisória, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Relevante decisão. Porém, ainda mais relevante que a extensão conferida por esse HC, certamente é o zelo judicial local, em cada comarca, cada Vara de Execução Penal desse país. Para tanto, não se exige do Judiciário a tarefa hercúlea de revisar todas as guias de execução em espaço exíguo de tempo.

Será suficiente que se debrucem sobre as prioridades; sobre o grupo de risco existente em cada estabelecimento prisional. Trabalhar sobre esses casos concretos que, mais que números, são sujeitos de direito. Há que se atuar com a racionalidade e a prudência estabelecidas no Código de Ética da Magistratura Nacional porque assim, e somente assim, produzir-se-ão decisões voltadas à dignidade da pessoa humana, que na simplicidade e na singularidade do varejo, alcançarão a higidez jurídica almejada em todo o sistema penitenciário nacional e, nesse ponto, a pandemia vem também para deixar lição.

REFERÊNCIAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia de la reaccion social**. Maracaibo: Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1- 42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O Estado de Coisas Inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de direitos fundamentais: Limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Lorena, v. 9, n. 37, p. 293-308, 2017. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/744/358>. Acesso em 18. abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57_412abdb_54eba90_9b3e1819fc4c3ef4.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 06 ago. 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020**. Acrescenta o art. 5-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar sua vigência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

[content/uploads/2020/09/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-78-altera-e-prorroga-o-prazo-da-Recomenda%C3%A7%C3%A3o-62-2020-1.pdf](#). Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Brasília, DF: Congresso Nacional, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020e. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTlRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Nota Técnica n.º 23/2020/COS/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 05 abr. 2020f. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/SAUDEPRISIONALSEI_MJ11406541NotaTcnica2.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015a. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota informativa nº 10/2018-CGPNCT/DEVIT/SVS/MS.** Nota informativa – Projeto “Apoio ao desenvolvimento de ações em saúde para a comunidade carcerária com foco na Tuberculose”. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018b. Disponível em:

<https://saude.es.gov.br/Media/sesa/Tuberculose/Nota%20Informativa%20N%C2%BA10.pdf>. Acesso em: 13 abril 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico Especial: Tuberculose 2020**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020g. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/Boletimtuberculose-2020-marcas--1-.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei – PL 3461/2015. **Acrescenta os parágrafos 1º, 2º e 3º ao art. 13 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), para dispor sobre os produtos de higiene como itens obrigatórios nos estabelecimentos prisionais**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2015]b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405967&filename=PL+3461/2015. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2020h. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 19 abr. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Momentos entre o Passado e o Presente do Processo Penal no Contexto do Sistema Criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 288-314, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42212/29252>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Quién es el juez que aplica la pena? **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, México, n. 1, p. 13-36, 2009. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%c3%bamero%201/Redhes1-01.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Registros de Contágios e Óbitos – Covid-19 no Sistema Prisional. CNJ, Brasília-DF, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-7.10.20.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

CONTI, Thomas Victor. Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia. **Dr. Thomas Conti**, Campinas, 6 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasyconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Amanda Assis; MOURA, Roberto Barbosa de. **Mortos nos cárceres de Alagoas entre 2012 e 2015**: a relação do Sistema Penitenciário e o Instituto Médico Legal – IML na morte dos detentos. In: II Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas – Decisão judicial: processo decisório e precedentes, [Alagoas], 2017. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/308>. Acesso em: 28 jul. 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Manifesto em apoio à Recomendação 62 do CNJ e ao desencarceramento. **Instituto de Defesa do Direito de Defesa**, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Nota-coletiva-CNJ62.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. **IPEA**, Brasília, [2013?]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdefensores>. Acesso em: 18 abr. 2020.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 20 fev. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 17 abr. 2020.

LANA, Raquel Martins *et al.* Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, p.1-5, fev. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v36n3/1678-4464-csp-36-03-e00019620.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coronavírus Brasil: Painel coronavírus. **Ministério da Saúde**, Brasília, 2020a. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 08 out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sobre a doença. **Ministério da Saúde**, Brasília-DF, 2020b. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-proteger>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da ONU alertou governo federal em novembro sobre problemas nos presídios do país. **Nações Unidas Brasil**, [Rio de Janeiro], 12 jan. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-alertou-governo-federal-em-novembro-sobre-problemas-nos-presidios-do-pais/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PARAÍBA. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária SEAP/PB. **Plano de contingência para o novo coronavírus (Covid-19) no sistema penitenciário do estado da Paraíba**. João Pessoa: Secretaria de Estado da Administração Penitenciária SEAP/PB, 2020. Disponível em: https://paraiba.pb.gov.br/noticias/sistema-penitenciario-tem-plano-de-contingencia-para-combate-ao-covid-19/1585917690521_plano-de-contingencia-seap-covid19-pdf.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. A Cultura Jurídica Brasileira na Transição para a Democracia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUZA, André de *et al.* Ministério da Saúde descobre que coronavírus chegou ao Brasil em janeiro. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-descobre-que-coronavirus-chegou-ao-brasil-em-janeiro-1-24347029>. Acesso em: 17 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF – 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília-DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em 20 abr. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19. **UFRJ**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/01/o-sistema-prisional-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução: Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.