UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO DA SILVA ROMEIRO

O ENCAMINHAMENTO AO GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA: RITO CAUTELAR DA LEI MARIA DA PENHA COMO EXCEÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Salvador
2018

LEONARDO DA SILVA ROMEIRO

O ENCAMINHAMENTO AO GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA: RITO CAUTELAR DA LEI MARIA DA PENHA COMO EXCEÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito básico para a conclusão do curso de Bacharel em Direito.

Orientadora: Me. Thaize de Carvalho Correia

Salvador
2018

LEONARDO DA SILVA ROMEIRO

O ENCAMINHAMENTO AO GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA: RITO CAUTELAR DA LEI MARIA DA PENHA COMO EXCEÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito básico para a conclusão do curso de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Thaize de Carvalho Correia – Orientadora _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Misael Neto Bispo da França – Examinador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Daniela Carvalho Portugal – Examinadora _____

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Antes de caminhar aos agradecimentos, preciso pedir desculpas, sim, desculpas a todos os que tiveram que conviver com a minha impaciência, com a minha ausência, com todas as vezes em que fiquei nervoso por conta não apenas deste trabalho, mas por todos os momentos de aflição, medo e dificuldades que vivi durante todos os quase seis anos de curso. Desculpa, mãe, pai, Amanda, Pito e Dudinha por todas as vezes em que me perdi de mim mesmo devido as mais diversas pressões e cobranças que o curso e a vida me impuseram, tenham a certeza de que jamais seria possível vencer uma batalha sem a certeza de que, independente de qualquer coisa, vocês estariam comigo, me defendendo, amando e protegendo.

É preciso começar meus agradecimentos dizendo que devo a meu Senhor do Bonfim toda a paciência, a perseverança, as adequadas escolhas, ao processo de crescimento que vivi, errando e acertando, sempre tive a certeza de que o senhor estava ao meu lado. Também preciso lembrar do meu senhor São Jorge, a quem devo toda a proteção que recai sobre mim e a certeza de que "armas de fogo o meu corpo não alcançarão, facas e lanças se quebrem sem o meu corpo tocar, cordas e correntes se arrebentem sem o meu corpo amarrar."

Em seguida, preciso, com toda a força, amor e gratidão que levo em meu coração, agradecer imensamente a meus pais. Dizer que, assim como o foi a formatura de minha irmã, que todo esse meu caminhar é a representação de que, com muita luta, força, suor e amor, muito amor, eles conseguiram propiciar tudo o que há de melhor para os filhos. Muito obrigado por todos os dias em que acordaram bem cedinho para poderem me acordar e ficarem comigo no início do dia, por se preocuparem imensamente em fazerem com que minha vida fosse o mais tranquila e prazerosa durante todo esse percurso. Muito obrigado por todos os conselhos, muito obrigado por todas as coisas materiais que me deram e sustentaram essa minha jornada e, principalmente, muito obrigado por todo o amor, por todo o carinho! Tenham certeza de que este trabalho apenas pode ser feito porque eu tenho em casa pais fantásticos, pessoas com quem eu sei que posso contar para tudo em minha vida; tenham a certeza de que meu amor por vocês é imenso e que vocês são a melhor referência que eu poderia ter para criar filhos, se um dia eu os tiver.

Preciso também agradecer muito a minha irmã, Amanda, e a meu sobrinho, Gabriel, por todas as vezes que suavizaram a construção desse projeto, por terem me entregado amor e

estabilidade para viver a faculdade totalmente. Eu sou extremamente agradecido à vida por ter vocês comigo. Tenham a certeza de que sempre estarei ao lado de vocês!

Agradeço imensamente a Renata, a mulher com quem quero viver até o último dia da minha vida, por todo o amor que me entrega, por todo o carinho diário, por saber me acalentar nos momentos difíceis, por ser o estímulo quando a incerteza chega, por ser minha força quando os medos me recaem, por ser a motivação para que a perseverança se mantenha viva em mim. Sem dúvidas, você é o maior dos presentes que a faculdade me deu. Eu te amo, Dudinha, muito obrigado por ser tanta luz na minha caminhada.

Agradeço também a Dona Célia, Sr. Renato e Raíssa, por todo o apoio que me deram, pelos conselhos dados, pelo carinho, preocupação e também pelos momentos de distração extremamente necessários e fundamentais para que fosse possível caminhar com esse trabalho.

É preciso dizer que levarei para sempre comigo enorme gratidão a Thaize e Victória por terem me dado a chance de trabalhar ao lado delas, por terem me dado a oportunidade que geralmente é negada aos que vêm de onde eu vim e, diante das discussões durante o dia a dia do escritório, terem feito a ideia deste trabalho surgir. Muito obrigado por terem me ensinado tanto, por confiarem em mim e por me tratarem da forma que me tratam. Sou eternamente feliz, grato e orgulhoso por fazer parte da “equipe top”.

E já aqui tenho que agradecer especialmente a minha orientadora, Thaize, que, com muita paciência e atenção, me guiando às melhores escolhas, fez com que esta caminhada se tornasse menos árdua: muito obrigado por tudo, pró.

Impossível deixar de falar dos meus amigos Lucas, Florisvaldo e Sr. Jorge a quem devo os melhores momentos nos últimos meses na FDUFBA, pessoas maravilhosos, amigos que quero levar comigo por toda a vida, responsáveis por fazer com que pudesse encontrar referências ao meu trabalho, por me alegrar diariamente, por serem consolo, esperança, carinho e confiança, capazes de passarem por verdadeira metamorfose quando necessário a ajudar qualquer dos seus amigos. Vocês são demais, muito obrigado, de verdade.

Deixo meu muito obrigado a todos do escritório Iran Furtado advogados associados por toda a ajuda e ensinamentos dados durante esse ano de convívio, muito obrigado. Agradeço também a Defensoria Pública da União e ao Núcleo de Assistência Judiciária da Fundação Lar Harmonia por também terem me formado ao longo desses quase seis anos de caminhada.

Tenho que agradecer profundamente a funcionários da faculdade de direito que alegram os nossos dias e fizeram com que a construção desse trabalho fosse menos dolorosa e mais feliz. Obrigado, a D. Maria, D. Ana, Sr. Domingos, Sr. Chico, Nelson, Sr. Jurandir, Geninho, Carlinha, Tici, Gilson e tantos outros que compõem e mantêm viva a nossa faculdade.

Além disso, preciso agradecer a amigos que de alguma forma me auxiliaram na construção desse trabalho: deixo aqui meu muito obrigado à Jorge, Ederlan, Elainne, Giovanna, Muriel, Léo Macêdo, Thales, Yago, do Dolo eventual, da matilha e tantos outros que pelo pouco espaço não estarão no texto, mas que, sem dúvidas estão abraçados pela minha gratidão.

Agradeço a minha casa, à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, local onde passei por gigantesca transformação, onde amadureci, onde vivi tudo o que pude de forma intensa, onde fiz diversos amigos que levarei para sempre, encontrei mestres fantásticos, exemplos para toda a vida, onde encontrei o amor e, por isso, mesmo passando por algumas dificuldades, digo com a mais plena certeza que amo essa casa, sou eternamente grato por tudo que vivi aqui e sentirei muitas saudades.

Por fim, tenho que agradecer aos quatorze anos de governo do Partido dos Trabalhadores e a Luiz Inácio Lula da Silva, por terem imposto verdadeira revolução às universidades brasileiras, ampliando o acesso a estas casas a parcela social que jamais pôde sequer sonhar em alcançar tais espaços, fazendo com que a universidade mudasse a sua forma de enxergar e encarar o mundo, e se transformasse no local plural que é atualmente. “Não se pode matar ou aprisionar uma ideia”.

Pequena memória para um tempo sem memória

Memória de um tempo onde lutar
Por seu direito
É um defeito que mata
São tantas lutas inglórias
São histórias que a história
Qualquer dia contará
De obscuros personagens
As passagens, as coragens
São sementes espalhadas nesse chão
De Juvenais e de Raimundos
Tantos Júlios de Santana
Uma crença num enorme coração
Dos humilhados e ofendidos
Explorados e oprimidos
Que tentaram encontrar a solução
São cruzes sem nomes, sem corpos, sem datas
Memória de um tempo onde lutar por seu direito
É um defeito que mata
E tantos são os homens por debaixo das manchetes
São braços esquecidos que fizeram os heróis
São forças, são suores que levantam as vedetes
Do teatro de revistas, que é o país de todos nós
São vozes que negaram liberdade concedida
Pois ela é bem mais sangue
Ela é bem mais vida
São vidas que alimentam nosso fogo da esperança
O grito da batalha
Quem espera, nunca alcança
Ê ê, quando o Sol nascer
É que eu quero ver quem se lembrará
Ê ê, quando amanhecer
É que eu quero ver quem recordará
Ê ê, não quero esquecer
Essa legião que se entregou por um novo dia
Ê eu quero é cantar essa mão tão calejada
Que nos deu tanta alegria
E vamos à luta.

Gonzaguinha

ROMEIRO, Leonardo da Silva. **O encaminhamento ao grupo reflexivo para homens como antecipação da pena:** rito cautelar da Lei Maria da Penha como exceção à presunção de inocência. 2018, 106 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade fazer uma análise de como vem sendo aplicadas as medidas cautelares da Lei 11.340/06, dando maior enfoque, diante disso, aos denominados encaminhamentos ao grupo reflexivo para homens, buscando entender se a aplicação de tal medida leva consigo o respeito ao princípio da presunção de inocência. Para isso, inicialmente serão feitas considerações acerca das motivações à construção de tipos penais e da punição pelas sociedades, apontando, diante disso à necessidade de se respeitar o dito devido processo penal para que se possa condenar qualquer pessoa. Por conseguinte, será feita uma análise acerca da presunção de inocência, que perpassará por sistemas processuais penais, buscando entender, diante disso, qual a opção brasileira, o que será destacada através de decisões de cortes superiores, permitindo, apresentar, portanto, as escolhas legais e práticas da construção jurídica nacional. Assim, feitas as composições mencionadas, se partirá ao estudo da Lei 11.340/06, na tentativa de entender qual a intenção do legislador em criar as denominadas medidas protetivas de urgência e diferenciar as que favorecem as mulheres das que atingem aos homens. Feita tal apresentação, se caminhará ao estudo dos grupos reflexivos para homens, tentando entender qual a razão da sua existência e, diante disso, analisar decisões da primeira e segunda vara da justiça pela paz em casa da Comarca de Salvador, tentando perceber, enfim, se há o respeito a presunção de inocência quando do encaminhamento de acusados a tais grupos reflexivos.

Palavras-Chave: Grupo reflexivo para homes. Presunção de inocência. Pena antecipada. Lei Maria da Penha.

ROMEIRO, Leonardo da Silva. **The referral to the reflective group for men as anticipation of the penalty:** of the Maria da Penha Act as an exception to the presumption of innocence. 2018, 106 f. Monography (Law Degree) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze how the precautionary measures of Law 11.340/06 have been applied, giving a greater focus to the so-called referrals to the reflexive group for men, seeking to understand if the application of such a measure leads to the the principle of the presumption of innocence. In order to do so, we will initially make considerations about the motivations for the construction of penal types and punishment by societies, pointing out, in this regard, the need to respect the said due process of law so that anyone can be condemned. Therefore, an analysis will be made of the presumption of innocence, which will permeate criminal procedural systems, trying to understand, on the basis of this, the Brazilian option, which will be highlighted through decisions of superior courts, allowing, therefore, to present the choices legal and practical aspects of national legal construction. Thus, the aforementioned compositions will be made, starting with the study of Law 11.340/06, in an attempt to understand the intention of the legislator to create so-called emergency protective measures and differentiate those that favor women from those that affect men. Once this presentation has been made, it will move to the study of reflexive groups for men, trying to understand the reason for their existence and, in the face of it, to analyze decisions of the first and second rod of justice for peace in the House of Salvador, whether there is respect for the presumption of innocence when referring accused persons to such reflexive groups.

Keywords: Reflective set for men. Presumption of innocence. Penalty in advance. Maria da Penha Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação declaratória de Constitucionalidade

CIDH – Corte interamericana de Direitos Humanos

CPP – Código de Processo Penal

CP –Código Penal

CRFB – Constituição República Federativa do Brasil

FONAVID – Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

HC – Habeas Corpus

JVDFM's - Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgênero

MP – Ministério Público

OEA – Organização dos Estados Americanos

STF – Supremo Tribunal Federal

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 12

2. AS FUNÇÕES DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO 14

2.1 UMA PERGUNTA NECESSÁRIA: QUAL A RAZÃO DE PUNIR? 14

2.2 FINALIDADES DA SANÇÃO PENAL E A OPÇÃO BRASILEIRA 22

2.3 A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE PENA APÓS O DEVIDO PROCESSO PENAL. 30

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INÔCENCIA 34

3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988. 34

3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REQUISITO FUNDAMENTAL PARA UMA CONDENAÇÃO 45

3.3 A APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA NO BRASIL: MODIFICAÇÕES E CONSEQUENCIAS. 50

4. O ENCAMINHAMENTO AO GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COM BASE NA LEI 11.340/06. 57

4.1 NOÇOES INTRODUTÓRIAS DA LEI MARIA DA PENHA. 57

4.2 O RITO CAUTELAR DA LEI MARIA DA PENHA. 62

4.3 O GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO. . 74

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA PELO JUDICIÁRIO BAIANO. 79

5. CONCLUSÃO 82

REFERÊNCIAS 86

ANEXOS 93

1. INTRODUÇÃO

Inegavelmente a Lei Maria da Penha, resultado de um processo histórico de busca pela construção de um direito capaz de propulsionar debate e transformação social a partir de uma especial defesa e proteção da mulher, culturalmente subjugada, submetida a tratamentos desiguais e diários atentados à sua existência, é – a Lei -, atualmente, um dos temas mais discutidos socialmente. O texto legal em questão, leva consigo a possibilidade de encaminhamento dos homens agressores a grupo reflexivos, após constatada a agressão a ele apontada. Todavia, a punição anteriormente referida vem sendo aplicada de maneira antecipada, em descumprimento ao que defende o princípio da presunção de inocência, sendo este ponto o que se almeja discutir através do presente trabalho.

Há que se dizer que, ante ao espaço de tempo para a construção desta pesquisa, que serão observadas algumas decisões proferidas pelos Juízos das primeira e segunda Varas da Justiça pela paz em casa da Comarca de Salvador. A intenção da análise referida é averiguar analisar se a Lei Maria da Penha leva em seu texto alguma hipótese de relativização da presunção de inocência, encurtando, assim, o caminhar punitivo. Busca-se entender se a dita lei de proteção à mulher entende que para concretizar tal defesa, faz-se necessário retirar do acusado alguns dos seus direitos fundamentais.

Como aludido acima, as respostas para o presente trabalho, para além de uma análise do que dispõe a lei em questão, se darão através de exame do que dispõe o texto legal, bem como observação do que defende a Constituição Nacional, textos que permitirão responder se, ao aplicar o preceito normativo de proteção às mulheres, as Varas competentes atuam de forma a contrastar a carta magna.

Para que se possa alcançar resposta ao questionamento apontado alhures, este trabalho se edificará através de um percurso histórico acerca dos mais diversos motivos que embasaram a promoção da punição, perpassando pelas construções sistêmicas que permitiram, buscando entender se existe sobre a pena alguma finalidade e, destacando neste caminhar qual a escolha feita pelo ordenamento jurídico nacional, destacando, portanto, a defesa brasileira pelo respeito denominado devido processo legal para que seja possível punir alguém

Assim, entendendo que o Direito brasileiro deliberadamente fez uma escolha de modelo processual penal e, portanto, de punição, necessário se faz estudar as consequências, de tal opção, apegando-se, diante das mais diversas consequências advindas de tal preferência, à análise da instituição e aplicação da presunção de inocência no Brasil.

Diante disso, consolidadas algumas bases de estudo, estará permitido caminhar para a discussão chave deste trabalhado, podendo assim, finalmente analisar se há a aplicação do princípio da presunção de inocência pela Lei Maria da Penha e nas decisões que se fundamento por tal preceito legal.

Inegavelmente, a violência contra a mulher em ambiente domiciliar e a relativização da presunção de inocência são discussão marcantemente presentes na construção do direito penal brasileiro. Diante disso, torna-se extremamente necessário averiguar se há aproximação entre tais assuntos e, diante disso, detectar se, de alguma forma, o direito punitivo nacional possibilita a relativização da presunção de inocência para punir quem tem contra si a imputação de que violentou uma mulher em âmbito doméstico.

2. AS FUNÇÕES DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO

Durante todo o percurso e histórico de punições, a humanidade sempre buscou encontrar justificativas que fundamentassem a exclusão, estigmatização e até a eliminação de alguns entes e grupos da sociedade, motivo pelo qual faz-se extremamente necessário entender os motivos que justificavam a punição, tanto em seu plano fictício quanto em seu plano teórico (DOS SANTOS, 2018), bem como o quanto é importante para a consagração de um processo penal aliado às garantias desenvolvidas pela democracia, que apenas sejam impostas penas ao acusado através do devido processo penal.

2.1 UMA PERGUNTA NECESSÁRIA: QUAL A RAZÃO DE PUNIR?

A construção de uma dita sociedade civilizada e sua associação com a existência de um Estado, em sua acepção jurídica, levam consigo uma necessária e umbilical relação com a presença de definições e, obviamente, cometimento de atos criminosos. Ao passo de perceber tal fato social como anormal, urge entender a existência da ilicitude criminal como algo intimamente atrelado às condições de vida coletiva, amparando-se tal entendimento nos estudos produzidos por Émile Durkheim (2007, p. 68) que ao analisar o crime como por este parâmetro afirma:

> [...] O crime, conforme mostramos alhures, consiste num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares. Para que, numa sociedade dada, os atos reputados criminosos pudessem deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem se verificassem em todas as consciências individuais sem exceção e com o grau de força necessário para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que essa condição pudesse efetivamente ser realizada, nem por isso o crime desapareceria, ele simplesmente mudaria de forma; pois a causa mesma que esgotaria assim as fontes da criminalidade abriria imediatamente novas.

O quanto afirmado acima se mantém distante do egrégio e marcante debate promovido entre Rousseau, Thomas Hobbes, John Locke e Maquiavel, haja vista que não quer entender o crime como uma produção vinculada ao homem *de per si*, mas, sim, estudar crimes e sanções penais como atos sociais, nos moldes do apontado, de forma singular, por Durkheim.

José Antonio Paganella Boschi (2014, p. 57) é categórico ao afirmar que “A violência parece estar em todos os lugares” e, aliando-se este entendimento com o anterior, evidencia-

se, que os atos então definidos como criminosos sempre estiveram e estarão presentes, independente de qual sociedade se esteja a debater, sendo necessário, diante disso, entender quais são os requisitos e elementos utilizados para atrelar tais atos a uma futura punição, enquadrando-os, portanto, como os referidos crimes.

Inevitavelmente, a punição Estatal, típica do direito penal que conhecemos, apenas passou a existir, como destacou Rogério Sanches (2015), quando da extinção do período primitivo e a autotutela que lhe era característica, permitindo, assim, que, com a entrega de parte da liberdade individual de cada ser a um ente central e controlador, fossem definidos ditames sociais na tentativa de apaziguar, proteger e organizar a sociedade.

Todavia, apesar das transformações apresentadas a seguir, o Direito penal, tem, historicamente, e talvez ainda hoje, a vingança com o maior dos fins das penas, esteja esta institucionalizada ou presente no clamor popular. Neste sentido F. A. F Da Silva Ferrão (1856, p. XXXI) afirma: “A história da penalidade se reduz a um complexo de acontecimentos, que revelam, quasi unicamente, a vingança como o fim das penas”.

E é essa a primeira razão de punir a ser tratada neste ponto. A fase vingativa da pena, intrinsecamente marcada pela retribuição, aliava a punição ao cometimento de algum mal, sendo este um dano material, um homicídio ou qualquer ato que prejudicasse a parte, então considerada vítima. A inexistência de qualquer segurança para determinação da ilicitude dos atos, fez com que a Lei do Talião, atualmente considerada uma verdadeira abominação jurídica, fosse entendida como uma evolução para a sua época. Neste sentido dispõe o Rogério Greco (2017, p. 48):

> [...] A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que foi editada. Isso porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada à vingança privada.

Além da vingança privada, o período da pena como mero meio para a compensação dos danos é também ilustrada por suas fases divina e pública, apresentando, respectivamente, a satisfação da vontade dos Deuses e a segurança do Estado como as razões para que fossem promovidas as punições.

Diante disso, Fábio Roque Araújo (2018, p. 131), ao afirmar inexistir sobre as espécies integrantes desta fase do direito penal uma precisa delimitação histórica, as sintetiza afirmando:

> [...] A rigor, as vinganças penais nem sequer podem ser consideradas manifestações do Direito Penal, senão como seu embrião, na medida em que coincidem tão somente no que tange à utilização do poder de punir como forma de resposta aos comportamento desviantes. No período caracterizado como hegemônico por parte das vinganças, o comportamento desviante não constituía afronta à ordem jurídica estatal, e sim uma afronta à divindade ou à tribo.

Assim percebe-se inexistir grande distanciamento quanto ao produzido como pena naquela época e ao almejado pela população leiga nos dias atuais. O ímpeto retributivo, evidentemente seletivo da sociedade contemporânea, faz com que as escolhas para uma maior entrega de atenção à determinados crimes se coadunem com o típico comportamento vingativo de aplicação das penas: uma resposta aos comportamentos entendidos como desviantes.

Seguindo a trilha histórica das razões de punir, é necessário discutir as penitências promovidas na antiguidade e suas celebráveis, até certo ponto, evoluções. Apesar da manutenção da crueldade e a compensação ainda ser marcante, é possível dizer que neste período histórico o Direito penal se organiza, em conformidade à toda construção jurídica promovida durante a antiguidade, pela formação de textos legais, os quais, evidentemente, diante da definição e apresentação do que é o ilícito, formam a primeira tentativa de humanização da punição através da proporção das penas e nesse sentido ilustra Cesar Roberto Bitencourt (2012, p. 141):

> [...] Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei do talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.

Apesar da análise geral supramencionada, é preciso destacar os motivos ensejadores de punição adotados pela Grécia antiga e pelo estado Romano em seu período clássico, marcos históricos indispensáveis a qualquer tentativa de análise cronológica da sociedade.

A Grécia, apesar de suas diversas evoluções sociais, políticas, científicas e, principalmente filosóficas, não apresentou grandes avanços quanto à motivação para aplicação da pena, haja vista que, ao passo dos marcantes avanços democráticos e filosóficos, não buscaram promover e disseminar garantias e Direitos fundamentais. (MASSON, 2018). Evidencia-se, portanto, que a compensação de atos tidos como ilícitos e a punição pela vingança eram também as motivações para a aplicação de penas na Grécia antiga.

Já em Roma, sem se prender aos seus períodos de transformações políticas, é possível dizer que as punições romanas viveram momentos de retração e evolução quanto às suas garantias, sendo em vários momentos mais agressiva e expiatória, atrelada à supostos interesses divinos e fundada na vingança. Por outro lado, fora por diversas vezes medida de consagração de direitos e proporcionalidade, calcada na construção do elemento subjetivo da tipificação. De forma exemplar, Luis Regis Prado (2017, p. 51) descreve os fundamentos punitivos na Roma antiga ao afirmar:

> [...] Roma apresenta uma verdadeira síntese da sociedade antiga – servindo de liame entre o mundo antigo e o moderno -, e o seu Direito oferece um ciclo jurídico completo.
>
> Bem cedo, e de forma louvável, o positivismo romano dissociará o faz do jus, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a afirmação do caráter público da pena.
>
> Na primitiva organização jurídica da Roma monárquica, o Direito (jus quiritarium), prevalentemente consuetudinário, era rígido, formalista e solene. Nessa época, destacava-se a figura do pater famílias, com poderes quase ilimitados, inclusive de ius vitae ac necis.

Fábio Roque Araújo (2018, p. 138) continua afirmando:

> [...] A edição da Lei das XII Tábuas constitui marco na legislação penal romana. Nesse momento histórico, Roma assistia à eclosão de uma revolta social, resultante da luta entre a plebe e o patriarcado.
>
> [...] O Direito penal romano consagrou a distinção entre os ilícitos públicos (crimina) e os privados (delicta), sendo que estes últimos eram considerados ofensa ao próprio indivíduo, razão pela qual a persecução não ficava confiada ao Estado, mas sim ao particular. Após, na época do império, surgiu uma terceira espécie de infração, chamada de extraordinária (crimen majestais), e consistia nas condutas que ofendessem o poder público, sobretudo a autoridade do Imperador.
>
> [...] Depreende-se, portanto, que os romanos contribuíram significativamente para o desenvolvimento de concepções ligadas à responsabilidade subjetiva do agente, distinções entre dolo e culpa, bem como desenvolvimento da concepção de inimputabilidade penal. Em sua incipiente noção de culpabilidade, contribuiu o Direito Romano para o posterior sepultamento da responsabilidade penal objetiva.

Passada a breve análise acerca dos motivos da punição na antiguidade, urge debater as sanções promovidas durante o histórico período medieval, por muitos denominado como período das trevas, no qual, seguindo os mesmo caminhos das retrações típicas de tal momento, o direito penal e a motivação da pena também viveram momentos sombrios.

Diante disso, e da maior produção jurídica, é preciso enfatizar, diante do vasto período de existência dos Feudos, o que fora produzido pelo Direito Alemão e a vinculação das penas

ao denominado direito canônico destacando neste contexto, como já dito, o que motivava a punição.

Assim, como bem destacou Rogério Greco (2017, p. 52), “O Direito germânico primitivo não possuía fontes escritas, sendo suas normas transmitidas por meio de costumes. Os problemas penais eram resolvidas pela vingança ou pela perda da paz”, assim, demonstra-se, como já esperado, que o Direito germânico medieval não promoveu modificações na motivação para a imposição das penas, restando por manter a justificação destas na mera vingança.

Todavia, mais do que a vingança, o Direito Penal germânico primitivo se define de forma primordial pela criação e propagação do *friedlosigkeit* e do *blutrache* e com estes a sua necessidade de retribuição de atos através da pena de morte e da vingança de sangue. O direito germânico, já levando consigo avanços produzidos anteriormente, promovia uma distinção formal entre direito público e direito privado, não havendo, entretanto, diferenciação no ímpeto punitivo das duas espécies de promoção do Direito. Diante disso, Fábio Roque Araújo (2018, p. 138) destaca:

> [...] As infrações poderiam se revestir de caráter público ou privado. Uma vez revestindo caráter público, o infrator teria contra si decretada a perda da paz, significando dizer que já não era merecedor de tutela. Por essa razão, qualquer um poderia persegui-lo, agredi-lo e matá-lo. Se a infração possuísse natureza privada, o infrator deveria ser entregue à vítima ou aos seus familiares, para que exercessem a vingança.

Portanto, o Direito germânico feudal, através da suposta distinção acima mencionada, já se destaca como um dos mais ferozes e desumanos momentos do direito penal pelo mundo, haja vista que a diferença entre público e privado não era meio para o controle punitivo, mas, sim, meio para afirmar quem poderia punir qualquer um do povo ou alguém específico sem restrições.

E, mais do que isso, levou consigo a desigualdade como marca definidora, sendo, assim, preciso trazer o que afirma Rogério Greco (2017, p.48) ao tratar do assunto: “O direito aplicado a cada indivíduo variava de acordo com o grupo a que definitivamente pertencia”. Ora, a afirmação supramencionada impõe perceber o uso do direito penal como mais um instrumento de poder de uma época extremamente marcada por desigualdade e desgraças. Nesse cenário a punição pelo cometimento de atos entendidos como criminoso não poderia deixar de ser mais uma das misérias sócias.

Antes de tratar do direito penal em seu período humanístico, urge trazer á tona o direito penal canônico, talvez o que mais influencia o atual direito penal mundial e principalmente o brasileiro, haja vista que há para a imposição da pena no país uma fase explicitamente inquisitorial. E é esta a maior das características do direito canônico, fundado sobre a suposta vontade de um Deus, a busca da verdade real não encontrava barreiras e permitia que se impusesse aos supostos transgressores sociais as torturas e penas evidentemente desumanas. Nesse sentido, São Tomás de Aquino (1265 a 1273, p. 2.170) aponta à desnecessidade de apuração probatória quando da existência de uma suposta notória verdade, ratificando, assim, que o Juiz, mensageiro de Deus não terá barreiras para ver consagrada a sua verdade.

> Demais. – No juízo são necessárias as provas para que a verdade da coisa faça fé ao juiz; por isso, quando se trata de coisas notórias, não é necessário satisfazer a todas as exigências da justiça, segundo o Apóstolo: Os pecados de alguns homens são manifestos antes de se examinarem em juízo. Portanto, o juiz conhecedor da verdade por ciência própria não deve basear-se no que lhe é provado, mas dar a sentença fundada na verdade que conhece

E, apesar da nefasta característica supramencionada, o direito canônico traz importantes auxílios ao direito moderno, motivo pelo qual Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 89) o apresenta como o direito que “contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente”.

Portanto, destaca-se que, ao passo de trazer contribuições à formação do direito penal atual, estas não apontam de forma necessária às adequações humanísticas destas contribuições, motivo pelo qual, têm-se que se recordar à todo o tempo das misérias inerentes ao processo penal atual, muitas delas incorporadas ao direito penal desde o direito canônico, às quais, como bem descreve Aury Lopes Júnior (2018, p. 42), através do período inquisitorial (canônico) permitiu a “aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.”

Portanto, sob a égide de uma fundamentação pela vontade de um Deus, a razão de punir permitiu uma verdadeira transgressão a direitos anteriormente consagrados pelo direito penal.

Em virtude da égide da opressão e sobreposição de mazelas à humanidade, a sociedade, diante de tal situação, fez eclodir um processo de transformação social pautado no

homem, promovendo, assim, a formação do iluminismo. Sendo o crime um ato social inerente ao convívio humano, as transformações vividas pelo mundo, também o atingiram, fazendo com que a produção desta esfera do direito fosse reformada, passando pela criação de funções à existência da pena, como bem ilustram, John Howard, Jeremy Bentham e Beccaria: conforme preleciona Fábio Roque Araújo (2018, p. 146):

> [...] Ainda na esteira da sedimentação desses postulados relativos à limitação do poder de punir estatal e à humanização da intervenção penal, cumpre consignar que este é o momento histórico da consolidação da privação de liberdade como modalidade de pena. Como já referido, até esse momento, existia a prisão apenas como cautela, como custódia, mas não como pena. A prisão era, tão somente, utilizada para instrumentalizar a aplicação a aplicação da pena definitiva, comumente materializada em uma sanção consistente em suplícios corporais ou a própria pena capital, em suas diversas modalidades.
>
> Alguns autores identificam a consolidação da pena de prisão com o advento do capitalismo e sua consequente necessidade de regular o mercado de trabalho.

A referência supramencionada e a lembrança de que a pena de prisão pode ser um advento do capitalismo, apontam ao fato de que, apesar das motivações anteriormente apresentadas e a definição de períodos históricos como ligados à vingança pública ou privada, independente de qualquer outro embasamento, a pena é um instrumento de poder social, de manutenção hierárquica da cúpula da pirâmide social e, principalmente, de uma seleção e segregação social. É sempre necessário lembrar que a punição de certos comportamentos, a definição de atos que podem ou não ser praticados pela sociedade, desde o nascedouro do direito penal, sempre foi meio de estigmatização de povos através da criminalização de suas culturas e comportamentos. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 7) ataca o cerne da questão ao pronunciar:

> Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados. Assim, na perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) -, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre a outra. Em síntese, se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então o Direito Penal garante a desigualdade social.

A razão de punir, para além das justificativas usuais e históricas, sempre levaram consigo a escolha por criminalizar um povo, uma cultura ou uma classe social. A

criminalização de condutas, seja através de conceitos consuetudinários ou através de tipos penais, leva consigo a necessidade de exterminar do convívio não apenas o ato, mas, sim, diretamente os integrantes dos povos e classes sociais que os pratica.

Por este motivo, faz-se impossível tratar de razões da punição sem que se apresente o quanto afirmado por Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2017, p. 47), que, de forma a ilustrar e fundamentar tudo o que fora dito acima, destacam:

> [...] A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto realiza).

Também de forma a ratificar o quanto dito acima, é preciso trazer ao presente trabalho o que dizem Louk Hulsman e Jaqueline Bernat de Celis (1993, p. 67), que, de forma exemplar, indicam:

> [...] Analogicamente, o sistema penal fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apoia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação. Na ausência de uma afirmação de culpabilidade, ou quando a lei preveja que em função da idade, da doença mental ou por qualquer outra causa, esta afirmação seja impossível, o sistema se mostra fundamentalmente impotente. Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre contra alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado.

Demonstra-se, assim, que as razões de punir, apesar de diversas ao longo dos tempos, como já dito, sempre levaram consigo uma razão para além da mera retribuição ou prevenção, restando, sim, de fato, em todos os momentos, por selecionar e excluir agentes sociais.

E diante das circunstancias referidas, e da insistente manutenção da punição, em seus mais diversos aspectos e razões, com o claro intuito de justificar a existência da consequência penal, à qual o autor deste trabalho entende ainda ser necessária em certos momentos, o Direito criminal, através dos mais diversos doutrinadores, decidiu por desenvolver e apresentar finalidades à existência da pena, às quais serão debatidas abaixo.

2.2 FINALIDADES DA SANÇÃO PENAL E A OPÇÃO BRASILEIRA

Com carregada tristeza, é preciso aceitar que o Direito Penal usual, aquele aplicado diariamente pelos ordenamentos jurídicos mundo a fora, e também pelo nacional, o dito direito penal tradicional, diante das formas de entender as razões de punir expressas acima, decidiu, seguindo ditames econômicos e sociais, por trilhar o caminho da pena como um mal necessário, sem muitas reflexões, como uma defesa de bens jurídicos através do encarceramento, como uma forma de cumprir funções (MURARO; COVA, 2015).

Essa escolha, evidentemente, impôs à ciência criminal um inevitável afastamento do que a teoria da reação social propõe como marco para discussões criminais, restando, assim, nas palavras de Charlise Paula Colet e Eloi Cesar D. Filho (2015, p.3) por se manter distante da ideia de que "ao definir a conduta típica e sua aplicabilidade, (o legislador) o faz de forma a proteger os seus, o que, por conseguinte, atinge a camada mais pobre da sociedade."

E é contrariando o que defende o dito direito penal tradicional e utilizando a teoria da reação social como base de estudo, que serão analisadas as funções do direito penal, haja vista que, nas palavras do ilustre professor Juarez Cirino dos Santos (2013, p. 1) "na atualidade, o estudo das funções atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, em geral, porque discurso penal e realidade da pena caminham em direções contrárias."

E diante do quanto exposto, necessariamente, até em respeito à ordem cronológica dos acontecimentos, é preciso iniciar o debate acerca das funções da pena, em virtude do seu grau de reflexos sociais e jurídicos, pelo seu viés retributivo que, pelas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2013, p.1), fez-se enraizada em dois dos maiores filósofos da história da humanidade, destacando-os:

> [...] KANT afirma, na *Methaphysik der Sitten*, que a retribuição é uma *lei inviolável*, ou seja, um *imperativo categórico* e, por isso, *todo aquele que mata deve morrer*. Essa teoria está presente na célebre hipótese da dissolução da sociedade: "*se um povo abandonasse sua ilha para se dispersar, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que imperasse justiça";*[5] b) igualmente HEGEL, para quem o crime seria a *negação do direito*, a pena seria a *negação da negação* e, portanto, a *reafirmação* do direito, exclui toda e qualquer função preventiva da pena, cujo emprego seria equivalente a *"erguer um bastão contra um cão"* e, assim, tratar *"o homem como um cão, sem honra, nem liberdade"*

E embasada nas teorias desses pensadores, bem como de tantos outros, a teoria retributiva da pena se define, nas palavra de Claus Roxin (1997, p. 81), como sendo aquela que:

> *[...] no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (lat. absolutas = desvinculado). (...)Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talion •^^: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.*

E essa seria a definição dita neutra, histórica, a que se reproduz diuturnamente pelo direito penal, à qual apresenta a função retributiva da pena através de uma análise cronológica, definindo-a como a que se atrela à lei do talião, que tem a vingança e a sua retribuição de atos como elementos definidores, motivo pelo qual o próprio Claus Roxin não se restringe a esta. Evidentemente, a história das punições se faz eximiamente retratada pela definição da função absoluta da pena apresentada acima, sendo necessário, apesar disso, perceber que a função ora comentada, infelizmente, não é apenas um traço histórico: como a peste[1], a função retributiva da pena deveria ser apenas parte da história da humanidade, infelizmente não o é. Entretanto, apesar das mazelas de tal função punitiva, há que se destacar os avanços trazidos por ela, sendo necessário entendê-la como a precursora da proporcionalidade penal, motivo pelo qual e diante disso, de forma categórica, e até a tecer elogios à função absoluta, Luis Régis Prado (2004, p. 2) destaca que:

> [...] Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

Todavia, resumir a função retributiva à construção de uma proporcionalidade da pena, é reduzir em demasiado o discurso acerca do simbolismo criminal, é deixar de debater a existência da pena como meio de coação social, é achar que a escolha de punições maiores para certos atos em detrimento de outros é algo natural da sociedade. Como já ilustrado acima

---

[1] Doença que marcou a Idade média, responsável por dizimar, em certo momento, 1/3 da população Europeia, sendo, por este motivo, uma das piores lembranças históricas da humanidade.

através de Charlise Paula Colet e Eloi Cesar D. Filho (2015, p.3), a pena e a justificativa da retribuição são, indubitavelmente, mais um meio de seleção social.

E por isso, para além de entendê-la como uma garantia penal, é preciso perceber que a função retributiva também leva consigo verdadeiro contraponto ao que se busca produzir como direito penal na atualidade, haja vista que defende a troca do mal pelo mal como fundamento para aplicação de penas. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p. 208), com a propriedade que lhe cabe, destaca:

> [...] Consequentemente, tais doutrinas revelam-se idôneas para justificar modelos não liberais de direito penal máximo, vez que solidárias ou com concepções jurídico-substanciais do delito e da verdade judiciária, ou com concepções ético-formalistas do delito e dos poderes punitivo e proibitivo. Supérfluo acrescentar que referidas doutrinas não conseguem ofertar qualquer réplica às doutrinas abolicionistas: se o único objetivo da pena fosse a troca do mal com o mal, ou uma espécie de "talião" ou de "vingança espiritualizada", isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas.

Ratificando a impossibilidade de manutenção da função retributiva da pena à afirmação do direito penal à sociedade atual, Claudio Alberto Gabriel Guimarães (2006, p. 135), aponta:

> [...] a ideia isolada de retribuição justa, necessariamente esbarraria no forte argumento, segundo o qual, como buscar a manutenção de uma sociedade justa através da imposição de uma punição quando, na realidade, as sociedades que se nos afiguram hodiernamente são profundamente injustas.
>
> Assim sendo, o alto grau de injustiça social, detectado nas sociedades contemporâneas, implica em medidas que, de maneira imprescindível, objetivem diminuir as diferenças daí emanadas, que se dirijam de maneira direta à violência estrutural que está a minar as possibilidades de convivência harmônica no meio comunitário.
>
> A teoria retribucionista não atende a tais pressupostos, razão pela qual – segundo seus críticos – não pode ser de maneira séria utilizada como teoria da justificação do direito de punir.

E, talvez, pelos motivos supramencionados, a humanidade fez insurgir inovações em relação às funções sociais inerentes à punição, destacando, ao lado da inovação, as incongruências da pena como mera retribuição, motivo pelo qual, como aponta Ferrajoli, iniciou-se o período das justificações utilitaristas, estando nestas as penas como meio de prevenção social, fazendo-se esta, assim, muito mais atrelada à intervenções futuras do que mero retorno ao estado social transformado pela ilicitude criminal.

E diante disso, uma definição inicial sobre o que é a prevenção para o direito penal, tem de estar atrelada à percepção de que é meio de neutralização social de ilicitudes criminais,

destaca, e, portanto, faz-se utilizada como meio de intimidação e tentativa de neutralização social. (BOSCHI, 2014)

E assim, urge perceber a função preventiva da pena, a partir desse raciocínio de definição do instituto, como a tentativa de construção de meio de controle social capaz de impedir que crimes sejam cometidos através da coação social construída pelo medo que se atrela à pena. Veja-se, apesar de ao menos ilustrar uma ideia de que a intervenção penal deveria insurgir apenas quando necessária, a prevenção, de fato, promove um temor geral, estando este intimamente atrelado às misérias da pena. E, de modo a criticar tal finalidade da de pena, Ferrajoli (2002, p. 214), denominando-a de função pedagógica, a define como sendo a que "desenvolve uma doutrina da pena concebida enquanto sanção diferenciada em base à capacidade dos réus de sentir "vergonha" e de adquirir "consciência" das suas culpas".

Ou seja, para a função pedagógica da pena, a suposta retração dos ilícitos criminais insurge não porquê a sociedade entende que não deve agir da forma atacada pela pena, mas sim, pelo medo de sofrer as consequências que se ligam a estas, pela vergonha que a punição lhes impõe. Ora, se a função pedagógica da pena realmente levasse consigo alguma consequência positiva e real sobre a sociedade, os atos criminosos com o tempo deixariam de existir, fato que, evidentemente, não aconteceu. É sempre necessário retomar os pensamentos de Émile Durkhéim (2007) e Juarez Cirino (2013), já apresentados nesta pesquisa, para entender que a punição, à partir da concepção de que delitos são fatos sociais inerentes à convivência humana, é, para além de qualquer das funções às quais tentam lhe atrelar, um instrumento de poder e imposição social.

A partir de tal entendimento, indo além da analisa da prevenção quanto à sua tentativa de construção pedagógica, diante das mais diversas provocações sociais, em análise às promoções da pena ao longo dos tempos, entendeu-se por necessário distinguir as fases da teoria da prevenção, construindo, assim, as fases da prevenção geral e da prevenção especial, conforme aponta Mir Puig (2003, p. 53):

> [...] Común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al derecho penal Xs. función de prevención de delitos. Pero este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, a partir de FEUERBACH^*, las concepciones ahora examinadas: la prevención general y la prevención especi

E ainda sobre tal divisão, urge destacar que tanto a prevenção geral quanto a especial ainda se subdividem em positiva e negativa. Diante disso, é possível definir a prevenção geral como aquela que se prende às influencias sobre a sociedade como um todo, enquanto a

especial tem no próprio criminalizado o foco principal das suas teorizações. E assim, os caracteres formadores da teoria da prevenção geral negativa estão marcados por alto teor intimidador e da pena como espécie de ameaça da lei aos cidadãos, conforme Feuerbach (Apud BITENCOURT 2012).

Tais ideias, intimamente atreladas à transformação histórica do período absolutista ao Iluminismo, apesar de levarem consigo o racionalismo e os ideais reformadores de tal época, também se fazem recheadas de críticas criminológicas, a exemplo da desconsideração de que o suposto delinquente poderia desconhecer as normas penais, os freios motivacionais atrelados ao ato ilícito ou a possível utilização do direito penal como instrumento de terror, para além da prevenção, que apontam, evidentemente, a prevenção geral negativa como um contrapasso ao Direito penal democrático. (BITENCOURT, 2012)

Por sua vez, a prevenção geral positiva, marcada por pensadores como Jakobs, Hassemer e Roxin, traz como base principal de construção do direito penal a ideia de que a pena leva consigo uma função pedagógica, capaz de criar comportamentos e construir um sociedade supostamente pacífica e um ordenamento jurídico estabilizado (BITENCOURT, 2012).

Todavia, tal construção doutrinária revela uma verdadeira tentativa de imposição de uma moral ao todo social, restando esta, necessariamente, por se fazer atrelada aos ditames econômicos e sociais que norteiam todo o movimento do estado. Neste sentido, é preciso trazer o que pensa Ferrajoli (2002, p. 220):

> [...] As doutrinas penais que atribuem ao direito penal função de *prevenção geral* exigem, ao invés, um discurso diferenciado. As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de "orientação moral" e de "educação coletiva",170 até a recente doutrina de Günther Jakobs, que, inspirando-se nas idéias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas trangressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.

E assim, atentando-se às inconsistências da prevenção geral, é preciso caminhar à análise da função preventiva em seu teor especial, sendo necessário, portanto, promover uma análise conjunta das suas vertentes positiva e negativa, diante da gritante proximidade de tais institutos.

As teorias de prevenção especial, positiva e negativa, levam consigo uma suposta tentativa de ressocialização do criminoso, bem como a criminalização não só de atos, mas também das pessoas que atual de forma supostamente delinquente, impondo-lhes o mal inerente à punição estatal, sobre o nefasto argumento de que o enjaulamento humano compõe a construção de um melhor corpo social. Diante disso, urge trazer a este trabalho os entendimentos de E. Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2017, p. 127) sobre o tema, que de forma categórica afirmam:

> [...] Para a prevenção geral especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior: quando as ideologias **re** fracassam ou são descartadas apela-se para a neutralização e eliminação. Na realidade social, como as ideologias **re** sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito.

E vejam, é preciso entender, diante da teoria da reação social, que a escolha dos atos, fatos e comportamentos, mais do que uma ação pautada pela moral e cultura da época, é, sem qualquer dúvida, um ato político, que permite que parcelas sociais, as que controlam a sociedade das mais diversas maneiras, econômica, midiática ou até educativa, possam impor qual dos entes sociais será marginalizado, enjaulado e exterminado. A punição, mais uma vez, também por esta função, se mostra como um instrumento de poder capaz de selecionar e estigmatizar pessoas, escolhendo os que serão privilegiados, aos quais os atos, às vezes também delituosos, não são criminalizados ou punidos, e os que terão a sua cultura, os seus costumes de convivência criminalizados. É preciso entender que ao definir certos comportamentos como delituosos, estar-se-á criminalizando os costumes, afinal, os crimes não surgem da tipificação.

Penando da mesma forma, Claudio Alberto Gabriel Guimarães (2006, p. 182) é claro ao afirmar:

> [...] Logo, parece assistir razão aos que percebem o Direito Penal como um eficaz instrumento de poder, cujo escopo é o da manutenção da estrutura social, não sendo seu verdadeiro objetivo resolver os conflitos sociais, mas tão somente proteger os interesses da minoria que detém tal poder.

E, para além das extremidades teóricas construídas pelas teorias da retribuição e da prevenção, a doutrina criminal passou a consolidar o que denomina de conceitos ecléticos das funções penais, estando inclusas nestas o movimento da defesa social, construído por Felipo

Grammaatica na Itália, e a sua inteira atenção à defesa da sociedade contra o crime e os criminosos; Além destas, é preciso apontar, ainda, a teoria unificadora que, ao entender as penas sempre como o resultado da proveniente da retribuição e da prevenção, propôs a ressocialização como uma das bases à punição Estatal. Não se pode deixar de apontar, ainda neste ponto, à teoria funcionalista desenvolvida por Jakobs e sua ideia de utilização da pena como meio de ratificação do que a sociedade consolidou como ideal a ser defendido pela tipificação de condutas. (BOSCHI; 2011).

Além destas, diante do caos social e carcerário vivido pela sociedade nacional[2], impõe-se também tratar da teoria agnóstica da pena, responsável por discutir a existência da punição, aludindo ao pensamento de que não existem fundamentos ou funções da pena, haja vista que, diante do histórico de penalizações e das conformações sociais, é impossível encontrar um motivo capaz de fundamentar a existência da punição penal à sociedade moderna. Cabe à teoria agnóstica o dever de afirmar que o enjaulamento humano precisa se tornar apenas parte da história obscura da humanidade.

Neste sentido, segue pensamento de Adrian Barbosa e Silva (S.I., p. 22):

> [...] A adoção do aporte agnóstico forneceria verdadeiro instrumental de resistência que capacitaria os juristas militantes do sistema de justiça criminal a fortalecerem os laços garantistas de proteção das vidas que são cotidianamente engolidas pela máquina punitiva. Importante lembrar que a teoria não cai em inércia a ser administrada pelos atores processuais porque a ausência de justificação à pena daria condições para uma reflexão político-criminal externa (macro) de minimização do poder punitivo (v.g. despenalização, descriminalização, desmilitarização etc.) desde a inspiração utópica abolicionismo, provendo desde o "ceticismo penológico" uma redução drástica das vias de habilitação do poder punitivo estatal.

Diante disso, e apresentadas as usuais funções atreladas às penas ao longo dos tempos, seria extremamente injusto com o debate ao qual este trabalho propõe se prender, manter-se

---

[2] Através da ADPF 347, Relatada pelo Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o sistema carcerário brasileiro como integrante do denominado estado de coisas inconstitucional, afirmando em um dos seus informativos, com data de divulgação em 17 de Setembro de 2015, que "O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. (...)Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em "monstros do crime". (...).

apenas conformado por tal construção teórica, fazendo-se necessário, diante disso, apresentar, também, a uma análise da função da pena criminal do Brasil.

Nesse sentido, é preciso trazer a esta pesquisa o quanto disposto, por exemplo, pelo Artigo 107, IX[3] do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) que, através da sua possibilidade de extinção de punibilidade diante do perdão judicial, consolida a função retributiva como uma das atreladas à pena para o direito brasileiro. Além disso, a Lei de execuções penais (BRASIL, 1984), através do seu Artigo 1º[4] deixa claro que, assim como o fez com a retribuição, ao consagrar a ressocialização como um dos nortes do direito criminal nacional, tal preceito normativo institucionaliza a prevenção geral também como uma das funções da pena para o direito brasileiro. É possível dizer, portanto que a pena brasileira, apresenta-se hibrida, construindo-se, diante disso, um modelo de punição que, evidentemente, se faz como a pior das consequências jurídicas do direito brasileiro.

Percebe-se, portanto, a promoção de um estado de construção superlativa da punição em face dos direitos sociais, o que, consequentemente impõe um enfraquecer das liberdades e outros direitos fundamentais, apontando-se, portanto, à possibilidade de análise dos denunciados como verdadeiros inimigos do Estado, ao passo de entender tais agentes como verdadeiras vítimas de um sistema social desigual e de um direito penal a serviço do liberalismo. (BOSCHI, 2014)

Diante desta realidade, da construção da punição como um instrumento de poder de algumas classes sociais e da utilização da pena como meio de extermínio e estigmatização de algumas outras parcelas, então desfavorecidas, e o evidente conflito existente entre a construção de uma função para essas penas e a idealização de um direito penal democrático, como forma de garantir aos acusados ao menos a sustentação de uma punição dita razoável e equilibrada, fez com que o sistema penal nacional, quando provocado pelo suposto cometimento de ilicitudes, levasse consigo instrumentos de limitação desse ímpeto punitivo como meio a permitir que, ao menos em tese, as punições venham a ser justas.

---

[3] Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
(...)
IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

[4] Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

2.3 A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE PENA APÓS O DEVIDO PROCESSO PENAL.

Ao passo da construção histórica das misérias inerentes à punição, a humanidade, diante de tamanhos abusos, e até de forma contraditória, enquanto punia também construía o que hoje se denomina de direitos fundamentais ou garantias. Veja-se, os direitos naturais construídos pela ideia do divino no mundo antigo, da dignidade humana construída no período clássico, da aproximação dos processos revolucionários jusnaturalistas, a idade moderna com a criação do direito subjetivista, a formação da liberdade como fim a ser perseguido pela sociedade durante os séculos XVI, XVII e XVIII são a prova de que a constituição e defesa dos direitos fundamentais sempre foram também um objetivo da humanidade. (SARLET, 2015).

Diante disso, percebe-se que além de promover a punição e todas as consequências que se prendem a estas, as sociedades entenderam que, em defesa das garantias individuais que elas mesmas criaram, era preciso construir um caminho adequado que permitisse punir sem, ao menos em teoria, retirar abruptamente os direitos fundamentais de cada ser humano. Desta forma, percebeu-se necessário construir, dentro do caminho para a punição, meios capazes de determinar quais condutas poderiam ser consideradas transgressoras e, principalmente, suscetíveis de punição, e a esse pensamento coaduna-se Edimar Carmo da Silva (2010, p 12)

> Nada obstante, mostra-se oportuno apontar que, desde as sociedades arcaicas, houve adoção de instrumentos, ou, precisamente, de métodos para possibilitar o conhecimento e a decisão de determinadas condutas consideradas como transgressoras das regras estabelecidas no âmbito social. Nesse sentido, sabe-se da existência de rigorosos ritos nos julgamentos típicos das sociedades deístas, como também da forma escrita, praticados desde os babilônicos e os egípcios.”

E foi através deste caminhar para limitação da punição, ou a sua justificação, que o Direito processual penal nasceu, levando consigo a tentativa de transformação da pena, como meio a evitar que a retribuição feita pelas próprias mãos se perpetuasse. (GIACOMOLLI, 2016)

E é durante essa construção de um mecanismo para a limitação da punição que o direito processual penal, apesar das retrações advindas da fase inquisitorial, proporcionou a formação de um processo penal denominado como devido, capaz de consolidar as garantias

constitucionais desenvolvidas pelo processo de interiorização dos direitos humanos às legislações e costumes locais. Sobre isso, assevera Norberto Avena (2018, p. 4):

> Se, por um lado, a finalidade do processo é possibilitar ao Estado a satisfação do jus puniendi e, por outro, a realização desse direito de punir está condicionada à observância de garantias que permitem ao imputado opor-se à pretensão punitiva estatal, conclui-se que, para alcançar validamente seu desiderato e atingir o fim a que se destina, o processo deverá ter desenvolvimento regular. (...)

É diante dessa percepção do devido processo penal como meio à imposição de punição, que, ao passo das análises gerais do direito de punir, impõe-se analisar o caminhar para a punição no Brasil que, ao menos no plano teórico ainda se perfaz através de necessárias e humanísticas garantias. Nesse sentido, urge dizer que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), através do seu Artigo 5º, inciso LIV[5], em uma interpretação estrutural, impõe o respeito ao devido processo legal para que seja possível aplicar uma pena ao cidadão que supostamente transgrede os limites à paz social (se é que esta existe).

E assim, entendendo-se necessário respeitar o devido processo penal para a construção da punição que restringe do cidadão a sua liberdade, é preciso entender como se forma este princípio e, mais do que isso, encontrar quais são as consequências da sua existência.

Todavia, antes de qualquer discussão, urge dizer que o devido processo legal é uma tradução do "*due process of law",* sendo preciso interpretar o *"Law"* como ordenamento jurídico, e não apenas como lei, destacando-se, assim, que todo o caminhar jurídico, todos os atos processuais devem respeitar o que preceitua o artigo citado no parágrafo anterior.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2018, p.87) destaca:

> A locução "devido processo legal" corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *"due processo of law". Law,* porém, significa Direito, e não lei (*"statute law").* A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei.

Além de Fredie, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2018, p. 88) evidenciam que:

> Com José Herval Sampaio Júnior, "vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delineia todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador", porquanto "deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão", não havendo lugar para a

---

[5] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

> interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due processo f law*.

Esse olhar para o devido processo legal como sendo algo transcendental, capaz de agir sobre todas as esferas sociais, sendo a base para a formação de um estado e sociedade democrática, capaz de atrelar o processo ao humanitarismo, promove a definição de uma sociedade voltada à ratificação dos direitos fundamentais e de controle do poder. Sob esta ótica, Nereu José Giacomolli (2016, p. 98) afirma:

> O modelo constitucional é o processo devido, o qual também informa o "modo-de-ser" do processo penal e o "modo-de-atuar" dos agentes processuais, desvelando um paradigma democrático e humanitário do processo. A transposição da mera força política da CF permitiu a irradiação de sua validade normativa (Hesse) e a contaminação de todo ordenamento jurídico, em razão de sua legitimidade na soberania popular e na democracia representativa e participativa. Essa nova realidade há de ser compreendida e dialogada também em sua dimensão temporal, pois aberta ao tempo (Habermas), bem como ao espaço dinâmico e argumentativo dos sujeitos processuais, acerca da realidade fática e jurídica contemporâneas, onde há interação de estruturas normativas e de compreensões subjetivas. A confrontação dialógica de fontes, fatos, normatividades estruturais, variadas argumentações, bem como a imersão na realidade e possibilidades, permite a construção de "horizontes de esperança" (Canotilho, Koselleck e Pocock) e a redução da complexidade a níveis democraticamente justificáveis.

E já adentrando à definição deste instituto, Paulo Rangel (2017, p. 4) o apresenta declarando:

> O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens. Assim, para que Tício, por exemplo, perca sua liberdade de locomoção, mister se faz o respeito à regra do art. 302 do CPP ou à ordem judicial (cf. art. 5º, LXI, da CFRB)

Assim, para o Direito Processual Penal, o Devido processo legal é a garantia de que os direitos fundamentais dos acusados deverão ser respeitados, e também aponta à sociedade que a restrição de liberdade precisa ser um ato extremamente excepcional. Por este motivo, passou-se a entender o devido processo penal como o instituto capaz de resumir a necessária aplicação dos princípios que solidificam a incidência dos direitos humanos ao Direito penal.

Quanto a isso, é preciso trazer as palavras de Geraldo Prado (2005, p. 97):

> É importante também destacar que a estrutura processual conforme o devido processo legal formal e substancial, ela própria, estrutura, configura verdadeira garantia de implementação dos direitos fundamentais, e, portanto, dela se alimenta de nutrientes normativos que viabilizam a sua existência e validade.

No mesmo sentido segue Elmir Dulerc (2016, p. 58) quando anuncia:

> Observe-se, contudo, que o princípio com o qual estamos trabalhando deve ser entendido não apenas como exigência de um processo judicial prévio e que esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos. Mais que isso, demanda-se um determinado tipo de processo: o processo *devido*. Trata-se, assim, de uma maneira especial de enxergar o *due process of law*¸compatível com a ideia segundo a qual, na lição de canotilho, *uma pessoa não tem direito apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado.* Nessa linha de pensamento,o devido processo legal poderia então ser considerado *como proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substantivas.*

Também na tentativa de anunciar o caminhar processual como meio de limitação aos ímpetos punitivos do Estado, é preciso dizer que a construção de um devido processo penal nasce como meio a evitar arbitrariedades, e reduzir prejuízos naturais a qualquer um que sofre sendo Réu de um caminhar à punição. Por este motivos, os princípios regentes de um processo, principalmente quando da análise de uma ação penal, não podem ser mera formalidade. O devido processo penal e os seus princípios são as barreiras necessárias a evitar a formação de punições instantâneas. (ROSA; KHALED JR., 2015)

Diante disso, é preciso entender que o devido processo legal, instrumento de limitação e aplicação da punição, é o responsável por trazer ao processo penal todos os outros princípios garantidores e direitos fundamentais constantes na Constituição Federal do Brasil, prenunciando, assim, o necessário freio à aplicação das penas, bem como os caminhos para que seja possível instituir um processo penal voltado à ratificação do Estado democrático de Direitos.

Para ilustrar o que se apresenta acima, Paulo Rangel (2018, p. 5) afirma:

> Destarte, todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei. (...)
>
> O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.

E assim, diante de tudo o quanto exposto até aqui, sabendo-se que as penas vêm constantemente sendo utilizadas como instrumento de coação e imposição das vontades de uma classe social, e que, apesar da tentativa de controle do ímpeto punitivo através da presença legal do devido processo penal, quase todos os outros princípios que dele derivam vem sendo usualmente atacados pela prática do direito penal, é preciso discutir quais as consequências de tal desrespeito e afronta aos direitos fundamentais dos acusados sobre a democracia nacional, escolhendo-se, para a promoção de tal análise, o estudo sobre o que mais vem sofrendo, o princípio da presunção de inocência.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INÔCENCIA

Como visto ao longo do capítulo anterior, diversas foram as razões históricas a embasar as punições. Diante disso, em virtude de tamanha amplitude de justificativas, ao lado destas, surgiram também institutos processuais penais capazes de garantir aos acusados, primeiramente, um julgamento e, em momento posterior, um julgamento adequado, capaz de permitir que uma possível condenação levasse consigo ao menos a possibilidade de promoção da justiça.

Diante disso, intimamente atrelada ao sistema processual penal garantidor, a presunção de inocência insurge como um dos mais valiosos princípios, já que, em busca da construção de um processo penal pareado, embasando-se por provas lícitas, a punição passa a levar consigo diversos freios, sendo vista, então, como uma exceção ao proposto pelas sociedades democráticas.

Pelos motivos expostos acima, amplamente embasados pelo que segue, este capítulo se dedicará à presunção de inocência, apresentando os motivos que fundamentam a sua escolha, bem como a sua atual aplicação, extremamente relativizada.

3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988.

Evidentemente, a história da punição sempre levou consigo sistemas capazes de impor aos que cometiam ilicitudes criminais a sua consequência usual, a pena. Todavia, é preciso afirmar que, inicialmente, não se fazia possível apontar ou qualificar tais sistemas punitivos de forma coesa, já que inexistia um sistema em concreto, uniforme a se seguir, o que fica demonstrado pela diversidade de sistemas punitivos existentes. Há que se dizer que o que aproximava tais modelos de punição era, como já visto, a retribuição, certa desordem e a vingança. Nesse sentido, Raul Marques Linhares e Miguel Tedesco Wedy (2015, p. 3) afirmam:

> Nos primeiros períodos da humanidade, seguindo o teorizado modelo do estado de natureza, desconhecia-se um sistema desenvolvido de resolução de conflitos. Para tanto, imperava, conforme um setor doutrinário, a prevalência da vontade do mais forte. Defende-se a inexistência de métodos sistematizados de resolução de conflitos inclusive nos primeiros grupos de pessoas formados.

Há que se destacar, que os mesmos autores supracitados afirmam que, apesar de certa peculiaridade em Atenas, o período clássico também se mantém fiel à inexistência de uma unicidade sistêmica processual penal, existindo, em verdade, um sistema para cada cidade grega, bem como um sistema penal para cada fase política de Roma, por exemplo. (LINHARES; WEDY, 2015).

Entretanto, é durante o medievo e o fortalecimento da Igreja Católica que o processo de punição começa a ganhar uma notória sistematização. A construção de tal processo de formatação sistêmica da punição passa necessariamente por uma tentativa de ratificação do poder católico sobre uma sociedade que, ao menos em tese, se mostrava insurgente em face dos abusos econômicos e políticos atrelados ao domínio clérigo. É preciso apontar, ainda, que a sistematização responsável por arrochar a aplicação do direito penal inquisitorial não foi a primeira tentativa de controle social da época: medidas como a inovação legislativa no sentido de punir a insurgência já havia sido utilizada, além de outros meios que, não surtindo o efeito desejado, levaram à construção do sistema processual inquisitorial com todos os seus abusos. Nessa senda, segue pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 104-105):

> Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais.
> Algumas medidas já haviam sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes. Ela, como tal, produziu poucos efeitos, porque eventual punição ainda estava afeta aos leigos que, ademais, começavam a avolumar poder em face do crescimento das nascentes cidades medievais, construídas não pela decadência dos feudos, mas, sobretudo, em função da necessidade dos senhores das caravanas melhor conduzirem e distribuírem suas mercadorias (...) .
> Por evidente – e como não se duvida –, o movimento migratório na direção dos burgos foi acompanhado (como não poderia deixar de ser) pela Igreja Católica. Sua presença nos burgos (desde o início), principalmente nos séculos X e XI, não foi suficiente para aplacar o móvel do crescimento, ou seja, o *desejo*, mola mestra da propulsão de qualquer sociedade.
> O problema, assim, estava em como não perder para essa nova mentalidade, dado ser complicado – e sempre foi – lutar contra o *desejo*. (...)
> Outro forte sintoma da fragilidade do domínio do pensamento da Igreja Católica se deu com a criação das Universidades, quase todas produzidas como *Studium Urbis*, justo para preparar as pessoas para a nova realidade social dos burgos. (...)
> No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores "bárbaros" vindos do norte para demolir o império romano.

Assim, apresentados os motivos históricos, políticos e sociais que impuseram a construção de um novo modelo processual capaz de proporcionar mais do que uma nova sistemática punitiva, mas também uma coação social fundamental à manutenção da ordem clerical no momento, urge perceber que esse sistema processual inquisitorial terá de estar, necessariamente, atrelado à força, tortura, construção de falsas verdades e imposição de um poder responsável por lançar sobre a sociedade um dos mais tenebrosos períodos punitivos conhecidos. Diante disso, desde já, utilizando-se dos escritos de Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 99), há que se dizer: "O processo inquisitivo, com as características anteriormente apontadas, é incompatível com o Estado Democrático de Direito".

Assim como pautava a construção de uma sociedade embasada em verdades absolutas advindas do texto sagrado, o processo inquisitorial também era pautado por tais verdades, responsáveis por legitimar abusos e justificar práticas tenebrosas. Ilustrando esse pensamento, Salah Hassan Khaled Jr (2010, p. 295) anuncia:

> O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época. Sem dúvida, tratava-se de um campo de saber de envergadura considerável, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha, reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich.

E são essas verdades absolutas que fundamentam a construção das maiores e piores características do sistema inquisitorial, fazem com que a verdade real passe a ser um objetivo do processo, com que o acusado seja tratado como um ser quase desumano e aglutinam os mais diversos poderes e atribuições processuais sobre o Juiz, tornando-o um verdadeiro astro processual, parcial, em busca de um resultado processual, capaz de impor à pessoa julgada algumas das piores condenações já vistas ao longo da história das punições. (LOPES Jr., 2018)

Assim, impõe-se destacar a eficiência do modelo inquisitorial, haja vista que, nascido para controlar os que insurgiam contra os domínios da igreja, a construção da existência de inimigos sociais, permitiu que o sistema inquisitório fosse infalível, principalmente, quando se percebe que a condenação era algo previsto e desejado pelos julgadores. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2008, p. 21) destaca:

> O processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois, se sua legitimidade é divina, não poder haver contradita, ou seja, o ato é insuscetível de erro. Dessa forma, o Juiz-acusador formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade admitida como 'adaequatio rei et intellectus' é

> atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material, já existente como hipótese na mente do Juiz acusador, deve, por outro lado, ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba esta investigação. A poluição da prova daquela verdade já postulada é o maior de todos os perigos. Daí resulta o sigilo do processo, a ausência do indiciado ou do seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a sentença de condenação.

Assim, a concentração de funções sobre o Juiz, o sigilo como fator regente do processo, a inexistência de contraditório e ampla defesa e a adoção do sistema de provas tarifadas com sendo as características próprias do sistema inquisitivo, fazem com que o sistema inquisitório contraste totalmente aos elementos típicos de um Estado Democrático de Diretos. (RANGEL, 2018)

Evidencia-se, portanto, que o sistema inquisitorial em nada flerta com a defesa dos direitos humanos, com a dignidade e a democracia, motivo pelo qual, diante da gritante necessidade de afirmação de tais conceitos na sociedade, fez consolidar, ao menos em tese, um modelo processual antitético ao apresentado. Em defesa do réu como um ser de direitos, o modelo acusatório ganhou gritante relevância mundial.

Para iniciar a construção acerca de tal sistema, urge destacar que, ao contrário do que o senso comum acredita, o modelo acusatório, apesar de inexistir uma sistematização, já era adotado mesmo antes da idealização do inquisitorial, e nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2018, p. 40) afirma:

> Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

Assim, sabendo que a retomada ao modelo acusatório veio através de construções partidas de movimentos sociais e políticos, é preciso descobrir o que fez consolidar tal insurgência. Diante de uma evidente transformação social em voga, o Rei Henrique II, visando aglutinar os feudos e promover um controle unificado da Grã Bretanha, impões modificações políticas, militares, legais e procedimentais que, dentre dela, levava consigo a retomada do sistema processual penal acusatório. Sobre isso, Jacinto Nelson Miranda Coutinho (2009, 106) destaca:

> Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *Trial by Jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava

> num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa.
> (...)
> Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores.
> O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sistema é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de *Sistema Acusatório* e, a partir desse padrão, domina boa parte dos sistemas processuais penais do mundo.
> Como se pode notar, a construção dos sistemas processuais puros se deu por *opções políticas* historicamente demarcadas, embora tivessem variados os motivos que levaram a tanto.

Assim, no intuito de se caracterizar como mais uma das transformações sociais necessárias ao rompimento com o período marcado pelo sistema inquisitorial, o acusatório, transformando as bases norteadoras do processo punitivo, passa a levar consigo a lealdade processual e a paridade de armas como marcas definidoras.

Mais do que isso, com o passar dos anos e as mais diversas colaborações que lhe foram acrescidas, o sistema acusatório, entendido como verdadeiro enunciado, enfim, se pôde fazer definido como sendo o que leva consigo uma clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, o juiz como um terceiro imparcial, a igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa, a inexistência de prova tarifada, a defesa da segurança jurídica, dentre outros elementos. (AMARAL, 2017).

E assim, impõe-se reconhecer que o sistema acusatório, quando aplicado em sua plenitude, é o responsável por assegurar ao acusado a defesa dos princípios constitucionais que se atrelam aos direitos humanos. Desta forma, partindo-se das características apresentadas acima, há que se dizer que não há como consolidar a existência da presunção de inocência em um modelo processual que se afaste do acusatório.

Mais do que isso, impõe-se dizer que o sistema processual acusatório é o que transcreve os costumes democráticos ao processo de punição. Inegavelmente, uma democracia, forma de governo pautada pela igualdade e pela liberdade (BONAVIDES, 2018, p. 208), quando plenamente consolidada, necessariamente irradiará sobre a jurisdição processual penal os princípios construídos pelo sistema acusatório. Sobre tal ligação entre democracia e sistema acusatório, destaca Norberto Avena (2018, p. 11):

> Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar à cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém

> poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado, com todas as suas circunstâncias.

Assim apresentados os modelos tidos como puros, há que se ressaltar que, assim como a seleção dos fatos que devem ser punidos, a definição do modelo processual se faz através de uma eleição cultural, política e principalmente social, permitindo, assim, como já apontado no capítulo anterior, que o direito penal se consolide como um instrumento de imposição das vontades e dominação de uma classe (as elites econômicas) sobre as outras. Neste sentido, ratificando o que foi dito, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 107) aponta: "Como se pode notar, a construção dos sistemas processuais puros se deu por *opções políticas* historicamente demarcadas, embora tivessem variados os motivos que levaram a tanto".

E como os sistemas puros foram opções políticas, da mesma forma nasceu o que se denomina de sistema misto, através do Código Napoleônico de 1808 (Nestor Távora, 2018). Este modelo processual, no qual, em verdade não se pode apontar uma definição em concreto, haja vista que insurge da absorção de um modelo a outro pré-existente, ou seja, absorção de garantias a um modelo nitidamente inquisitorial ou a imposição de limitações democráticas ao modelo tipicamente acusatório. Sobre isso, pela exatidão e profundidade com que trata o tema, é preciso novamente trazer o que aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 109):

> O problema é que é o *fim* do *sistema* – como referido –, que resignifica o *princípio unificador* e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos *dois sistemas conhecidos*: o *princípio unificador será inquisitivose o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório*. Como *ideia única*, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um *princípio misto* e, de consequência, um *sistema misto*.
> (...)
> Desde uma visão mais adequada, os *sistemas são mistos* não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo *sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório*, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, *em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório*, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.

Percebe-se, então, que não há falar em uma autonomia principiológica dos sistemas mistos: inexiste um princípio misto, mas apenas o acusatório e inquisitorial. Tal fato se dá, pois a construção doutrinária de tal divisão parte quase que unicamente da existência ou não de separação das funções de julgar e acusar, fato que justifica e embasa a marcante crítica ao sistema misto, já que se entende que reduzir a definição do sistema apenas à aglutinação ou

não de tais funções é fechar os olhos à produção de prova pelos Juízes, por exemplo. Nesse sentido, Camilin Marcie de Poli (2018, p. 236) afirma:

> Com efeito, em que pese parte da doutrina afirmar que o Código de Instrução Criminal de 1808 trouxe um sistema processual misto, não se trata de um novo sistema, uma vez que ele é (ainda) baseado no sistema inquisitório. A mudança foi puramente formal, pois ele mantém o *status quo* e, portanto, a estrutura inquisitorial.

E por inexistir um princípio misto, é necessário destacar que o sistema em comento é assim denominado, pois, no plano teórico, é construído por duas etapas distintas, uma inquisitorial e outra que quer se dizer acusatória. Nesse sentido, Luiz Eduardo Cani (2014, p. 187) destaca:

> Por fim, o sistema misto é o único dividido em duas fases: a) a primeira fase, preliminar e inquisitória, destina-se à investigação preliminar dos casos penais e é de competência dos juizados de instrução; b) a segunda fase, judicial e acusatória, destina-se à instrução definitiva e aos debates e é de competência das varas criminais.

E assim, é preciso dizer que no mundo atual, repleto de desigualdades e da marcante e repugnante utilização do direito penal como um instrumento de poder e imposição de vontades que, mesmos nos países que se dizem exemplos de democracias, o sistema inquisitorial, mesmo que de forma residual, estará presente, fazendo com que o sistema misto e a transgressão ao Estado Democrático de Direito sejam atualmente unanimidades. Sobre isso, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 111) afirma:

> Democracia e sistema inquisitório sempre foram incompatíveis.
> Democracia, no caso, tomada como respeito à diferença; e o sistema inquisitório como aquele nascido no final do século XII e início do século XIII no seio da Igreja Católica para, sobretudo combater à heresia e que, nos seus fundamentos dura até hoje.

Portanto, fica claro que o sistema processual penal brasileiro necessariamente adotou tal sistema e por isso assume que incorpora à sua produção penal a inquisitoriedade e os absurdos procedimentais atrelados a tal modelo processual. Por este motivo, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma (2009, p. 108) declara:

> Nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocêncio III; e não são poucos os que *gozam o lugar* de um Torquemada. Nunca se terá *democracia processual* desse modo, por evidente, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, em que se controlam as premissas, não só não é alheio ao *solipsismo* como lhe incentiva. E o pior é que a Constituição da República não se faz viva.

Impõe-se, então, entender que não se pode tentar construir um sistema democrático em parte. Ou ele é democrático ou não o é. Fato é que o processo penal brasileiro, não só pela presença legal de uma fase inquisitorial, leva consigo tal sistema como marco regente da atuação dos titulares da ação penal e de quem julga tais matérias.[6] Cada vez mais o direito penal brasileiro se descola das garantias constitucionais e se atrela a uma suposta vontade social, à construção de falaciosas funções da pena e até a uma busca de uma verdade real, e, assim, desrespeita direitos, principalmente a presunção de inocência, e impõe aos acusados todas as misérias inerentes a um processo penal desgarrado dos direitos humanos, da justiça social e da liberdade. E nesta senda, José de Assis Santiago Neto e Leonardo Augusto Marinho Marques (2018, p. 180-181) promovem a reflexão que segue:

> O Brasil possui em seu ordenamento jurídico uma grande dicotomia. Enquanto a Constituição da República adotou, ainda que de modo implícito, o modelo constitucional-democrático de processo, ao assegurar a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), o devido processo constitucional (art. 5ª, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a separação das funções de acusar (art. 129), defender (art. 133 e 134) e julgar (art. 92 e seguintes), o código de processo penal, forjado sob a égide ditatorial do Estado novo, possui estrutura inquisitória que, de tão arraigada, sequer as reformas pontuais foram capazes de mudar. (...)

E esse caráter inquisitório se solidifica ainda mais quando da análise do Artigo 156, I e II do CPP[7], reformado em 2008, haja vista que expressamente permite a produção de prova pelo Juiz e de ofício, retomando, portanto, a aglutinação de funções proposta pelo sistema inquisitorial. Todavia, como citado, em clara contradição ao disposto pelo Código de Processo Penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988, de forma programática, define o sistema acusatório como o do direito processual brasileiro, o que, evidentemente, deveria exigir uma filtragem constitucional dos preceitos processuais nitidamente inquisitórias. (AURY LOPES JR. 2018). Como não age desta forma, evidentemente, o direito penal brasileiro reproduz e legitima os abusos construídos e difundidos pelo direito inquisitorial, escolhendo, assim, por rechaçar a aplicação de garantias para consagrar a busca da verdade real e a suposta resposta aos clamores populares.

---

[6] Sobre a marcante presença do sistema inquisitório no Brasil, e o consequente distanciamento dos direitos humanos e da democracia, Camilin Marcie de Poli declara (2017, p. 108): Diante disso, fica evidente que é preciso ir além. Não basta mudar a lei. É necessário mudar a racionalidade. É preciso mudar a racionalidade dos operadores do direito, dos legisladores, bem como de todos os envolvidos, a fim de se criar uma cultura de respeito aos direitos individuais, isto é, uma cultura de respeito à cidadania.

[7] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
dúvida sobre ponto relevante.

E assim, percebe-se que, como já apresentado acima, a opção pela inquisitoriedade é fruto da utilização do direito penal como instrumento de poder e imposição das vontades de entes oligárquicos sobre minorias e vulneráveis sociais. E para fundamentar tal ideia, urge trazer o que pensa Luigi Ferrajoli (2002, p. 452)

> Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva.

Diante da escolha do seu modelo processual, inegavelmente o direito brasileiro se mostra tendente a relativizar, no âmbito empírico, a defesa de diversos princípios garantistas presentes na Constituição Federal. E, por outro lado, jamais se poderá esquecer que, ao passo da produção prática, o Brasil através da sua Constituição adotou, com toda a sua força programática e simbólica, o modelo acusatório como o regente do direito brasileiro: não se pode esquecer da "legião que se entregou por um novo dia" e permitiu fazer com que "lutar por direitos deixasse de ser um direito que mata". (GONZAGUINHA, 1981).

E por essas pessoas, urge fazer com que o nefasto histórico inquisitorial que ainda rege o pensamento daqueles que operam e aplicam o direito brasileiro seja totalmente expurgado. Pelos que permitiram fazer com que a Constituição de 1988 existisse e pelos que virão é preciso concretizar tudo o que há na CFRB, sem falsas reinterpretações, é preciso implementar o sistema programado, o acusatório.

Evitando qualquer possível contestação, necessário se faz destacar que apesar da Constituição deixar de apontar expressamente que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, o texto regente do direito brasileiro o faz através dos seus princípios, através da adoção da democracia, e principalmente pela exemplar defesa dos direitos humanos que promove. Além disso, quando apresenta em seu corpo o Artigo 129, I[8], definindo o Ministério público como o titular da ação penal, distingue expressamente o órgão julgador do acusador, aludindo, portanto, ao sistema acusatório. Nesse sentido, Douglas Fischer (2011, p. 7) comenta:

> Desde já deixamos expresso e claro que, segundo nossa leitura, não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório. Mas tal circunstância não impede que, a partir da compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na Carta dirigente, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório.

---

[8] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

> Com efeito, nos termos do art. 129, I, CF, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Portanto, o titular da ação penal (ressalvado os casos específicos), de regra, é o parquet. E a função de julgar pertence ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural.

Há que se destacar que, apara além da Constituição Federal, o Brasil, ratificando diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ao menos de forma programática, aponta à total impossibilidade de produzir um processo penal que vise uma desejar punições, que diferencie os seus cidadãos, que parta de concepções preconceituosas para justificar as mais nefastas condenações. Sobre isso, Flávia Piovesan (2017, p. 96) aponta:

> Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

De forma a entender que o modelo acusatório precisa se fazer expressamente presente no Código de Processo Penal, O brasil passa a construir o seu novo CPP, ainda em fase de projeto de Lei, mas que expressamente traz, através do seu Artigo 4º[9], o modelo acusatório como o adotado pelo Brasil. Sobre isso o mesmo Douglas Fischer (2011, p. 7) destaca:

> De acordo com o disposto no art. 1º do PL 156, "o processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte da República Federativa do Brasil".
> Portanto, nos parece certo que, pelas expressas remissões (embora desnecessárias para fins de hermenêutica), houve a adoção de um sistema com feições acusatórias, que é aquele pelo qual se pauta o regime constitucional brasileiro. E tal rasgo típico exsurge exatamente da combinação das premissas fixadas no item anterior com o disposto no art. 4º do mesmo PL 156, ao dispor que "o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória de órgão de acusação".

Tal comportamento tido como inovador ao direito brasileiro, já vem sendo adotado há algum tempo por outros países Latino Americanos, dos quais o Brasil tira importantes exemplos para a sua atualização legislativa. E impõe-se destacar que, apesar das tentativas constantes, o Brasil ainda é o país da América mais distante do sistema acusatório. Vladimir Aras (2016, on-line), escrevendo sobre o tema afirma:

> Triste dizer, mas na Ibero-América, o Brasil é o país mais distante da implantação do processo penal de partes, com igualdade de armas e diálogo contraditório, de natureza confrontativa, que possa viabilizar de forma mais efetiva a busca da verdade processual.

---

[9] Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

> (...)
> Levantamento que fiz sobre o quadro processual penal ibero-americano aponta que o Brasil é realmente um retardatário. Dezenove países ibero-americanos implementaram reformas processuais de natureza acusatória nas últimas duas décadas. A lista de sistemas reformados foi inaugurada pela Guatemala em 1992/1994. O vigésimo país do grupo ibero-americano, Porto Rico, segue o modelo adversarial pelo menos desde 1963, devido à forte influência norte-americana na formação do seu ordenamento jurídico, a partir de sua anexação ocorrida no final do século XIX:

Urge destacar que a afirmação de um sistema processual penal inquisitorial na América Latina é mais do que mera tradição jurídica, tal sistema processual notadamente advém do processo de colonização vivido pela região e da tradição de eterna manutenção de privilégios. Avançar ao encontro de um sistema processual integralmente acusatório exige muito mais do que a formalização ou a reforma de um texto legal, é necessário uma total refundação da forma de pensar e construir o processo punitivos do País (BINDER, 2017).

Entretanto, impossível negar que a reforma legal em busca do modelo acusatório é essencial para o citado processo de transformação. Há que se dizer, todavia, que o Brasil demonstra encontrar fortíssimas barreiras para que possa firmar-se na busca por tal metamorfose. Talvez essa dificuldade de implementação do modelo acusatório no Brasil perpasse pela discussão apresentada por Ferrajoli (2002) ao diferenciar Jurisdição em sentido estrito, da Jurisdição em sentido lato, afirmando que, mais do que pautar a adoção ou não de um modelo acusatório, há que se discutir os modelos de promoção e aplicação do direito, o que impõe perceber o quanto o Juiz brasileiro se torna verdadeira celebridade processual e passa a atuar cada vez mais sobre a égide do decisionismo do que através do cognitivismo.

Assim, percebe-se que modelo acusatório ainda é tratado como mera formalidade no Brasil, motivo pelo qual abusos e absurdos continuam acontecendo no dia a dia da punição nacional. Diversos princípios consagrados constitucionalmente, infelizmente, vêm sendo deixados de lado para que seja possível punir com maior facilidade. A gana pelo enjaulamento faz com que princípios como a presunção de inocência sejam relativizados e tal fato, evidentemente, impõe uma maior discussão.

Notadamente é preciso que o Brasil busque alcançar os avanços já conquistados por diversos outros países da América Latina que, compreendendo que o processo penal, assim como todo o direito, serve à consagração dos direitos humanos, jamais podendo ser mero instrumento de segregação extermínio e consagração de privilégios sociais. Comentando o Novo Código de Processo Penal Uruguaio, Beatriz Tommassino e María Cecilia Gutiérrez

(2018, p. 64) de forma a apontar o caminhar principiológico do novo pensar processual penal daquele país destaca:

> Ninguna duda cabe de que em nuestra cultura está reconocido que el derecho penal es para el hombre, y no el hombre para el derecho penal. Esto no lo pueden passar por alto ni el legislador, ni quien quiera explicar la ley penal em forma coerente y deduciendo las respuestas a los interrogantes prácticos de sus particulares regulaciones de la co-existencia. Que el derecho penal sea para el hombre implica que el mismo significa para el hombre, es decir, que es algo significativo, que no es um "hecho puro".

Assim, diante da atual conformação inquisitória do Processo Penal brasileiro, é preciso que, seguindo os exemplos dos seus vizinhos fronteiriços, promova uma verdadeira refundação do pensar sobre o Direito penal, para que assim, possam construir um direito penal que, como dito pelas autoras apresentadas no parágrafo anterior, sirva aos homens e jamais utilize-se de uma lógica inversa para se manter como é hoje, meio para consagração de privilégios sociais.

3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REQUISITO FUNDAMENTAL PARA UMA CONDENAÇÃO

Partindo-se do que fora exposto no tópico acima, é inegável entender que a presunção de inocência é princípio típico do sistema acusatório, sendo uma resposta aos abusos promovidos pelo modelo inquisitorial. A presunção de inocência insurge como o fundamento a proibir, por exemplo, atos como a tortura, e a perseguição, características da inquisição. Nesse sentido, Alberto Binder (1999, 124) destaca:

> Se puede decir, en consecuencia, que este principio, nacido como una reacción ante los abusos de la Inquisición (como modelo de proceso penal arbitrario), forma parte de la conciencia uaniversal acerca del valor de la persona, aunque ello, de ninguna manera quiere decir que tenga una efectiva vigencia en nuestro país.

Pontua-se que, em referência aos parâmetros históricos, o princípio em análise tem como marco propulsor o direito Romano, sendo que a idade média e a inquisição, pais do sistema inquisitorial, são os responsáveis por retrair e suprimir durante vasto período histórico a presunção de inocência como marco fundamental a legitimar uma punição. Entretanto, como demonstra a declaração dos direitos do homem de 1789, a idade moderna volta a levar

consigo a presunção de inocência como requisito fundamental para que se possa retirar a liberdade de alguém. (LUIGI FERRAJOLI, 2002)

E assim, sendo o princípio em questão uma resposta ao sistema inquisitorial, destaca-se, portanto, como um dos elementos norteadores do parâmetro acusatório de processo penal, e, diante disso, sendo este o sistema adotado pelo direito brasileiro, como visto no capítulo anterior, a presunção de inocência se faz expressamente presente na Constituição Federal de 1988, apresentando-se através do Artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988). Desta forma, diante da hierarquia das fontes, a presunção de inocência deverá iluminar todos os outros códigos e atos jurídicos nacionais, que deverão respeitar, obedecer e concretizar o que a Constituição defende. Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 32) destaca:

> A presunção de inocência é no Brasil um dos princípios basilares do direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto, repetindo, pelo art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 (...). Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto, deverá absorver e obedecer tal princípio. Ou seja, o Texto Constitucional brasileiro foi eloquentemente incisivo: exige como marco da presunção de inocência o "trânsito em julgado de sentença penal condenatória", indo além, portanto, da maior parte da legislação internacional similar.

A presunção de inocência é de tamanha essencialidade ao sistema processual penal que, sob a égide do modelo acusatório e garantista, a sua aplicação e incidência sob o atuar dos agentes processuais permite apontar o grau de qualidade dos ordenamentos e práticas processuais. E isso apenas acontece, pois a presunção de inocência evidentemente impõe o respeito ao contraditório e principalmente que caiba ao acusador demonstrar que o Réu é o culpado, devendo, portanto, tal princípio repercutir não apenas de forma endoprocessual, mas também na forma em que toda a sociedade deve olhar e considerar os Réus de uma ação penal. Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2018, 95) afirma:

> No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no Art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).
> (...)
> Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do Juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alhemaneto (rechaço à figura do Juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do Juiz de garantias ou garantidor).
> (...)
> Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Assim, é preciso fazer um destaque e dizer que este princípio leva consigo forte consequência sobre a produção probatória no processo penal, haja vista que, como dito, impõe ao titular da ação penal provar que a pessoa a quem ele impõe o cometimento de um ato ilícito realmente agiu de forma a ter seus atos abraçados pelos institutos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Além disso, urge dizer que é a presunção de inocência quem impede a consagração da prova tarifada sobre o direito brasileiro, permitindo, assim, dizer que nenhuma prova por si só levará à condenação de alguém. (DUCLERC, 2016).

Desta forma, partindo da construção promovida por Aury Lopes Jr. (2018) é necessário entender que a consequência supramencionada compõe o que o referido autor denomina de dimensão interna da presunção de inocência, haja vista que impõe um modo de atuar ao Juiz, portanto, um modo de raciocinar o processo penal, restringindo o seu atuar punitivo, já que a presunção de inocência, indubitavelmente, cria para dentro do processo formas de tratar e julgar os acusados.

Por outro lado, para além da ação penal, a presunção de inocência tem de levar consigo consequências sobre o pensar de toda a sociedade. É inegável que diante dos moralismos sociais e sob a égide da hipócrita seleção punitiva que vivemos, a depender do crime que lhe seja imputado e, claro, da classe social do acusado, este se verá refém de uma das piores misérias do processo penal: a estigmatização precoce do Réu. (CARNELUTTI, 1995)

Sobre essa estereotipação, Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr. (2014, p. 11) destacam:

> De outra face, a força da mídia promove, com objetivos comerciais e outros nem tanto, a vivacidade do espetáculo "violência", capaz de instalar a "cultura do pânico", fomentador do discurso da "Defesa Social" e combustível inflamável para aferrolhar o desalento constitutivo do sujeito clivado com a "promessa de segurança", enfim, de realimentar os "estereótipos" do crime e criminoso mote dos discursos da "Lei e Ordem". Lembra Batista: "acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal, como os inquisidores Kramer e Sprenger sabiam muito bem.

E por esse motivo, a presunção de inocência, mesmo antes de recair sobre o atuar dos juízes, deverá incidir sobre a opinião pública, responsável por impor aos supostos delinquentes uma condenação pelo "achismo". É a presunção de inocência quem deverá impor limites aos jornais sensacionalistas, às denominações punitivistas: a espetacularização do processo penal não pode existir dentro de um ordenamento jurídico que se diz

democrático, acusatório e que presume a inocência. Neste sentido, Aury Lopes Jr (2018, p. 97) destaca:

> Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em tono do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Ora, evidencia-se, portanto, a essencialidade da existência da presunção de inocência para a construção de um processo penal democrático. É impossível negar que vive-se atualmente numa sociedade extremamente preconceituosa e com anseios para um acirramento moral. A era do *fakenews* exige, mais do que nunca, a consagração da presunção de inocência como meio para assegurar a dignidade humana em todos os âmbitos, sociais e jurídicos. Direitos fundamentais vêm dia a dia sendo exterminados pelo desrespeito à presunção de inocência, o mero "boca a boca" de quem alguém cometeu algum crime já impõe consequências nefastas a pessoas que, sem qualquer dúvidas, deveriam levar consigo o Estado de inocência. Por isso, é inegável dizer que, quando da análise social a partir do direito penal, a presunção de inocência é elemento fundamental para assegurar a dignidade necessária a qualquer cidadão, para ratificar a ideia que o acusado jamais poderá deixar de ser tratado como um ser sujeito de direito, igual a toda e qualquer outra ente social. Neste sentido, Juarez Tavares (2018, p. 82) afirma:

> Por outro lado, a adoção do princípio, como norma cogente da ordem constitucional, exige que a responsabilidade de alguém pelo cometimento de um fato criminoso se subordine ao juízo de culpabilidade, ou seja, que essa responsabilidade só possa ser atribuída com base na demonstração de que o fato fora executado por vontade livre. Sem reconhecimento da vontade livre, que não se confunde com o velho livre-arbítrio, mas decorre do próprio princípio de liberdade reflexiva e da dignidade humana.

O ordenamento jurídico que consolida a presença da presunção de inocência em suas entranhas, como o faz o brasileiro, defende, portanto que a liberdade de qualquer acusado deve ser, ao menos em tese, o maior dos bens jurídicos a serem protegidos pelo processo penal. Mais do que defender a propriedade, ou a administração pública, nenhum direito será mais valiosos ao processo de punição do que a liberdade sobre quem recai uma ação penal. É impossível desconsiderar, e o Direito brasileiro não esquece desta mácula, que uma condenação criminal, diante da hipócrita sociedade que se diz cristã e defensora de uma moral que jamais existiu, impõe ao punido as piores mazelas que um processo pode levar a qualquer

pessoa. Talvez num pensar utópico, idealiza-se uma sociedade em que a retomada à pacificação social independa da imposição de dor e sofrimento aos Réus de processos criminais. E assim, por conta dessas nefastas consequências do processo penal, a presunção de inocência é essencial à construção de uma sociedade equilibrada: é impossível solidificar a convivência social quando se pune penalmente alguém que não cometeu qualquer ilícito criminal. Sobre este assunto, com a exatidão que lhe é de praxe, Luigi Ferrajoli (2002, p. 85) destaca:

> A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dúbio pro reo.* E o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. Ademais, esta é a forma lógica de todos os princípios garantistas antes formalizados, os quais, como se tem observado, estabelecem as condições necessárias, em cuja ausência não é lícito punir, e nem aquelas suficientes, em cuja presença não é lícito deixar de punir. O mesmo modelo de responsabilidade penal SG, que propusemos como modelo garantista, foi por nós concebido como um sistema logicamente aberto, quer dizer, suscetível de ser ulteriormente aperfeiçoado e reforçado no plano teórico e normativo pela inclusão de outras garantias. Por isso, não quisemos estabelecer como seu momento conclusivo o princípio segundo o qual, ao se darem conjuntamente todas as condições ou garantias do sistema, deve haver pena.

Assim, sendo o Autor deste trabalho um adepto ao direito penal mínimo, é impossível deixar de perceber o quanto o direito penal precisa zelar pela inocência dos inocentes, mesmo que para isso venha a absolver culpados. Talvez a pior das desgraças que o Direito pode impor a alguém é retirar a liberdade de quem não cometeu crime algum: inexiste meio para indenizar alguém que foi apenado sem motivos, é impossível construir uma sociedade equilibrada quando se permite que inocentes sejam condenados e, mais do que isso, o sistema penal que condena alguém que nada fez, não merece manter-se em existência, já que errou de forma fundamental, agrediu o âmago do contrato social, pois expurgou do convívio humano alguém inocente e assim estorvou a construção de uma sociedade pacífica. Por este motivo, diante do que Ferrajoli apontou, há que se dizer: é mais benéfico absolver um milhão de culpados do que condenar um inocente. A presunção de inocência, sem sombra de dúvidas, se torna um dos mais importantes e significativos princípios do direito penal e processual penal, sendo que, quando tal princípio se faz atacado, já não se pode mais dizer que se vive num contexto acusatório, democrático e de garantias penais: punir um inocente é construir,

indubitavelmente, uma sociedade amedrontada. Sobre o dito acima, Rubens. R. R. Casara (2015, on-line) destaca:

> O princípio da presunção de inocência representa uma proposta de segurança para o corpo social, posto que o arbítrio estatal, corporificado na condenação de inocentes, representa uma forma de violência igual, ou mesmo pior (por se tratar de violência estatal ilegítima), que a cometida pelo sujeito criminalizado.

E infelizmente, como se verá no próximo tópico, o direito brasileiro ultimamente ataca a presunção de inocência como se tal princípio fosse um direito disponível e impõe-se dizer: tratar de inocência como se trata a propriedade é ratificar a utilização da pena como meio de solidificação de interesses sociais escusos, como fora apontado em capítulo anterior.

3.3 A APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA NO BRASIL: MODIFICAÇÕES E CONSEQUENCIAS.

Como demonstrado ao longo dos tópicos anteriores, adepto ao sistema acusatório e construído através das ditas garantias processuais penais, o direito brasileiro consagrou constitucionalmente a presença do princípio da presunção de inocência quando fez integrar em seu texto o Artigo 5º, LVII. Aqui é preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a expressamente apresentar a presunção de inocência como um direito fundamental. Nesse sentido, Fernando Brandini Barbagalo (2015, p. 48) afirma:

> Apesar de as constituições republicanas brasileiras previrem um capítulo referente a "direitos e garantias individuais", nenhuma delas, antes da Constituição de 1988, acolheu expressamente a garantia da presunção de inocência. A Constituição "cidadã" foi pioneira nessa normatização.

Todavia, é necessário apontar que o Código de Processo Penal brasileiro quando da sua construção em 1941 fez-se composto por textos que evidentemente são contrapontos à presunção de inocência, propondo, de forma marcante, a construção de um processo penal em busca da condenação de um inimigo, antevendo, portanto, uma culpa dos acusados. Nesse sentido, trazendo, como consequência da característica supramencionada, os artigos 20, 21, 311 a 318, 185 a 200 do Código de Processo Penal brasileiro, dentre outros, Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 201-208) afirma:

> Todo esse debate doutrinário e a vitória política e legislativa pela consagração de um processo penal autoritário, expressamente infenso à presunção de inocência e

> fundado nas velhas concepções da presunção da culpa e do inimigo no direito penal, adentram ao Brasil do início do século passado.
> O atual código de processo penal brasileiro, não obstante suas várias alterações legislativas ao longo de seus quase 70 anos, foi promulgado em 03 de outubro de 1941, em plena vigência do Estado Novo getulista e no curso da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).
> (...)
> Para demonstrar a sempre perfeita sintonia que precisa haver entre um sistema político autoritário e o código de processo penal por ele usado para implementar seus desígnios, foi o então Ministro de Justiça Francisco Campos quem orientou a formação e levou a cabo o Decreto-lei 3.689, promulgado em 3 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal brasileiro.
> Nesse cenário juspolítico e nesse contexto doutrinário, vem um código aos moldes autoritários e que, em vários de seus dispositivos, deixa clara a sua intenção em rejeitar a "presunção de inocência".
> (...)
> Para o que importa ao presente trabalho, verifica-se que tanto na Constituição "Polaca" de 1937 quanto no referido decreto-lei de 1941, não há qualquer menção à presunção de inocência.

Assim, é preciso dizer que, a introdução Constitucional da presunção de inocência promoveu verdadeira revolução teórica dos marcos regentes do processo penal brasileiro, haja vista que, a orientação da prática jurídica criminal nacional fora construída sob a égide de um sistema tipicamente totalitário e fascista, capaz de justificar absurdos como a tortura e a perseguição política, fatores que propiciaram uma cultura social e jurídica capaz de formatar um código processual penal praticamente igual ao fascista Código Rocco (italiano), em 1941. E já aqui é preciso dizer que a introdução da presunção de inocência à Constituição de 1988 não foi capaz de expurgar tais costumes fascistas da prática penal nacional: o domínio ideológico racista e os constantes atentados à comunidade LGBT, atrelados à impunidade de praxe diante de tais atos, mostram que, para além dos abusos promovidos nas ruas, as togas e fóruns replicam juridicamente a inexistência de garantias penais a essas e outras minorias sociais (PRADO, 2013).

Se a presunção de inocência é marco fundamental de consagração de um direito processual penal acusatório, defensor do Estado democrático de direito, e ícone das garantias, o desrespeito a tal direito fundamental necessariamente aponta ao fato de que a prática jurídica penal brasileira se atrela muito mais ao fascismo do que à democracia.

E infelizmente, não podemos deixar de dizer que o teor programático da Constituição Federal de 1988, apesar da constante afirmação de um predomínio da hierarquia das fontes para a interpretação jurídica nacional, não é capaz de expurgar do direito brasileiro a constante e nefasta busca pela punição, mesmo que para isso seja preciso deixar de ater-se à presunção de inocência como corolário fundamental à aplicação do direito penal. Nesse sentido, Ana Carolina Filippon Stein (2015, p. 49) afirma:

> As bodas da garantia da presunção de inocência com o processo penal brasileiro contam com mais de 25 anos, desde a edição da Constituição Federal de 1988, quando esta passou a exigir de seus atores técnicos a observância e aplicação dos direitos humanos fundamentais no curso das persecuções penais. A leitura do processo penal passou a ser exigida sob as lentes das garantias catalogadas no texto constitucional, com a pretensão de provocar um afastamento gradual do viés inquisitorial que tanto inspirou a confecção do Código de Processo Penal de 1941.
> Entretanto, tal relação, que deveria ter se firmado como uma grande parceria ao longo do tempo transformou-se em um casamento de fachada, estando a presunção de inocência cada dia mais condenada a uma vida sem exposição, no silêncio da abstração, ao contrario do processo penal, cada vez mais presente, evidenciado e participante na sociedade brasileira, contudo, a cada dias mais permeável aos anseios punitivos que dela emergem.
> (...)
> O princípio da presunção de inocência acabou por se tornar, como bem o vem adjetivando a doutrina processual penal contemporânea, um mito, um ilustre desconhecido, onde a sociedade o conhece, por ouvir falar, mas não o percebe como algo real e concreto, é ciente de sua presença em processos penais, garantindo ao acusado o "status de inocente" até sentença final irrecorrível, mas, ignora os possíveis resultados processuais e sociais da sua inobservância.

Pior do que ser um ilustre desconhecido para a sociedade, o princípio em discussão passa por verdadeiro processo de transfiguração liderado pelo poder judiciário. Sob o risível argumento de que é preciso reinterpretar a constituição sob a ótica das insurgentes conformações sociais, aqueles que apenas operam o direito penal no Brasil, fazem com que, mesmo conhecendo o que propõe a presunção de inocência, tal garantia seja aplicada de forma a satisfazer a sua volúpia punitiva, chegando, talvez, a suspirar ao enjaular o seu equipolente. (ROSA; KHALED Jr., 2014)

Infelizmente, a transformação apontada pelos Autores citados acima não vem ocorrendo no Direito nacional. Ao passo de tal reviravolta da prática jurídica penal brasileira, os Juízes de piso e as cortes superiores, seguindo os nefastos exemplos do Supremo Tribunal Federal, vêm ratificando, sob a égide de uma reinterpretação constitucional, um verdadeiro assassinato da presunção de inocência.

E para demonstrar o dito alhures, é preciso retomar o histórico Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, destacando para isso, o Habeas Corpus 84.078 (STF, 2009, on-line) e os que a ele sobrevieram.

Trata o Habeas Corpus supra mencionado de caso ocorrido no Estado de Minas Gerais em que o acusado fora condenado a sete anos e seis meses de reclusão pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por ter tentado cometer homicídio qualificado. Ocorre que antes da subida do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público decidiu por requerer a decretação da prisão do réu, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, sob o argumento de que o acusado estaria vendendo o seu rebanho e máquinas de

produção, fato que, conforme o MP, estaria demonstrando que o réu almejava fugir. Em evidente atentado a norma Constitucional, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas, replicando o pedido do Ministério Público, decretou a prisão.

Diante de tamanho absurdo, ante a natural demora de julgamento dos Recursos Especiais, o acusado decidiu impetrar Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, requerendo a aplicação do Artigo 5º, LVII da CFRB[10], bem como que não fosse aplicado o Artigo 637 do CPP[11].

Após extensos debates, fez-se prevalecer o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e consagrou-se a presunção de inocência em sua totalidade, como deveria ser feito em todos os julgados nacionais. Todavia, já neste julgamento insurgia, como demonstrou em época o Ministro Joaquim Barbosa, questionamento acerca da eficácia da justiça criminal ante à necessidade do transito em julgado para que fosse possível promover o aprisionamento de uma pessoa. O questionamento do Excelentíssimo Ministro, evidentemente, demonstra que o seu pensar visa alocar sobre o acusado a ineficiência do sistema punitivo brasileiro, já que, na visão do Ministro, a demora da Justiça Criminal no Brasil impõe que o acusado seja punido mesmo que não exista uma condenação em definitivo. Para ele, mais vale um processo veloz, o típico processo Nescafé, apresentado por Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr, do que o resguardo à presunção de inocência (MIGALHAS, 2009).

E aqui, urge apresentar partes importantes da ementa do julgado referido acima, para que fique evidenciado como pensava a maioria do STF quando da discussão acerca da presunção de inocência:

> 3.A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
> 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
> 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".
> (...)

---

[10] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[11] Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

> 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Talvez o ponto mais interessante do julgado acima apresentado seja o destaque feito pelo STF de que quem está desejando punir demais está querendo fazer o mal e assim se equipara ao próprio delinquente. Ora, se entende, assim, as reformas Jurisprudenciais apresentadas a seguir demonstram que tal dizer elaborado pelo STF agora recai com exatidão sobre a própria Suprema Corte.

E recai, pois em 2016 o Supremo Tribunal Federal retoma a discussão acerca da presunção de inocência, para, infelizmente, contrariar a Constituição Federal de 1988, e também o Artigo 283 do Código de Processo Penal, permitindo, a partir de tal ocasião – Habeas Corpus 126.292 SP (STF, 2016, on-line) – o enjaulamento humano depois de uma mísera decisão condenatória em segunda instância. Em ementa muito mais simples do que a do HC 84.078, o STF, atentando contra o texto que deveria proteger, destacou:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
> 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
> 2. Habeas corpus denegado.

Pior do que em 2016, neste ano de 2018, quando lhe foi possibilitada nova chance de retomar a Jurisprudência consolidada em 2009, o STF, supostamente tomado também por um indevido clamor político, ao Julgar Habeas Corpus impetrado em favor do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, deixou, mais uma vez de defender a CRFB, e, aproximando-se dos atos criminosos, como ele mesmo pontuou em 2009, manteve o desrespeito à presunção de inocência, permitindo que se enjaulasse antecipadamente uma pessoa condenada inicialmente, como se comprova agora pela indicação ao Ministério da Justiça, por um Juiz político, que condenava naquele momento o maior rival do seu futuro candidato e atual presidente da República eleito. É preciso apresentar a ementa desta nefasta decisão, HC 152.752/PR (STF,

2018, on-line) para que jamais se esqueça dessa mácula presente na história da suprema Corte brasileira, talvez tão séria quanto a decisão que permitiu extradição de Olga Benário.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUD ÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.
> 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.
> 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5°, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.
> 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a com preensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.
> 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.
> 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.
> 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.
> 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.
> 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.
> 9. Ordem denegada.

E, obviamente, muito mais do que reflexos para a construção decisória dos mais diversos juízos pelo Brasil adentro, a relativização da presunção de inocência, necessariamente impõe novos costumes e formas de pensa de toda a sociedade, bem como diminui algumas restrições anteriormente impostas ao poder legislativo, motivo pelo qual é

cada vez mais acertada a afirmação de Rubens Casara (2015), que adjetivou a presunção de inocência como uma ilustre desconhecida do Direito brasileiro.

É inegável que um sociedade sem a presença marcante do princípio da inocência como norte processual, política e cultural, passa a ter o medo e a insegurança como elementos estruturantes, impedindo, assim, evidentemente, que seja possível alcançar a tão falada e supostamente desejada paz social. Nesse sentido, Ana Carolina Filippon Stein (2015, p. 55) afirma:

> A não observância por parte do ente político, do estado de inocência, é passível de gerar insegurança, não só àqueles que são submetidos ao processo, mas também a toda a coletividade. Quando iniciada a persecução penal sem ter a inocência como ponto de partida, corre-se o risco de que quem investiga, e quem posteriormente acusa e julga buscar produzir provas que amparem o seu prévio juízo, ignorando toda e qualquer outra que afaste a presunção de culpa já estabelecida.
> Ademais, a conexão entre o Estado, detentor do poder de punir, e as garantias conferidas aos réus no processo penal (limitadoras do poder estatal) é que dá a real dimensão de quão instável pode ser tornar o bem estar social em havendo desequilíbrio de ambos os lados: primeiro por parte do Estado, em reiteradamente não fazer valer o peso das garantias que em teoria oferece aos réus; e como resultado desta ação negativa do ente político, através de seus órgãos, dos réus, e das pessoas em geral, em demonstrarem desprezo e descrença no sistema processual penal.
> (...)
> A sensação de medo não pode ser alimentada em existindo elementos para o seu combate. Não pode um cidadão ter medo de responder a um processo penal, pela certeza criada de que suas garantias não serão observadas, deixando de serem aplicadas por desídia, ou desconhecimento.

Por este motivo, é preciso dizer que a presunção de inocência é direito fundamental que jamais poderá ser relativizado, não importando as motivações que teoricamente venham a embasar tal ideia. Urge entender a presunção de inocência como fato essencial à consagração da dignidade humana, motivo pelo qual, presumir a culpa de alguém e impor-lhe, uma morte social. Desta forma, analisar a consagração de tal princípio sobre legislações nacionais se faz fundamental, motivo pelo qual o presente trabalho passa a se ater integralmente sobre a Lei 11.343/06 e os reflexos que a sua aplicação tem sobre o princípio em comento.

4. O ENCAMINHAMENTO AO GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COM BASE NA LEI 11.340/06.

Construída sobre a égide do patriarcado e do domínio dos homens em todas as esferas sociais, a sociedade brasileira, infelizmente, faz-se facilmente identificada como sendo machista. A submissão, agressão e o assassinato de mulheres se tornou acontecimento cotidiano da convivência social brasileira. Entretanto, naturalizar tal comportamento é, evidentemente, um absurdo e, consagrando legalmente o que dispõe a Constituição Federal, passaram a ser construídos programas e leis com o intuito de frear os ímpetos misóginos da sociedade brasileira. É nesse contexto que nasce a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), meio legal de promoção da proteção à mulher.

Todavia, é impossível negar que tal defesa leva consigo a restrição de direitos de outros agentes, tidos como agressores pela Lei, motivo pelo qual o presente capítulo irá se ater ao tratamento dado a estas pela referida Lei.

4.1 NOÇOES INTRODUTÓRIAS DA LEI MARIA DA PENHA.

Impõe-se desde já destacar que os questionamentos a serem apontados neste capítulo jamais serão uma proposta de extinção do texto legal em questão. A Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) é fundamental para a proteção das mulheres brasileiras, vítimas das piores violências físicas, patrimoniais e psicológicas. Se a misoginia, infelizmente, ainda é um marco definidor da sociedade e cultura do Brasil, a Lei Maria da Penha é o maior símbolo de luta e instrumento de defesa das mulheres brasileiras. O que se propõe é tão somente uma adequação do texto legal ao que dispõe a Constituição Federal e o Devido processo Legal.

E diante disso, é preciso entender, antes de qualquer outro pensamento, os motivos que fundamentam e ratificam a necessária existência de uma lei que vise a proteção vital das mulheres no Brasil. Infelizmente, diante de fundamentações biológicas ou culturais, as sociedades foram sendo construídas sobre a égide da desigualdade de gênero. Sociedades patriarcais às quais legavam ao gênero feminino locais notoriamente submissos, quando comparados aos dos homens, foram responsáveis pela subjugação feminina e pela justificação das mais tenebrosas violências contra elas. Assim como o fazem com negros e com a

comunidade LGBT, a mulher muitas vezes é vista como espécie subalterna e inferior ao homem. (ANDRADE, 2012)

Evidentemente, essa desumanização apontada por Vera Regina P. de Andrade (2012) é responsável por legitimar toda e qualquer violência imposta à mulher. Ora, entender como um não sujeito é rogar sobre uma mulheres uma visão cultural equipara à alocada aos animais, motivo pelo qual, em uma sociedade que cultua e muitas vezes festeja o assassinato destes seres, violentar mulheres, nesse modelo de convívio, não se torna ato socialmente repugnante.

Há que se dizer, portanto, que a violência contra mulher é a natural consequência da desumanização supramencionada, sendo as desigualdades apresentadas pelas relações sociais que envolvem homens e mulheres a base de formação teórica do que se denomina como relações de gênero. Sobre isso, Suellen André de Souza (2013, p. 1-3) destaca:

> Entendido como "elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos e uma forma primeira se significar as relações de poder" (SCOTT, 1990), o conceito de gênero foi base da formulação do conceito de "violência contra a mulher", entendida como violência de gênero, isto é, como atos violentos cometido contra as mulheres, com base e motivados pelas desigualdades verificadas nas relações sociais entre homens e mulheres, entendidas como relações de gênero (LIMA, 2009).

Sendo o direito uma produção sociocultural, necessariamente tal característica recai sobre esse ramo do saber, impondo-lhe uma construção legal que vitima e desumaniza a mulher, bem como entrega ao homem o protagonismo do dia a dia abarcado pelo sistema jurídico. O androcentrismo, oriundo das construções cientificistas misóginas e mesmo dos reflexos que tal construção impôs aos costumes sociais, se reflete diretamente sobre o Direito Penal e permitiu que se impusesse sobre a mulher uma fragilidade, submissão e vitimização, sendo esta mais uma das artimanhas androcêntricas para rogar à mulher um local social subalterno ao dos homens. Sobre tal pensamento, Marília Montenegro de Pessoa Mello (2010, p. 137) afirma:

> Historicamente, o Direito Penal apenas se preocupou com a mulher para categorizá-la, na condição de sujeito passivo dos crimes sexuais, como "virgem", "honesta", "prostituta" ou "pública", e, ainda, a "simplesmente mulher". Com relação ao pólo ativo, em tese, a mulher sempre pôde cometer qualquer crime, sem nenhum tipo de redução de pena, mesmo quando a legislação civil a considerava um ser humano de menor capacidade e apresentava inúmeras restrições aos seus direitos.
>
> A grande preocupação do direito era limitar a mulher na sua capacidade cível, no seu poder patrimonial, na sua educação, e, de forma geral, no seu poder de decisão no seio social e familiar. E essa limitação cabia ao Direito Civil. Já para o Direito Penal, a preocupação era mínima, pois as mulheres, como regra, representavam o papel de vítima1. Um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem sujeito ativo, dominador e perigoso.

Diante de tamanha desigualdade entre os gêneros e das constantes e marcantes agressões (dos mais diversos tipos) cometidas por homens em face das mulheres, estas, de forma aguerrida, insurgiram-se em luta por melhores condições de vida. Para isso, de logo contestaram o nefasto argumento biológico, incansavelmente usado para impô-las uma inaceitável submissão. E, assim, desde a década de 20, por todo o mundo, o movimento feminista força o extermínio de práticas, antes tidas como devidas, que promoviam, escancaradamente, a submissão e o extermínio feminino e, infelizmente, em proporções reduzidas, se mantêm vivas ainda hoje. Após a Segunda Guerra Mundial, a crescente defesa dos direitos humanos por todo o mundo, aliada ao ideal de que é preciso entregar mais direitos aos setores sociais que menos os tiveram ao longo do caminhar da humanidade, o movimento de luta por direitos das mulheres ganha força e fazem com que, anos depois, a ONU defina o ano de 1975 como sendo o ano das mulheres, igualdade, desenvolvimento e paz. E é preciso dizer que, todas as conquistas são esforços da luta feminista que, organizando-se por todo o mundo passou a angariar conquistas jurídicas, como a promulgação de Leis e convenções[12] em defesa das mulheres e também sociais, como alguma modificação na forma de pensar e agir das sociedades. (SOUZA; 2013)

Através desse contexto de evolução dos direitos humanos, acompanhados com o crescente e pujante fortalecimento do movimento feminista durante a década de 70, como apontado nas linhas anteriores, o direito das mulheres se fez fortalecido, o que refletiu também no Brasil que, após exemplar resistência da luta feminista, ratificou em 1984 a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, vindo em 1994 a se tornar signatário da Convenção de Belém do Pará - Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – e em 1998 se subordinou ao Estatuto da Comissão de Direitos Humanos. (OLIVEIRA, 2011).

Infelizmente, tal caminhar programático do direito brasileiro não gerou reflexos capazes de transformar todo o histórico patriarcal e misógino que forma e fundamenta o dia a dia do "convívio" nacional. As agressões e assassinato de mulheres não deixou de ser característica marcante da sociedade brasileira, e tal fato se corrobora pelo nefasto exemplo ilustrado pela sobrevivência e resistência de Maria da Penha, vítima de múltiplas e constantes

[12] Algumas dessas Leis e Convenções são a Declaração de Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a Convenção da mulher de 1979, que pautou a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a convenção de Belém do Pará de 1994, que visou prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e a Lei 11,340/2006, dentre outros exemplos.

agressões, além de tentativas de assassinato. As agressões sofridas por essa mulher e o gigantesco e indevido lapso temporal de julgamento do seu agressor são a prova de que o avanço legal da defesa dos direitos humanos e do direitos das mulheres não surtiu efeitos esperados sobre a sociedade nem sobre os donos das decisões judiciais no Brasil. Sobre a situação mencionada, a Corte Interamericana e Direitos Humanos (2001), através do relatório 54/01 do caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes – destacou:

> Nesse sentido, a Comissão Interamericana destaca que acompanhou com especial interesse a vigência e evolução do respeito aos direitos da mulher, especialmente os relacionados com a violência doméstica. A Comissão recebeu informação sobre o alto número de ataques domésticos contra mulheres no Brasil. Somente no Ceará (onde ocorreram os fatos deste caso) houve, em 1993, 1.183 ameaças de morte registradas nas Delegacias Policiais para a mulher, de um total de 4.755 denúncias.
>
> As agressões domésticas contra mulheres são desproporcionadamente maiores do que as que ocorrem contra homens. Um estudo do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Brasil compara a incidência de agressão doméstica contra mulheres e contra homens e mostra que, nos assassinatos, havia 30 vezes mais probabilidade de as vítimas o sexo feminino terem sido assassinadas por seu cônjuge, que as vítimas do sexo masculino. A Comissão constatou, em seu Relatório Especial sobre o Brasil, de 1997, que havia uma clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais, inclusive dos procedentes da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil.

Por este motivo, quinze anos após o início do processo que visava averiguar as agressões às quais Marida da Penha foi vítima, inexistindo qualquer resposta em concreto do poder judiciário brasileiro à provocação que lhe foi feita, o Centro para Justiça e o Direito Nacional (CEJIL), acompanhado do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e da própria Maria da Penha, formalizaram Denuncia, apontando o desrespeito aos Direitos Humanos, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Diante do resultado do processo na CIDH, da condenação por uma corte internacional e todos os reflexos que tal ato impôs ao Estado brasileiro, após dois anos de tramitação, diante do conselho dado pela OEA para fosse ampliada a proteção às mulheres, através do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Estado brasileiro promulga a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), na tentativa de revolucionar o tratamento dado, tanto no âmbito jurídico quanto no social, às mulheres em suas relações domésticas, apresentando, assim, uma resposta às exigências promovidas pela OEA antes referidas. (OLIVEIRA, 2011).

E já aqui é preciso apontar que a Lei Maria da penha é reflexo de toda a luta feminista, e, diante de tudo o que se construiu pelo movimento mencionado, o texto legal em questão apresenta em seu preâmbulo, transcrito abaixo, uma definição que aponta a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) como sendo o instrumento jurídico responsável por coibir a violência

doméstica e familiar contra a mulher, modificando, para isso, os Códigos de Processo penal, Penal e Lei de Execução Penal, e aponta:

> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Diante de tal exposição preambular da lei, o seu teor penal se torna evidente, motivo pelo qual, como apontado nos capítulos anteriores, necessariamente a defesa e proteção às mulheres, ato extremamente necessário e ao qual não cabe qualquer contestação, deve vir acompanhado das mais diversas garantias penais e constitucionais a quem supostamente as agrediu. (WOLTER, 2018) destaca:

E assim, é preciso dizer que independente de qual seja a urgência ou a agressividade à qual infelizmente a mulher tenha sido vítima, jamais será possível retirar do agressor todas as garantias que lhe são asseguradas pelo Direito Processual Penal e pela Constituição Federal.

É inegável perceber que a Lei Maria da Penha, de forma correta, constrói uma desigualdade no tratar sobre a mulher agredida, diante da vulnerabilidade social e submissão histórica imposta a tal gênero, o que se corrobora através do Artigo 41 da Lei em questão. Entretanto, ao passo de se aproximar da inconstitucionalidade, tal tratamento é a única forma de garantir a igualdade programada pela Constituição Federal de 1988, entendimento esse apresentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC 19 (STF, 2009, on-line), da qual surgiu a ementa disposta abaixo:

> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.
> COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária.
> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

Todavia, é necessário perceber que, o acertado tratamento desigual apresentado pela Lei em questão, jamais poderá ser argumento capaz de suprimir garantias do acusado em prol de uma celeridade em busca da proteção. As cautelares presentes na Lei Maria da Penha jamais poderão se afastar do que propõe o código de processo penal, sendo as garantias de tal texto legal o norte programático a ser seguido quando da construção das denominadas medidas protetivas.

4.2 O RITO CAUTELAR DA LEI MARIA DA PENHA.

A sociedade brasileira, fortemente marcada pela misoginia, tem como elemento estruturante da sua construção cultural e relacional a naturalização da agressão às mulheres. A submissão e vulnerabilidade historicamente imposta ao gênero feminino fazem com que, em muitas relações conjugais e domésticas em geral, a violência e o medo sejam tão comuns quanto um bom dia. Diante dessas características sociais, necessariamente, um estado que de forma programática garante a dignidade humana e igualdade como direitos fundamentais, precisa perceber que a mera construção de instrumentos jurídicos não são capazes de isoladamente garantir a proteção de mulheres que realmente são violentadas. Por isso, o Direito brasileiro, ao produzir uma lei de proteção às mulheres, entendeu por garantir a possibilidade de, através de uma cautelar, respeitando institutos como o do fumus commissi delicti, por exemplo, permitir uma prévia proteção. (PASINATO, 2015).

Esse cenário de medo e verdadeira coação, fazem como que a resposta do Estado brasileiro precise ser célere, para que a mulher agredida, em constante situação de medo, possa buscar abrigo junto ao aparato estatal, sem que esteja em gritante situação de risco, diante da busca por uma resolução às agressões que sofre e da insurgência que tal ato aponta.

Entretanto, é preciso já aqui apontar que tal necessária celeridade, ao passo de ser essencial à construção da proteção feminina, também o é, em outras ocasiões quando da possibilidade de garantir uma possível e futura punição sobre réus de processos penais ditos comuns: as medidas cautelares, mesmo antes da construção legislativa das medidas protetivas de urgência, são institutos que marcam a promoção da punição no Direito brasileiro e devido a isso precisam ser analisadas para que, assim, seja possível entender o que há de peculiar nas medidas protetivas da Lei. 11.340/06 (BRASIL, 2006).

É necessário destacar, antes de qualquer outra análise, a inexistência de um processo autônomo para a aplicação das medidas cautelares: é preciso apontar que a restrição de direitos, inclusive através de prisão, pode ser promovida mesmo sem que exista Jurisdição, a exemplo do que ocorre com a prisão em flagrante. Fato é que, atualmente, estando extremamente influenciada por uma cultura processual civilista, as cautelares são vistas, em claro abuso à garantias processuais, como mera antecipação de tutela. (MINAGÉ, 2016)

E sobre essa influência civilista, que cotidianamente recai sobre o processo penal brasileiro, há que se dizer que a doutrina tradicional, utilizando-se da base difundida por Calamandrei, tenta impor à aplicação das medidas cautelares, requisitos típicos da antecipação de tutela civilista, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, desconsiderando, portanto, as evidentes peculiaridades que recaem sobre qualquer ação penal. Ao passo de justificar uma restrição de direitos, ou mesmo de uma prisão cautelar pela probabilidade da ação ter razão no que pede ou pela necessidade de se promover um processo célere, as medidas e prisões cautelares devem se fundamentar pelo *fumus commissi delicti*¸ a existência de um ilícito criminal e da presença de fatores que apontam que fora o réu quem cometeu tal ato, e pelo *periculum libertatis*, o perigo que se cria para o natural transcorrer do processo ante a liberdade do acusado ou a totalidade de exercício de seus direitos. (LOPES Jr., 2018).

Ratificando as críticas acerca da utilização de tais institutos do processo civil ao processo penal, Marco Aurélio Nunes da Silveira (2018, p. 252-253) pondera:

> A autonomia científica do direito processual penal em relação ao direito penal já é reconhecida e aceita: Cerentola, agora, não quer mais as roupas usadas de sua outra irmã, a "ciência do processo civil". De fato, é preciso, de uma vez por todas, compreender que a *teoria geral do processo* é a teoria do direito processual civil, e sua imposição ao conhecimento processual penal só faz ignorar as diferenças e produzir incoerências que têm reflexo imediato na vida das pessoas.

E assim, feitas as ressalvas acerca dos requisitos necessários à aplicação das medidas cautelares, impõe-se caminhar ao estudo das suas espécies, sendo preciso perceber que tais cautelares estão dispostas de forma atécnica no Código de Processo Penal, pois estão "espalhadas" pelo código, e se dividem em 3 espécies: as medidas cautelares de natureza patrimonial, as relativas à prova e as de natureza pessoal. Quanto a estas últimas, até o ano de 2011, o legislador apenas havia entregue aos magistrados duas saídas: a prisão cautelar ou a liberdade provisória, o que, evidentemente, limitava o Julgador. Por este motivo, insurge a Lei 12.403/11, modificando o Artigo 319 do CPP e entregando ao Juiz nove possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão. Tal transformação, inspirada em construções

internacionais, impõem a percepção de que as cautelares de natureza pessoal, por atacarem a liberdade precisam ser também instrumentos excepcionais. (BRASILEIRO, 2018)

Sobre as repercussões que a decretação desmedida de prisões cautelares impõe ao acusados e ao sistema carcerário brasileiro, pela exatidão com que escreve, impõe-se trazer novamente pensamento de Renato Brasileiro (2018, p. 843):

> Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir laços familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere *ad custodiam* também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Basta ver os episódios recentes envolvendo presídios em Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. De mais a mais, levando-se em conta que é comum não haver qualquer separação entre presos provisórios e definitivos, nem tampouco entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, tais pessoas são expostas a um possível recrutamento por organizações criminosas, que vêm ganhando cada vez mais força em nosso sistema penitenciário.

Ora, é impossível deixar de perceber que as medidas cautelares, mesmo aquelas que se distanciam da restrição de liberdade, quando impetradas de forma desordenada e sem o mínimo respeito ao devido processo penal e à defesa das garantias dos acusados, rogam a estes e ao sistema punitivo nacional as mesmas misérias processuais que se filiam às condenações que decretam as penas de prisão. Sobre tal assunto, Eugênio Pacelli (2018, p. 508) destaca:

> De se atentar, então, para o fato de que as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

Por este motivo, por ser igualmente um instrumento de restrição de direitos, e, principalmente de relativização da presunção de inocência, norte civilizatório de sociedades democráticas, a decretação de qualquer medida cautelar precisa respeitar os alicerces do devido processo legal e, com ele, todas as garantias constitucionalmente asseguradas a qualquer acusado por ter cometido uma ilicitude criminal. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2018, p. 586) afirma que “toda e qualquer prisão cautelar pode ser decretada por ordem judicial fundamentada”.

E por isso, diante do dever à necessidade de se respeitar o devido processo legal e o princípio da legalidade que o compõe, dever-se-ia entender impossível a imposição de cautelares criadas a partir de mero entendimento de juízes, quase sempre punitivistas, sem a

concreta previsão legal. É preciso perceber que o poder geral de cautela é instituto típico do processo cível, inconcebível à construção de um processo penal que se quer dizer democrático.

Esperava-se que a Lei 12.403/11 (BRASIL, 2011) extirpasse do ordenamento jurídico nacional, extinguindo a cláusula geral já presente na Lei 4.208/01 (BRASIL, 2001), a possibilidade dos juízes, em exercício do seu livre-arbítrio (característica típica dos modelos inquisitoriais como visto em capítulo anterior) escolherem, sobre a sua concepção de mundo, qual seria a punição ideal ao acusado que ele julga. Entretanto, o esperado não ocorreu e o texto legal inovador, apesar de avançar em pontos essências, continuou permitindo o ato aqui criticado.

De mais a mais, há que se dizer, apesar de sua aparição legal, é impossível aceitar a construção de um poder geral de cautela e de cautelares inominadas ao processo penal. O processo de punição nacional, Constitucionalmente garantista, exige a legalidade como marco essencial a permitir e promover as formas de punição, sendo inconcebível, portanto, punir alguém através de meios similares ou analogias punitivas. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2018, p. 586) destaca:

> A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.
> Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrições de direitos fundamentais a partir de analogiais, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais "poderes gerais de cautela".
> Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto.

E é nesse ponto que necessariamente se faz preciso revisitar Ferrajoli para dizer que, ao promover punições, mesmo que diversas da prisão, apenas pelo próprio entendimento, sem qualquer fundamento, como está sendo feito no dia a dia das condenações dos jovens negros periféricos desse país, partindo-se de características pessoais do acusado, a Justiça brasileira, prendendo-se ao decisionismo, esquece do que programaticamente a Constituição Federal defende, para se aproximar totalmente do antigarantimo e, portanto, dos modelos totalitários,

afastados da justiça social e da democracia. Sobre tal assunto, o mestre Ferrajoli (2002, p. 31) destaca:

> O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o *decisionismo* processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a "tipos normativos de autor" ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.

E é por isso que a aplicação das medidas cautelares, mais do que o *fummus commissi delicti* e o *peiculum libertatis*, precisa respeitar tudo o que o rito natural de uma condenação criminal deve respeitar. Não há aqui a intensão de se afirmar que as cautelares apenas poderão ser aplicadas após a apresentação do curso natural de um processo, mas, sim, dizer que devem ser respeitados todos os princípios, com certa relativização ao contraditório, que devem ser consagrados durante o transcurso natural de uma ação penal. É impossível calcular os reflexos de uma medida cautelar sobre o suspeito, saliente-se. Talvez o insignificante para os Magnânimos letrados Juízes represente o pior dos estigmas aos acusados. Uma Jurisdição garantista, com todas as suas peculiaridades, impõe que o sistema de punição esqueça das vaidades, dos clamores populares, dos preconceitos e das veladas políticas de extermínio social para então promover uma análise cautelosa de cada caso, sem se perder, qualquer que seja a circunstância, de que a liberdade e a presunção de inocência são nortes civilizatórios de qualquer sociedade que queira se dizer democrática.

Sem dúvidas, é essa necessidade de se analisar cada caso com a peculiaridade que lhe cabe, que, diante do nefasto histórico de misoginia que rege a cultura e sociedade brasileira, a Lei Maria da Penha e as suas medidas protetivas nasceram, repletas de peculiaridades que precisam ser discutidas e analisadas, evidenciando-se, mais uma vez, que qualquer crítica a ser feita jamais o será na tentativa de rechaçar tal lei do ordenamento jurídico pátrio, mas sim, em sentido oposto, aprimorar a aplicação do texto legal em questão para, com isso, promover uma adequada e inquestionável defesa às mulheres cotidianamente violentadas em todos os locais desse país.

Assim, a Lei 11.340/06, (BRASIL, 2006) em seu capítulo II do título IV, através dos artigos 18 ao 24-A[13] define o que denomina de medidas protetivas de urgência, dividindo o

[13] Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:
I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.
Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.
§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.
§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.
Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.
Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.
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).
Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

capítulo em quatro seções, construídas através de disposições gerais, medidas protetivas que obrigam o agressor, que favorecem a ofendida e disposições acerca do descumprimento de tais cautelares.

Evidentemente, a lei em questão promove clara distinção entre as medidas que recaem sobre a mulher e o suposto agressor, apesar de as denominar da mesma forma, como sendo medidas protetivas. A seção III, que engloba os artigos 23 e 24, como demonstra o seu título (das medidas protetivas de urgência à ofendida), constroem rol taxativos de medidas que podem ser aplicadas em favor da mulher, protegendo-a, tanto no âmbito existencial, quanto no patrimonial. É preciso perceber que nesta seção inexiste qualquer referência à possibilidade de decretação de outras medidas protetivas, que não estejam presentes na Lei, já que não há qualquer ressalva acerca da aplicação de outras medidas, distintas das já apresentadas em tal seção.

Por outro lado, a seção II, englobando o artigo 22 e seus parágrafos, apesar de denominar-se das medidas protetivas que obrigam o agressor, o são, evidentemente medidas de coerção e restrição de direitos do suposto agressor, apresentando-se, portanto, como verdadeiras medidas de punição cautelar. E tal afirmação pode ser feita ante a evidente similitude entre as ditas medidas protetivas em face do agressor e as medidas cautelares diversas da prisão presentes no Artigo 319 do Código de Processo Penal.[14]

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
IV - determinar a separação de corpos.
Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.
Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.
Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.
§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.
§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.
§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

[14] Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

Sobre tal assunto, Altamiro de Araújo Lima Filho (2018, p. 149) destaca:

> Na seção II (artigo 22) encontramos aquilo que o legislador denominou de *medidas protetivas de urgência* que obrigam o agressor. Tais providências preventivas são inteiramente coercitivas. Tratam-se de vedações decretáveis contra o suposto agressor. A designação poderia ter sido menos eufemística. São elas *protetivas* apenas em relação à vítima.

O entendimento supramencionado é expressado pela Lei em questão quando, através do mesmo artigo 22, apontando para a cautela peculiar dos sistemas garantistas, exigindo necessário respeito ao contraditório e à presunção de inocência, afirma que as medidas cautelares em face do suposto agressor apenas poderão ser decretadas quando da constatação da prática de violência doméstica e familiar.

> 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 (BRASIL, 2006, on-line)

Em momento algum a lei 11.340/06 deixa entender que a mera notícia de suposta violência permite que o suposto agressor sofra as consequências da decretação de uma medida cautelar. Evidentemente, para que tais "medidas protetivas em face do agressor" sejam impostas, assim como qualquer outra cautelar, é preciso que sejam respeitas, como apontada anteriormente, os institutos do *fummus commissi delicit, o periculum libertatis*, além de todos os princípios que regem as medidas cautelares para o direito penal brasileiro.

O que a Lei Maria da penha garante ao consagrar em seu texto os artigos 18 e 19 é que sejam impostas à mulher ofendida as medidas necessárias à sua proteção, constantes nos artigos 23 e 24, sendo impossível, portanto, impor as cautelares contra o suposto agressor, presentes no Artigo 22, já que para que estas existam são necessários elementos muito mais

---

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
IX - monitoração eletrônica.
§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

robustos que a mera notícia da agressão: é necessária a constatação da prática de violência doméstica.

Em momento algum se quer impedir que medidas de proteção à mulher sejam instituídas e asseguras. Todavia, é preciso perceber que a proteção, como buscou construir a Lei Maria da Penha, não precisa estar de logo atrelada à punição cautelar. A proteção, como preceitua o texto legal em comento, pode ser assegurada com a mera notícia de agressão. Por outro lado, independente das questões de gênero que recaem sobre a discussão, o acusado, seja qual for o processo ou a ilicitude supostamente cometida, precisa, em qualquer que seja a situação, levar consigo todas as garantias e direitos constitucionalmente assegurados ao processo penal brasileiro, que quer se dizer acusatório, motivo pelo qual, exige o texto legal que, para aplicação de medidas contra o agressor, seja constatada a agressão.

Entretanto, apesar de ser nítida a distinção apresentada pela Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), tem se tornado comum encontrar decisões das varas de justiça pela paz em casa de salvador, que contrariam o disposto em lei e determinam, de maneira a divergir do texto legal, a aplicação das medidas cautelares, erroneamente denominadas de protetivas, em face do agressor, mesmo estando estas dissociadas dos requisitos necessários para a sua decretação – a constatação da violência doméstica -, fundamentando a antecipação da punição apenas através da notícia de que existiu uma agressão.

Apresentam-se alguns exemplos de decisão que ratificam o supramencionado e permitem simploriamente demonstrar que a presunção de inocência é cotidianamente atacada nas varas da Justiça pela paz em casa da comarca de Salvador, haja vista que os magistrados responsáveis por geri-las insistem em aplicar as medidas protetivas de urgência em face do agressor, como se fossem iguais às em favor da mulher, desconsiderando a distinção legal, desrespeitando as peculiaridades apontadas no parágrafo anterior.

O primeiro caso a ser discutido, cujo decisão ora comentada se encontra presente no anexo A deste trabalho, a excelentíssima Juíza da 2ª vara de Justiça pela paz em casa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em primeira decisão nos Autos, após requerimento encaminhado pela autoridade policial, sem que tenha sido produzida qualquer tipo de prova pelo suposto agressor, ou que este tenha sido ouvido, expressamente afirmando inexistir qualquer confirmação de que as afirmações da suposta vítima eram verdadeiras, em clara contradição, aplica ao requerido as medidas protetivas constantes no artigo 22 da Lei, punindo, portanto, precocemente o acusado, agindo, assim, em claro descompasso ao preceituado pela Lei. Faz-se necessário destacar, para além do anexo, ante tamanha

incongruência, alguns pontos de extrema relevância que demonstram ser impossível aplicar as medidas protetivas na forma adotada pela vara em questão, sem incorrer em severos erros, evidentes atendados aos mais basilares princípios do direito penal acusatório, principalmente a presunção de inocência:

> As informações dos autos são deveras graves e, caso confirmadas, indicam que o ofensor agrediu fisicamente a ofendida em local público, na presença de terceiro. Igualmente, percebo que as partes possuem divergências relacionadas à guarda e direito de visitação à prole comum, o que tem resultado em episódios de violência doméstica contra a mulher.
> Fica evidente, portanto, que o comportamento do requerido, conforme narrado nos autos, denota desequilíbrio emocional, bem como destemor em praticar as agressões, demonstrando ainda a sua obstinação pela requerente. Por conseguinte, observo que a situação de violência doméstica tende a se perpetuar, o que inexoravelmente colocará em risco a integridade física, mental e emocional da ofendida.
> (...)
> Isso posto, com vistas a evitar a reiteração da prática de violência doméstica contra a vítima e com arrimo no art. 19, § 1.º, da Lei 11.340/06, **defiro em parte o pedido formulado** para aplicar ao suposto agressor, sem sua oitiva prévia, as medidas elencadas no art. 22, III, alíneas “a", “b” e "c", da Lei Maria da Penha. Assim, **Matheus Reis da Silva** deve cumprir as seguintes medidas: (...)

Ora, se o MM. Juízo não tem certeza de as informações dos autos são verdadeiras, incorre em gravíssima contradição quando logo no parágrafo posterior passa a dizer que há uma situação de violência doméstica que tende a se perpetuar. Equivoca-se ainda mais quando, ante a denotada dúvida, impõe medidas de proteção, evidentemente punitivas, em face do acusado.

Foi exatamente para evitar que a incerteza impusesse ao acusado os estigmas da punição, que a Lei da Maria da penha entregou ao ordenamento jurídico nacional a possibilidade de proteger a mulher sem punir o Réu. Como anuncia a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), as medidas protetivas que podem ser fixadas em 48 horas sem a presença do contraditório são aquelas que independem da constatação da agressão, são as apresentadas pelo Artigo 23 da Lei, não pelo 22.

Em outro caso, agora na 1ª vara da Justiça pela paz em casa, também do Tribual de Justiça do Estado da Bahia (anexo B), novamente sem que tenha sido consagrado o contraditório, mesmo que minimamente, decide o MM. Juízo de tal vara por aplicar medidas protetivas de urgência em face do agressor e afirma:

> É certo que nesse momento inicial a palavra da vítima tem força suficiente para levar a um juízo de acolhimento da pretensão de segurança que a Lei Maria da Penha confere à mulher, vitima de violência doméstica, de modo que a pretensão do réu esposa em sua peça de defesa não deve ser acolhida.
> Pelo exposto, estando o pedido formulado em conformidade com os preceitos legais estatuídos na multicitada lei, e, havendo motivo para se supor que a demora na decisão poderá vir a trazer danos de difícil reparação à parte requerente,

> considerando ainda que a Lei, na qual embasa este pedido, visa exatamente, a possibilidade do julgador em garantir à parte, que sofre ou está na iminência de sofrer violência doméstica, sob qualquer modalidade, a imediata e efetiva prestação jurisdicional, impoe-se o deferimento do pleito.
> Isto posto, DEFIRO o pedido, sem a oitiva do requerido, com arrimo, no art. 19, § 1º, da Lei 11.340/06, aplicando-lhe, as seguintes medidas, previstas no art. 22, III, alínea "a e "b", da mesma lei: (...).

A contradição que recai sobre a decisão supramencionada é também imensa. Ao passo de afirmar que se trata a decisão de um juízo de acolhimento da pretensão de segurança, o Juízo da primeira vara de violência doméstica, ao passo de decretar as protetivas em favor da mulher, à qual a lei não exige constatação da violência para aplica-la, busca no Artigo 22, o qual exige expressamente a constatação da violência, as medidas que serão impostas ao caso, instituindo restrições, muitas vezes punitivas, ao suposto agressor, desrespeitando, portanto, o que dispõe o texto legal.

Em outra caso, também na 2 ª Vara de Justiça pela paz em casa do mesmo TJBA (anexo C), o Excelentíssimo Juízo incorre no mesmo erro supramencionado, pois apresenta fundamentação afirmando que algumas medidas podem ser adotadas cautelarmente para salvaguardar os direitos da autora e fundamento o deferimento de algumas delas através do Artigo 22 da Lei, aquele que, como já demonstrado, exige a constatação da agressão para que possa ser aplicado, já que é, sem dúvidas espécie de punição ao agressor.

As críticas apontadas nos parágrafos anteriores se atrelam não só à fundamentação utilizada para a aplicação das medidas protetivas, mas também, e principalmente à imposição das espécies das cautelares instituídas sob a égide do artigo 22, que, como dito anteriormente, são, de fato, modelos antecipatórios de punição, quando utilizadas em descompasso ao que preleciona o texto legal. Seria simples aos Juízos das varas da Justiça Pela Paz em Casa utilizar o Artigo 23 para fundamentar e escolher as protetivas utilizadas, quando ausente o contraditório. Como embasado em parágrafos anteriores, em um ordenamento jurídico que se constrói sob a égide do sistema acusatório e garantista, não há espaço para decisionismos, sendo necessário manter-se a todo o tempo atrelado ao cognoscismo, para que se possa impedir portanto, a transfiguração do texto legal em busca de uma antecipação da punição, atualmente fundamentada pela vulnerabilidade da mulher, que, apesar de incontestável, não dá espaço a relativizações de princípios Constitucionais para a consagração da punição.

Sobre tal assunto, Ferrajoli (2002, p. 32) destaca:

> Em conseqüência, como quer a primeira de tais concepções, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte

> suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine judicio.* Ao mesmo tempo, para que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, é preciso também que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum judiáum sine probatione.* Compreende-se que o requisito da estrita jurisdicionariedade pressupõe logicamente o da estrita legalidade, na falta do qual se dá a "jurisdicionariedade simples ou em sentido amplo": na realidade, para satisfazê-lo "é preciso", como escreveu Aristóteles, que "leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, (...) mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não" e "se é ou não é, pois não é possível que isto o preveja o legislador".

E é preciso perceber que a impropriedade de aplicação do que dispõe o Artigo 22 apenas através da comunicação da ocorrência de uma suposta violência se faz ainda mais consubstanciada quando da análise do disposto pelo parágrafo primeiro deste artigo, preceito de expansão do rol de medidas protetivas, inexistente no Artigo 23.

O texto legal supramencionado, apontando que “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” são um evidente exemplo de cabimento do poder geral de cautela dos magistrados, instituto amplamente criticado em parágrafos anteriores quando da sua aplicação à questões penais.

Sobre tal assunto, Rodrigo Capez (2017, p. 282), resumidamente destaca:

> não há como, repita-se, placitar esse entendimento, uma vez que, em sede de medidas cautelares pessoais, o exercício do poder jurisdicional está estritamente vinculado ao princípio da legalidade, e a ponderação dos supostos interesses em conflito não pode levar à quebra desse princípio.

Por isso, por essa expansão punitiva para além da legalidade, torna-se absurdo, extremamente arriscado utilizar-se do Artigo 22 quando da aplicação de medidas cautelares, quando não respeitados, mesmo que diminutamente, os princípios do contraditório e, principalmente, o da presunção de inocência. Há que se ressaltar o desinteresse deste trabalho em debater neste momento a alocação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) ante a sua aplicação: não se discute se o texto legal corresponde a institutos processuais civis ou penais. Independente disso, é necessário perceber que a consequência do tratamento às agressões, que de fato podem ser de caráter civil ou criminal (DIAS, 2007), quando atrelada a uma punição, o que se depreende do Artigo 22,estarão, estará, necessariamente, ligada ao objeto do direito penal e diante disso, torna-se impossível desconsiderar as mais diversas garantias Constitucionais que recaem sobre qualquer acusado, assim como se faz impossível aceitar a

construção de um poder geral de cautela capaz de permitir que o princípio da legalidade seja desrespeitado para, partindo-se de uma presunção de culpa, impor ao acusado medidas de antecipação de punição desconhecidas do texto legal em questão.

Para além das punições antecipadas e da construção de um poder geral de cautela presentes no Artigo 22 da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), a Lei Maria da Penha leva consigo, através do inciso V do Artigo 35 outra medida direcionada aos agressores, apresentando-se como a criação de centros de educação e reabilitação para estes, instituições que ganham a cada dia mais atenção e uso pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM's). Diante disso, necessário se faz atentar-se aos denominados grupos reflexivos para homens agressores, insurgidos a partir do citado inciso V do Artigo 35 que, como se verá, assim como as medidas protetivas em face do agressor têm se apresentado como verdadeiro atentado à presunção de inocência.

4.3 O GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO.

Como anunciado no tópico anterior, o Artigo 35 da Lei 11.340/06 consagra a existência de centros de reabilitação e educação para agressores, sendo, portanto, um meio de busca pela transformação e educação do cidadão condenado por violentar a mulher com quem viva domesticamente, o que, evidentemente, corrobora a promoção de uma ressocialização do agressor, fator essencial para que o culpado possa retomar a sua dignidade, já que almeja permitir a sua realocação ao convívio social nas mesmas condições de quando inexistia qualquer agressão, bem como evita que a prática delituosa seja retomada. (NETO et al., 2018).

Sobre este assunto, Westei Conde y Martin Junior (2011, p. 362) destaca:

> Sem desconsiderar a especificidade que envolve a violência de gênero, o legislador prevê a possibilidade de criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores, na expectativa de se evitar agressões futuras, reincidências criminais e, fundamentalmente, permitir mudanças de comportamento do autor da agressão, de maneira a abandonar o uso da violência como forma de resolução de conflitos, particularmente no contexto doméstico-familiar.

Nesse sentido, depreende-se que, ao entender que é papel dos centros de educação e de reabilitação para agressores evitar a reincidência criminal e abandonar o uso da violência, o ordenamento jurídico pátrio impõe que o direcionamento para os tais grupos reflexivos para

homens se dê após a confirmação de que o acusado de fato é um agressor, o que apenas ocorre ao fim de um processo criminal, afinal, ninguém pode reincidir criminalmente sem que exista a confirmação de que o crime ocorreu.

Como visto em Capítulo anterior, sob a égide do que dispõe a Constituição Federal, ou através da intepretação dada ao texto magno pelo Supremo Tribunal Federal – à qual este trabalho veementemente discorda -, alguém apenas poderá ser considerado culpado, portanto denominado como agressor, quando do trânsito em julgado ou da condenação em segundo grau, respectivamente. Apenas nesse momento, em que se inverte a lógica da presunção de inocência, faz-se possível aplicar ao acusado os fundamentos que supostamente justificam a existência da pena e permitem que, no caso brasileiro, sejam empregadas as disposições da Lei 7.210/1984. (BADARÓ, 2018)

A necessidade da supramencionada confirmação se faz ainda mais ratificada quando da análise do Artigo 45 da mesma Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006). O referido texto legal, promove alteração no parágrafo único do Artigo 152 da Lei de execução penal, fazendo contar: “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” Ora, se o encaminhamento aos programas de recuperação e reeducação, também denominados como grupos reflexivos para homens agressores faz-se fundamentado através da Lei de execuções penais, necessariamente, para que uma pena seja aplicada, ela precisa ser primeiro fixada, o que se dá através do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando da aplicação da Constituição Federal, ressalte-se.

E a opção legislativa por entender que o encaminhamento ao grupo reflexivo de agressores apenas poder-se-ia ocorrer após uma consolidação condenatória e a confirmação de que a violência ocorreu se faz ainda mais acertada quando da análise metodológica e consequencial do programa em análise. E assim, incidindo sobre o âmago do penitenciado, cumprindo exemplarmente a função pela qual nasceu e na qual se aloca na Lei 7.210/1984 – como pena restritiva de direitos – o encaminhamento ao grupo de agressores têm como basilar função a responsabilização e punição do infrator. Sobre tal assunto, Aparecida Fonseca Moraes e Letícia Ribeiro (2012, p. 45) destacam:

> A “responsabilização” dos autores de violência é um dos principais objetivos dos Grupos de Reflexão. Tratada como um valor continuamente enfatizado no trabalho dos profissionais e técnicos que acompanham os grupos, a “responsabilização” também assume significados particulares nas situações dos encontros. Sugere ainda uma aproximação com o conceito interacionista de account e com o desenvolvimento da ideia de responsabilidade na modernidade.

Assim, como qualquer outro tipo de punição, o grupo reflexivo para homens agressores impõe a estes, seja aliado a outros tipos de punições ou mesmo isoladamente, as nefastas consequências sociais que se atrelam a qualquer espécie de pena e condenação criminal: levar consigo o estigma de agressor, impõe ao acusado, principalmente quando integrante de um grupo educativo para ensinar que não se deve violentar mulheres, a alocação, sob a égide do maniqueísmo social em que se vive, ao lado dos homens maus, título que dificilmente deixará de estar atrelado aos que um dia se fizeram detentores de tal desabono. Sobre isso, Louk Hulsman e Jacqueiine Bernat de Celis (1993, p. 55) destacam:

> Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da politica criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado "homem comum". Este **homem comum** seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam.

Por esses motivos a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) é tão cautelosa quando do encaminhamento ao grupo reflexivo para homens agressores. Urge apontar que sequer aloca tal programa como espécie de medida protetiva: em sentido oposto o aloca como pena restritiva de direitos, entendendo-o, portanto, como consequência de uma sentença condenatória, que necessariamente observou o devido processo legal e os princípios garantidores, principalmente a presunção de inocência.

Entretanto, a cautela constante na Lei Maria da Penha não se faz presente em sua totalidade quando da aplicação do texto legal pelos Magnânimos juízos dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM’s) da Comarca de Salvador, então denominados de Varas da Justiça Pela paz em casa. Os casos apresentados a seguir demonstram que os grupos reflexivos para homens agressores estão sendo utilizados, em algumas ocasiões, como espécies de medidas protetivas em face do agressor, fundamentando o comentado encaminhamento através de uma suposta necessidade de reeducação e reparação de danos que, em verdade, não se sabe, com a necessária certeza permissiva da punição, se ocorreram.

Assim, urge de logo analisar decisão prolatada pela 2ª vara da Justiça pela paz em casa de Salvador (anexo D) que, de forma simplista, fundamentando a sua decisão apenas pela anterior fixação de medidas protetivas, determinadas sem a existência de contraditório em seu âmbito material, (DE POLI, 2014), determinou o encaminhamento do requerido a “grupo reflexivo para homens. Diante da impossibilidade de encaminhamento ao grupo para

agressores na fase processual em que se encontrava a ação, somadas à ausência de fundamenta adequada, foram opostos embargos de declaração pela defesa, impondo que o Juízo mencionado prolatasse nova decisão, na qual sobreveio ainda maior incorreção: a nova decisão (anexo E), deixa de lado a existência de medidas protetivas e fundamenta o encaminhamento ao grupo reflexivo para homens através do disposto pelo artigo 152, parágrafo único, da Lei de execuções penais, fazendo-se cumprir, portanto, pena, restritiva de direitos no caso, sem que ao menos houvesse ação penal para discutir a existência de crime. Por fim, a mais incoerente das decisões, em despacho (anexo F) afirmo o MM. Juízo que encaminha ao grupo reflexivo para homens, para que seja possível compreender melhor fenômeno da violência doméstica.

Necessariamente, o encaminhamento ao grupo reflexivo para homens, mesmo que só embasado pela existência das medidas protetivas seriam uma incongruência legal e principiológica, o é ainda mais quando da sua fundamentação pela Lei de execuções penais: se ninguém executa um título de crédito sem possuí-lo, também é impossível executar pena que não existe. Desta forma, o encaminhamento ao grupo reflexivo para homens, nos moldes mencionados pelas decisões supramencionada são mais do que atentados à presunção de inocência, são a punição de alguém que não se sabe se agiu delituosamente. Fazer refletir quem não agiu erroneamente é o mesmo que encaminhar aos alcoólicos anônimos alguém que nunca bebeu.

Por sua vez, a Primeira Vara de Justiça pela Paz em casa de Salvador, em despacho (anexo G) produzido após relatório psicossocial da agredida, que sugeriu a manutenção das medidas protetivas em favor da suposta agredida, sem qualquer espaço para o posicionamento do suposto agressor, encaminha este ao grupo reflexivo para homens, utilizando como base a fundamentar o seu posicionamento o artigo 4º da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) e Enunciado nº 26 do FONAVID (Fórum Nacional de Violência doméstica e Familiar contra a mulher). Ora, indubitavelmente esta decisão é ainda mais grave que a anterior. Pior do que utilizar-se erroneamente de um preceito legal para relativizar um princípio Constitucional e penalizar alguém que, ao menos em teoria, carrega consigo a presunção de que é inocente, é, partindo-se de um fórum de discussões de Juízes de Violência Doméstica, punir alguém através de uma resolução construídas a partir de magistrados que, em quase totalidade, se sentem verdadeiras criações de Stan Lee[15].

[15] Stan Lee é o criador do quarteto fantástico, do Incrível Hulk, do Homem de ferro, Thor, X-men, Os Vingadores, dentre oustros super heróis, salvadores da sociedade.

O pior é perceber que as próprias resoluções, na tentativa de relativizar a presunção de inocência dos acusados de agressões às mulheres em ambientes domésticos, caem em evidente contradição. Enquanto o Enunciado nº 26 do FONAVID anuncia que "O juiz, a título de medida protetiva de urgência, poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor para atendimento psicossocial e pedagógico, como prática de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher", o de número 49 destaca:

> Deve ser mensurada, para fins estatísticos, a participação de autores de violência doméstica nos grupos reflexivos, bem como a sua efetividade, esta por meio da análise de seu retorno ou não ao sistema de justiça da violência doméstica e familiar contra a mulher nos dois anos seguintes à conclusão integral no respectivo grupo, por analogia ao que dispõe o art. 94 do Código Penal.

Ora, enquanto o Enunciado 26 relativiza as consequências e as necessárias motivações para encaminhar alguém a um grupo de reflexão para agressores, transformando o que a Lei entende como pena em uma medida protetiva de urgência (sem identifica-las como sendo as favor da mulher ou em face do agressor), o Enunciado 49, utilizando-se do Artigo 94 do Código Penal[16], qualifica o encaminhamento ao grupo de agressores como pena e, assim, busca mensurar a influência de tal grupo na ressocialização do agressor.

Torna-se inevitável perceber, portanto, que o grupo reflexivo para homens agressores leva consigo, seja pelos reflexos sociais que impõe, ou mesmo pelo disposto pela lei, evidente característica de pena, apenas sendo possível ser o acusado encaminhado a tais grupos quando da confirmação de que a agressão existiu, o que apenas ocorre com o trânsito em julgado do processo. Todavia, o entendimento diverso apresentado pelos exemplos supramencionados evidenciam que os fundamentos e os momentos escolhidos pelos Excelentíssimos Juízos para aplicar a pena em questão demonstram uma total relativização da presunção de inocência dos supostos agressores, já que a mera notícia de violência permite a aplicação de medida constante na Lei de Execuções Penais.

---

[16] Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:
I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;
II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;
III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.
Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA PELO JUDICIÁRIO BAIANO.

A sociedade brasileira, diante de sua preconceituosa e desigual construção de origens coloniais, leva a definição de atributos e imposição de alocações sociais à cada cidadão como uma das suas marcantes características. Por este motivo, acreditar numa transformação social nacional é atualmente tarefa árdua e cansativa. O mesmo sentimento recai quando do olhar para o comportamento social ante àqueles que cometeram ilicitudes criminais: ser condenado criminalmente no Brasil é rogar ao apenado uma eterna qualificação de delinquente. Sobre tal assunto, Thaize de Carvalho Correia (2012, p. 50) aponta:

> Alerte-se, ainda, que grande parcela da sociedade brasileira, encara o apenado como um ser irrecuperável, alguém que não faz parte do seu mundo, apontando como delinquente àqueles que recebem uma sentença penal condenatória, independente da qualidade da pena e da tipificação do delito.

Diante disso, há que se destacar que, diante de um cenário caótico como o apontado acima, facilitar o alcance de uma condenação, relativizando a presunção de inocência, como o apontado no tópico anterior, necessariamente levará à construção de um futuro tenebroso a quem sofre com tal punição. Há que se dizer que para a sociedade não importa se o processo fora marcado por abusividades e desrespeitos processuais penais ou Constitucionais, o que fica no âmago de cada um que conhece da condenação à o estigma de criminoso que recai sobre o apenado.

A crescente midiatização de casos de violência contra mulher, e a gritante necessidade de discussão e abrupta diminuição dos índices de violência doméstica, impõe ao estado a criação de programas e campanhas de combate à ilicitude em comento, motivo pelo qual é possível apontar a criação do homem agressor como mais um dos inimigos do direito penal, fato que se ratifica quando da constatação da relativização da presunção de inocência apresentada no tópico anterior.

É impossível deixar de afirmar que a submissão cultural a que é imposta, bem como a luta por manter-se existente e com dignidade ante a uma sociedade extremamente misógina fazem com que a mulher deva levar consigo, em todas as consideração que lhe forem feitas, um resguardo diferenciado. Todavia, tal proteção não pode fazer-se atrelada à relativização de direitos fundamentais de outras pessoas, principalmente quando tais direitos fundamentais são as denominadas garantias penais. O direito penal tem de estar, a todo o tempo, blindado dos anseios sociais punitivos. Entretanto, o olhar de vulnerabilidade que recai sobre a mulher,

somados aos elevados índices de agressões e violências que submetem as mulheres, fizeram com que, ao longo dos anos, sob a égide da luta feminista, fosse promovido verdadeiro combate à violência doméstica. Sobre o assunto, Suellen Andrade de Souza (2013) pondera:

> A principal conclusão que devemos salientar é o fato de a maioria dos países pesquisados ainda possuírem legislações que diluem a violência contra a mulher na violência familiar, o que pode invisibilizar a violência de gênero e contribuir para a reprodução dos papéis sociais atribuídos às mesmas no âmbito familiar. Assim, possuir uma legislação que promova o enfrentamento à violência contra as mulheres é um importante marco histórico no processo de criminalização dos atos violentos cometidos contra as mulheres e reforça a luta do Movimento Feminista para tornar esse tipo de violência uma questão a ser tratada pelas diferentes esferas do Poder Público, buscando o reconhecimento do mesmo como uma das formas de violação dos Direitos Humanos, um problema social, político-jurídico, cultural e de polícia. No entanto, a aplicação dessas leis, constitui um grande desafio a ser enfrentado no âmbito das práticas desenvolvidas, mas também da reflexão teórica sobre o tema, pois a administração jurídica de conflitos interpessoais, envolvendo relações de proximidade e afetividade, implica na confrontação entre classificações pretensamente universais e diferentes códigos de conduta, legitimados culturalmente.

Diante disso, ante a entrega de prioridade à violência doméstica, construiu-se uma nefasta e desnecessária permissividade à relativização de garantias ao agressor, fator que não precisa estar atrelado à proteção e ao combate à agressão sobre as mulheres: é possível proteger e condenar sem que se retire do acusado direitos Constitucionalmente assegurados.

Evidentemente, a aplicação antecipada da pena de encaminhamento ao grupo de agressores, sem caráter cautelar e sem transito em julgado, portanto, é uma das hipóteses de abuso ao respeito das garantias ao agressor, haja vista que desconsidera a presunção de inocência para, sob a justificativa do combate à violência doméstica, apenar alguém sem que exista a certeza de que este agiu delituosamente.

E é sim possível dizer que o grupo reflexivo para homens agressores atua de forma a atentar contra a presunção de inocência, pois busca promover a reeducação e a ressocialização de alguém que, presumidamente condenado, já leva consigo a mácula e o estigma de criminoso.

Para além dos casos concretos, há que se dizer que o grupo reflexivo para homens, ao impor todo o desgaste social inerente às punições, faz com que o instrumento legal que visa a promoção da proteção à mulher agredida, passe a ser utilizado, por certa parcela de mulheres que desconsidera a essencialidade da lei em questão, responsável por salvar milhares de vidas femininas diariamente, como mero meio de vingança e desgaste social do homem a quem imputa o cometimento de agressão.

Assim, impõe-se dizer que o indevido encaminhamento ao grupo reflexivo para homens, bem como qualquer outra punição antecipada advinda da Lei 11.340/06, permite que se construa um nefasto questionamento acerca da relevância do texto legal, haja vista que permite que algumas supostas agredidas apropriem-se do que o preceito normativo defende, para, transformando a sua essencialidade, o utilizarem como mero meio de degradação social do homem com quem conviveu.

5. CONCLUSÃO

Diante da construção sociológica promovida por Durkheim acerca da função social do crime, apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, faz-se necessário entender que o cometimento de ilícitos penais sempre esteve e estará presente enquanto existir convívio humano. Tal fato demonstra que qualquer guerra contra o crime será ineficaz e certamente terá um vencedor e este não será quem rivaliza com os delitos: Há quase quatro mil anos, no Monte Sinai, Moisés recebe os dez mandamentos, dos quais um expressamente afirmava: "não matarás". Apesar do mandamento de Deus, jamais os homicídios deixaram de ser marca das sociedades.

Diante disso, importante se faz discutir os motivos pelos quais alguns grupos humanos decidem criminalizar algumas atitudes, haja vista que é atividade desagradável e sem rumos buscar encontrar meios de exterminar a existência de atos penalmente ilícitos. Por esta razão, urge perceber que a escolha de atos a serem criminalizados, naturalmente, é consequência de um processo de ratificação de desigualdades sociais e estigmatização do comportamento de classes sociais, às quais os privilegiados sociais e políticos buscam impor uma eterna submissão: a criminalização de comportamentos não é requisito necessário à busca pela paz social, mas sim um instrumento de promoção de desigualdades, extermínio, adequação comportamental e submissão de classes sociais historicamente desfavorecidas e subjugadas.

A supramencionada ótica de que a criminalização de condutas é meio para ratificar desigualdades sociais e extinguir grupos e comportamentos humanos, notadamente fez-se ainda mais ratificada quando da análise do modelo inquisitorial de processo condenatório que, ante ao cenário de disputa por poder, permitiu, e ainda permite, a promoção de punições, mesmo que sem a averiguação da real existência de crime, apenas sob a égide do extermínio dos ditos inimigos sociais e do direito penal. A criação e principalmente a manutenção de tal modelo em algumas fases do processo punitivo, como ocorre nos inquéritos Brasil a dentro, permitem reconhecer que, a consagração dos ditos direitos fundamentais e garantias Constitucionais à quem se imputa a prática de crime depende da vontade de quem julga caso a caso, bem como dos clamores sociais: a presunção de inocência, por exemplo, na prática existe até que a mídia, a sociedade e o preconceito dos magistrados permitam-na existir.

E é preciso dizer que no caso brasileiro a manutenção de relativização de direitos fundamentais, típica do modelo inquisitorial, contrasta totalmente com o que, ao menos

teoricamente, defende a magna carta do país. A consagração Constitucional de um modelo acusatório assegura a toda e qualquer pessoa o respeito e consagração das ditas garantias processuais penais, fato que deveria entregar a certeza aos acusados de que princípios basilares, como a presunção de inocência, seriam respeitados a todo o tempo em toda ocasião.

Porém, a verdade é que, reconhecendo a criminalização de comportamentos humanos como instrumento de coação social e construção de um estigma negativo sobre parcelas da sociedade, o modelo inquisitório torna-se apenas o caminho mais adequado para a ratificação da marginalização de certos atores sociais, sendo portanto, modelo processual extremamente desejado por grandes parcelas sociais.

É preciso dizer que, sendo o crime um fato social necessariamente presente no convívio humano, a sua existência promove um evidente desequilíbrio sócia, motivo pelo qual, em muitos casos, a apuração e tentativa de retorno de um suposto *status quo ante* depende de um processo de apuração que, conforme dispõe a Constituição nacional, precisa se atrelar a diversas garantias penais. Ora, o que se depreende do dito é que entende-se como possível a aplicação de pena em certos casos, todavia, tal sanção apenas poderá ser imposta quando totalmente respeitados os direitos fundamentais dos acusados. Infelizmente, a criação de verdadeiros demônios sociais e a aplicação do direito penal a partir do ímpeto punitivo que se atrela ao clamor popular, já que é dos "controladores sociais" que nascem as criminalizações comportamentais, faz com que se construa um verdadeiro "vale tudo" em busca da punição.

Por este motivo, é preciso dizer que, reconhecendo o histórico estado de vulnerabilidade social imposto às mulheres, verdadeiras sobreviventes diárias da sociedade misógina que é a brasileira, mesmo quando notadamente um grupo social dependa de proteção em face de outra parcela que, evidentemente, ataca a sua existência, não será possível relativizar direitos fundamentais dos que estão no polo criminalizado para, então defender quem demonstra depender de proteção estatal para, assim, ter consagrado os seus direitos fundamentais.

É preciso dizer que a Lei 11.340/06, em seu processo de necessária construção de uma defesa legislativa da mulher brasileira, notadamente diferencia proteção de punição, haja vista que, através dos seus artigos 22 e 23 diferencia medidas que protegem a mulher daquelas que promovem verdadeira punição aos homens, quando a eles já se fizer possível atrelar a qualificação de agressor. Ora, seguindo ditames Constitucionais, a Lei Maria da Penha,

textualmente, consegue promover o resguardo da mulher ofendida e, ao mesmo tempo, assegurar que o acusado tenha seus direitos fundamentais protegidos.

Entretanto, ao passo do acerto textual, a lei em discussão, quando da sua aplicação, vem passando por desastrosa interpretação, restando evidenciada a busca dos julgadores por uma indiscriminada punição. Sob a égide da estigmatização que se atrela a grupos sociais criminalizados, as Varas responsáveis por aplicar o que dispõe a lei Maria da penha, sob a égide de um preconceituoso decisionismo, apenas através da notícia de que um homem agrediu uma mulher, relativiza o basilar princípio civilizatório da presunção de inocência para impor a tal acusado espécie de medida protetiva que, apesar de não levar consigo a nomenclatura são, de fato, modelos de punição antecipada.

Para além disso, há que se dizer que a mera informação de que ocorreu uma agressão, estando, portanto, totalmente apartada da certeza, elemento que, em tese, é fundamental para a imposição de pena no Brasil, vige Artigo 5º, LVII da CFRB, faz com que Varas de Violência Doméstica da cidade de salvador, imponha sobre os imputados medida punitiva prevista na Lei de execuções penais, o grupo reflexivo para homens agressores, aplicando uma pena, sem que haja qualquer comprovação de que algum crime ocorreu, sem que se respeite o devido processo penal e a presunção de inocência

Desta forma, partindo-se da permissiva relativização de direitos fundamentais que se atrela à criação de um inimigo social e do direito penal, vinculado ao decisionismo que ratifica diariamente a presença do sistema inquisitorial ao direito brasileiro, a lei Maria da Penha, ao passo de ser um brilhante e essencial texto legal em defesa da mulher e propulsionador de transformações sociais, da forma como vem sendo aplicada por Varas da Justiça Pela Paz em Casa de Salvador, impõe aos homens aos quais se imputa o cometimento da violência doméstica, o desrespeito à presunção de inocência, fazendo, assim, com que lhes sejam impostas penas antecipadamente, rogando-lhes, portanto, em necessária consequência, as nefastas misérias que se atrelam à condenação criminal no Brasil: da estigmatização social a uma ressocialização sem objeto, a penalização sem o respeito ao devido processo penal e à presunção de inocência, em qualquer que seja o caso, sempre levará à construção de um processo antidemocrático, inquisitorial e antigarantista.

Entende-se, portanto, que a Lei 11.340/06 é uma das mais brilhantes elaborações legislativas da história do Direito brasileiro, haja vista que, construindo um procedimento a fim de assegurar proteção a toda e qualquer mulher que sofra agressão ou ameaça de agressão doméstica, busca reduzir os históricos danos que se atrelam a misoginia neste país. Entretanto,

necessário se faz perceber que o texto legal em questão não retira do ordenamento jurídico nacional a aplicação da Constituição Federal e dos Direitos Fundamentais e Garantias processuais asseguradas, motivo pelo qual, em momento algum pode se relacionar a proteção às mulheres à relativização de princípios como o da presunção da inocência, por exemplo. Desta forma, restando por ser demonstrado que varas da Justiça pela Paz em casa da comarca de Salvador têm aplicado de forma errônea o que dispõe o texto legal em questão que, faz-se necessário que, abandonando o decisionismo e se atrelando ao cognocismo, nos moldes apresentados por Ferrajoli, passem a proteger as mulheres, como preceitua o texto legal, sem que para isso deixem de consagrar a presunção de inocência e outros direitos fundamentais Constitucionalmente garantidos a todo e qualquer acusado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Sobre a acusatoriedade no processo penal - algumas linhas iniciais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil:**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. cap. 4, p. 79-98. v. 2.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: O Controle Penal para Além da (Des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. [S.l.: s.n.], [1265 a 1273]. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

ARAS, Vladimir. **O sistema acusatório de processo penal**. 2016. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>. Acesso em: 01 dez. 2018.

ARAUJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 1ª. ed. [S.l.]: Juspodivm, 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

_____. **É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais:** em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em 02 nov. 2018.

BINDER, Alberto M. **Introdúccion al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

_____. La reforma de la Justicia Penal en América Latina como política de largo plazo. In: ASSOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DEL URUGUAY. **Estudios sobre el nuevo Processo Penal Implementación y puesta en prática**. Montevideo - Uruguay: Fundación de Cultura Universitária, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. 2.848/40 de 14 de out. de 2018. Código Penal. Rio de Janeiro, dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. 7.210/1984 de 14 de out. de 2018. Institui a Lei de Execução Penal. **Lei de Execução Penal**. Brasília, jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha. **Coibir Violência Doméstica**. Braília, ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, de 10 de out. de 2018. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CANI, Luiz Eduardo. **Sistema Processual Misto (ou mítico sistema processual)**. 2014. Artigo (.) FURB - revista jurídica, Blumenau, 2014. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/Sistemaprocessualmitooumticosistemaprocessual.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/Rodrigo_Capez_Versao_Integral.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. ed.: Servanda, 1995

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens R. R. **Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 01 dez. 2018.

COLET, Charlise Paula; FILHO, Eloi Cesar D. **O paradigma da reação social na conduta desviada: o processo de criminalização e etiquetamento social**. 2015. Artigo (Artigo para o CONPEDI) - 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/charlise_paula_colet.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

CORREIA, Thaize de Carvalho. **Justiça restaurativa**: método adequado de resolução dos conflitos jurídico-penais praticados contra a mulher em ambiente doméstico. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4.

_____. **Sistema acusatório**: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. 2009. Artigo (Revista de Informação Legislativa) - 46n, Brasília, 2009. n. 183. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte geral. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2007. Artigo (.)- [S.l.], 2007. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_a_lei_maria_da_penha_na_justi%E7a.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRÃO, F.A.F da Silva. **Theoria do Direito Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez**: Comparado com o Codigo do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis criminais dos povos antigos e modernos. Lisboa: Typographia Universal, 1856. v. 1.

FILHO, Altamiro de Araújo Lima. **Lei Maria da Penha**: Comentários à Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2018.

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156** 2011. Artigo (Custos Legis) - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, [S.l.], 2011. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Grupo Gen, Atlas, 2016.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista:** do que se oculta(va) ao que se declara. 2006.. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021647.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19ª. Ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas Perdidas**: O sistema Penal em questão. 1ª. ed. Niterói, RJ: LUAM, 1993.

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

JR., Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 20. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

JR, Salah Hassan Khaled. **O Sistema Processual Penal brasileiro**: Acusatório, misto ou inquisitório? 2010. Artigo, Porto Alegre, 2010. 10. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/6513-27510-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

JUNIOR, Westei Conde Y. Martin. Das disposições transitórias e finais – artigos 33 a 40. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. cap. 23, p. 357-365.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Juspodium, 2018.

LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. **Processo Penal e História - A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo**. 2015. Artigo (Direito) - Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim, [S.l.], 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.114.12.PDF>. Acesso em: 22 out. 2018

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Gen, Editora Método, 2018. v. 1.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Da mulher honesta à lei com nome de mulher:** O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. 2010. Artigo, Dourados, MS, 2010. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/download/885/558>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões E Medidas Cautelares à Luz Da Constituição**. 3ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MURARO, Mariel; CANOVA, Denise. **A expansão do controle penal:** uma crítica às funções da pena. 2015. Artigo (XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI) - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7/tRgi85Z1JTCDx9VZ.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

MORAES, Aparecida Fonseca; RIBEIRO, Letícia. **As políticas de combate à violência contra a mulher no Brasil e a "responsabilização" dos "homens autores de violência"**. 2012. 37-58 Artigo (Revista Latino Americana)- Sexualidad, Salud y Sociedad, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sess/n11/a03n11.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2018.

MORAIS, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

NETO, José de Assis Santiago e MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajuridicos ao processo penal. In:
NETO, Manoel Valente Figueiredo et al. **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%3E>. Acesso em: 27 nov. 2018.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. 2011. Monografia (Pós Graduação em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, CEFOR, Brasília, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8429?show=full>. Acesso em: 12 nov. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PASINATO, Wania. **Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres:** as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. 2015 2015. Artigo (REVISTA DIREITO) - FGV, FGV, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** 2017. 96 f. Artigo (.) -, [S.l.], 2017. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/3516-13296-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**: Volume I - Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Teoria dos Fins da pena**: breves reflexões. 2004. (Artigo) - Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em:http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

POLI, Camilin Marie de. Acusatório de corpo e inquisitório de alma: Quando a prática desdiz a lei.. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**. Florianópolis: Mentalidade Inquisitória, 2017. cap. 5,

_____. Laicização do inquisitorialismo e criação do modelo misto de processo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. 1ª. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. cap. 12, v. 4.

_____. **O contraditório como elemento essencial do processo.** Artigo - Academia brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista12/contraditorioCamilin.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.
PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2ª. ed. Argentina: B de F, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26. ed. São Paulo: Grupo Gen, Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; JR, Salah H. Khaled. **In Dubio Pro Hell**: profanando o sistema penal. 1ª. ed.: Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2ª. ed. Madrid, ES: CIVITAS, 1997. Disponível em: <https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-parte_general_-_claus_roxin.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. 8ª. ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

_____. **Política criminal:** realidades e ilusões do discurso penal. 2013. Artigo (Instituto de Criminologia e Política Criminal) - 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem.** Artigo, [S.l.], [.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=944eefd22dfe99fe>. Acesso em: 14 out. 2018.

SILVA, Edimar Carmo da. **Perfil material do princípio acusatório e ministério público:** Implicações jurídico-processuais 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4826/1/422624.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

SOUZA, Suellen André de. **Leis de combate a violência contra a mulher na América Latina:** Uma breve abordagem histórica 2013. Artigo (XXVII Simpósio Nacional de História)- Natal, RN, 2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_TextoAnpuhNatalSuellen.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

STEIN, Ana Carolina Filippon. **Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise (?).** Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. 2015. 49 f. Artigo (XXIV Congresso Nacional do CONPEDI) - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/Ww36SjL5RHNXYW85.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

STF, Habeas Corpus: HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Relator: Min. Eros Grau. Publicado em 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf. Acesso em: 01 dez. 2018

_____. Habeas Corpus: Habeas Courpus 126.292 São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado em 17 de Maio de 2016. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Habeas Corpus. Habeas Corpus 152.752 Paraná. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado em 27 de Junho de 2018. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf. Acesso em 05 de dez. 2018.

TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de Teoria de Teoria do Delito,** 1ª Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13ª. ed..: Jus Podiuv, 2018.

TOMMASINO, Beatriz; PUPPO, María Cecilia Gutiérrez. Reconocimiento de la Dignidad Humana y Principio de inocencia en el CPP. In: INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO PROCESSUAL. Facultad de Derecho - Universidad de la República. **Curso sobre el Nuevo Código del Processo Penal - Ley Nº 19.293**. Montevideo - Uruguay: FCU, 2018. cap. 5, v. 1.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Consticuional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro I**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ANEXOS

ANEXO A

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Decisão Interlocutória

Processo nº:	[redacted]
Classe – Assunto:	**Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Violência Doméstica Contra a Mulher**
Autor:	**Autoridade Policial da Deam (mulher)**
Réu:	[redacted]

[redacted] qualificada nos autos, ingressou neste Juízo, por intermédio da Autoridade Policial, com pedido de *Medidas Protetivas de Urgência* contra [redacted] também qualificado.

A requerente e o requerido conviveram maritalmente, mas estão separados há cerca de três anos. As partes possuem uma filha em comum, que conta atualmente com nove anos de idade.

Narram os autos que o relacionamento das partes era conturbado, havendo informações sobre episódios anteriores de violência doméstica contra a mulher, ocorridos em 2014, fatos que não chegaram ao conhecimento da Autoridade Policial. Além disso, existem informações de que a situação de violência doméstica atinge também a filha do casal, que estaria sendo vítima de alienação parental perpetrada pelo demandado.

Destarte, em 16 de maio de 2017, por volta das 18hs, a requerente foi buscar a filha do casal na Escola Pequenópolis, bairro Barra, nesta urbe, momento em que percebeu que o requerido estava levando a criança sem autorização, puxando-a fortemente pelo braço. Na ocasião, o acionado injuriou e ameaçou de morte a acionante, dizendo-lhe: "sua puta, você vai morrer, vou te matar, vou acabar com você, você vai ser f... (...)". Em seguida, o demandado agrediu fisicamente a demandante, aplicando-lhe um golpe no polegar, com o fito de imobilizá-la, o que resultou em lesão física na vítima. Ato contínuo, o ofensor passou a arranhar os braços e a barriga da ofendida, fato que chamou a atenção de terceiros que estavam no local, inclusive outros pais de alunos e funcionários da escola. Assim, uma coordenadora da escola interviu, fazendo cessar as agressões.

Os fatos estão sendo apurados pela Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (Deam/Brotas) e foram registrados em ocorrência policial n.º 17-02363.

O pedido está instruído com os documentos de fls. 4/11, incluindo cópia da ocorrência policial.

É o relato. Decido acerca da medida solicitada.

A hipótese dos presentes autos é de deferimento das medidas protetivas de urgência pleiteadas por [redacted] Trata-se de relação familiar e doméstica pretérita, em que a demandante sofre com as ameaças de morte e com as agressões físicas, morais e psicológicas perpetradas por seu ex-companheiro, ora demandado. Destarte, a conduta descrita nos autos denota a aplicação da Lei Federal n.º 11.340/06, de 7 de agosto de 2006.

As informações dos autos são deveras graves e, caso confirmadas, indicam que o ofensor agrediu fisicamente a ofendida em local público, na presença de terceiro. Igualmente, percebo

i assinado digitalmente por Mariana Deiro de Santana Brandão.
conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 03171132-86.2017.8.05.0001 e o código 36BC602.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

que as partes possuem divergências relacionadas à guarda e direito de visitação à prole comum, o que tem resultado em episódios de violência doméstica contra a mulher.

Fica evidente, portanto, que o comportamento do requerido, conforme narrado nos autos, denota desequilíbrio emocional, bem como destemor em praticar as agressões, demonstrando ainda a sua obstinação pela requerente. Por conseguinte, observo que a situação de violência doméstica tende a se perpetuar, o que inexoravelmente colocará em risco a integridade física, mental e emocional da ofendida.

Os fatos brevemente narrados estampam a ocorrência de ameaças de morte e agressões físicas, morais e psicológicas perpetradas contra a vítima, o que demonstra, a *prima facie*, a conduta violenta do suposto agressor, algo que precisa ser imediatamente obstado pela pronta atuação da Justiça. Consta nos autos o depoimento de fls. 6/7, onde a testemunha, uma funcionária da escola, confirma que o requerido estava agredindo fisicamente a requerente, segurando-a pelo braço e pela mão. Outrossim, a Sra. [redacted] genitora da ofendida, noticia outros episódios de violência doméstica. Por conseguinte, em cognição sumária, concluo pela existência dos requisitos autorizadores para a concessão de medidas protetiva de urgência *inaudita altera pars* (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), consoante dispõe o art. 19 da Lei Federal, nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Saliento, outrossim, que os episódios de violência doméstica contra a mulher ocorrem amiúde em ambiente familiar, longe da presença de terceiros desinteressados. Diante disso, em demandas dessa natureza, as alegações da vítima devem ser consideradas com especial realce, no escopo de conferir maior eficácia à Lei n.º 11.340/2006, diploma legal constitucionalmente fulcrado no art. 226, § 8.º, da Constituição Federal.

O diploma legal chamado popularmente de Lei Maria da Penha traçou novos parâmetros de proteção à mulher no âmbito de suas relações domésticas, destacando-se aqui, como objetivo primordial, a preservação de sua integridade física, sexual, patrimonial, psicológica e moral. Nesse contexto, as medidas protetivas de urgência podem surtir efeito positivo na coibição dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que são claras e auto-explicativas.

Isso posto, com vistas a evitar a reiteração da prática de violência doméstica contra a vítima e com arrimo no art. 19, § 1.º, da Lei 11.340/06, **defiro em parte o pedido formulado** para aplicar ao suposto agressor, sem sua oitiva prévia, as medidas elencadas no art. 22, III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei Maria da Penha. Assim [redacted] deve cumprir as seguintes medidas:

a) **manutenção de uma distância mínima de 500 (quinhentos) metros da ofendida**, familiares e testemunhas, em qualquer local onde estiverem;

b) **proibição de manter qualquer contato com a ofendida**, familiares e testemunhas, seja pessoalmente ou por qualquer outro canal de comunicação, a exemplo de telefonemas, mensagens eletrônicas de texto ou de voz, *e-mail*'s, por meio de redes sociais, notadamente *Facebook*, ou mesmo pelo aplicativo de celular *What'sApp*;

c) **proibição de frequentar os locais onde saiba estar a ofendida**, em especial a sua residência e o seu local de trabalho.

foi assinado digitalmente por Mariana Deiro de Santana Brandao.
ra conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 36BC6D2.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Com relação ao pedido de afastamento do requerido do lar em comum, entendo que não deve prosperar. A narração fática do caso indica que as partes não residem mais no mesmo imóvel, o que é corroborado pelos endereços fornecidos pela ofendida à Autoridade Policial. Em verdade, pelo que se depreende dos autos, fica evidente a desnecessidade e a ineficácia da medida pleiteada. Dessa forma, indefiro a medida de afastamento do lar, sendo possível a reanálise da questão no decorrer do feito, desde que existam melhores esclarecimentos a respeito.

Ressalto que a proibição de aproximação e de contato com familiares da ofendida não atinge, *a priori*, a filha do casal. Nessa esteira, é facultado às partes a busca dos meios judiciais adequados para resolução de conflitos relacionados a guarda e visitas. Por conseguinte, o pedido de suspensão do direito visitas do demandado à prole das partes será analisado após o acompanhamento do caso pela Equipe Multidisciplinar desta Vara e manifestação do Ministério Público, nos termos do art. 21, inc. IV, da Lei Federal n.º 11.340/2006.

Com relação ao pedido de pensão alimentícia, entendo que tal não deve prosperar, ao menos neste momento processual, tendo em vista a ausência de lastro probatório capaz de demonstrar a existência do binômio necessidade/capacidade. Ademais, o art. 3.º, § 3.º, da Resolução n.º 47 do Tribunal de Justiça da Bahia, de 13 de junho de 2012, determina que as ações cíveis e familiares fundadas na violência doméstica e familiar contra a mulher devem tramitar perante a Justiça Comum. Fica ressalvada, todavia, a possibilidade de composição entre as partes, nesta Unidade Judiciária, acerca das questões de natureza disponíveis, conforme se vê no artigo 5.º da supracitada resolução, algo que somente poderá ser avaliado em audiência. Pelo exposto, indefiro, por ora, o pedido de pensão alimentícia.

Em respeito às garantias constitucionais e legais de ambas as partes, **estabeleço que a vítima deverá comparecer em Cartório a cada 6 meses**, contados da sua intimação, informando sobre a necessidade de manutenção das medidas ora deferidas, devendo explicitar os motivos pelos quais deseja a continuidade da proteção e apresentando elementos que embasem a sua declaração. Não o fazendo, o feito poderá ser extinto por reconhecida falta de interesse.

Determino o acompanhamento do caso pela Equipe Multidisciplinar, devendo o setor responsável apresentar relatório circunstanciado acerca do estado psicossocial **da vítima, do suposto agressor e da prole das partes**, destacando outras condições observadas. Anoto o prazo de 20 (vinte) dias para cumprimento.

Designo o dia 8 de agosto de 2017, às 15hs, para a realização de audiência de oitiva das partes, nos termos do art. 4.º, §. 3º, da Resolução n.º 47 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de 13 de junho de 2012.

Requisite, se necessário, **auxílio de força policial** para garantir a efetividade das Medidas Protetivas de urgência de acordo com o comando do artigo 22, § 3.º, da Lei n.º 11.340/2006. Ademais, caso ocorra descumprimento da presente tutela de amparo, nos estritos limites do art. 22, § 4.º, da Lei 11.340/2006, certifique-se e venham-me conclusos os autos para aplicabilidade do disposto no art. 536, § 1.º, do Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015), bem como observância dos critérios vinculativos do art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal.

foi assinado digitalmente por Mariana Deiro de Santana Brandão.
a conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 36BC5D2.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Oficie-se à Delegacia de Polícia que investiga o caso em apreço, para que tome as providências necessárias no que tange à conclusão e remessa do competente inquérito no prazo de lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes.

Ciência ao Ministério Público.

Cumpra-se, expedindo-se ofícios e todos os expedientes necessários e previstos em Lei.

Salvador/BA, 20 de junho de 2017.

Bela. *Mariana Deiró de Santana Brandão*,
Juíza de Direito.
(Documento assinado digitalmente)

Brandao.
nforme o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 36BC6D2.

ANEXO B

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
1ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Rua Conselheiro Spinola, n 77, Barris - CEP 40070-130, Fone: 71 3328-5031, Salvador-BA - E-mail: 1vdfom@tjba.jus.br
1vdfom@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº:	[redacted]
Classe – Assunto:	**Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Decorrente de Violência Doméstica**
AutorRequerente:	**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outro,** [redacted]
Requerido:	[redacted]

Vistos, etc.

Trata-se o presente feito de Pedido de Medidas Protetivas decorrente dos fatos articulados no Boletim de Ocorrência Simplificado às fls. 7/8, cuja pretensão da ofendida consubstancia-se nas garantias da Lei 11.340/06 (providência acautelatória), que visam proteger não somente os direitos da mulher, mas sim, a própria instituição familiar.

Verifica-se pelos elementos fáticos contidos nos autos que a apontada vítima **S. C. R.**, sofreu, em tese, violência psicológica, física e sexual, conforme dispõem os arts. 147, 129, §9º e 213 do CPB, c/c com o art. 7º, I, II e III da Lei Maria da Penha, por parte de [redacted] nesta Comarca, configurando, pois, a necessidade de aplicação de medidas protetivas por ela solicitadas.

Os fatos estão sendo apurados pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher-DEAM/BROTAS.

Alega a Requerente que é ex-noiva do Requerido.

Declara que no dia 02 de julho de 2017 sofreu violência sexual por parte do Requerido, sendo que este se valeu de violência física para a prática do ato carnal, inclusive através de esganadura.

Relata que após o estupro, o Requerido ainda praticou violência moral e psicológica, xingando a Requerente e a ameaçando de morte, caso a mesma tomasse as providências legais cabíveis.

Por fim, salienta que o Requerido tem histórico de violência com outras companheiras e possui uma arma de fogo, o que aumenta seu temor pela sua integridade física e psicológica.

O requerido manifestou-se nos autos pugnando pelo não deferimento das medidas protetivas.

É o relatório. DECIDO.

assinado digitalmente por NARTIR DANTAS WEBER.
conferência acesse o site http://esai.tjba.jus.br/esai, informe o processo 0542178-93.2017.8.05.0001 e o código 384D137.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
1ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Rua Conselheiro Spinola, n 77, Barris - CEP 40070-130, Fone: 71 3328-5031, Salvador-BA - E-mail: 1vdfcm@tjba.jus.br
1vdfcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

As Medidas Protetivas de urgência devem ser deferidas para que venha evitar a reiteração de ocorrência de qualquer tipo de risco à integridade física, mental, sexual e psicológica da vítima, ditos já experimentado, quiça, de modo irreparável e irreversível.

Existe a presunção de ocorrência de violência em favor da vítima, quer por suas declarações quando da narrativa dos fatos perante a autoridade policial e bem assim junto ao Ministério Público, defluindo-se, neste momento, que se sente apreensiva com a possibilidade de reiteração de condutas pelo réu, que venha violar sua integridade física, sexual e moral.

É certo que nesse momento inicial a palavra da vítima tem força suficiente para levar a um juízo de acolhimento da pretensão de segurança que a Lei Maria da Penha confere à mulher, vítima de violência doméstica, de modo que a pretensão do réu esposa em sua peça de defesa não deve ser acolhida.

Pelo exposto, estando o pedido formulado em conformidade com os preceitos legais estatuídos na multicitada lei, e, havendo motivo para se supor que a demora na decisão poderá vir a trazer danos de difícil reparação à parte requerente, considerando ainda que a Lei, na qual embasa este pedido, visa exatamente, a possibilidade do julgador em garantir à parte, que sofre ou está na iminência de sofrer violência doméstica, sob qualquer modalidade, a imediata e efetiva prestação jurisdicional, impoe-se o deferimento do pleito.

Isto posto, **DEFIRO** o pedido, sem a oitiva do requerido, com arrimo, no art. 19, § 1º, da Lei 11.340/06, aplicando-lhe, as seguintes medidas, previstas no art. 22, III, alínea "a e "b", da mesma lei:

a) manutenção de uma distância mínima de 300m (trezentos) metros da ofendida, familiares e testemunhas, relativamente a qualquer local em que estes estiverem ou em qualquer circunstância, bem como e principalmente da residência destes;

b) proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

Ainda, **DETERMINO o devido acompanhamento pela equipe multidisciplinar**, no caso ora registrado, devendo trazer relatório do estado psicossocial da vítima, bem como outras condições observadas tanto em relação ao réu como da própria ofendida, **no prazo de 30 (trinta) dias.**

Visando as garantias legais de ambas as partes as Medidas Protetivas foram deferida pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias/ 6 meses, contados a partir da intimação do requerido, quando, então, se terá maiores elementos para renovar as Medidas, aplicar outras, revogá-la ou sendo necessária sua prorrogação, deverá a vítima comparecer em Cartório em até 10 (dez) dias anteriores ao término da vigência, solicitando a prorrogação da mesma em até 6 meses. Não o fazendo, a mesma será extinta por reconhecida falta de interesse.

Ademais, caso ocorra descumprimento da presente tutela de amparo, nos estritos limites do art. 22, § 4º da Lei 11.340/2006, certifique-se e venham-me conclusos os autos para aplicabilidade do disposto no art. 461, §5º do Código de Processo Civil, além dos critérios vinculativos do art. 313, III do Código de Processo Penal.

assinado digitalmente por NARTIR DANTAS WEBER.
conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0542178-93.2017.8.05.0001 e o código 384D137.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
1ª Vara de Violência Doméstica Fam Contra a Mulher
Rua Conselheiro Spinola, n 77, Barris - CEP 40070-130, Fone: 71 3328-5031, Salvador-BA - E-mail: 1vdfcm@tjba.jus.br
1vdfcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Designo o dia 06 de setembro de 2017 às 09:15 horas, para a realização de audiência de oitiva das partes, nos termos do art. 4º, § 3º da Resolução 47 de 13 de junho de 2012 do TJ/ BA.

Requisite-se auxílio de força policial para garantir a efetividade das Medidas Protetivas de urgência de acordo com o comando do § 3° do artigo supracitado.

Oficie-se à Ronda Maria da Penha para acompanhamento do caso ora registrado, haja vista a sua gravidade.

Oficie-se a DEAM/BROTAS para que tome as providências necessárias, no que tange ao andamento e remessa do competente inquérito no prazo de lei.

Publique-se, observando que os nomes das partes deverão ser resguardados do sigilo necessário.

Intimem-se. Juntados os mandados devidamente cumpridos e certificados, comunique-se ao Ministério Público nos termos do art. 19, § 1º, da Lei 11.340/06.

Cumpra-se, expedindo-se ofícios, mandados e todos os expedientes necessários e previstos em Lei.

Salvador(BA), 21 de julho de 2017.

Nartir Dantas Weber
Juíza de Direito

ı.
iforme o processo 0542178-93.2017.8.05.0001 e o código 384D137.

ANEXO C

PLANTÃO JUDICIÁRIO DE 1º GRAU

SALVADOR-BA

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/2006

PROCESSO n. [redacted]

[redacted] por meio de advogada devidamente constituída, solicitou a aplicação de medida cautelar aplicável a [redacted] ambas qualificadas nos autos, conforme previsto na Lei 11.340/2006 e no CPP (nova redação conferida pela Lei. 12403/2011).

Conforme narrado na inicial, o requerido teria invadido a casa onde residia a autora e os dois filhos do casal, de quem estava separado desde o reveillon 2015/2016, ameaçando-a com um revólver. A Autora destacou o fato de não ter registrado a ocorrência na Delegacia Especializada da Mulher por falta de Delegado plantonista.

A autora postulou a decretação das medidas cautelares em desfavor do requerido e previstas nas alíneas "a" e "b", do inciso III, do artigo 22, da Lei 11.340/2006, bem como que o mesmo deposite em juízo a arma de fogo e as munições que possui.

Remetidos os autos ao MP, foi apresentado parecer pela deferimento das medidas pleiteadas na inicial.

Analisando os autos, verifico que faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário para garantir a integridade física da autora e sua prole. É certo que nesse momento processual não cabe análise aprofundada dos fatos, o que será o objeto de instrução processual no juízo competente. Entretanto, algumas medidas podem ser adotadas cautelarmente para salvaguardar os direitos da autora. No caso em tela, entendo possível o deferimento do quanto pleiteado na exordial. Tratam-se das medidas previstas nas alíneas "a" e "b", do inciso III, do artigo 22, da Lei 11.340/2006.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fundamento no artigo 22 e incisos, da lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) **APLICO AO REQUERIDO** [redacted], **qualificado nos autos, AS MEDIDAS CAUTELARES CONSISTENTE**

ento foi assinado digitalmente por MARCIA MARIA GUIDEZ MARQUES.
, para conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0311556-19.2016.8.05.0001 e o código 22F5A36.

ANEXO D

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara da Justiça pela Paz em Casa
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Despacho

Processo nº:	[redacted]
Classe – Assunto:	**Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Violência Doméstica Contra a Mulher**
Autor:	**Autoridade Policial da Deam (mulher)**
Réu:	[redacted]

Tendo em vista a existência de Medida Protetiva de Urgência em andamento nesta Especializada, DETERMINO que o requerido participe do GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS – Paralelos & Meridianos, projeto desenvolvido pelo Setor Psicossocial desta Vara Especializada, iniciado em 20/4/2018, às 13hs30min, com reuniões realizadas no seguinte endereço: Av. Luiz Viana Filho, n.º 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1.º andar, Paralela, Salvador/BA, CEP 41720-200, telefone n.º 71 3232-7001.

Promova o Setor Psicossocial o contato telefônico com o requerido, cientificando-o a respeito do Grupo e datas das próximas reuniões.

Intime-se, em seguida, em Cartório.

Salvador/BA, 27 de abril de 2018.

Bela. *Ana Cláudia de Jesus Souza,*
Juíza de Direito.

esso 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 459D8C7.

ANEXO E

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara da Justiça pela Paz em Casa
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br
salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

SENTENÇA

Processo nº: [redacted]
Classe – Assunto: **Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Violência Doméstica Contra a Mulher**
Autor: **Autoridade Policial da Deam (mulher)**
Réu: [redacted]

Vistos etc.

[redacted] por suas advogadas, interpôs Embargos de Declaração pretendendo sanar alegadas contradição e omissão de decisão que determinou participação do ora recorrente no GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS - Paralelos & Meridianos, projeto desenvolvido pelo Setor Psicossocial desta Vara Especializada, iniciado em 20/4/2018, às 13h:30min, com reuniões realizadas no seguinte endereço: Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1.º andar, Paralela, Salvador/BA, CEP 41720-200, telefone n.º 71 3232-7001.

É O BREVE RELATO. DECIDO.

Pontue-se que os embargos de declarações subordinam-se aos mesmos requisitos de admissibilidade de qualquer outro recurso em matéria Processual Penal, além, à toda evidência, dos seus requisitos peculiares e próprios. Ademais, cuida-se de um modo voluntário de impugnar decisões, a ser utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, idôneo a proporcionar a elucidação ou a integração do decisum para sanar omissão, contradição ou obscuridade no *decisum* embargado.

Frise-se que a determinação exarada na decisão recorrida atende ao quanto previsto no art. 45 da Lei 11.340/2006 e no art. 152 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que faculta ao Juiz •"determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação" e este projeto tem como princípios norteadores a responsabilização, igualdade e respeito da diversidade, equidade e promoção e fortalecimento da cidadania.

Imperioso asseverar que a contradição que autoriza a oposição dos embargos é a que existe entre os fundamentos da decisão/julgado e sua conclusão e não entre aqueles e as teses recursais. Ainda, inexistência de proposições inconciliáveis, requisito também indispensável à caracterização de contradição, *in casu* inexistentes.

assinado digitalmente por PATRICIA SOBRAL LOPES.
conferência acesse o site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 4682D68.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara da Justiça pela Paz em Casa
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br
salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

Retornando à decisão ora embargada, exsurge que os embargos devem ser acolhidos, contudo, para fins de esclarecimento quanto ao ponto vergastado, qual seja, participação do ora recorrente no GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS - Paralelos & Meridianos iniciado em 20/4/2018, em data, portanto, anterior à decisão que a determinou.

Por isso, **recebo os presentes embargos e os julgo procedentes**, em face do que acima se fundamentou, para sanar a omissão suscitada, dando-lhe efeitos infrigentes e determinar a participação do ora recorrente no GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS - Paralelos & Meridianos, projeto desenvolvido pelo Setor Psicossocial desta Vara Especializada no próximo grupo a ser iniciado, com a duração prevista de até 10 (dez) reuniões, como estabelecido na estrutura e funcionamento do trabalho de grupo desenvolvido e, para tanto, deve o recorrente entrar em contato com o setor psicossocial desta Especializada para tomar conhecimento do início das referidas reuniões em um próximo grupo.

Intimações necessárias, inclusive ao setor psicossocial que deve incluir o recorrente no próximo GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS - Paralelos & Meridianos a ser formado, cientificando-o.

Salvador(BA), 16 de maio de 2018.

Patricia Sobral Lopes
Juíza de Direito

L LOPES.
Vesal, informe o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 4682D68.

ANEXO F

fls. 287

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
2ª Vara da Justiça pela Paz em Casa
Av. Luiz Viana Filho, nº 3230, Faculdade Ruy Barbosa, Campus II, 1º andar, Paralela - CEP 41720-200, Fone: 71 3232-7001, Salvador-BA - E-mail: salvador2vvidomfamcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

DESPACHO

Processo nº: [redacted]
Classe – Assunto: **Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Violência Doméstica Contra a Mulher**
Autor: **Autoridade Policial da Deam (mulher)**
Réu: [redacted]

Tendo em vista a necessidade de melhor compreensão acerca do citado fenômeno da violência doméstica entre as partes, inclua-se o requerido no Programa de Homens pela Paz a ser realizado pelo Setor Psicossocial desta Especializada e que deverá manter contato com este, agendando data para início do acompanhamento.

Salvador (BA), 03 de setembro de 2018.

Ana Claudia de Jesus Souza
Juiza de Direito

AUDIA DE JESUS SOUZA.
tj.tjba.jus.br/essaj, informe o processo 0317132-86.2017.8.05.0001 e o código 4C245A6.

ANEXO G

fls. 50

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
1ª Vara da Justiça pela Paz em Casa
Rua Conselheiro Spinola, n 77, Barris - CEP 40070-130, Fone: 71 3328-5031, Salvador-BA - E-mail: 1vdfcm@tjba.jus.br
1vdfcm@tjba.jus.br

Justiça Gratuita

DESPACHO

Processo nº:	[redacted]
Classe – Assunto:	**Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha) - Decorrente de Violência Doméstica**
AutorRequerente:	**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outro,** [redacted]
Requerido:	[redacted]

Vistos, etc.

Analisando os autos, verifica-se que necessário se faz um acompanhamento ao Requerido de forma mais técnica, haja vista o quanto relatado nos autos.

Desta forma objetivando o quanto determina a Lei 11.340/06, especificamente no art. 4º, c/c com o Enunciado n. 26 do FONAVID (Forum Nacional de Violência Domestica e Familiar contra a Mulher), determino a inclusão do Requerido [redacted], **no Programa de Apoio aos Homens Agressores – INTERVENÇÃO GRUPAL COM INDIVIDUOS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**, à cargo do Prof. Mestre Diego Solo Toloy, que será realizado, nas dependências do Núcleo de Pesquisa e Prática Psicológica (NEPPSI) da Universidade Salvador - UNIFACS, localizado na Av. Cardeal da Silva, n. 132, Federação, nesta Capital, às quartas-feiras, das 19:00 às 20:20 horas, **iniciando-se no dia 27 de setembro de 2017**, no total de 10 (dez) encontros.

Intime-se o Requerido, através do Setor Multidisciplinar, para cumprimento desta ordem judicial, devendo o mesmo ser cientificado do endereço completo, local e horário do Programa de Apoio.

Outrossim, oficie-se ao Prof. Diego Solo Toloy, para que encaminhe relatório de comparecimento e das atividades do Requerido.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Salvador (BA), 04 de setembro de 2017.

Márcia Nunes Lisboa
Juíza de Direito

e por MARCIA NUNES LISBOA.
site http://esaj.tjba.jus.br/esaj, informe o processo 0542178-93.2017.8.05.0001 e o código 3AED8F9.