



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

SARA MORAIS SILVA ALMEIDA VIEIRA

**O CNJ ENTRE FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA
PENAL: EVIDÊNCIAS DE CASOS LIMÍTROFES**

São Cristóvão - SE

2025

SARA MORAIS SILVA ALMEIDA VIEIRA

**O CNJ ENTRE FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA
PENAL: EVIDÊNCIAS DE CASOS LIMÍTROFES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito da Universidade
Federal de Sergipe como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Denise Leal Fontes Albano
Leopoldo

São Cristóvão - SE

2025

**O CNJ ENTRE FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA
PENAL: EVIDÊNCIAS DE CASOS LIMÍTROFES**

SARA MORAIS SILVA ALMEIDA VIEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito da Universidade
Federal de Sergipe como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Data de apresentação: 15/04/2025

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Denise Leal Fontes Albano Leopoldo
(Orientadora)

Prof. Dr. José Rodorval Ramalho
(Avaliador)

Prof. Dr. Uziel Santana Santos
(Avaliador)

Aos meus pais, por terem me dado um tesouro
que ninguém pode tomar

AGRADECIMENTOS

Um escritor de quem eu gosto muito diz que “o agradecimento é a forma mais elevada de pensamento” e é para que o intelecto reverbere o que embeleza o meu coração que reservo uma página a essas palavras de extrema importância, que, embora opcionais para a ABNT, figuram como substanciais para mim - ou, quem sabe, serão duas páginas.

Agradeço, primeiramente, a Deus, “porque nele vivemos, nos movemos e existimos”.

À Nossa Senhora, a quem sou consagrada, sob o título de Senhora do Rosário de Fátima: Hoje e por toda a vida, *totus tuus ego sum et omnia mea tua sunt*.

Ao meu amado esposo, Victor, por dividir comigo todas as flores e os espinhos do caminho, pelo incentivo para perseverar sempre que eu desanimei e por ter trazido para o meu viver “razão pra todo amanhecer”.

À minha preciosa e saudosa mãe, Maria de Fátima (*in memoriam*), e ao meu querido pai, Dionísio Neto, por terem sido um exemplo vivo de amor aos estudos em minha vida e por todo esforço material e, especialmente, imaterial, empregado na minha formação.

Aos meus filhos e maior projeto de vida, Maria Elisa e Miguel, por serem minha força e por me salvarem de mim mesma.

À minha irmã caçula, Sofia, por ser minha inabalável companheira e o melhor presente que meus pais já me deram.

À minha irmã “emprestada”, Megan, por me conceder, constantemente, seus ouvidos e coração.

Ao meu irmão Saulo, que divide o meio dos 4 “S” comigo, por confiar que eu sou capaz e demonstrar isso para mim.

Aos meus sogros, Silvânia e Luiz, e minha cunhada Luana, pela presença e auxílio todas as vezes em que precisei.

Às minhas primas Letícia e Nathália, meu primo João e minha tia Silvinha, pelo carinho sempre dispensado a mim e a minha família.

Aos meus colegas da faculdade, entre eles incluso Silas, meu irmão mais velho, com quem dividi toda a vida escolar e, não podendo ser diferente, estava também presente no começo da vida acadêmica, enquanto ainda desbravávamos a UFS. Como foi importante sua companhia para mim! Um verdadeiro cuidado de Deus

comigo! Também aos demais: Lucas, por acreditar no meu potencial e compartilhar alegrias e dores da vida acadêmica; Anthonyelle e Erislene, por sempre se mostrarem solícitas em me ajudar, e aos colegas com quem trabalhei em equipe durante a pandemia, em especial Marcelo e Sullyvan. Graças ao nosso time, estou aqui, finalizando a graduação.

Agradeço também, com profundo carinho, à minha orientadora, Professora Denise Albano, por ter acolhido a mim e as minhas circunstâncias, e também pela paciência e pelo empenho para que eu pudesse desenvolver o melhor trabalho possível.

E ao Professor Arthur Grupillo, por ter aberto as portas da universidade para mim enquanto eu ainda era estudante de ensino médio, para respirar os ares da boa filosofia em um maravilhoso projeto de extensão.

Por fim, agradeço a todos os professores que passaram por minha trajetória e contribuíram para a minha formação, recordando que “fica sempre um pouco de perfume nas mãos que oferecem rosas.”

Essas são as palavras que não poderia deixar de registrar, advindas da minha profunda gratidão. Respiro aliviada por tê-las escrito - para que saibam que marcaram docemente o meu coração, cada um a seu modo, em maior ou menor grau, mas todos de forma indelével.

Há uma estreita relação entre justiça e democracia e estas não podem ser garantidas como valores – atualmente trincados, é bem verdade – mas ainda válidos e promissores, sem uma somatória de esforços dos diversos sistemas que compõem uma instituição social, como o jurídico, o político e o moral e o firme propósito dos atores que os operacionalizam de preservar seus papéis efetivos e suas funções simbólicas (Albano, 2015, p. 197).

RESUMO

Esta monografia tem como objeto a questão dos limites da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especificamente em se tratando do seu poder normativo. Esse Conselho é um órgão do Poder Judiciário de natureza administrativa, responsável pelo controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário. O objetivo deste trabalho foi discutir sobre o ativismo judicial, investigando, através de casos limítrofes em que o CNJ interferiu no direito penal – mais especificamente em matérias formais, se as diretrizes emitidas pelo órgão estão em consonância com suas atribuições ou se configuram uma extrapolação de suas funções, exercendo autêntica atividade legislativa em clara violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da legalidade estrita, conforme preconizado pela teoria do direito penal e processual penal e estabelecido no Texto Constitucional. Adotando o método hipotético-dedutivo e realizando pesquisa teórico-bibliográfica, pretende-se demonstrar de que modo a postura ativista do CNJ vem ocorrendo e quais implicações a inserção de normas no ordenamento jurídico brasileiro de maneira desconforme ao trâmite legislativo tradicional podem ocasionar. Foram analisados os cenários concernentes e as repercussões dadas a três resoluções emitidas pelo CNJ: a Resolução nº 213, que diz respeito às audiências de custódia; a Resolução nº 391, que versa sobre a remição de pena pela leitura; e a Resolução nº 487, que dispõe sobre o fechamento dos hospitais de custódia. Desse modo, o estudo permitiu aferir que, ainda que seja considerado o poder normativo como inerente à atuação institucional do Conselho, ele deve ser conduzido dentro dos limites da legalidade e constitucionalidade, para evitar qualquer ação que comprometa o equilíbrio entre os poderes, vulnere nosso arcabouço jurídico-constitucional e, o que é mais grave, corrompa os alicerces do Estado Democrático de Direito do país.

Palavras-chave: ativismo judicial; Conselho Nacional de Justiça; direito penal e processual penal; poder normativo; separação de poderes.

ABSTRACT

This monograph addresses the limits of the actions of the Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [National Justice Council], specifically regarding its normative power. This Council is an administrative body within the Judiciary, responsible for overseeing the administrative, financial, and disciplinary aspects of the judicial system. The aim of this work is to discuss judicial activism by examining borderline cases in which the CNJ intervened in matters related to criminal law - particularly in formal aspects - in order to assess whether the guidelines issued by the CNJ align with its institutional attributions or whether they constitute an overreach of its functions, amounting to authentic legislative activity in clear violation of the principle of separation of powers and the principle of strict legality, as upheld by the theories of criminal law and criminal procedure and established in the Federal Constitution. Using the hypothetical-deductive method and conducting theoretical and bibliographic research, this study intends to demonstrate how the CNJ's activist stance has manifested and to evaluate the implications of introducing norms into the Brazilian legal system through means that deviate from the traditional legislative process. To that end, three resolutions issued by the CNJ were analyzed, considering their contexts and repercussions: Resolution nº. 213, concerning custody hearings; Resolution nº. 391, which addresses sentence remission through reading; and Resolution nº. 487, which provides for the closure of custody hospitals. This analysis made it possible to conclude that, even if normative power is deemed inherent to the institutional role of the Council, its exercise must remain within the boundaries of legality and constitutionality. This is essential to prevent actions that could compromise the balance among the branches of government, undermine the legal-constitutional framework, and - more seriously - corrupt the foundations of the country's Democratic Rule of Law.

Keywords: criminal law and criminal procedure; judicial activism; Conselho Nacional de Justiça [National Justice Council]; normative power; separation of powers.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANADEP	Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CAPS	Centro de Atenção Psicossocial
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
DMF/CNJ	Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
EC	Emenda Constitucional
ENCCEJA	Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
HC	Habeas Corpus
HCTP	Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
JF	Justiça Federal
LEP	Lei de Execução Penal
PDL	Projeto de Decreto Legislativo
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PL	Projeto de Lei
PTS	Projeto Terapêutico Singular
RAPS	Rede de Atenção Psicossocial

RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
STF	Supremo Tribunal Federal
TCT	Termo de Cooperação Técnica
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A CRISE DO DIREITO, O PÓS-POSITIVISMO E O ATIVISMO JUDICIAL	17
1.1 A Crise do Pensamento Jurídico e o Surgimento do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo	17
1.2 O Fenômeno do Ativismo Judicial na Esteira do Surgimento de um “Direito Valorativo”	21
2 A CRIAÇÃO DO CNJ: ORIGEM E ATRIBUIÇÕES	29
3 O CNJ ENTRE FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL: EVIDÊNCIAS DE CASOS LÍMITROFES	38
3.1 As Fontes da Norma Penal e Processual Penal	39
3.2 Primeiro Caso: A Implementação das Audiências de Custódia.....	45
3.3 Segundo Caso: A Remição da Pena pela Leitura	54
3.4 Terceiro Caso: O Fechamento dos Hospitais de Custódia.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O estudo realizado abordou a questão da hipertrofia do Poder Judiciário, que tem, cada vez mais, adotado uma postura ativista geradora de tensões democráticas, por deslocar o poder de decisão das mãos de representantes eleitos para os tribunais.

Esse fenômeno tem alcançado uma escala mundial considerável, ao menos no mundo ocidental. Estudiosos da área jurídica e da ciência política se debruçam sobre tal fenômeno, buscando conhecer as causas e implicações da crescente atuação política do Judiciário – no sentido mais preciso do termo –, evidenciada pela influência de julgadores em matérias que envolvem escolhas políticas ou deliberações legislativas.

Delimitado seu alcance e campo de análise, foi eleito como objeto da pesquisa os limites do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça em matéria penal. Definida a hipótese central – o Judiciário brasileiro, especialmente a Corte Suprema, vem assumindo crescente postura ativista e esse ativismo dá mostras de ter se projetado sobre o CNJ em clara extravagância funcional desse órgão de natureza administrativa e não jurisdicional – buscou-se trazer evidências desse fenômeno, reportando três manifestações emanadas desse Conselho: a Resolução nº 213, que diz respeito às audiências de custódia; a Resolução nº 391, que versa sobre a remição de pena pela leitura; e a Resolução nº 487, que dispõe sobre o fechamento dos hospitais de custódia.

Sendo o único órgão do Poder Judiciário de natureza administrativa e não jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça foi criado através da Emenda Constitucional nº 45 com o objetivo de reformar e promover uma estruturação e um funcionamento mais adequados do sistema de justiça brasileiro. Atribuiu-se também ao novo órgão a função de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, o seu controle administrativo, financeiro e disciplinar.

É da natureza do poder normativo das instituições ou órgãos que integram o Poder Legislativo produzir textos normativos que, em regra, buscam disciplinar matérias de modo a atingir o maior número de casos possível. Desse modo, a despeito de leis serem regularmente aprovadas pelo Legislativo, nem sempre é possível assegurar que os seus comandos possam ser plenamente executados em razão da vocação mais abstrata e genérica das normas em sentido estrito – que possui tais

características exatamente com o propósito de alcançar o maior número de situações e destinatários –, demandando sua posterior regulamentação.

Por essa razão, comumente cabe à Administração estabelecer os mecanismos complementares necessários para promover a efetividade ou a aplicação prática dessas leis. Ao CNJ, assim como aos demais órgãos da Administração Pública, foi concedido o poder normativo, também chamado por alguns autores de poder regulamentar.

É importante destacar que, assim como amplamente registrado na doutrina autorizada, tal prerrogativa está vinculada exclusivamente para a complementação de texto normativo e não inovação legislativa. Com isso, não cabe à Administração modificar texto normativo formal e materialmente válido sob o argumento de que promove sua regulamentação. Caso isso ocorra, estará caracterizado manifesto abuso do poder normativo e até mesmo desvio de função do órgão ou instituição competente para regulamentar texto de lei, em clara invasão da competência do Poder Legislativo.

Este estudo e a escolha do objeto da pesquisa se justificam em vista de ser um tema atual e relevante, que tem galvanizado não apenas o debate político no país e em parte do mundo, como também gerado discussões no campo jurídico. Aliado a isso, acredita-se que o trabalho tem algum acento de ineditismo pelo fato de não haver interesse acadêmico-científico maior na problematização e análise da atuação do CNJ nesse contexto em que se constata um protagonismo maior do Poder Judiciário no cenário político brasileiro.

Assim, elegeu-se como objeto de estudo a atuação limítrofe do CNJ entre o que seria exercício legítimo de seu poder regulamentar e o que pode evidenciar desvirtuado exercício do poder normativo. Essa análise foi orientada a partir do exame de três resoluções editadas pelo CNJ, cujas diretrizes interferem diretamente em matéria penal e processual penal, ou seja, em seara que, em tese, extrapolaria a sua competência que deve ser voltada à fiscalização judicial e ao aperfeiçoamento do trabalho do Judiciário brasileiro.

Em que pese o CNJ também ter enfrentado polêmicas relacionadas a algumas de suas resoluções na área cível, especialmente no que tange ao impacto sobre

direitos fundamentais¹, destacamos os casos em matéria penal tendo em vista que a concentração em uma área específica tanto se impõe em razão da necessidade de delimitar o objeto, especialmente em um trabalho de natureza monográfica, como em razão da importância de se buscar identificar eventuais nuances, correlações e constâncias diante do exame de casos concretos que ilustram o fenômeno estudado.

No entanto, a existência de outros casos semelhantes aos que foram objeto do presente estudo reforça a necessidade de investigar o fenômeno em outras frentes e manifestações a fim de identificar e examinar possíveis riscos democráticos e comprometimento da higidez de nossas instituições que decorrem do ativismo judicial; a necessidade do fortalecimento da atuação legislativa, que deve exercer seu papel com mais eficácia, evitando omissões; bem como o fortalecimento do diálogo institucional, para que os poderes possam evitar conflitos e buscar soluções conjuntas, respeitando as competências constitucionais de cada um.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa busca abrir uma breve discussão sobre quais seriam os limites, legalmente estabelecidos, da atuação do CNJ e se, diante dos casos examinados, resta evidenciado ou não clara extrapolação a esses limites, de que modo e porque ela ocorre.

Como o objeto de estudo desta monografia tem nítido caráter inter ou transdisciplinar, nosso marco teórico de referência é composto por um conjunto diversificado de livros, dissertações e artigos sobre a temática. Assim, embora nossas referências bibliográficas não tenham se limitado a estes, foram especialmente importantes como nosso referencial teórico-analítico os livros “Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo”, de Hirschl (2020) e “O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia”, de Garapon (1996). Também recorremos a artigos como a “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, de Barroso (2009); “Judicialização da vida, ‘descoletivização’ dos direitos fundamentais sociais e o ‘desvio’ judicante”, de Albano (2015); “Audiência de custódia: uma formulação garantista ou uma extrapolação normativa?”, de Braga e Santiago (2022); “A regulamentação do Instituto da Remição de Pena por Leitura pela Resolução 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça”, de Uzoukwu (2023); e “A

¹ A exemplo da Resolução 591/2024, que dispõe sobre julgamentos virtuais e sustentações orais; a Resolução 510/2023, sobre comissões de soluções fundiárias; e a Resolução 115/2010, sobre pagamento de precatórios.

Resolução 487 do Conselho Nacional de Justiça e a polêmica extinção dos manicômios judiciais”, de Gomes e Novaes (2025).

Quanto à metodologia, trata-se de estudo que utiliza o método hipotético-dedutivo de abordagem monográfica, baseado em estudo de caso correspondendo ao exame do disposto nas três resoluções emanadas do CNJ que constituem nosso objeto de estudo. Como métodos de procedimento, adotou-se tanto a pesquisa documental abrangendo especialmente as normativas relacionadas à matéria como pesquisa bibliográfica a fim de levantar o referencial teórico de análise do nosso objeto.

Como hipótese central deduzida da nossa ordem jurídico-constitucional, infere-se que os casos examinados evidenciam uma clara investida do CNJ no campo reservado à competência do Poder Legislativo, exacerbando o que seria o poder regulamentar desse órgão de natureza administrativa e não jurisdicional.

A monografia está estruturada em três capítulos. O primeiro aborda a crise da concepção formal-legalista do direito, o advento do pós-positivismo e o fenômeno do ativismo judicial. Já o segundo capítulo trata da criação do CNJ, abordando sua origem e atribuições, especialmente no tocante à extensão do seu poder normativo.

O terceiro e último capítulo traz um breve panorama teórico-doutrinário sobre as fontes da norma penal e processual penal, reportando os órgãos competentes para criar normas penais e, em sequência, procede-se a análise das três resoluções emitidas pelo CNJ que foram alvo de discussões jurídicas justamente por conterem em suas diretrizes parâmetros de inovação e/ou alteração da norma penal vigente. São aquelas que dispõem sobre as audiências de custódia; que estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade; e a que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário.

1 A CRISE DO DIREITO, O PÓS-POSITIVISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

1.1 A Crise do Pensamento Jurídico e o Surgimento do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo

O início da chamada modernidade é marcado, dentre outras características ou marcos, por uma tentativa de superação ou até mesmo ruptura com ideias, concepções ou visões de mundo consideradas próprias do período medieval.

Esse esforço também se fez presente no campo do Direito, com um crescente desprestígio do jusnaturalismo e a consequente rejeição a uma compreensão do direito como tendo sua origem e legitimidade no direito natural.

Assim, vê-se a adesão e amplo crescimento de uma concepção do direito que se convencionou chamar de positivismo jurídico, assentado especialmente na proposta de separação entre Direito e Moral e em certa fetichização do texto normativo.

Enquanto doutrina ou corrente teórico-científica do Direito, o positivismo jurídico moderno pode ser definido como a “atitude que reconhece como normas jurídicas apenas as normas formalmente válidas – promulgadas por uma autoridade formalmente investida de poder – sem se preocupar com seu conteúdo e sua efetiva observância por parte dos membros da sociedade” (Grossi, 2014, p.18).

No modelo positivista, para que uma norma jurídica seja válida basta apenas que ela tenha se originado em fontes reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de considerações morais ou de um referencial de justiça intrínseca.

No século XX, essa corrente de pensamento acabou por permitir ou justificar leis com o teor do que se via na Alemanha nazista, por exemplo. Nesse país, a dizimação e perseguição de milhões de pessoas eram formalmente legais – sendo, inclusive, invocada como argumento de defesa dos oficiais nazistas durante os julgamentos de Nuremberg² – e, portanto, tais normas que instituíam o genocídio do povo judeu encontravam amparo na ordem jurídica do Estado alemão.

² Nos anos de 1945 e 1946, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, alguns dos principais responsáveis pelos crimes ocorridos durante o Holocausto foram levados a julgamento na cidade de Nuremberg, na Alemanha. O processo foi conduzido por juízes das potências aliadas — Grã-Bretanha, França, União Soviética e Estados Unidos — que interrogaram vinte e dois dos mais importantes líderes nazistas (United States Holocaust Memorial Museum, [2025]) .

Assim, os trágicos acontecimentos ocorridos na primeira metade do século XX impactaram o mundo tanto no campo político como no campo cultural. Todo o horror da Segunda Guerra Mundial e do holocausto e os abusos das experiências totalitárias ajudaram a impulsionar mudanças no campo político, como a criação da ONU e no meio cultural e intelectual, inclusive na área jurídica, com o nascimento de novas concepções na ciência do direito e de uma nova teoria constitucional.

No campo das construções teóricas e da produção acadêmico-científica do direito surge um movimento que se convencionou chamar de pós-positivismo³, como uma espécie de reação de juristas e estudiosos do direito frente aos excessos, abusos e violações aos direitos humanos gerados pelas experiências totalitárias que marcaram o século XX.

Esses acontecimentos tiveram considerável impacto especialmente no mundo jurídico, evidenciando os riscos de uma concepção estritamente formal-legalista do direito, como defendido pelo positivismo jurídico. Com isso, surge um movimento de “reaproximação” do direito da ética, concretizado especialmente por meio do reconhecimento de que as normas constitucionais que consagram valores humanos e objetivos políticos superiores possuem força normativa, ou seja, as normas constitucionais de conteúdo mais abstrato e que contemplam valores com lastro moral ou expressam fins políticos possuem caráter vinculativo e os atores jurídicos devem pugnar por sua máxima efetividade.

Esse movimento produziu uma nova corrente teórico-científica que ganhou grande acolhida no meio acadêmico e na jurisprudência de tribunais constitucionais em diversos países do Ocidente, denominado neoconstitucionalismo. Tal corrente é assim definida por Barroso (2005, p. 11-12):

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de

³ Segundo Barroso, o termo “pós-positivismo” trata-se de uma expressão temporária e ampla que se refere a um conjunto de ideias dispersas, incluindo a forma como se articulam valores, princípios e regras, elementos da chamada nova hermenêutica, bem como a teoria dos direitos fundamentais (Barcellos *et al.*, 2003).

fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Sabe-se que no espectro do positivismo jurídico, com suas distintas escolas ou movimentos, prevalecia a defesa do primado do texto normativo e se destacava o papel central do legislador, buscando reduzir o direito ao que está positivado em textos normativos. Com isso, aos intérpretes-aplicadores, especialmente os julgadores, estava vedada qualquer cogitação de fundo ético sobre o conteúdo das normas.

Entretanto, com o advento do modelo neoconstitucionalista de inspiração pós-positivista, refuta-se que a interpretação da norma jurídica deve se resumir a um “paradigma estadualista” – como denomina Hespanha (2013, p. 52).

Esse paradigma do direito baseia-se em alguns axiomas que cristalizam uma compreensão do direito como mera expressão de uma vontade superior, o Estado, único ente autorizado a produzir normas ou reconhecer como válidas outras regras advindas de fontes extra ou supra estatais.

Assim, o chamado “paradigma estadualista” consagra o legalismo, que resulta na identificação entre direito e lei, sem que existam critérios para verificar se a lei realmente corresponde ao direito em sua dimensão ética ou como referência simbólica do que é justo e proporcional. Também o estadualismo que, por sua vez, implica na defesa da prevalência do interesse coletivo sobre os interesses privados, partindo da premissa de que o Estado é racional e neutro, equilibrando os interesses individuais — equilíbrio esse garantido por meio de um direito geral e abstrato. Por fim, o axioma do cientificismo doutrinal, que promove a organização do pensamento jurídico a partir de princípios gerais, influenciando as teorias de interpretação e integração do direito, bem como favorecendo um automatismo na construção das decisões de casos levados ao Judiciário (Hespanha, 2013, p. 52).

Nesse sentido, após o reconhecimento da interdependência entre Moral e Direito reavivado na esteira do movimento pós-positivista, a ciência jurídica foi conduzida a reincorporar critérios morais ao universo jurídico, produzindo um arcabouço principiológico orientado à legitimação da lei.

Ainda nessa perspectiva, com os textos constitucionais passando a ficar impregnados de valores éticos e objetivos políticos, emerge, impulsionado e inspirado no amplo debate que o pós-positivismo fomentou no meio jurídico, um novo paradigma na hermenêutica jurídica. Uma nova hermenêutica de base constitucional surge

encampando como principal proposição teórica a elevação dos princípios ao status de normas jurídicas.

Com isso, os princípios, principalmente quando consagrados no texto constitucional, não mais serviriam apenas como uma fonte subsidiária da norma legal ou diretriz de valor a auxiliar intérpretes-aplicadores quando fossem aplicar a lei. Os princípios foram alçados à condição de uma das mais relevantes fontes do direito, reconhecidos como normas-princípio que podem prevalecer até mesmo sobre normas legais ou normas-regras.

Assim, a principal tese defendida pelos teóricos dessa nova hermenêutica reside na elevação ou “dignificação” dos princípios, ou seja, passa a ser reconhecida e consagrada a força normativa dos princípios, em especial daqueles inseridos nos textos constitucionais.

Nessa perspectiva, registra Neves (1995, p. 92):

Trata-se agora também do reconhecimento, não só de que o sistema jurídico haverá hoje de pensar-se aberto e constituendo, mas sobretudo de que deixou ele de ser normativisticamente unidimensional (*i.é.*, constituído apenas por normas, no sentido dogmático estrito desse conceito, e qualquer que seja a origem dessas normas ou mesmo que não sejam elas exclusivamente normas legais), pois se revela como normativisticamente pluridimensional – desde logo, e é essencial, com uma dimensão normativa que transcende, intencional e juridicamente, as normas formais e que é dada pelos valores e princípios normativo-jurídicos, os regulativos e constitutivos fundamentos normativos de todo o sistema juridicamente vigente.

Nesse sentido, Alexy (2015, p. 90-91) afirma que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Dessa forma, eles funcionam como “mandamentos de otimização”, caracterizados por poderem ser atendidos em diferentes níveis, sendo que o grau de cumprimento necessário depende tanto das condições práticas quanto das possibilidades legais. Já as regras são normas que indicam determinações, não existindo um meio-termo na sua aplicação, ou elas são satisfeitas ou não são satisfeitas: “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.”

Em suma, as normas-princípio, assim como as normas-regras, podem incidir sobre casos concretos, mas enquanto estas possuem caráter peremptório, aqueles norteiam o aplicador do direito, podendo fornecer soluções distintas ao julgador,

devendo este ter em perspectiva que o princípio deve ser realizado na maior medida possível.

Para Garapon (1996, p. 38), inclusive, a efetividade dos textos normativos criados pelos órgãos legislativos (que entrariam na categoria de regras), é afetada pelo jogo das alianças e das coligações que transformam a lei, “não tanto na expressão de uma vontade, mas antes na subtração [*sic*] de múltiplas recusas”. Segundo ele, o legislador, vendo-se pressionado por interesses diversos, preza por termos vagos e medidas ambíguas que seriam incapazes de suscitar desacordos.

Neste sentido, com a primazia e prestígio crescente das normas-princípio – com seu conteúdo abstrato e vagueza ou imprecisão semântica – a atividade jurisdicional ganha mais relevo em detrimento do papel do legislador ordinário. Diante das crescentes demandas ou conflitos passíveis de serem judicializados, espera-se dos julgadores que se mostrem capazes de sopesar com acuidade e equilíbrio os princípios constitucionais e até mesmo as normas legais aplicáveis ao caso em exame.

Todo esse cenário complexo e intrincado em que passa a atuar a jurisdição faz com que o atuar dos julgadores se torne, como aponta ainda Garapon (1996, p. 37), “mais propício às regulações sutis requeridas pelas nossas sociedades complexas”.

Não por outra razão no campo da construção das decisões judiciais, especialmente diante dos chamados casos difíceis ou casos trágicos⁴ em que não há vislumbre de uma única decisão quando distintos valores estão em jogo e se encontram amparados em normas-princípio de matriz constitucional.

Diante desses casos, não se trata mais de considerar que o julgador deve buscar chegar a uma decisão “certa” ou “justa” para o caso, mas sim em uma decisão mais “acertada” ou “ajustada” ao caso em julgamento.

1.2 O Fenômeno do Ativismo Judicial na Esteira do Surgimento de um “Direito Valorativo”

⁴ Atienza (2014, p. 273) ensina que além da distinção entre casos fáceis/casos difíceis existem os chamados “casos trágicos”. Segundo o autor, um caso pode ser considerado trágico quando, em relação a ele, é impossível encontrar uma solução que não implique no sacrifício de algum elemento de valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. Assim, diante de casos trágicos, a tomada de decisão em um sentido não significa apenas optar entre duas ou mais hipóteses decisórias, mas sim enfrentar um verdadeiro dilema ético-jurídico diante da magnitude e imbricação entre elevados valores ou interesses fundamentais que as normas aplicáveis ao caso albergam.

Desde o final do século XX e início do século XXI, passa a ser objeto de intensos debates e amplos estudos um fenômeno que vem impactando a esfera política-jurídica contemporânea, especialmente no mundo ocidental. Trata-se do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Para Marshall (2002, p. 37), o ativismo judicial pode ser definido como a recusa dos juízes, especialmente os que ocupam assento em tribunais ou cortes superiores, em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.

Já para Barroso (2009, p. 25), trata-se de “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Pontua, ainda, o citado constitucionalista e atual ministro da Suprema Corte brasileira que a sua ideia está associada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Pompeu e Maia (2013, p. 18), por sua vez, definem que o ativismo judicial acontece quando “o Poder Judiciário invade a função típica do Poder Legislativo configurando materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”.

Fato é que esse fenômeno ganhou terreno e vem trincando clássicas concepções acerca da tripartição dos poderes (na verdade, funções essenciais) do Estado, do funcionamento do sistema de freios e contrapesos e até mesmo da própria noção de democracia por diversas razões.

Algumas das principais razões estão associadas tanto a uma tendência mundial de maior protagonismo do poder judiciário diante de uma sociedade complexa e multifacetada com suas crescentes tensões, conflitos e demandas levadas aos tribunais, quanto às repercussões no campo jurídico e político de novas concepções relacionadas ao pós-positivismo.

Como já destacado, novas correntes de pensamento influenciadas pelo pós-positivismo jurídico ajudaram a promover um intenso movimento de ampliação de normas que consagram valores ou definem objetivos políticos – as normas-princípio –, levando juízes a enveredarem, em seus julgamentos e por meio de suas decisões, pelo campo de escolhas políticas e intervenções socioeconômicas. Aponta-se que tais decisões acabam tangenciando ou, na visão de muitos analistas, até mesmo invadindo as esferas de competência do Executivo e do Legislativo.

Esse cenário adquire tons ainda mais dramáticos e eleva preocupações em diversos países que, assim como o Brasil, são caracterizados por uma disfuncionalidade institucional e por um padrão democrático ainda não tão consolidado.

De acordo com Garapon (1996, p. 23) todo esse protagonismo do Judiciário que pode se manifestar como ativismo judicial decorre do fato de que a figura do juiz aparece como uma espécie de “fiador” ou “garante” para evitar o colapso das sociedades democráticas, que rejeitaram tradicionais figuras de autoridade, como a autoridade paterna, do monarca e até mesmo a clerical, e já não conseguem lidar de outra maneira com a complexidade e a diversidade que essas mesmas sociedades criam ou retroalimentam.

Sem as referências que lhe dão identidade e moldam sua personalidade, o indivíduo busca, no contato com o sistema de justiça, uma proteção contra sua própria desintegração interna. Diante da fragilidade do sistema político, agora é ao juiz que se recorre para obter uma espécie de salvação. Os juízes se tornaram, então, os últimos a ocupar uma posição de autoridade abandonada pelos seus antigos responsáveis.

Ainda segundo Garapon (1996, p. 23-24):

Quanto mais a democracia se emancipar, na sua forma dupla de organização política e de sociedade, mais ela procurará na justiça uma espécie de protecção [sic]: eis a unidade profunda do fenômeno da vigorosa ascensão da justiça. A protecção [sic] - a informática lembra-o - está relacionada com a fragilidade e com a memória. O destino das sociedades é o de esquecer a sua tradição, rejeitar a sua herança para reinventar o seu destino, mas será possível viver sem memória? O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentam, estes últimos pediram à justiça que zelassem pelos seus juramentos.

Dessa forma, constata-se que o Judiciário passou a ser alçado a um outro patamar no quadro de correlação de forças entre os três poderes. De uma posição sem maior relevo frente aos poderes Legislativo e Executivo nos últimos séculos, ele assume um crescente papel de destaque neste início do século XXI.

Se antes o papel do juiz era apenas julgar conflitos aplicando o texto legal aplicável ao caso, agora espera-se que ele desempenhe um papel mais ativo e protetor, especialmente em relação às pessoas mais vulneráveis. Se no passado os conflitos levados ao Judiciário eram vistos como um risco de ruptura nas relações

sociais, hoje eles são vistos como ocorrências ou fenômenos comuns e corriqueiros de uma sociedade complexa, dinâmica e multifacetada. Sobre isso, salienta Albano (2015, p. 188):

É preciso reafirmar que a vida é maior que o direito. Importa reconhecer que a sociabilidade humana carece do direito, mas não se reduz ou esgota na dimensão do jurídico. Conferir uma envergadura descomunal à intervenção do jurídico em nossas vidas significa abdicar de outras ricas e proficientes formas de mediação de conflitos, além de promover a redução dos espaços políticos de construção de consensos razoáveis em torno das demandas por proteção e efetivação dos bens e valores de alto relevo social.

A jurisdição passou a ser considerada uma forma normal de governança, deixando a ênfase nos aspectos negativo e punitivo, até então tão característicos de sua razão de ser originária, para o que agora se transforma em algo positivo e construtivo. Se antigamente o sistema judiciário parecia atrasado em relação aos costumes, agora é visto como um instituidor de novos paradigmas (Garapon, 1996, p. 47).

Além disso, esse “novo método de perseguir objetivos políticos e administrar negócios públicos” vem acompanhado e é reforçado pela noção de que a democracia já não seja, nesses tempos, a “regra da maioria”, mas sim que, para que se trate de democracia, as minorias devem ter proteção legal expressamente prevista em uma constituição escrita (Hirschl, 2020, p. 30).

Assim, o corolário do pensamento democrático nos tempos atuais é o de que, perante a vontade da maioria, ainda assim impõe-se fazer valer os direitos da minoria, garantidos legalmente na forma de uma constituição escrita. Segundo Hirschl (2020, p. 78), sob esta visão da democracia, “os juízes, que estão excluídos das pressões da política partidária, são responsáveis pela aplicação destes direitos por meio de uma revisão judicial ativa”. Trata-se do que se convencionou chamar de função contramajoritária do judiciário, mais especificamente de suas cortes superiores,

Ainda nessa perspectiva o citado autor pontua que o fenômeno do fortalecimento e crescente protagonismo político do judiciário – sobre o qual faz referência em sua obra com o neologismo “juristocracia” –, “parece, nos dias atuais, ser algo largamente aceito como uma manifestação do senso comum do pensamento constitucional contemporâneo” e surge justamente como uma consequência do constitucionalismo (Hirschl, 2020, p. 31).

Na esteira de tal pensamento e análise, em relação ao cenário especificamente brasileiro, Barroso (2009, p. 24) aponta que “a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”.

A tão louvada “Constituição Cidadã”, ampliou significativamente os direitos fundamentais e sociais, fortalecendo o papel do Poder Judiciário na garantia desses direitos. Ela criou um sistema jurídico robusto e favoreceu uma hipertrofia do Judiciário, em especial da Corte Suprema, tanto por meio do controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como pela amplitude de matérias passíveis de se invocar violação a normas constitucionais em casos judicializados que, em sede recursal, podem ser levados ao STF.

Registre-se, por oportuno, que há escassez de trabalhos empíricos acerca das consequências concretas do constitucionalismo e da revisão judicial, e mesmo os que são refratários à visão de que o constitucionalismo seja algo benéfico costumam se ater apenas ao debate sobre a natureza “contramajoritária” da revisão judicial e o “débito democrático” inerente à transferência de prerrogativas dos parlamentares para o Judiciário.

A questão da dificuldade contramajoritária é identificada na teoria constitucional, segundo Barroso (2009, p. 28) como “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República - sufragado por mais de 40 milhões de votos - ou do Congresso - cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular”.

De todo modo, a tendência de revisão judicial, no entanto, se manifesta em um crescente. É o que se vê no projeto lançado pela Fundação Getúlio Vargas, por meio da Escola de Direito do Rio de Janeiro, com apoio da Escola de Matemática Aplicada, intitulado “Supremo em Números”, cujo objetivo é efetuar análises quantitativas em grande escala sobre o comportamento do principal órgão de cúpula do Poder Judiciário: o STF.

Em sua IX edição, a mais recente até o presente momento, o Supremo em Números (2020, p. 64), ao analisar de forma gráfica a média de caracteres das decisões das turmas do STF no lapso temporal de 1998 a 2018, conclui que, de maneira geral, houve um grande aumento no tamanho das decisões, em todos os tipos de decisões analisados, mas de forma ainda mais significativa nas decisões de mérito favoráveis.

Já o conceito de débito democrático serve para designar o fato de que, em um sistema democrático, os representantes eleitos são responsáveis por legislar, formular políticas públicas e tomar decisões que afetam diretamente a vida da população, sempre sujeitos a mecanismos de prestação de contas, como as eleições periódicas. Esses parlamentares têm o dever de atuar de acordo com os interesses e demandas dos cidadãos que os elegeram, o que confere um grau de legitimidade às suas ações.

No entanto, quando o Judiciário assume prerrogativas que seriam típicas do Legislativo, surge o "débito democrático". Isso ocorre porque, ao transferir tais poderes para juízes e tribunais — agentes não eleitos e não sujeitos a processos eleitorais — o controle popular sobre as decisões políticas é enfraquecido. Juízes e ministros, embora fundamentais para a defesa da Constituição e proteção dos direitos fundamentais, não têm o mesmo vínculo direto com a sociedade, nem a mesma responsabilidade política que os representantes eleitos.

Esse quadro caracterizado por uma hipertrofia do Judiciário revela-se inquietante, pois, em um cenário ideal, as decisões políticas devem refletir a vontade popular e ser passíveis de revisão através de eleições democráticas. As investidas crescentes do Judiciário em matérias que envolvem escolhas políticas ou legislativas podem gerar um desequilíbrio entre os poderes constituídos, comprometendo o princípio da separação de poderes e reduzindo a capacidade da população de influir diretamente nas decisões que afetam sua vida cotidiana.

Além disso, quando o Judiciário assume competências que pertencem ao Legislativo, favorece uma espécie de enfraquecimento da própria função política do Congresso, que perde a prerrogativa de tomar decisões fundamentais para a sociedade. Em última análise, o débito democrático se manifesta quando a soberania popular é mitigada, pois as decisões cruciais para a sociedade são tomadas por agentes que não possuem o lastro de legitimidade decorrente da manifestação popular.

O acionamento de um Judiciário que adotou uma postura ativista, especialmente através dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade⁵, também oferece um caminho alternativo para atores políticos que não conseguem promover suas agendas por meio dos canais legislativos tradicionais consigam impor suas pautas, visto que podem passar a utilizar os

⁵ O controle concentrado de constitucionalidade é um mecanismo jurídico que permite questionar a legalidade de leis ou atos normativos no Supremo Tribunal Federal (STF).

tribunais para alcançar seus objetivos sem o ônus do crivo inerente ao poder legiferante - crivo este, conquanto, necessário ao exercício de uma democracia robusta.

Quando esses atores – que podem incluir grupos da sociedade civil, movimentos sociais ou até mesmo partidos ou parlamentares insatisfeitos com a omissão do Legislativo em pautar ou aprovar matérias do interesse desses grupos – não conseguem obter sucesso no Legislativo, seja por enfrentarem oposição política, derrotas nos embates com diferentes grupos de interesse, polarização ou falta de consenso, o recurso à judicialização de suas pautas se torna uma alternativa cada vez mais atrativa. Eles, então, passam a ajuizar cada vez mais ações que questionam leis ou práticas que supostamente violariam princípios constitucionais, ou ainda, mobilizam o judiciário para garantir a implementação de direitos já reconhecidos ou mesmo a sua ampliação a fim de favorecer grupos, movimentos ou interesses que representam.

Esse caminho alternativo, no entanto, tem suas implicações, já que a judicialização de temas políticos pode ser vista como uma maneira de contornar o processo democrático legislativo.

Para Albano (2015, p. 192):

[...] o embate no plano de deliberação legislativa teria maior grau de legitimidade na medida em que favorece a expressão da correlação das forças existentes na sociedade, além de estimular a construção de consensos e acordos firmados a partir de concessões e compromissos entre os diversos grupos sociais. A atuação efetiva de partidos políticos e movimentos sociais também possibilita que seja franqueado espaço para expressão de grupos minoritários, qualificando democraticamente o processo de tomada das decisões políticas fundamentais. Enfim, haveria nesses espaços uma visibilidade maior do que seria a mais autêntica expressão da política.

Fica evidenciado, portanto, que um dos grandes problemas na postura ativista do Judiciário reside no fato de que a interferência nas prerrogativas dos outros dois poderes poderia crescer demais, gerando um desequilíbrio na balança dos Poderes e, conseqüentemente, no jogo democrático. Outros riscos envolvem “a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (Barroso, 2009, p. 31).

Segundo Hirschl (2020, p. 292-293):

Pelo menos em teoria, uma vez ampliadas as suas competências, existe o risco de que os tribunais se transformem no monstro de Frankenstein: órgãos de decisão imprevisíveis e autônomos, cujos julgamentos são contrários aos interesses e expectativas dos defensores da sua nova roupagem institucional.

Em terras brasileiras, o debate sobre o ativismo judicial tem se tornado cada vez mais intenso, uma vez que, se até o advento da Constituição de 1988, de acordo com Barroso (2009, p. 26), a linha de atuação do Judiciário no Brasil prezava notoriamente pela autocontenção judicial, no cenário recente, o que se tem visto em determinadas situações é uma posição claramente ativista.

Os defensores do ativismo judicial, por sua vez, alegam que, há décadas, temos vivenciado uma crise institucional que afeta a representatividade, a legitimidade, a higidez e a funcionalidade tanto do Poder Executivo quanto, de forma até mais acentuada, do Poder Legislativo, havendo, em diversas ocasiões, a negligência de suas funções estabelecidas pela Constituição – fazendo com que esses poderes angariassem para si uma crescente desconfiança e insatisfação de boa parte da população.

Diante dessa conjuntura, o Poder Judiciário foi ampliando espaço e avançando em seu protagonismo político, mas, ao atuar de forma mais ativa, acabou por exceder suas atribuições, entrando na esfera de criação de leis e na implementação de políticas públicas.

Como já destacado, o fenômeno do ativismo judicial adquire contornos e feições mais dramáticas em nosso país do que em outros. Esse preocupante quadro fica evidenciado quando temos hoje atuante no país um órgão administrativo como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado para fiscalizar e conferir maior transparência e eficiência ao Judiciário brasileiro, que vem recebendo críticas em razão do que seria a exacerbação de suas funções institucionais e, não raro, legislando em alguns casos.

Examinaremos, nesta monografia, três casos limítrofes em que o CNJ adentrou nas prerrogativas do Poder Legislativo, apontando evidências concretas que corroboram com a tese dessa invasão de competência e analisando os casos à luz de um suporte teórico e normativo. Mas, antes, faz-se necessário discorrermos brevemente sobre a criação, estrutura e atribuições do CNJ.

2 A CRIAÇÃO DO CNJ: ORIGEM E ATRIBUIÇÕES

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, com sede na Capital Federal (art. 92, CF/1988). E, embora faça parte do Poder Judiciário, é o único de natureza administrativa e não jurisdicional que integra sua estrutura.

De acordo com livro organizado pelo ministro José Antonio Dias Toffoli, na ocasião do aniversário de 15 (quinze) anos do CNJ, apesar de as primeiras propostas para sua criação terem surgido ainda durante a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), o Conselho não foi incluído desde o princípio na redação da Constituição vigente. Isso ocorreu porque a ênfase das discussões à época foi direcionada à autonomia administrativa, orçamentária e financeira do Judiciário – a qual foi, de fato, alcançada com a promulgação da Carta Fundamental (Toffoli, 2020, p. 18).

Anos depois, mais especificamente a partir de 1992, várias Propostas de Emenda à Constituição (PEC) foram apresentadas para melhorar a estrutura do Judiciário, e a ideia da criação de um conselho de supervisão voltou à tona, ganhando apoio à medida que se tornava evidente a necessidade de um órgão para gerenciar administrativamente e promover a eficiência, transparência e políticas públicas no Judiciário.

Ainda segundo Toffoli (2020, p. 18-19), diversas razões podem ser elencadas que justificam essa necessidade de sua criação, existência e funcionamento. Primeiramente, o aumento exorbitante de processos que passou a tramitar nos Tribunais após a promulgação da Constituição, tendo em vista o extenso rol de garantias dos direitos dos brasileiros trazidos pela Carta. Como o Poder Judiciário recebeu o papel de zelar por esses direitos e, naquela época, em plena década de 1990, os recursos humanos, financeiros, orçamentários e tecnológicos disponíveis não possibilitaram uma correspondência satisfatória, este órgão tornou-se moroso e, muitas vezes, ineficiente e descredibilizado perante a população brasileira.

Uma segunda razão se deve ao fato de que os órgãos do Poder Judiciário eram pouco integrados, não havendo fornecimento de informações e dados sobre as Cortes de forma satisfatória. Além disso, com essa conexão limitada, a chance de haver uma coordenação de políticas públicas integradas que pudessem contribuir para a melhoria dos serviços oferecidos era mínima (Toffoli, 2020, p. 19).

Ao mesmo tempo, havia pouca divulgação tanto das informações institucionais quanto dos procedimentos processuais. Por isso, o Poder Judiciário passou a ser visto como uma "caixa preta", devido à ausência de transparência em determinados tribunais. Essa situação, somada às acusações de corrupção envolvendo alguns integrantes do Judiciário, levou ao crescimento das demandas por uma Justiça mais acessível, rápida, confiável e transparente (Toffoli, 2020, p. 19).

Foi assim que, mediante a necessidade de reforma do setor, para dar uma “resposta aos anseios sociais que clamavam pela modernização da prestação jurisdicional, livrando-a de vícios antigos que desprestigiavam o Poder” (Masson, 2018, p. 1081), surge o Conselho Nacional de Justiça, por meio da supracitada Emenda Constitucional (EC) nº 45, promulgada no dia 8 de dezembro de 2004 e publicada em 30 de dezembro do mesmo ano.

Conforme alega Masson (2018, p. 1080-1081):

Em meio a um cenário de críticas severas ao isolacionismo social, morosidade e corporativismo maléfico que acometiam o Poder Judiciário, foi instituído o Conselho Nacional de Justiça, órgão com atribuições exclusivamente administrativas, desprovido de competências jurisdicionais, para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como fiscalizar os juízes no cumprimento de seus deveres funcionais.

Sobre as regras referentes à composição do Conselho, tem-se que o conselho é composto por quinze membros, com mandato de dois anos, sendo admitida, apenas, uma recondução. Preceitua a Carta Política, no seu artigo 103-B, quem são os integrantes do Conselho:

- I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (Brasil, 1988, cap. III, sec. II, art. 103-B, inc. I-XIII).

Vale destacar que o Presidente do STF será também o Presidente do CNJ e o STF não o indica, pois é membro originário, conforme determina a Constituição (art. 103-B, § 1º).

Importante ressaltar também que a criação do CNJ foi tema de controvérsia e amplo debate pelos juristas pois foi questionada, quando de sua criação, uma possível violação à divisão e separação dos Poderes (art. 2º da CF/1988) e ao pacto federativo (art. 1º e art. 18 da CF/1988), em razão de se submeter o Poder Judiciário dos estados membros à supervisão administrativa e disciplinar do CNJ, como também a possibilidade de que a independência do Poder Judiciário fosse colocada em risco justamente devido a sua composição heterogênea, com integrantes alheios ao Judiciário.

Esses foram os principais questionamentos suscitados, à época, pela Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367-1/DF, posteriormente julgada pelo STF como improcedente.

Nas palavras do Ministro Cezar Peluso, relator da ADI, em acórdão publicado no Diário da Justiça em 17/03/2006:

[...] a incorporação privilegiada do princípio da separação na ordem constitucional não significa de modo algum que a distribuição primária das funções típicas e a independência formal dos Poderes excluam regras doutro teor, que, excepcionais na aparência, tendem, no fundo, a reafirmar a natureza unitária das funções estatais, a cuja repartição orgânica é imanente a vocação conjunta de instrumentos da liberdade e da cidadania. Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político e jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder. É essa, de certo modo, a opinião comum dos constitucionalistas pátrios (Brasil, 2005, p. 24).

Já, com relação ao argumento de violação ao princípio federativo, ponderou o citado ministro:

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é

doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, "Judiciários estaduais" ao lado de um "Judiciário federal" (Brasil, 2005, p. 44-45).

Quanto à presença de não-magistrados no CNJ, o ministro chamou atenção ao fato de que a própria EC nº 45 contém "provisões adequadas a garantir que o exercício do poder disciplinar se paute por critérios de rigorosa legalidade" (Brasil, 2005, p. 39). Também salientou o fato de que a maioria dos membros é formada por magistrados, ligados, portanto, à magistratura, além de pessoas experimentadas no ofício de aplicar a lei.

Desse modo, embora a magistratura nacional, em sua maioria, tenha oferecido resistência à instituição de órgão com a finalidade de controle, a Corte Suprema afastou, por fim, por maioria de votos, o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda nº 45/2004.

Com relação às competências estabelecidas no artigo 103-B da Constituição Federal e complementadas pelo Regimento Interno do Conselho (Resolução nº 67, de 3 de março de 2009), tem-se que o CNJ é responsável, entre outras atribuições, pelo controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, exceto no que diz respeito ao STF, conforme também ficara decidido na ADI nº 3.367.

Além disso, o CNJ tem o papel de planejar, apoiar e monitorar políticas públicas destinadas à melhoria dos serviços prestados pelo Judiciário. Preceitua o §4º do art. 103-B da *Lex Maxima*:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

- V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (Brasil, 1988, cap. III, sec. II, art. 103-B, § 4º, inc. I-VII).

Em seu artigo “Limites de Atuação do Conselho Nacional de Justiça - Vedação ao exercício de jurisdição constitucional na via administrativa” (CNJ, 2015), publicado por ocasião do aniversário de 10 anos do CNJ, Moraes alega que a definição clara dos limites constitucionais das importantes competências administrativas do CNJ é essencial para o seu funcionamento adequado e para a preservação de sua legitimidade constitucional.

Também segundo o jurista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar que as competências originárias do órgão, assim como ocorre há mais de 210 anos com a Corte Suprema dos Estados Unidos e há mais de 120 anos com as competências originárias do STF, estão taxativamente previstas no texto constitucional (Moraes, 2015, p. 31).

Essas competências não devem ser ampliadas ou modificadas pela interpretação do próprio órgão, uma vez que as atribuições dos órgãos superiores do Poder Judiciário exigem uma previsão clara e detalhada, de acordo com um princípio tradicional que remonta ao constitucionalismo norte-americano de 1787 e foi reconhecido no famoso caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 – 1803)¹, sendo igualmente aceito no Brasil desde os primeiros anos da República (RTJ 43/129, 44/563, 50/72) (Moraes, 2015, p. 31).

Já para Masson (2018, p. 1082), não são exaustivas as competências designadas pela Constituição para o CNJ, “haja vista a possibilidade de ampliação que pode ser efetuada pelo Estatuto da Magistratura”.

Seja de uma forma ou de outra, uma vez que a constitucionalidade *lato sensu* do CNJ já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão mais recente e a

¹ Precedente jurisprudencial americano que estabeleceu a doutrina do *judicial review*. É de grande relevância para o Brasil, por, com base nele, ter-se originado o chamado controle difuso de constitucionalidade – que, também chamado de controle por via de exceção ou defesa, consiste na possibilidade de o juiz ou um colegiado examinarem, em um caso específico, se uma lei ou norma está de acordo com a Constituição, e, com base nessa análise, proferirem sua decisão (IDP, 2022).

que mais interessa ao presente trabalho concentra-se em torno dos limites do poder regulamentar dos conselhos instituídos pela EC nº 45 e, a fim de uma análise mais clara acerca do que seria o poder normativo (ou regulamentar) do CNJ e delinear seus limites de atuação, faz-se necessário identificar qual seja a natureza jurídica dos atos regulamentares por ele expedidos, conforme estabelecido no inciso I do §4º do art. 103-B elencado acima, cerne da presente discussão.

Para isso, inicialmente, impõe-se traçar uma comparação entre as resoluções emitidas pelo CNJ e os atos administrativos em sentido estrito², uma vez que a competência constitucionalmente definida desse Conselho delimita, de forma clara, o exercício de uma função administrativa, no âmbito do Poder Judiciário.

De acordo com Carvalho (2018, p. 123), o poder normativo (ou regulamentar) refere-se à autoridade concedida à Administração Pública para criar normas gerais, ou seja, atos administrativos de caráter geral e abstrato, com efeito *erga omnes*. Esse poder não envolve a criação de leis, mas sim a elaboração de normas que complementam a legislação existente.

Trata-se de uma prerrogativa atribuída à Administração Pública para emitir esses atos, garantindo e facilitando aplicação de textos normativos comumente oriundos do Legislativo, uma vez que minudencia ou complementa seu conteúdo, mas sempre dentro dos limites estabelecidos pela lei. Preleciona ele:

Nesse sentido, somente a lei é capaz de inovar no ordenamento jurídico, criando ou extinguindo direitos e obrigações a todos os cidadãos. A lei é a fonte primária do Direito Administrativo e somente ela estabelece regras, em caráter inicial que obrigam toda a atuação do administrador público. É indiscutível, nesse ínterim, a supremacia da lei em face dos atos administrativos normativos que não podem alterá-la ou desrespeitar os seus termos. Sendo assim, o ato administrativo normativo é fonte primária e inferior. Tal situação tem base no texto constitucional, haja vista o fato de que as leis emanam de um processo de elaboração complexo, definido no próprio texto constitucional, haja vista o fato de que a Constituição Federal estipula, em seu art. 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Também decorre do fato de que as leis emanam de um processo de elaboração complexo, definido no próprio texto constitucional que lhes garante maior confiabilidade, uma vez expedidas pelos representantes diretos do povo, titular maior do interesse público (Carvalho, 2018, p. 123).

² Utiliza-se o termo “em sentido estrito” porque “[...] nem todo ato praticado pela Administração Pública é ato administrativo. Algumas vezes ela atua na esfera privada ou praticando atos, no exercício da função política, ou ainda, exercendo atividades meramente materiais, que não traduzem manifestação de vontade” (Carvalho, 2018, p. 253).

Sobre os atos normativos - classificados como espécie dos atos administrativos e dos quais fazem parte as resoluções expedidas pelo CNJ -, Carvalho (2018, p. 292, grifo nosso) os conceitua como “atos gerais e abstratos que geram obrigações a uma quantidade indeterminada de pessoas, dentro dos limites da lei”. As resoluções, por sua vez, podem ser definidas como atos normativos “dos órgãos colegiados, usados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, e pelas Agências Reguladoras, para disciplinar matéria de sua competência específica” (Carvalho, 2018, p. 292, grifo nosso).

A grande diferença, no entanto, entre as resoluções emitidas pelo CNJ e atos administrativos advindos de outras entidades de natureza administrativa, é que as primeiras decorrem de expressa outorga constitucional, conforme estipula o já mencionado inciso I do §4º do art. 103-B da Carta Fundamental, enquanto os atos administrativos praticados por outras entidades decorrem de competências administrativas previstas em lei infraconstitucional. Dessa forma, as resoluções do CNJ possuem um fundamento jurídico mais robusto, pois se baseiam diretamente na Constituição Federal, conferindo-lhes maior legitimidade e força normativa dentro do âmbito do Poder Judiciário.

Vale registrar a lição de Carvalho Filho (2015, p. 60) sobre o poder regulamentar, aqui tido como sinônimo de poder normativo, atribuído aos órgãos administrativos, entre os quais figura o CNJ:

O poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência desta. [...] Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Essa obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada na lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; nesse caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no art. 5º, II, da CF.

Destaque-se que tanto os atos normativos como os atos administrativos desses órgãos ou entidades são suscetíveis a passar pelo crivo do exame de legitimidade por órgão jurisdicional. No caso do CNJ, cabe ao STF a competência para tal, conforme a alínea “r” do inciso I do art. 102 da CF, qual seja:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil, 1988, cap. III, sec. II, art. 102, inc. I, alínea “r”).

Nesse ponto, é relevante colocar em questão se a emissão de resoluções pelo CNJ resulta do uso de uma competência discricionária. Sobre esse assunto, os autores Streck; Sarlet; Clève (2005, p. 3), explicam que:

O fato de a EC Nº 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.

Em contrapartida, ao analisar a Resolução nº 7/2005 do CNJ, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº. 12/DF, o relator, Ministro Ayres Britto, defendendo a diferença de tratamento dispensada pela Carta Fundamental entre o CNJ e os outros conselhos congêneres - quais sejam, o Conselho da Justiça Federal e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho - instituídos pela EC nº 24/2004, preceitua:

Dá-se que duas outras coordenadas interpretativas parecem reforçar esta compreensão das coisas. A primeira é esta: a Constituição, por efeito da Emenda 45/04, tratou de fixar o regime jurídico de três conselhos judiciários: a) o Conselho da Justiça Federal (inciso II do parágrafo único do art. 105); b) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (inciso II do § 2º do art. 111-A); e c) o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). Ao cuidar dos dois primeiros Conselhos, ela, Constituição, falou expressamente que as respectivas competências - todas elas, enfatize-se - seriam exercidas “na forma da lei”. Esse inequívoco fraseado “na forma da lei” a anteceder, portanto, o rol das

competências de cada qual das duas instâncias. Ora, assim não aconteceu com o tratamento normativo dispensado ao Conselho Nacional de Justiça. Aqui, a Magna Carta inventariou as competências que houve por bem deferir ao CNJ, quedando silente quanto a um tipo de atuação necessariamente precedida de lei (Brasil, 2006, p. 20-21).

Diante do exposto, resta afirmar que o STF, ao ser questionado pela ADC 12/DF, decide, então, pela constitucionalidade da Resolução nº. 7/2005, ao fundamento de que o CNJ edita atos de caráter normativo primário, que possuem a mesma força de lei, e isto, nas palavras de Ayres Britto, é “dado que arranca [sic] diretamente do 4º do art. 103-B da Carta cidadã” (Brasil, 2006, p. 2).

E, embora os incisos I e II do parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição restrinjam o exercício da competência para a emissão de resoluções, ainda assim existe, dentro desses limites, uma liberdade suficiente para garantir ao CNJ a capacidade de decidir de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, visando o cumprimento de sua função.

No entanto, resta identificar e examinar até que ponto essa liberalidade para editar atos normativos de caráter regulamentar do CNJ, oriundo do poder normativo primário, poderia introduzir inovações no âmbito legal.

Segundo Dias e Menossi (2017, p. 109), não se pode perder de vista que essa competência regulamentar do CNJ está limitada ao âmbito de atuação do Conselho, qual seja, o controle da gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário, além da disciplina dos seus membros. Em outras palavras, a possibilidade de inovação através da edição de normas pelo Conselho estaria limitada, segundo as autoras, “ao universo que a Constituição determina”, a saber, o do controle do Poder Judiciário (Dias e Menossi, 2017, p. 114).

Entretanto, como exposto no primeiro capítulo, estamos diante de um processo de judicialização da vida, em especial da dimensão política, e o ativismo judicial se tornou o *modus operandi* do Poder Judiciário, com claros impactos em nossa tessitura democrática e na relação equilibrada entre os poderes. Nesse cenário, passa a ser mais frequente o risco de cometimento de abuso do exercício do poder normativo.

Miranda (2020, p. 66696) aponta que já há bastante tempo observa-se a preponderância do Poder Judiciário em comparação aos demais poderes, especialmente no que tange à implementação da Constituição. Segundo ele, a criação e as competências normativas do CNJ representam, de certa forma, a ampliação das esferas de atuação do Poder Judiciário.

Acrescenta, ainda, que “o problema em se atribuir poder normativo primário ao CNJ está no fato de termos uma Constituição extremamente abrangente e que tem como seu guardião final o Poder Judiciário” (Miranda, 2020, p. 66696). Com isso, fica franqueado largo espaço para que o próprio Judiciário defina o que é matéria de sua competência, de que forma pode exercer, diretamente ou por meio de seus órgãos auxiliares como o CNJ, as funções que lhes foram constitucionalmente atribuídas.

Releva, portanto, buscar definir os vínculos e limites da atuação do CNJ para que sua atuação não se degenere de modo a afetar a higidez do nosso Estado Democrático de Direito, passando tal órgão e o próprio STF a ser visto – ou passando a assumir de fato essa feição – como uma espécie de parlamento.

É essa a percepção que pode ser depreendida da fala do Ministro Gilmar Mendes quando da discussão na Corte Suprema sobre a manipulação de células-tronco embrionárias:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.³

As evidências que serão expostas no capítulo seguinte quando do exame de três resoluções editadas pelo CNJ e as considerações com base teórico-normativa até aqui expostas, permitem inferir que a atuação do CNJ pode ser considerada disfuncional no âmbito do chamado poder normativo ou regulamentar.

3 O CNJ ENTRE FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL: EVIDÊNCIAS DE CASOS LÍMITROFES

No presente capítulo, inicialmente, será apresentada uma breve abordagem sobre as fontes de produção da norma penal e processual penal. Nesse sentido, importa conhecer as fontes de onde essas normas provêm e as condicionantes de sua legitimidade ou validade, aqui compreendida como sua adequação aos critérios

³ MENDES, M. G. F. Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510 - células-tronco. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/128>. Acesso em: 5 dez. 2024.

formais e substanciais que as tornam aptas a ter lastro de juridicidade e, assim, passíveis de serem efetivadas.

A partir daí, é possível delinear de forma mais acurada a problemática das resoluções do CNJ que destoam de um trâmite regular e extrapolam matérias sobre as quais poderiam tratar.

Com isso, a seguir serão examinadas deliberações do CNJ em matéria penal ou de política criminal, trazendo evidências de que as resoluções desse colegiado que constituem nosso objeto de estudo assumem caracteres de duvidosa constitucionalidade.

3.1 As Fontes da Norma Penal e Processual Penal

A expressão “fonte” refere-se à origem, ao ponto de partida ou à procedência de algo. Assim, as fontes do Direito correspondem aos meios pelos quais as normas jurídicas surgem ou se consolidam (Gentil, 2008, p. 35).

Na doutrina jurídica, as fontes do Direito são classificadas em duas espécies: fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais correspondem aos diversos elementos que influenciam o surgimento de uma norma antes de sua manifestação formal. Esses elementos podem ser de natureza social, econômica ou qualquer outro fator que contribua para a criação de uma nova norma que integrará o ordenamento jurídico (Morais, 2008, p.153-154).

Quanto às fontes formais, estas se manifestam como elementos revestidos de juridicidade, com a regra já plenamente materializada e exteriorizada na forma de textos normativos. Elas correspondem aos meios pelos quais o Direito se exterioriza e se torna aplicável à sociedade, ou seja, o direito expresso em normas jurídicas regularmente constituídas, permitindo sua operacionalização dentro do ordenamento jurídico.

As fontes materiais do Direito Penal referem-se aos fatores sociais, políticos, econômicos e culturais que influenciam a criação das normas penais. Elas dizem respeito à origem substancial das leis criminais, ou seja, aos motivos e necessidades que levam o Estado a estabelecer determinados comportamentos como crimes e a definir suas respectivas sanções.

Portanto, tais fontes estão diretamente relacionadas ao poder estatal, haja vista o Estado ser o único legitimado a criar normas que definam crimes e penas, garantindo

a segurança jurídica e a prevenção de arbitrariedades. E esse poder está diretamente ligado ao órgão responsável pela elaboração das normas penais, ou seja, àquele que possui competência para criar, modificar ou revogar as leis penais.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal competência é atribuída exclusivamente à União, conforme estabelece o art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *ipsis litteris*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (Brasil, 1988, cap. II, art. 22, inc. I).

Dessa forma, apenas a União pode estabelecer normas gerais de Direito Penal, definindo condutas proibidas ou exigidas – sejam estas comissivas (ações) ou omissivas (omissões) – e prevendo a aplicação de sanções em caso de descumprimento dessas leis.

Importante observar que, embora a competência para legislar sobre Direito Penal seja privativa da União, a iniciativa para propor leis penais pode partir de diferentes atores, conforme previsto no art. 61 da Constituição Federal. Podem propor a criação de leis penais: a) os membros do Congresso Nacional; b) o Presidente da República; c) a iniciativa popular (art. 61, §2º, CF) (Brasil, 1988).

De acordo com Nucci (2014, p. 75), “entende-se que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República não têm iniciativa de leis ordinárias destinadas a dar existência a leis penais porque estas não são matéria de seu peculiar interesse”.

A legitimidade de uma norma jurídica está associada à ideia de que ela deve ser uma expressão direta da vontade popular com um lastro ético e tecnicamente bem formulada, manifestada por meio de seus representantes. Isso assegura que o *jus puniendi* estatal seja exercido de maneira legítima, evitando abusos e garantindo o respeito aos direitos fundamentais.

Conforme preleciona Bitencourt (2012, p. 72):

Consagrando o princípio da representatividade, a Constituição Federal declara expressamente em seu art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Como destacamos na exposição dos princípios de legalidade e reserva legal (que são coisas distintas), a organização da nossa sociedade por meio de um sistema político democrático representa a garantia político/institucional de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis que sejam fruto do consenso democrático. Dessa forma, a fonte de produção legítima de Direito Penal, em nosso ordenamento jurídico, é o legislador federal através das regras do sistema político democrático.

Por óbvio, uma norma legitimamente constituída, tem maior aptidão para ser efetivada, ou seja, para ser seguida e cumprida por seus destinatários e, em caso de violação ao que ela exige, de ser aplicada as sanções correspondentes a essa violação.

Outro ponto que se faz mister destacar é que, embora a competência para legislar sobre Direito Penal seja privativa da União, a própria Constituição admite a possibilidade de os Estados legislarem sobre questões específicas, por meio de lei complementar.¹

Contudo, os doutrinadores divergem no tocante a se, caso venha a ser implementada, a delegação deverá ser indistinta para todos os Estados, evitando que apenas um ou alguns Estados exerçam tal competência e terminem por abalar o princípio do equilíbrio federativo. Além disso, há também uma discussão com relação à extensão da mesma, em que alguns autores defendem que os Estados não poderiam legislar sobre normas contidas na Parte Geral do Código Penal, uma vez que estas têm caráter nacional e garantem a unidade do sistema penal brasileiro (Campos, 2004, p. 52 e 55).

Outro aspecto relevante refere-se às súmulas vinculantes do STF, que, embora não sejam fontes formais do Direito Penal, possuem efeito de lei, visto que seu cumprimento é obrigatório por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis federativos. Elas são consideradas, portanto, fontes materiais secundárias (Santos, 2011, p. 78).

A súmula vinculante pode ser vista, inclusive, como um marco na crescente influência do STF no campo legislativo. Criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no mesmo contexto da Reforma do Judiciário que deu origem ao CNJ, ela conferiu ao STF um papel normativo mais destacado ao lhe permitir estabelecer entendimentos com efeito vinculante.

É fato que mesmo antes da introdução do instituto, as decisões do STF já possuíam grande influência, mas sua aplicação não era obrigatória para juízes e tribunais inferiores. Com a vinculação, o Supremo passou a ter um instrumento capaz de impor sua interpretação sobre determinados temas. Isso certamente reduziu a

¹ Essa previsão está disposta no art. 22, parágrafo único, da CF, qual seja: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (Brasil, 1988, cap. II, art. 22).

insegurança jurídica e a sobrecarga do sistema judiciário, mas também consolidou a corte como uma espécie de legislador negativo.

Logo, o avanço dessa influência culminou em decisões nas quais o STF não apenas anulou normas inconstitucionais (como um típico legislador negativo), mas também preencheu lacunas deixadas pelo Congresso, criando diretrizes normativas de fato.

Essa atuação gera debates sobre o papel do STF e a separação dos poderes, pois, embora o tribunal esteja, *a priori*, suprimindo lacunas normativas, há críticas de que isso representa uma interferência excessiva no campo legislativo, comprometendo o equilíbrio entre os Poderes da República (Santos, 2011, p. 92).

Relembramos aqui a questão relativa ao débito democrático, mencionada no Capítulo 1 (um) deste trabalho, sobre como a hipertrofia do Judiciário pode gerar um desequilíbrio entre os poderes constituídos e acarretar na redução da capacidade da população de influir diretamente nas decisões que afetam sua vida cotidiana.

Retomando a análise dos órgãos competentes para criar normas, em relação ao Direito Processual Penal, essa competência é compartilhada entre a União e os Estados, nos termos do art. 24 da Constituição Federal. Os Estados podem legislar concorrentemente sobre: direito penitenciário; custas dos serviços forenses; criação, funcionamento e processo do Juizado de Pequenas Causas; e procedimentos em matéria processual. Além disso, os Estados têm a prerrogativa de editar normas referentes à sua própria organização judiciária, conforme preconiza o artigo 125, § 1º, da CF (Brasil, 1988).

Portanto, embora a competência legislativa penal seja privativa da União, a Constituição Federal abre espaço para uma atuação concorrente e específica dos Estados e do Distrito Federal em matéria processual, garantindo um equilíbrio federativo que respeite as peculiaridades regionais e os princípios democráticos.

Fica realçado, portanto, que essa competência concorrente ou compartilhada entre a União e os estados e Distrito Federal em matéria processual é para que sejam consideradas peculiaridades ou especificidades regionais, permitindo que normas regulamentares de caráter complementar a leis gerais sobre direito processual sejam editadas pelos estados ou Distrito Federal em razão de dinâmicas próprias e necessidades sociais presentes em uma determinada unidade federativa (estado ou DF) ou região.

Ora, o CNJ é órgão de caráter nacional como sua própria nomenclatura enuncia: Conselho NACIONAL de Justiça (destaque nosso). Assim, suas deliberações no campo do poder normativo ou regulamentar enquanto órgão administrativo, comumente não levam em conta características regionais ou demandas específicas de funcionamento do judiciário em um estado ou Distrito Federal ou mesmo em uma região.

Resta evidenciado, portanto, que o CNJ não possui competência concorrente com o Congresso Nacional para editar normativas de estrito caráter processual, aprovar em caráter geral textos normativos de nítida feição procedimental penal.

Nessa perspectiva, importa também destacar que as normas de direito penal e processual penal são destinadas a balizar o exercício do chamado poder punitivo do Estado. Com isso, devido aos riscos de desvios e abusos no exercício desse poder punitivo estatal vulnerar liberdades fundamentais, faz-se necessário que as normas em matéria penal – tanto material ou formal – sejam rigorosamente precisas e claras, de modo a evitar ou conter interpretações marcadas por um decisionismo judicante que possam ferir direitos fundamentais.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 72-73):

Pela importância dos bens jurídicos que protegem e pela gravidade das sanções que comina, o Direito Penal distingue-se dos demais ramos do direito positivo. Por essa razão, mais que qualquer outro, ao Direito Penal, que se caracteriza por dogmas e princípios fundamentais, somente a lei, como fonte formal, pode dar a certeza e a precisão que seus elevados fins exigem. Inegavelmente, num sistema legalista escrito e estrito como o nosso, particularmente no campo penal, a fonte por excelência do Direito Penal é a lei formal, como destaca Régis Prado, “norma geral e abstrata emanada do Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado), detentor único da competência para legislar nessa matéria”. [...] Estão fora, evidentemente, desse conceito de lei formal os decretos, regulamentos, resoluções, portarias ou medidas provisórias.

No Direito Penal, a rigidez quanto às fontes formais decorre da aplicação dos princípios da legalidade e da reserva legal.² Tais princípios preconizam que somente

² O princípio da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ele está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” O princípio da reserva legal, por sua vez, é um desdobramento do princípio da legalidade e exige que determinados assuntos só podem ser regulamentados por meio de lei formal (editada pelo Poder Legislativo), sem possibilidade de delegação para outros atos normativos, como decretos ou portarias.

a lei em sentido estrito (ou seja, produzida pelo Poder Legislativo) pode criar crimes e estabelecer penas.

Contudo, importa registrar que há especificidades em relação ao Direito Processual Penal. Nele, a rigidez quanto às fontes formais é atenuada, permitindo que jurisprudência, doutrina³ e costumes forenses – convencionalmente chamadas de fontes indiretas - desempenhem papel importante na aplicação das normas.

Isso ocorre porque as normas procedimentais no campo penal destinam-se a garantir o devido processo legal e a justa aplicação do direito, o que exige um sistema mais dinâmico e adaptável – mas sem atropelo às garantias que moldam um sistema processual penal garantista – haja vista que a sua missão não é definir crimes ou penas, mas regular o caminho até a aplicação da pena (investigação, julgamento, recursos etc.).

Apresentadas tais considerações, importa analisar de que modo o CNJ imiscuiu-se no que seria normatização de matérias penal e processual penal através do exame de três casos que renderam bastante discussão pela forma atípica como ocorreram: a implementação das audiências de custódia; a remição da pena pela leitura de obras; e o fechamento dos hospitais de custódia.

O objetivo deste estudo não é propriamente examinar o que seria o mérito de cada uma das três resoluções emitidas pelo órgão, procedendo a análise sobre se foram medidas necessárias à efetivação de direitos ou à execução de melhorias no sistema prisional.⁴ Mas tão somente examinar se tais matérias estariam ou não, legítima e constitucionalmente, enfeixadas na esfera de competências do CNJ

Dessa forma, o exame a ser feito sobre as três resoluções citadas não estará focado em questões substanciais ou materiais e sim em aspectos formais, especialmente quanto à autoria e ao procedimento observados pelo CNJ para disciplinar tais matérias.

Em síntese, o objetivo principal será analisar tanto o trâmite legal de atos normativos que promoveram essas mudanças na seara penal e de que forma os meios utilizados se adequam ou não ao processo de produção do direito admitido pelo

³ A introdução da doutrina como fonte do Direito é um tema que gera divergências. Entretanto, é inegável que a doutrina não apenas funciona como referência para os profissionais da área jurídica, mas também exerce um papel fundamental na criação e desenvolvimento de novos conceitos normativos (Gentil, 2008, p. 39).

⁴ Se algum comentário ou ponderação for feito nesse sentido, será apenas de maneira secundária e sem pretensão de defender a pertinência ou qualidade ética e jurídica de tais iniciativas.

ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, como também se o CNJ exorbitou ou não de suas competências considerando seu espectro de atuação conforme fixado pela nossa ordem jurídico-constitucional.

3.2 Primeiro Caso: A Implementação das Audiências de Custódia

A audiência de custódia é um instituto ou procedimento de natureza pré-processual previsto em tratados internacionais⁵ dos quais o Brasil é signatário há mais de duas décadas.

A origem do termo “custódia” remete à ideia de “guardar” ou “proteger” (Faria, 1962, p. 271). Nesse contexto, essa audiência consiste em apresentar, sem demora, o indivíduo preso a um juiz competente, que terá a função de examinar a legalidade da prisão e de determinar se há, de fato, necessidade de manter o cidadão detido.

No esforço de delimitar conceitualmente a audiência de custódia e a sua finalidade, são válidos os ensinamentos de Paiva (2018, p. 43):

[...] consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim, como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma “das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado”.

A trajetória que culminou na implementação efetiva da audiência de custódia em território brasileiro esteve envolta em certa polêmica. Isso se deveu, em grande parte, ao fato de que a introdução desse instituto na persecução penal do país não

⁵ Tal instituto está previsto nas seguintes normativas: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado em julho de 1992 e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), promulgada em novembro de 1992. Em relação à audiência de custódia, no seu artigo 9, item 3, preceitua o PIDCP: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (Brasil, 1992a, art. 9, item 3). Três anos mais tarde, no rasto do PIDCP, a CADH trouxe à tona, mais uma vez, a figura da audiência de custódia como instrumento necessário à coibição de arbitrariedades estatais, logo, salvaguarda de direitos humanos. Segue a literalidade do artigo 7, item 5, do referido diploma internacional: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (Brasil, 1992b, art. 7, item 5).

teria ocorrido de forma regular. A principal questão está relacionada à aferição de atendimento aos requisitos formais relativos à competência para legislar sobre a matéria e se foi respeitado o regular trâmite legislativo de criação de normas processuais que serão incorporadas ao ordenamento jurídico nacional.

Constatou-se que a regulamentação da audiência de custódia não foi fruto da atividade legiferante do Congresso Nacional, o que provocou e continua provocando discussões acerca de sua legalidade e até mesmo de sua constitucionalidade. Trata-se de um procedimento de nítido caráter pré-processual que faz parte da persecução penal em casos relativo à prisão em flagrante, cuja previsão e disciplinamento caberia a norma legal em sentido estrito, ou seja, emanada do Congresso Nacional

Vale a pena observar que a previsão de audiências para a apresentação de pessoas detidas está presente em diversos instrumentos legais em nosso país. Por exemplo, o Código Eleitoral, em seu art. 236, §2º, determina que uma audiência seja realizada logo após a prisão de um eleitor. De maneira similar, o *habeas corpus*, conforme o art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), possibilita que o juiz, caso considere necessário, ordene a apresentação do detido para averiguar eventuais ilegalidades, dentre outras situações (Braga e Santiago, 2022, p. 586).

Assim, a adoção de um procedimento de controle da constrição à liberdade do indivíduo supostamente autor de um ilícito penal configura um mecanismo jurídico voltado para legitimar a persecução penal estatal, especialmente na fase em que o indivíduo está mais vulnerável a arbitrariedades e abusos, servindo para lastrear essa prisão de regularidade formal.

Busca-se, com essa audiência, assegurar ao indivíduo, considerado inocente até que se prove o contrário, e que é constrangido em sua liberdade por uma autoridade não judiciária em razão de suposta autoria de um delito, que seus direitos e garantias constitucionais serão preservados.

É importante destacar que o procedimento de audiência de custódia adotado no Brasil é utilizado apenas para o controle das prisões em flagrante. Contudo, os tratados internacionais que regulam esse instituto não limitam sua aplicação somente a esse tipo de medida cautelar. Na verdade, o controle jurisdicional efetivo da prisão deve levar em conta a situação do sistema carcerário, a fim de evitar detenções desnecessárias, seja por meio de prisões temporárias, preventivas ou em flagrante delito (Silva e Felix, 2016, p. 17).

Contudo, em que pese a audiência de custódia estar contemplada tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aos quais o Brasil, conforme citado anteriormente, aderiu formalmente há mais de duas décadas, mais especificamente em 1992, não havia qualquer lei que garanta efetivação das disposições dos referidos diplomas legais internacionais no tocante à diversos pontos, entre eles, a audiência de custódia.

Diante, pois, da inefetividade da normativa convencional, o CNJ avocou para si a atribuição de padronizar a implementação da audiência de custódia em todo o país. Para tanto, o órgão colegiado emitiu a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que se consolidou como o principal instrumento de regulação do instituto até o advento da Lei do chamado Pacote Anticrime de 2019 que incluiu no CPP a previsão desse instituto.⁶

É relevante destacar, contudo, que a realização da audiência de custódia foi discutida e rejeitada durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, que buscava estatuir o novo Código de Processo Penal brasileiro. Duas emendas⁷ propostas pelo então senador José Sarney foram recusadas no relatório final elaborado pelo senador e relator Renato Casagrande, conforme Paiva (2018, p. 80-81):

⁶ Nestes termos foi estatuída a citada Resolução: “O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais [...] resolve: Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. [...] Art. 3º Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o §5º do art. 1º. Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante. Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia. Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça a audiência de custódia, consignando nos autos. Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública. Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia” (CNJ, 2015).

⁷ “Emenda nº 170: ‘Dá-se a seguinte redação ao art. 551: Art. 551. Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será apresentado ao juiz competente o preso em flagrante, juntamente com o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. Parágrafo único. Nas comarcas em que a autoridade judiciária não estiver presente todos os dias, o preso será apresentado na primeira oportunidade em que o juiz comparecer na comarca’. [...] E a segunda emenda, de nº 171: ‘Dê-se a seguinte redação ao art. 553, que passa a ter a seguinte redação: Art. 553. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, na presença do preso e após ouvi-lo, deverá: (...)’” (Paiva, 2018, p. 80-81).

Ambas as emendas apresentadas pelo então senador José Sarney foram rejeitadas no relatório final do senador (relator) Renato Casagrande, que assim se manifestou: “Não vemos em que a redação do art. 551 do projeto do novo CPP possa ferir tratados internacionais de que o Brasil é signatário. São as próprias normativas internacionais citadas na justificativa que abrem a possibilidade de que o preso seja conduzido à presença de ‘outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais’, papel que em nosso ordenamento é exercido pelo delegado de polícia judiciária”.

O argumento apresentado pelo relator, ao classificar o delegado de polícia como “autoridade judicial” para atender à normativa internacional prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi considerado por Paiva (2018, p. 82) um evidente equívoco e contraria a jurisprudência da Corte Interamericana, uma vez que essa autoridade deve ser, propriamente, membro do Judiciário e não delegado de polícia.

Conforme apontam Silva e Felix (2016, p. 25), a matéria voltou ao debate político-jurídico em 2011, quando passou a tramitar no Congresso Nacional um Projeto de Lei (PL) que buscava incorporar a realização de audiências de custódia na sistemática processual penal brasileira. A proposta visava modificar o art. 306 do CPP, estabelecendo a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa em flagrante à autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas após a detenção. Tratava-se do Projeto de Lei nº 554/2011, de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares.⁸

Além do PL nº 554/2011, foi protocolado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 470/2015, apensado ao Projeto de Lei nº 7.871/2014, que também visava à implementação legislativa das audiências de custódia. A justificativa apresentada destacava que a realização dessas audiências adequaria o processo penal brasileiro à Constituição Federal e às normas internacionais vigentes (Braga e Santiago, 2022, p. 588).

Posteriormente, as audiências de custódia também foram incorporadas ao Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010). Esse projeto foi elaborado por uma comissão de juristas do Senado presidida pelo Ministro

⁸ Durante sua tramitação no Senado Federal, o projeto recebeu diversas emendas e passou por ajustes em seu conteúdo, até que o texto-base fosse finalmente aprovado em turno suplementar pelo plenário do Senado, no dia 30 de novembro de 2016. Após essa aprovação, o projeto foi encaminhado para apreciação da Câmara dos Deputados, com o objetivo de assegurar o sistema bicameral na tramitação de leis ordinárias, em conformidade com o processo legislativo estabelecido no art. 65 da Carta Fundamental. No processo de revisão pela Câmara, ainda outras modificações poderiam ser suscitadas, o que demandaria um maior lastro temporal para que o referido projeto se tornasse realidade (Ramos, 2018, p. 35 e seg.).

Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com vistas a apresentar uma proposta de novo diploma processual penal. Esses trabalhos se estenderam por nove anos, culminando na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).⁹

Nesse diapasão, em que pesem outras tentativas, somente em 24 de dezembro de 2019, com o advento da supracitada lei, as audiências de custódia passaram a ter previsão normativa expressa no CPP. Com essa lei, vários dispositivos foram alterados ou incluídos no citado código, dentre os quais se destaca a modificação do artigo 310, que passou a prever expressamente a audiência de custódia.¹⁰

Portanto, embora corressem na Câmara projetos de lei com a intenção de inserir o instituto da audiência de custódia no Brasil, no lapso temporal de 2015 a 2020 - esta última sendo a data em que a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor -, o procedimento de audiência de custódia restou disciplinado pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, que, invocando a morosidade do poder legislativo, estabeleceu as bases para que o procedimento passasse a ser praticado em todo o país.

Nesse primeiro momento, salta aos olhos o questionamento sobre se haveria ou não omissão prolongada do Congresso Nacional na normatização da audiência de custódia. E, considerando que a adesão aos tratados internacionais se deu em 1992, e a primeira iniciativa com o fito de tornar efetivas as audiências de custódia se deu em 2009, dezessete anos depois, é possível cogitar que houve irrazoável demora do Congresso Nacional.

⁹ IBRASPP - Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.ibraspp.com.br/sem-categoria/novo-codigo-de-processo-penal#:~:text=Elaborado%20por%20uma%20comiss%C3%A3o%20de,sobre%20o%20PL%208045/2010>. Acesso em: 01 abr. 2025.

¹⁰ “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva” (Brasil, 2019, cap. II, art. 310, §1º- §4º).

Por outro lado, seria razoável continuar a utilizar o argumento da omissão quando diversas iniciativas para regulamentar o instituto da audiência de custódia já estavam em trâmite no Congresso Nacional? Vale recordar que nem toda demora na tramitação de leis pode ser considerada omissão, pois o processo legislativo envolve debates, negociações e ajustes técnicos. Em muitos casos, a complexidade das matérias ou a falta de consenso entre os parlamentares contribuem para a lentidão.

Segundo Mendes; Coelho; Branco (2009, p. 1238):

Questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à *inertia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo. *Quid iuris*, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão? O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.

A resolução do CNJ que passou a dispor sobre audiências de custódia veio em um momento em que havia morosidade, mas não necessariamente omissão. É possível afirmar que o CNJ, ao editar a Resolução nº 213/2015, em certo aspecto, atropelou o trâmite legislativo.

O “atropelo”, no entanto, não foi acidental. Houve um caminho percorrido até a edição da referida resolução. Inicialmente, implementou-se o Projeto Nacional de Audiências de Custódia por meio do instrumento normativo previsto no Termo de Cooperação Técnica nº 7/2015 (TCT7)¹¹ - resultado de uma parceria entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) -, que teve como objetivo viabilizar a realização dessas audiências em âmbito nacional, inclusive com a criação de unidades judiciárias próprias, onde seria possível realizá-las (Braga e Santiago, 2022, p. 587).

¹¹ “Acordo ou Termo de Cooperação Técnica (ACT/TCT) é um instrumento formal utilizado por entes públicos para se estabelecer um vínculo cooperativo ou de parceria entre si ou, ainda, com entidades privadas, que tenham interesses e condições recíprocas ou equivalentes, de modo a realizar um propósito comum, voltado ao interesse público” (Brasil, 2024, p.1).

Não há registros de que a Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal tenha sido formalmente consultada ou envolvida na celebração do Termo de Cooperação Técnica nº 7/2015 do CNJ.

O primeiro tribunal a aderir ao projeto foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que formalizou a implementação por meio do Provimento Conjunto nº 3/2015. A partir desse marco, outros Tribunais de Justiça e a Justiça Federal seguiram o mesmo caminho¹², adotando as audiências de custódia e criando normativas específicas, o que resultou em certa heterogeneidade nas regulamentações (Braga e Santiago, 2022, p. 587).

Entretanto, o formato de introdução das audiências de custódia foi objeto de questionamento no STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.240, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil) contra o Provimento Conjunto nº 3/2015, emitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (Prado, 2017, p. 26).

A ação contestava a legitimidade normativa do referido provimento, que regulamentou a realização das audiências de custódia no Estado de São Paulo, com fundamento no mencionado Termo de Cooperação Técnica nº 7 do CNJ. Também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), veio nesse sentido (Prado, 2017, p. 27).¹³

No julgamento da ADPF nº 347, o Supremo declarou que há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro¹⁴, “responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos”, ordenando que, diante do cenário crítico, a União, estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deveriam elaborar planos a serem submetidos à homologação do STF, especialmente voltados

¹² “O processo de adesão dos entes federados ao ‘Projeto Audiência de Custódia’ mostrou-se rápido: em 14 de outubro de 2015, com a instituição do projeto no Distrito Federal, ele passou a estar presente em todas as unidades da Federação” (IDDD, 2017).

¹³ A ADPF 347, do PSOL, tinha o objetivo de reconhecer as condições degradantes do sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, ou seja, “um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas” (Prado, 2017, p. 27).

¹⁴ Uma análise mais detalhada do problemático conceito de “estado de coisas inconstitucional” ultrapassa os objetivos deste trabalho. No entanto, é importante destacar que se trata de uma noção originada na jurisprudência da Suprema Corte Colombiana, e representa uma reinterpretação da visão tradicional sobre a inconstitucionalidade por omissão, num contexto de avanço do ativismo judicial (Campos, 2015, p. 173).

para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos, afixando para tanto o prazo de seis meses (STF, 2023).

Entre as medidas cautelares deferidas pelo STF, incluiu-se também a observância obrigatória da realização de audiências de custódia em todo o território nacional, para apresentação do preso ao juiz em até 24 (vinte e quatro) horas (Brasil, 2016).

Em resposta à decisão, o CNJ editou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, visando unificar e padronizar os procedimentos referentes às audiências de custódia, determinando que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais adotassem práticas uniformes¹⁵ (Prado, 2017, p. 29).

A partir de então, tornou-se imprescindível que as normatizações eventualmente estabelecidas por esses tribunais fossem adequadas às diretrizes previstas na referida resolução editada pelo CNJ, garantindo maior coerência no tratamento do tema em âmbito nacional, em prol da segurança jurídica.

Conforme exposto anteriormente, a justificativa jurídica para a legalidade das audiências de custódia fundamenta-se na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, normativas que foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro desde o início da década de 1990. Essas duas normativas internacionais determinam a apresentação imediata do preso à autoridade judicial competente, assegurando uma proteção processual essencial, embora não detalhem as regras procedimentais específicas.

Contudo, segundo Braga e Santiago (2022, p. 597) o julgamento da ADI nº 5.240 pelo STF evidenciou divergências entre os ministros no julgamento em sede de controle de constitucionalidade. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu a constitucionalidade do provimento conjunto do TJSP e da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, argumentando que ela estava em conformidade com a Constituição Federal e possuía relevância jurídica.

No entanto, o Ministro Marco Aurélio de Mello discordou, argumentando que a competência para instituir tal procedimento caberia exclusivamente ao Congresso Nacional, e que a atuação do Judiciário nesse contexto configuraria indevida

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2025.

interferência na administração da Polícia, ao estabelecer uma norma abstrata e autônoma que obrigava os delegados a adotar determinados procedimentos (Braga e Santiago, 2022, p. 597).

Para o Ministro Marco Aurélio, a implementação das audiências de custódia também implicava uma modificação no artigo 306 do CPP, introduzindo uma nova etapa no procedimento de prisão. Segundo ele, tal mudança somente poderia ser realizada por meio de lei federal, visto que o termo de cooperação configuraria um ato normativo primário, cuja criação competiria ao Poder Legislativo, e não ao CNJ por meio de resolução (Braga e Santiago, 2022, p. 597).

No julgamento final, o STF, por maioria, com um único voto divergente encampado pelo Min. Marco Aurélio, conheceu parcialmente da ação e a julgou, nesta parte, improcedente, recomendando a adoção da prática de audiência de custódia em todo o território nacional. A Corte reconheceu que a obrigatoriedade de apresentação imediata do preso já era considerada exigível antes mesmo da regulamentação pelo CNJ ou da decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a prática representava uma garantia fundamental e estava alinhada às normativas convencionais de direitos humanos (Prado, 2017, p. 26).

Nesse sentido, Prado (2017) registra críticas em relação à forma como as audiências de custódia foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. A principal questão reside na dúvida sobre se as audiências de custódia realmente configuram uma inovação jurídica ou se, na verdade, já existia uma previsão legal ou constitucional que vinha sendo negligenciada desde 1992, com a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao direito interno - esta última sendo a tese adotada pelo STF.

Ainda assim, é recorrente na doutrina a crítica de que o CNJ não possuiria competência *stricto sensu* para criar o Termo de Cooperação nº 7, tampouco para estabelecer as diretrizes da Resolução nº 213, mesmo que esta tenha sido resultado de determinação proferida na ADPF 347.

Segundo Braga e Santiago (2022, p. 596):

Recentemente, em razão da edição de resoluções, percebe-se por parte do CNJ um poder criador, de natureza normativa originária, no sentido de notar que o Poder Judiciário cria o Direito e altera o Ordenamento Jurídico para além de suas atribuições administrativas. Nesse sentido, Streck (2015) já realizou crítica ao poder criativo do CNJ. Para ele, o Poder Normativo da administração e do CNJ estaria sendo bem recebido, vez que progressista e

com bons objetivos. Todavia, esse poder, com o ímpeto de desencarcerar e de atuar com boas intenções, estaria fugindo ao aspecto legal, sobretudo por não existir coerência com os sistemas positivos, mesmo que sob o pretexto de um suposto controle de convencionalidade.

Dessa forma, a atuação prévia do CNJ, sob o pretexto de regulamentar matéria contemplada em normativa internacional ou decorrente da necessidade de observar norma-princípio constitucional, vem descortinando o que corresponde ao exercício do verdadeiro poder normativo. Isso tem ocorrido com razoável frequência de modo a orientar ou pautar a formulação de normas legislativas adequadas posteriormente, servindo como um ponto de partida para ajustes legislativos formais (Braga e Santiago, 2022, p. 595).

Nesse caso, tem-se outra extravagância na atuação do CNJ que seria pautar o Congresso Nacional no sentido de acelerar a tramitação de projetos de lei ou mesmo condicionar o conteúdo de ideias ou propostas legislativas. Desse modo, atuar como instrumento de pressão política também não apenas está divorciado do escopo desse órgão como também é manifesta exorbitância de suas funções institucionais.

3.3 Segundo Caso: A Remição de Pena pela Leitura

A remição é um benefício concedido ao condenado que permite a redução do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade por meio do trabalho ou do estudo durante o período de encarceramento.

Esse instituto está previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) e tem como objetivo incentivar a ressocialização do preso, proporcionando meios para sua reinserção na sociedade após o cumprimento da pena a que foi condenado.

Até o ano de 2011, apenas as atividades de trabalho asseguravam a remição de pena no Brasil. No entanto, com a promulgação da Lei nº 12.433/2011, que alterou a Lei de Execução Penal, passou a ser permitida a remição de pena também por meio do estudo formal.¹⁶

Apesar dos significativos avanços legislativos da última década, algumas formas de remição da pena ainda não foram explicitamente incorporadas à Lei de

¹⁶ Uma das alterações diz respeito ao art. 126, *in verbis*: “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena” (Brasil, 1984, cap. I, sec. IV, art. 126) que passou a ter a seguinte redação: “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena” (Brasil, 2011, art. 1º).

Execução Penal. Entre elas, destacam-se a remição por meio da prática esportiva, da participação em atividades culturais e comunitárias, além da leitura, que é o foco central desta análise.

Os primeiros registros de projetos de remição pela leitura conhecidos remontam a 2009, quando foram implementados no Sistema Penitenciário Federal, especificamente na Penitenciária Federal de Catanduvas, localizada no estado do Paraná, simultaneamente a iniciativas desenvolvidas no estado de São Paulo.

Com a aprovação da lei que oficializou a remição da pena por meio do estudo, os defensores dessa iniciativa passaram a contar com um respaldo jurídico para buscar ampliar sua aplicação quanto ao desconto da pena pela leitura nas demais penitenciárias federais. Seus argumentos se baseavam na ideia de que a leitura é um elemento essencial no processo de construção do conhecimento, contribuindo significativamente para a educação dos detentos (Torres, 2017, p. 237).

Destaca Naatz e Volles (2021, p. 206):

Na falta de dispositivos específicos que fornecessem balizas objetivas para concessão do direito à remição da pena pela leitura no âmbito federal, algumas unidades da federação – como é o caso dos Estados do Paraná e de São Paulo – editaram leis ou expediram portarias para regulamentar o instituto. O fundamento de tal disciplina decorre da natureza da questão em análise, que assume contornos de direito penitenciário, cuja competência legislativa é concorrente (art. 24, I, CF).

Essa questão da competência concorrente é objeto de recorrentes discussões jurídicas, e no início deste capítulo foi traçado um panorama do debate teórico-dogmático atual sobre essa matéria.

Mas sobre essa questão, vale resgatar o debate que marcou a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)¹⁷ no país. Esse instituto foi introduzido no sistema prisional brasileiro por meio de normativa do estado de São Paulo. Trata-se da Resolução nº 26 da Secretaria de administração penitenciária paulista.

Tal inovação gerou protestos no meio jurídico, com muitos penalistas e processualistas alegando que apenas uma lei federal poderia dispor sobre o que foi denominado de Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Sobre isso, dispõe Marcão (2013, p. 72):

¹⁷ O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), atualmente previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP), é uma modalidade específica de cumprimento da pena em regime fechado. Ele estabelece que o preso, seja provisório ou condenado, permaneça em cela individual, com restrições tanto ao direito de visita quanto ao direito de sair da cela.

É claro que tão logo foi editada a Resolução 26 a arguição da sua inconstitucionalidade foi premente. Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88).

Verifica-se que numa matéria que diz respeito à aplicação de gravosa sanção disciplinar, como é o caso da inclusão de um preso no RDD, diversos juristas, doutrinadores e operadores do direito levantaram sua voz denunciando o que seria uma invasão de competência da União, defendendo que um órgão da administração pública – a citada secretaria de administração penitenciária paulista – não poderia regulamentar tal matéria. Não foi identificada reação similar diante da atuação do CNJ, órgão de natureza administrativa e não propriamente jurisdicional, ao normatizar distintas matérias que seriam de competência da União legislar.

De qualquer modo, após os primeiros projetos terem tomado forma nas penitenciárias federais, a remição de pena por meio da leitura veio a ser disciplinada pela primeira vez no Brasil através da Portaria Conjunta da Justiça Federal/DEPEN nº 276, de 20 de junho de 2012. Esse documento estabeleceu diretrizes específicas para o Sistema Penitenciário Federal, com o propósito de assegurar a "assistência educacional aos presos custodiados nas respectivas Penitenciárias Federais", em conformidade com a Lei de Execução Penal (Godinho e Julião, 2021, p. 6).

Saliente-se que essas normas foram aplicadas aos estabelecimentos prisionais federais, classificados como unidades de segurança máxima. Nesses locais, o Regime Disciplinar Diferenciado não prevê atividades coletivas, o que impossibilita a oferta de ensino regular. Apesar disso, a assistência educacional é um direito garantido pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Desse modo, para solucionar o conflito entre as restrições do sistema prisional federal e a obrigatoriedade legal de oferecer educação, a remição de pena por meio da leitura teria sido instituída como uma alternativa viável, permitindo aos detentos participarem de atividades educativas com vistas à redução da pena.

Entre as principais regras definidas na portaria estão: a participação voluntária dos detentos nessa atividade; a disponibilização de exemplar de obra literária, clássica, científica, filosófica ou de outros gêneros ao preso, de acordo com as obras disponíveis na unidade, adquiridas pela Justiça Federal, pelo Departamento

Penitenciário Nacional ou recebidas como doações às penitenciárias federais; a exigência de a unidade prisional dispor de, pelo menos, 20 exemplares de cada obra para serem utilizados no projeto; um prazo de 21 a 30 dias para a leitura da obra, ao final do qual deve ser apresentada uma resenha sobre o conteúdo; a concessão de quatro dias de redução de pena por obra lida, com o limite de até 12 livros por ano, o que possibilita a remição de até 48 dias de pena em 12 meses (Godinho e Julião, 2021, p. 7).

No ano seguinte à publicação da Portaria Conjunta nº 276, o CNJ editou a Recomendação nº 44, em 26 de novembro de 2013. Esse documento estabeleceu a ampliação da remição de pena pelo estudo, incluindo atividades complementares voltadas ao incentivo da leitura.¹⁸

No entanto, durante o julgamento do HC nº 190.806/SC, em março de 2021, o STF recomendou ao CNJ que oferecesse condições de estudos aos detentos reeducandos. Em síntese, os ministros mencionaram a ausência de um entendimento consolidado acerca de determinados aspectos da Recomendação nº 44 do CNJ, e destacaram as dificuldades enfrentadas para estudar no ambiente carcerário, com infraestrutura deficiente, superlotação e bibliotecas precárias ou inexistentes (Uzoukwu, 2023, p. 5).

Registre-se também que, na oportunidade, a Corte Suprema reconheceu o direito à remição de pena a uma apenada aprovada no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA). Neste sentido, proferiram a seguinte decisão:

A Turma, por votação unânime, deu provimento ao agravo regimental e concedeu a ordem para que a paciente faça jus à remição decorrente da aprovação no ENCCEJA, aplicando-se o total de 1.600 horas de estudo, e não as 800 horas como foi fundamentado na decisão agravada do Tribunal de Justiça local, conforme a Recomendação 44/2013 do CNJ, devendo esse total ser dividido por 12 horas, encontrando-se o resultado de 133 dias para a aprovação no ENCCEJA, considerando, ainda, o acréscimo de 1/3 (um terço) decorrente da incidência do § 5º daquele mesmo art. 126 da LEP - pois a paciente concluiu o ensino fundamental -, devendo ela obter o direito ao desconto total de 177 dias de sua reprimenda. Prosseguindo, a Turma recomendou ao CNJ que ofereça condições de estudo aos reeducandos, tudo

¹⁸ Com esse propósito, a recomendação orienta os Tribunais a: “Art. 1 [...] V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei de Execução Penal (Lei n.7.210/84 – Arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII)” (CNJ, 2013, art. 1º, inc. V). A partir dessa diretriz, o texto reproduz as normas estabelecidas na Portaria Conjunta JF/DEPEN nº 276/2012.

nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 30.3.2021 (Brasil, 2021, p. 35).

Alguns anos após a edição da Recomendação nº 44, foi aprovada pelo CNJ a Resolução nº 391, em 10 de maio de 2021, que constitui, segundo Uzoukwu (2023, p. 5), “um marco legal a regulamentar o direito à remição de pena por estudo e leitura, ou seja, práticas educacionais não formais e práticas desportivas e assim passou a estabelecer critérios para a utilização da leitura para remir pena”. Com ela, a prática forense teve ampliada as hipóteses de cabimento da remição da pena, ainda que, vale ressaltar, sem mudança legislativa na esfera federal.

Duas das mudanças trazidas pela citada Resolução são as listadas a seguir: os apenados que obtiverem aprovação em exames nacionais, como o ENCCEJA e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), poderão ter parte de sua pena reduzida, correspondendo a 50% da carga horária estabelecida legalmente para cada nível de ensino, seja fundamental ou médio (Art. 3º, Parágrafo único). E, da mesma forma, as atividades esportivas e culturais que não estejam vinculadas à educação formal serão contabilizadas com base na quantidade de horas de participação.

Nesse sentido, a Resolução nº 391 do CNJ ampliou as possibilidades de remição da pena do preso, ao reconhecer que a leitura de obras literárias também deve ser considerada uma prática socioeducativa, podendo, portanto, contribuir para o desconto do seu tempo restante de pena.¹⁹

Acrescenta Naatz e Volles (2021, p. 210):

Mais que estabelecer regras operacionais para a validação da leitura como forma de remir a pena, a Resolução nº 391/2021 do CNJ ainda inovou ao definir, de maneira expressa, que compete ao juiz da execução zelar para que as unidades prisionais desenvolvam projetos de fomento e qualificação da leitura (art. 6º).

A iniciativa de regulamentar a remição de pena pela leitura por meio da Resolução nº 391/2021 do CNJ levanta, mais uma vez, um importante debate sobre os limites das competências do CNJ. A questão central é se o CNJ, como órgão de controle administrativo e disciplinar do Poder Judiciário, possui competência para

¹⁹ Na Nota Técnica nº 72/2021, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) reforça tanto o desafio quanto a importância de se promover e implementar bibliotecas prisionais adequadas, uma vez que esse direito já está legitimado desde a primeira versão da Lei de Execuções Penais. Com a nova Resolução, torna-se necessário ampliar os acervos atualmente disponíveis, que, muitas vezes, não passam de simples salas de leitura com um número limitado de obras literárias (Uzoukwu, 2023, p. 6).

normatizar essa matéria ou se estaria, novamente, extrapolando suas atribuições e invadindo a esfera do Poder Legislativo.

Saliente-se, por oportuno, que existem duas interpretações que podem ser dadas sobre a legitimidade dessa iniciativa: em favor do CNJ, pode-se arguir que o órgão não criou uma nova modalidade de remição, mas apenas interpretou extensivamente e regulamentou uma possibilidade dentro do que já é permitido pela LEP (remição por estudo). Além disso, como órgão de controle do Judiciário, com competência para harmonizar práticas, o CNJ estaria estabelecendo parâmetros para padronização do procedimento no âmbito das varas de execução penal, evitando, assim, procedimentos divergentes nesse campo.

Por outro ângulo, tem-se que houve a criação de uma nova forma de remição de pena e esta somente deveria ser feita por meio de lei aprovada pelo Congresso Nacional, e não por um ato administrativo do CNJ, em respeito ao princípio da legalidade e da validade formal das normas jurídicas. Reafirma-se a tese de que o Conselho não poderia atuar como legislador positivo, criando obrigações para juízes e tribunais sem que haja previsão legal expressa.

Vale recordar importantes lições de Reale (2002, p. 87-88, grifo nosso):

Se o Congresso ou a Assembleia não bastam para fazer uma lei, não é menos certo que sem eles não há lei propriamente dita. No regime constitucional vigente não é o Congresso só que faz a lei, mas nenhuma lei pode ser feita sem o Congresso. Se o Presidente da República editar sozinho uma lei, ela não terá vigência ou validade formal, por faltar-lhe a legitimidade do órgão de que foi emanada. Se, ao contrário, não se trata de uma lei, mas de mero decreto que regulamenta uma lei federal, então o Presidente da República é competente para editar esse ato normativo, desde que não inove na matéria, dispondo para menos ou para mais do que a lei estabelece (Constituição, art. 84, IV). Podemos, por conseguinte, afirmar que sem órgão competente e legítimo não existe regra jurídica válida, capaz de abrigar compulsoriamente os cidadãos de um país. Ao lado da competência subjetiva, que se relaciona com o órgão, temos a competência que diz respeito à própria matéria legislada. Se, para darmos um exemplo, o Governador do Estado, conjuntamente com a Assembleia Legislativa, promulgar uma lei em matéria de Direito Civil, esse diploma legal não importará em qualquer consequência jurídica. E por quê? Porque se trata de matéria absolutamente estranha à competência dos poderes estaduais. É necessário, em suma, que a lei seja emanada de um órgão competente e sobre matéria da sua competência.

Em síntese, embora o CNJ tenha justificado sua atuação com base na necessidade de uniformizar a remição por leitura e promover a ressocialização dos presos, há um forte argumento no sentido de que a matéria deveria ser regulamentada pelo Congresso Nacional, uma vez que envolve a execução da pena, matéria de competência exclusiva da União. Vislumbra-se que, assim como ocorreu em relação

à instituição das audiências de custódia antes de lei em sentido estrito impô-la, trata-se de matéria estranha ao poder normativo do órgão colegiado.

Nesse diapasão, se um dos objetivos para editar a Resolução nº 391 foi estabelecer uma espécie de padronização das decisões judiciais sobre essa matéria, a postura ativista do CNJ acabou por gerar patente insegurança jurídica, precisamente por suscitar divergências quanto à validade dessa normativa. Segundo Uzoukwu (2023, p. 7), “apesar de devidamente regulamentada, a remição por leitura não está consolidada como prática ratificada por todo o Judiciário”.

Foi o que ocorreu em setembro de 2021, quando a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) decidiu que a simples leitura de livros não é suficiente para justificar a remição da pena. O recurso foi interposto pelo Ministério Público do estado, com o argumento de que o artigo 126 da Lei de Execução Penal não contempla esse benefício, uma vez que a remição está vinculada ao trabalho realizado pelo condenado. O relator chegou a afirmar que a leitura (de ficção) poderia ser, também, “uma forma de fugir ao trabalho” (São Paulo, 2021).

Ainda no âmbito desse julgamento, importa destacar o fato de que o Ministério Público desconsiderou por completo a Resolução de nº 391, do CNJ, atendo-se tão somente à Lei de Execução Penal e, implicitamente com tal postura, deixou de reconhecer a validade jurídica desse ato normativo emanado do CNJ:

Trata-se de Agravo interposto pelo Parquet, contra a decisão [...] que deferiu o pedido de remição de 20 dias da reprimenda, formulado por GUSTAVO VALLONE BRÁS DE TOLEDO CÉSAR, porque havia lido 5 livros, e de mais 56 dias, pela sua aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM. Alega o Ministério Público, em resumo, que CÉSAR não faz jus ao benefício, pois o artigo 126, da Lei de Execução Penal, não prevê a remição de pena por realização de leitura, nem pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM [...] (São Paulo, 2021).

Ao negar a remição de pena pela leitura de livros, o TJSP adota uma interpretação restritiva da Lei de Execução Penal, em especial do artigo 126, que originalmente vinculava a remição da pena à realização de alguma atividade laborativa e, posteriormente, a cursos regulares de educação formal. Os entusiastas dessa inovação promovida pelo CNJ no campo da remição da pena poderiam alegar que o tribunal paulista contrariou, portanto, a Resolução nº 391/2021 que, embora não tenha força de lei, vincula os tribunais e órgãos da administração prisional. Esse choque

entre a decisão do TJSP e a normativa do CNJ evidencia um embate entre formalismo jurídico e ativismo judicial.

Desse modo, embora não tenha havido o ajuizamento de qualquer ação com o fito de questionar ao STF sobre se o CNJ teria, de fato, competência para legislar em assuntos de natureza penal - como houve com o caso das audiências de custódia -, fica claro, pelo exemplo aqui exposto, que o melhor caminho para atingir um razoável consenso entre juízes e tribunais que apreciam matéria de remição da pena seria a criação de lei específica pelo Congresso Nacional, portadora de inequívoca legitimidade normativa, haja vista que, nas palavras de Gomes e Novaes (2025, p. 20), “o exercício do poder normativo por órgãos administrativos não é apto a criar direitos ou obrigações, vez que essa é uma prerrogativa da lei”.

3.4 Terceiro Caso: O Fechamento dos Hospitais de Custódia

No Brasil, os chamados manicômios judiciais surgiram no Rio de Janeiro, em 1921, motivados pela constatação de que os estabelecimentos voltados ao tratamento de pessoas com transtornos mentais comuns não dispunham de equipe especializada nem de segurança adequadas para conter os então denominados alienados criminosos e perigosos (Gomes e Novaes, 2025, p. 8).

Segundo Carrara (1998, p. 153), tais pessoas eram percebidas como “muito inocentes para ficarem nas prisões, mas muito perversos para ficarem no hospício”. Assim, o advento dos manicômios judiciais atendeu ao que seria o interesse público de conferir um tratamento diferenciado em local considerado apropriado a essas pessoas, configurando-se como o espaço social destinado à interseção entre crime e loucura.

Desde sua criação, no entanto, essa instituição carrega uma estrutura marcada pela ambiguidade e contradição. Predominantemente voltada à custódia, evidenciou, ao longo do tempo, uma espécie de vocação desumanizadora dos internos. Assim, por meio de rígido confinamento e intervenções psiquiátricas, promovia-se uma severa exclusão imposta às pessoas com transtorno mental que cometem delitos (Correia, 2009, p. 1).

Durante o século XX, ocorreu uma expansão significativa dos manicômios em todo o país. Os estabelecimentos judiciais eram destinados exclusivamente a criminosos com transtornos mentais, enquanto os hospitais psiquiátricos comuns

recebiam indivíduos com distúrbios psíquicos que não haviam cometido crimes. Aqueles que praticavam atos ilícitos e eram considerados uma ameaça à sociedade eram encaminhados aos manicômios judiciais, que mais tarde passaram a ser conhecidos como Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) (Gomes e Novaes, 2025, p. 10).

É nesse sentido que as medidas de segurança previstas nos artigos 96 a 99 do Código Penal brasileiro destinam-se às pessoas que, em razão de transtorno mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, são consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis e, por isso, não podem ser punidas da mesma forma que os indivíduos plenamente responsáveis por seus atos.

Através delas, exclui-se do convívio social o autor de um crime, que seja de considerável periculosidade²⁰, sem que seja atribuído a este uma pena de caráter prisional. Trata-se, portanto, não propriamente de pena, mas de uma providência enunciada como sendo de caráter terapêutico e preventivo, voltada à recuperação do agente e à proteção da sociedade.

Desse modo, diferentemente da sanção penal tradicional, as medidas de segurança teriam como fundamento a periculosidade do indivíduo, e não sua culpabilidade, baseando-se na ideia de que, por sua condição psíquica, ele não possui plena capacidade de autodeterminação, o que justifica uma resposta estatal diferenciada.

O artigo 96, incisos I e II, do Código Penal estabelece duas formas de medida de segurança: a internação em hospitais de custódia, destinada aos crimes punidos com reclusão, e o tratamento ambulatorial, aplicável aos crimes punidos com detenção, sem a necessidade de privação de liberdade.

No entanto, essa norma legal é alvo de críticas por parte da doutrina, especialmente em relação ao artigo 97 do Código Penal, que impõe a internação obrigatória do inimputável que comete crimes passíveis de reclusão. Isso acaba

²⁰ No campo da responsabilidade penal, os ordenamentos jurídicos dos chamados Estados Democráticos de direito somente admitem a punição ou aplicação da sanção penal como decorrência de um juízo de culpabilidade, ou seja, da aferição da culpa ou dolo do agente que pratica a conduta definida como ilícito penal. Em relação aos reconhecidos inimputáveis em razão de doença mental não se projetam juízos de culpabilidade e sim de periculosidade, Segundo Fragoso (1984, p. 1922), a periculosidade é um juízo de probabilidade de que novos crimes sejam praticados. Um juízo sobre o comportamento futuro do agente, constituindo-se uma verdadeira “ficção jurídica”, posto que não existe uma fórmula positiva ou científica para determinar a periculosidade do indivíduo.

resultando em internações compulsórias em hospitais de custódia, mesmo quando o delito praticado não possui maior gravidade.

De acordo com Nucci (2014, p. 760):

[...] esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Ilustrando: se o inimputável cometer uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima, possuindo família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, não há razão para interná-lo. Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial.

No entanto, a jurisprudência recente tem evoluído para uma interpretação mais flexível e humanizada desse dispositivo. O STJ, por exemplo, decidiu que, na aplicação do art. 97 do Código Penal, não se deve considerar exclusivamente a natureza da pena privativa de liberdade aplicável ao delito, mas sim a periculosidade do agente. Isso significa que o juiz tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, podendo escolher entre a internação e o tratamento ambulatorial, mesmo que o crime seja punível com reclusão, desde que essa escolha seja mais adequada ao caso concreto e esteja alinhada com os princípios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade (Brasil, 2019)²¹.

Além disso, tribunais estaduais têm seguido essa orientação. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no Acórdão 1721180, destacou que a medida de segurança de internação deve ser aplicada considerando a periculosidade do agente, e não apenas a natureza da pena privativa de liberdade prevista para o delito (Distrito Federal, 2023)²².

Portanto, a jurisprudência atual enfatiza a necessidade de uma análise individualizada do caso, priorizando a avaliação da periculosidade do agente e a adequação da medida de segurança ao seu tratamento e reintegração social, em conformidade com os princípios constitucionais e os direitos humanos.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargos de Divergência em Resp. nº 998.128 - MG. Interior teor do acórdão. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: R R dos S. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 27 de novembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101039680&dt_publicacao=18/12/2019. Acesso em: 04 abr. 2025.

²² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) (2ª Turma Criminal). Acórdão 1721180. Inteiro teor. Relator: Josapha Francisco dos Santos. Distrito Federal, 22 de junho de 2023. Disponível em: <https://jurisdf.tjdft.jus.br/resultado?sinonimos=true&espelho=true&inteiroTeor=false&textoPesquisa=Ac%C3%B3rd%C3%A3o%201721180>. Acesso em 04 abr. 2025.

A principal questão que envolve as medidas de segurança refere-se ao local onde os indivíduos receberão tratamento médico, sendo mantidos isolados da sociedade em internação obrigatória em hospital de custódia, ou não, de acordo com o grau de periculosidade ou a gravidade do crime cometido.

A legislação brasileira apresenta algumas alternativas para evitar a internação compulsória em hospitais de custódia. Um exemplo é a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que estabelece que a internação somente será realizada quando houver necessidade concreta, recomendando, como regra, o tratamento ambulatorial, desde que respaldado por laudo médico (Gomes e Novaes, 2025, p. 12).

Outro ponto controverso diz respeito à duração das medidas de segurança. O artigo 97, §1º, do Código Penal determina que a internação ou o tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, permanecendo enquanto a periculosidade não for descartada por meio de perícia médica. Entretanto, para garantir o princípio da vedação de pena perpétua no Brasil (art. 5º, XLVII, "b", da Constituição Federal), o STJ editou a Súmula 527, estabelecendo que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”²³.

Contudo, como delineado no primeiro capítulo do presente estudo, o século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, foi marcado por uma profunda transformação na forma como a sociedade concebia o direito, as instituições, o papel do Estado, etc. Diversas escolas do pensamento crítico influenciaram a emergência de novas pautas políticas, mudanças culturais, transformações institucionais e até mesmo concepções jurídicas que se distanciavam do legalismo estatista que prevaleceu até meados do século passado.

Essas mudanças também se fizeram presentes no campo das políticas públicas em distintas áreas, ajudando a redefinir a noção de direitos humanos e o papel do estado na promoção, proteção e efetivação desses direitos fundamentais, destacando a valorização da dignidade da pessoa humana.

A experiência traumática da guerra, com suas graves violações de direitos e atrocidades cometidas, impulsionou o fortalecimento de movimentos sociais e

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 527. Direito Penal – Medida de segurança. Terceira Seção. Brasília, 13 de maio de 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=527>>. Acesso em 19 mar. 2025.

políticos que lutavam por uma sociedade mais justa e uma ordem jurídico-política eticamente referenciada.

Nesse contexto, os tratamentos dispensados aos internados em manicômios começaram a ser amplamente questionados e criticados. O modelo tradicional de internação, caracterizado por instituições fechadas, autoritárias e que, frequentemente, promoviam a exclusão e a desumanização dos pacientes, passou a ser alvo de severas contestações. A sociedade começou a perceber que tais práticas eram incompatíveis com os novos paradigmas de respeito à dignidade e aos direitos individuais.

Goffman (2001), em sua clássica obra de referência nesse campo chamada “Prisões, Manicômios e Conventos”, traz um impactante estudo sobre os devastadores efeitos que a institucionalização de alguém promove em sua individualidade. O efeito nulificador que as chamadas instituições totais como manicômios faz recair sobre as pessoas é por demais absorvente, levando-as ao comprometimento de suas memórias, ao esgarçamento de seus vínculos afetivos e à degradação de sua individualidade.

Diante dessas questões, passam a emergir propostas alternativas ao modelo manicomial então amplamente dominante até a virada do século XX ao XXI, impulsionadas por movimentos reformistas que ganharam força em diversos países. Na Inglaterra, surge e avança a abordagem da Psiquiatria Comunitária que buscava integrar o tratamento ao contexto social e familiar do paciente. Na França, movimentos como a Psicoterapia Institucional questionavam a lógica repressiva dos hospitais psiquiátricos, propondo espaços mais abertos e participativos (Gomes e Novaes, 2025, p. 13).

Já na Itália, a atuação de profissionais como Franco Basaglia deu origem à chamada Reforma Psiquiátrica italiana, culminando na Lei nº 180/1978, que determinou o fechamento progressivo dos manicômios e a substituição desses espaços por serviços comunitários de saúde mental (Gomes e Novaes, 2025, p. 13).

Assim, o período correspondente à virada do século XX para o século atual testemunhou não apenas uma mudança de perspectiva sobre os direitos humanos, mas também uma transformação profunda na assistência em saúde mental, com a busca por práticas mais inclusivas, humanizadas e respeitosas com a condição dos pacientes.

No Brasil, não foi diferente. Aqui, o movimento antimanicomial ganhou força a partir da divulgação dos horrores e abusos que ocorriam dentro de instituições psiquiátricas, com os internos muitas vezes mantidos afastados do olhar da sociedade, em ambientes fechados e isolados. A revelação dessas práticas desumanas despertou a necessidade de promover uma transformação profunda no modelo de tratamento em saúde mental, priorizando a dignidade e os direitos dos pacientes (Franco, 2024, p. 17-18).

Por esse motivo, em 2001, foi sancionada no país a Lei nº 10.216²⁴, que estabelece a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais. Essa legislação representou um marco na reforma psiquiátrica brasileira, introduzindo importantes avanços na forma de tratar e acolher indivíduos com transtornos mentais.

Entre as principais inovações está a proibição da internação em instituições com características asilares, que não garantiam assistência integral e multidisciplinar, como serviços médicos, psicológicos, ocupacionais e outros cuidados essenciais (CNJ, 2023).

Com essa mudança, surgiram os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), unidades especializadas voltadas para o atendimento e a reinserção social de pessoas com transtornos mentais. Os CAPS oferecem um cuidado interdisciplinar, reunindo profissionais de diferentes áreas da saúde para promover um tratamento humanizado e integrado, evitando o isolamento e proporcionando apoio contínuo à recuperação e à inclusão na comunidade (Gomes e Novaes, 2025, p. 14).

Em fevereiro de 2023, mais de duas décadas após a promulgação da Lei Antimanicomial, o CNJ publicou a Resolução nº 487, que institui a política antimanicomial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. A normativa tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o respeito ao devido processo legal, a individualização da pena, o direito fundamental à saúde, a proibição de práticas de tortura e a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, entre outros pilares que visam garantir uma abordagem mais humanizada e inclusiva no tratamento de indivíduos com transtornos mentais (Gomes e Novaes, 2025, p. 16).

Essa resolução do CNJ determinou a implementação de uma política antimanicomial na execução de medidas de segurança e estabeleceu um prazo de 15

²⁴ A Lei nº 10.216/2001 ficou conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial.

(quinze) meses para a desativação completa dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs).

Nessas instituições, atualmente, permanecem internadas pessoas que receberam medida de segurança como forma de sanção penal. A proposta da norma é promover uma reestruturação no atendimento a essas pessoas, direcionando-as para alternativas que melhor atendam aos direitos humanos e garantam cuidados de saúde mais adequados (Franco, 2024, p. 10).

Esse propósito da norma é elucidado pelo próprio CNJ em relatório lançado em agosto de 2024²⁵, em que a resolução é mencionada como mais uma ferramenta na promoção da “garantia do direito integral à saúde com vistas à integração comunitária e familiar,[...] privilegiando-se o cuidado em estabelecimentos de saúde de caráter não asilar, pelos meios menos invasivos possíveis” (CNJ, 2024, p. 12).

É inegável que essa iniciativa decorreu, em parte, de pressões e influências de grupos acadêmicos, organizações da sociedade civil e até mesmo de conselhos profissionais, como o Conselho Federal de Psicologia (CFP), que, historicamente têm se posicionado de forma crítica à lógica manicomial e à internação prolongada como forma de tratamento²⁶.

Esses setores têm defendido uma substituição do modelo de internação por abordagens comunitárias, psicossociais e de liberdade assistida, argumentando que o encarceramento de pessoas com transtornos mentais viola seus direitos fundamentais, além de se mostrar ineficaz para sua reabilitação.

Contudo, a crítica que se levanta nesse contexto — e que é absolutamente legítima dentro de um regime democrático — é a de que tais mudanças de orientação política e jurídica foram adotadas sem o devido debate público e sem passar pelo crivo do Congresso Nacional, instância constitucionalmente competente para deliberar sobre alterações substanciais no ordenamento jurídico penal e, mais especificamente, de matéria afeta ao campo da execução penal.

²⁵ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Relatório: Implementação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário. Atualizado em 21 de agosto de 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-politica-antimanicomial-2024-08-23.pdf>. Acesso em 03 abr. 2025.

²⁶ A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) aponta que a medida representa um passo importante na efetivação de direitos, ao combater práticas que geram sofrimento e violações de direitos humanos nas instituições de saúde mental, especialmente nos chamados manicômios judiciais (ANADEP, 2023). Na mesma linha de apoio, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia manifestam concordância com a nova política, destacando que ela contribui para a superação de modelos arcaicos e desumanos de tratamento (CFP, 2023).

Implementar mudanças estruturais dessa magnitude — que envolvem não apenas o Judiciário, mas também órgãos e atores que integram o sistema de saúde, de segurança pública, de assistência social, Defensoria Pública, Ministério Público, dentre outros — requer um debate mais amplo, plural e representativo, algo que só poderia ocorrer através do processo legislativo, com a participação de diversos setores da sociedade e a devida ponderação entre os direitos dos inimputáveis e os interesses da coletividade.

Adotar diretrizes de maneira unilateral, ainda que por uma instituição importante como o CNJ, pode ser visto como uma forma de judicialização da política criminal, que corre o risco de subverter o devido processo democrático. Além disso, ignora a complexidade da realidade dos sistemas de saúde mental no Brasil, especialmente a falta de estrutura para implementar plenamente alternativas à internação.

Portanto, embora a influência desses grupos na pauta antimanicomial tenha mérito em termos de defesa de direitos humanos, a forma como essas diretrizes vêm sendo implementadas pode comprometer a legitimidade democrática do processo, justamente por não ter sido submetida ao debate parlamentar, onde o pluralismo de ideias e interesses pode ser mais adequadamente confrontado, balizado e harmonizado.

Assim, a implementação da Resolução nº 487 tem gerado intensos debates tanto no meio jurídico quanto na comunidade médica, em especial na área psiquiátrica. Especialistas da área da saúde mental também denunciaram o curto prazo de execução das medidas e a falta de um debate mais amplo e transparente do qual pudessem participar.²⁷

²⁷ Um exemplo desse descontentamento foi a nota pública emitida pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), que questionava a formulação de uma política antimanicomial pelo Poder Judiciário sem a devida participação de entidades médicas especializadas. A entidade argumentou que a ausência de diálogo com profissionais da saúde pode comprometer a eficácia das mudanças propostas e gerar insegurança na aplicação prática da norma. Em outra manifestação, diversas entidades ligadas à área da saúde e à medicina emitiram um posicionamento contrário à Resolução nº 487 do CNJ, destacando preocupações quanto à sua implementação. A manifestação foi assinada pela Associação Brasileira de Psiquiatria, Associação Médica Brasileira, Federação Nacional dos Médicos e Federação Médica Brasileira, contando também com o apoio do Conselho Federal de Medicina (Gomes e Novaes, 2025, p. 16-17). O principal alerta feito pelas entidades foi de que tanto o sistema público de saúde quanto o sistema prisional comum não possuem estrutura adequada para receber os pacientes atualmente internados em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), que cumprem medida de segurança. Consideraram, portanto, que tal situação geraria tanto atendimento precário ao indivíduo submetido à medida de segurança, como produziria consideráveis riscos não apenas a esses indivíduos, como também para pessoas e funcionários que atuam nesses locais.

A falta de maior compromisso do CNJ em assegurar uma participação mais efetiva e direta de representantes da classe médica nesse processo de deliberação sobre o disposto na aludida resolução fez com que o Conselho Federal de Medicina, publicamente, se manifestasse contra o que seria a precipitada decisão de impor o fechamento dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.²⁸

Recordamos, neste ponto, a fala do constitucionalista e atual presidente do STF e CNJ, ministro Luís Roberto Barroso, destacada no primeiro capítulo do presente estudo, sobre a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinadas matérias, haja vista as limitações que o Poder Judiciário enfrenta ao lidar com questões que exigem conhecimentos técnicos, científicos ou especializados que vão além da formação jurídica tradicional. Isso ocorre porque juízes e tribunais, em geral, possuem expertise jurídica, mas não necessariamente têm o conhecimento aprofundado em áreas como saúde pública, políticas sociais, economia, meio ambiente, entre outras.

Essa limitação é particularmente relevante em situações que envolvem políticas públicas complexas ou decisões que exigem análise técnica especializada. Ao decidir sobre a desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos ou a adoção de políticas antimanicomiais, o Judiciário pode não dispor dos subsídios técnicos adequados para avaliar as implicações práticas e os impactos sociais dessas medidas.

Além disso, muitas vezes o Judiciário precisa decidir com base em informações fornecidas por outras instituições, como pareceres técnicos, estudos científicos ou relatórios elaborados por especialistas. No entanto, ainda nesses casos, pode haver divergências entre os laudos apresentados, o que aumenta o risco de decisões judiciais que, embora bem-intencionadas, acabem sendo tecnicamente equivocadas ou ineficazes.

Entretanto, embora existam diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis à extinção dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico como determinado pela Resolução nº 487 do CNJ, e independentemente da pertinência ou não das críticas sobre a ausência de maior debate público sobre essa medida de considerável impacto

²⁸ Conselho Federal de Medicina (CFM). CFM apoia Manifestação contra fechamento de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Brasília: 2023. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-apoia-manifestacao-contra-fechamento-de-hospitais-de-custodia-e-tratamentos-psiquiatricos>. Acesso em: 20 mar. 2025.

social, a principal questão acerca da norma – e também a mais importante para a presente pesquisa - não está relacionada ao mérito da proposta, mas sim e mais uma vez, a uma relevante questão de caráter formal: se tal matéria estaria abrangida ou não no feixe de atribuições do CNJ e se vem a se apresentar como mera providência administrativa ou, ao contrário, se constitui autêntica inovação legislativa.

Nesse sentido, está em tramitação o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 81/2023, de autoria do Deputado Kim Kataguiri (União-SP), que busca suspender a Resolução nº 487/2023 do CNJ. O argumento central do projeto é que o órgão teria ultrapassado os limites de sua competência ao criar direitos e obrigações não previstos em lei, função que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional. Em agosto de 2023, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) aprovou o projeto, que agora aguarda ser submetido à votação no Plenário da Câmara dos Deputados (Pickler, 2023, p. 21).

Paralelamente, conforme consta em seu sítio eletrônico, o STF deu início, em 10 de outubro de 2024, ao julgamento de quatro ações que contestam a validade da Resolução nº 487/2023.²⁹ Essas ações são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 7389, 7454 e 7566, além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1076. As ADIs foram propostas, respectivamente, pelo partido Podemos, pela Associação Brasileira de Psiquiatria e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, enquanto a ADPF foi apresentada pelo partido União Brasil.³⁰

Todas as quatro ações alegam que a resolução, emitida por um órgão ligado ao Poder Judiciário, aborda um tema essencialmente ligado à saúde pública, cuja competência normativa e administrativa pertence aos Poderes Legislativo e Executivo, e não ao Judiciário. Dessa forma e novamente sobre matéria regulamentada pelo CNJ, foi ressaltado que essa normativa viola o princípio da separação de poderes, estabelecido como cláusula pétrea na Constituição Federal, que prevê a atuação independente e harmônica entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF começa a julgar nesta quinta ações contra política antimanicomial do CNJ. Brasília, 09 de outubro de 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/entenda-stf-comeca-a-julgar-nesta-quinta-acoes-contrapolitica-antimanicomial-do-cnj/> . Acesso em: 20 mar. 2025.

³⁰ O julgamento das ações foi adiado e até o presente momento levantou-se que não houve remarcação.

Segundo Gomes e Novaes (2025, p. 19), a principal crítica gira em torno da criação de uma política antimanicomial no âmbito do Judiciário, que acaba por interferir diretamente no funcionamento dos serviços públicos de saúde, cuja gestão é atribuída aos Poderes Executivos Estaduais e Municipais. Além disso, ponderou-se que a extinção dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por meio da Resolução nº 487 do CNJ, poderia resultar na revogação indireta do artigo 96, inciso I, do Código Penal, que define as medidas de segurança como “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”.

Outro ponto de divergência está no artigo 12, §4º da Resolução nº 487, que estabelece que a eventual prescrição de recursos terapêuticos no Projeto Terapêutico Singular (PTS), uma espécie de plano individualizado de atendimento ao indivíduo submetido à medida de segurança, não deve ter caráter punitivo, tampouco uma medida de tratamento ambulatorial deve ser convertida em medida de internação sem fundadas razões para tal. Tal disposição, no entanto, está diretamente relacionada ao art. 97, §4º do Código Penal, que prevê que o juiz poderá determinar a internação do indivíduo, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, caso essa medida seja necessária para fins curativos (Gomes e Novaes, 2025, p. 19).

Além disso, o parágrafo único do artigo 11 da Resolução nº 487 determina que a autoridade judicial leve em consideração, ao decidir sobre a imposição ou alteração de medidas de segurança, os pareceres das equipes multiprofissionais da Rede de Atenção Psicossocial (RAPs) ou outras equipes conectadas. Essa diretriz, entretanto, relativiza o disposto no art. 97, §1º do Código Penal, que estabelece que a internação deverá perdurar enquanto não for comprovada, por perícia médica, a cessação da periculosidade do indivíduo (Gomes e Novaes, 2025, p. 20).

Os principais problemas da citada resolução, portanto, parece ser tanto a invasão de competência privativa do Legislativo ao regular matérias que não cabem ao Poder Judiciário, interferindo diretamente na separação dos poderes, cláusula pétrea da Carta Fundamental, quanto à forma açodada e sem maior publicidade e participação com que o CNJ deliberou sobre elas.

Outro ponto que também merece destaque e que parece não ter sido considerado com cautela pela resolução é a questão da periculosidade, que, como visto, está na base para a construção dos dispositivos relativos às medidas de segurança no Código Penal.

A periculosidade é um conceito fundamental na estrutura das medidas de segurança previstas no Código Penal brasileiro. Como já pontuado, ela se refere ao risco que uma pessoa representa para a sociedade devido à sua condição mental ou comportamento criminoso. No contexto das medidas de segurança, a periculosidade está associada à probabilidade de o indivíduo voltar a cometer atos ilícitos ou representar ameaça à ordem pública em razão de um transtorno mental.³¹

Qualquer política pública ou norma que busque reformular esse sistema precisa necessariamente considerar que relativizar ou desconsiderar o conceito de periculosidade pode colocar em risco a ordem pública e a proteção da coletividade. Por isso, o conflito entre a Resolução nº 487 do CNJ e o Código Penal está também no fato de que essa resolução promove uma espécie de esvaziamento do critério de periculosidade ao priorizar políticas de desinternação e reintegração social, sem que, em contrapartida, sejam garantidos mecanismos eficazes para proteger a sociedade contra possíveis riscos e assegurar um tratamento ao mesmo tempo humanizado e eficaz ao indivíduo submetido à medida de segurança, além de tal iniciativa confrontar manifestamente a lei penal vigente.

Recorde-se, mais uma vez, a lição de Carvalho Filho (2015, p. 60) ao registrar que o poder regulamentar, sendo fundamentado no princípio da reserva legal (art. 5º, II, da Constituição Federal), é acessório, subordinado à lei, e, portanto, não pode criar obrigações ou direitos autônomos, sob pena de violar a legalidade.

Ora, se a Lei de Execução Penal e o Código Penal preveem a possibilidade de internação como medida de segurança diante da periculosidade do agente, uma resolução administrativa que impõe preferência pela liberdade assistida ou veta a internação, exceto em casos extremos, poderia ser considerada ilegal, por restringir ou modificar o conteúdo legal de forma indevida.

A lição de Carvalho Filho sustenta, portanto, a tese de que resoluções e atos administrativos não podem inovar no ordenamento jurídico criando novos regimes de execução penal — sob pena de violação ao princípio da legalidade, da reserva legal e da proporcionalidade. Isso reforça a necessidade de que reformas dessa natureza

³¹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Medidas de segurança. Distrito Federal, 8 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/medidas-de-seguranca>. Acesso em: 04 abr. 2025.

sejam discutidas e aprovadas pelo Congresso Nacional, e não impostas por via administrativa.

Resta acrescentar que até o presente momento, os julgamentos das referidas ADIs e ADPF pelo STF ainda não ocorreram³², mas sabe-se que o teor da decisão do tribunal poderá determinar o futuro da política antimanicomial instituída pela resolução. Além disso, o STF terá a chance de delimitar, com maior precisão, os contornos da competência normativa atribuída ao CNJ, diante das reiteradas críticas que apontam para possíveis extrapolações de suas funções constitucionais, especialmente no que se refere à emissão de atos normativos com efeitos generalizados.

No entanto, um dado final que não deve ser olvidado é que a estrutura institucional do CNJ levanta importantes questionamentos quando se trata da análise da constitucionalidade de seus próprios atos normativos: O CNJ, como mencionado no segundo capítulo, é presidido pelo Presidente do STF, e conta ainda com a presença de outro ministro ou ministra da Suprema Corte entre seus membros. Essa configuração, embora busque integrar o Poder Judiciário de forma orgânica e coordenada, inevitavelmente gera tensão quanto à imparcialidade institucional quando o STF é chamado a julgar atos normativos emanados do CNJ.

O princípio da imparcialidade é basilar ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF/88) e implica que o julgador não deve ter interesse direto ou indireto no resultado da causa. Ainda que se possa argumentar que a atuação de algum ministro do Supremo no CNJ não implique, por si só, prejulgamento da matéria, é inegável que a presidência simultânea do STF e do CNJ pelo mesmo ministro(a) gera um aparente “conflito de interesses”, comprometendo o princípio-dever de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi destacado no presente trabalho que a chamada "crise do Direito" está associada à percepção de que as normas jurídicas, tradicionalmente interpretadas de

³² Ministério Público do Paraná (MPPR). Julgamento sobre Política Antimanicomial no STF é suspenso. Publicado em 15 de outubro de 2024. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/idoso-pcd/Noticia/Julgamento-sobre-Politica-Antimanicomial-no-STF-e-suspenso#:~:text=CAOP%20Informa,direitos%20das%20pessoas%20com%20defici%C3%Aancia>. Acesso em: 04 abr. 2025.

forma estritamente legal-formalista, não são suficientes para lidar com as complexidades sociais modernas. Essa crise, que teve seu ápice no pós-guerra em meados do século passado, abriu espaço para novas abordagens interpretativas e metodológicas no campo do direito que buscaram superar as limitações do positivismo jurídico.

Assim, o pós-positivismo surge como uma resposta à crise do Direito, propondo uma reaproximação do campo da juridicidade à dimensão ético-política que deve moldar uma ordem jurídica e que tem na dignidade humana o seu vetor principal.

Evidenciou-se também, no presente trabalho, o fato de que as sociedades modernas se tornaram “órfãs”, ao rejeitarem figuras tradicionais de autoridade, e agora enxergam a figura do juiz como uma espécie de fiador das promessas da modernidade. Assim, caberia ao Judiciário a função de evitar o colapso gerado pela complexidade que essas mesmas sociedades multifacetadas e, em muitos aspectos, fragmentadas, criaram.

Com o advento da emergência dos direitos fundamentais e o surgimento de Constituições cada vez mais extensas e analíticas, cresceu também a valorização dos princípios constitucionais, muitos deles de caráter abstrato e impreciso, exigindo do Poder Judiciário a construção de decisões baseadas em uma interpretação cada vez mais fluida e casuística das normas, quando não, muitas vezes, inovadora.

Em vista de tudo isso, no bojo do novo paradigma pós-positivista de interpretação-aplicação da normatividade, abriu-se espaço para uma tendência crescente em direção ao ativismo judicial, fenômeno esse caracterizado por uma hipertrofia do Judiciário em que este assume um papel mais proativo e intervencionista na sociedade sob o pretexto de promover e efetivar direitos fundamentais.

Neste cenário, juízes e tribunais tomam decisões que, por vezes, interferem em áreas tradicionalmente reservadas ao Legislativo ou Executivo. Tem-se uma ampliação na interpretação acerca do sentido e alcance de normas constitucionais para garantir direitos não expressamente previstos, e questões políticas e sociais são resolvidas no Judiciário em vez de serem exclusivamente debatidas e processadas no âmbito político.

Nessa perspectiva, observa-se que o ativismo judicial — fenômeno complexo que apresenta diversas nuances, como a sua manifestação em diferentes graus de intervenção judicial, a depender do contexto político, jurídico e social — é uma

realidade que, ao que tudo indica, veio para se consolidar no ordenamento jurídico contemporâneo.

Diante desse contexto, o protagonismo judicial — especialmente das Cortes Superiores — não pode mais ser encarado como exceção, mas como parte integrante da dinâmica democrática atual. No entanto, essa nova configuração exige um cuidado especial: é fundamental que o exercício desse novo papel pelo Judiciário não comprometa pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, como o princípio da separação dos poderes, o respeito à legitimidade do Poder Legislativo — cuja função precípua é a elaboração das leis — e o adequado funcionamento do sistema de freios e contrapesos. O desafio, portanto, está em conciliar o ativismo judicial com a preservação da harmonia e independência entre os poderes da República e da higidez de nossa democracia.

No que concerne ao surgimento do CNJ, viu-se que ele foi instituído no contexto da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, e foi criado com o propósito de funcionar como um órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, exercendo uma espécie de vigilância institucional com vistas a assegurar maior eficiência, transparência e uniformidade na atuação dos diversos tribunais e juízos do país.

Um dos principais objetivos perseguidos com a criação desse Conselho era justamente coibir práticas judiciais erráticas, voluntaristas e promover a padronização de procedimentos e condutas que deveriam seguir diretrizes uniformes, especialmente em matérias que demandam maior preocupação com a segurança jurídica e proteção das liberdades fundamentais.

Nesse contexto, a função correicional do CNJ também ganha destaque, na medida em que tal Conselho atua na fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais por parte de magistrados e servidores, contribuindo para o aprimoramento da gestão do Judiciário.

Entretanto, ao longo do tempo, tem-se observado um debate relevante acerca dos limites de atuação do CNJ. Isso porque, para além das atribuições administrativas e correicionais originalmente previstas, há quem sustente que tal Conselho estaria, em algumas ocasiões, extrapolando suas competências e avançando sobre campos de natureza normativa, tradicionalmente reservados ao Poder Legislativo.

Tal discussão gira em torno da legítima e justificável preocupação de se manter o equilíbrio entre o fortalecimento do controle interno do Judiciário e o respeito ao

princípio da separação dos poderes, de modo a evitar que um órgão técnico-administrativo passe a desempenhar funções que escapam a sua esfera de atribuições ou competências constitucionalmente definidas.

Nessa perspectiva, buscou-se examinar três possíveis evidências do que seriam casos limítrofes em que se manifesta uma tênue linha que torna confusa a distinção entre o que seria expressão do poder regulamentar do CNJ e o que corresponderia a deliberações que extrapolam o poder normativo do Conselho, configurando-se, portanto, como irrazoável investida sobre competências do Congresso Nacional para legislar sobre matérias no campo penal e processual penal.

O primeiro caso diz respeito à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editada em 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de pessoas presas à autoridade judicial no prazo de 24 horas, após a prisão em flagrante. Essa prática ficou conhecida como "audiência de custódia" e tem como principal objetivo garantir o controle judicial imediato da legalidade e da necessidade da prisão, além de buscar evitar ou inibir eventuais práticas de tortura ou maus-tratos que recaiam sobre o custodiado.

Ressaltou-se que a Resolução nº 213/2015 gerou intensa polêmica por diversos motivos, principalmente entre operadores do Direito e atores do sistema de segurança pública. Foram elencadas críticas que sustentaram que o CNJ extrapolou seu poder normativo, pois a realização da audiência de custódia deveria ser regulamentada por lei federal e não por uma resolução administrativa. Alegou-se, ainda, que o CNJ, ao regulamentar a audiência de custódia, estaria legislando sobre matéria processual penal, o que compete exclusivamente ao Congresso Nacional.

O segundo caso envolveu a Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021, que estabeleceu procedimentos e diretrizes para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Embora essa resolução tenha sido amplamente aceita como um avanço na promoção da educação e ressocialização de pessoas privadas de liberdade, surgiram novos questionamentos atrelados ao que se configurava como inovação legislativa imposta pelo CNJ no campo da execução penal.

O terceiro caso refere-se à edição da Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023, que determinou a implementação de uma política antimanicomial na execução de medidas de segurança e estabeleceu um prazo de 15 meses para a desativação completa dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs).

Ficou evidenciado que, com a edição da Resolução nº 487 pelo CNJ, houve reações especialmente vindas de amplos setores da classe médica. Criticava-se a adesão do CNJ a uma política antimanicomial sem que houvesse participação adequada de profissionais da saúde mental e de entidades médicas especializadas na deliberação sobre questão tão complexa e sensível, o que levantou fundadas dúvidas sobre a efetividade e a legitimidade da norma.

No entanto, foi constada que a principal crítica se referiu ao fato de que a resolução, emitida por um órgão ligado ao Poder Judiciário, aborda um tema essencialmente ligado à saúde pública, cuja competência normativa e administrativa pertence aos poderes Legislativo e Executivo, e não ao Judiciário. Dessa forma, argumentou-se que a edição de tal normativa, assim como as outras examinadas, viola o princípio da separação de poderes, estabelecido como cláusula pétrea na Constituição Federal, que prevê a atuação independente e harmônica entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com base no que foi examinado no presente trabalho, é possível apontar que a atuação do CNJ no âmbito do chamado poder normativo ou regulamentar é marcada por certa disfuncionalidade, em decorrência da extrapolação de suas funções fruto de uma indevida compreensão acerca dos vínculos e limites de sua atuação administrativa.

Ignorar os limites constitucionais que cingem esse órgão pode resultar em uma distorção dos fundamentos que sustentam o Estado de Direito, comprometendo o primado da legalidade e a ordem democrática que garantem a estabilidade e conferem um lastro ético-político nas ações do poder público.

Impõe-se reafirmar que nenhuma instituição ou órgão público, incluindo o CNJ, está autorizado a investir contra as balizas que moldam nosso Estado Democrático de Direito, ao promover frequentes abalos em nossa ordem jurídico-constitucional e a deflagração de crises institucionais evitáveis. Exige-se de órgãos públicos e instituições republicanas o firme compromisso com a promoção da estabilidade político-jurídica do país e a preservação das bases de nossa ainda frágil democracia.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Denise Leal. **Judicialização da vida, “descoletivização” dos direitos fundamentais sociais e o “desvio” judicante**. RCJ – Revista Culturas Jurídicas, v. 2, n. 3, p. 182-198, 2015. Disponível em:

<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44961/25854>. Acesso em: 31 mar. 2025.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). **Nota de apoio à política antimanicomial do Poder Judiciário**, 2023. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/54506/NOTA_P_BLICA_.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. Forense Universitária, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula *et al.* **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91, p. 23-32, 2009.

BERNDT, Rafael Espíndola; JÚNIOR, Walter Santin. **Do positivismo jurídico ao pós-positivismo**. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 24, n. 30, p. 39–59, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/164>. Acesso em: 31 out. 2024.

BRAGA, Italo Farias; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Audiência de custódia: uma formulação garantista ou uma extrapolação normativa?**. Revista Jurídica da Presidência. v. 23, n. 131, p. 581-603, 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1956>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de

novembro de 1969. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1984. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 de mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.433, de 26 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm. Acesso em: 13 de mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 01 abr. 2025.

BRASIL. Ministério dos Transportes. **Acordo/Termo de Cooperação Técnica (ACT/TCT)**. Brasília: Ministério dos Transportes, 12 jan. 2024. Disponível em:
<https://www.gov.br/antag/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias-1/acordo-termo-de-cooperacao-tecnica-act-tct>. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1 Distrito Federal**. Requerente: Associação dos Magistrados – AMB. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 27 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Medida Cautelar. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> . Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 190.806/SC**. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Remição de Penas. Aprovação no ENCCEJA. Agravante: Juliana da Silva Ferreira. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 de março de 2021. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346588384&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6 Distrito Federal**. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2358461>. Acesso em: 02 fev. 2025

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”**. 2015. Tese (resumo expandido). (Doutorado em Direito) Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9297> . Acesso em: 30 mar. 2025.

CAMPOS, Edrise. **As Limitações da delegação da competência legislativa da União aos Estados tendo como enfoque o Direito Penal**. Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura**: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. São Paulo: EdUSP, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). **Posicionamento do Sistema Conselhos de Psicologia sobre a Resolução CNJ 487/2023**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2023/05/Posicionamento-do-Sistema-Conselhos-de-Psicologia-sobre-a-Resolucao-CNJ-487.pdf>. Acesso em 20 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ 10 anos**. Brasília: CNJ, 2015. 128 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013**. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/portaria-44-cnj.pdf>. Acesso em 01 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder

Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023**. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1425232024090266d5cad3ef35b.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2025.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Criação do Manicômio Judiciário no Brasil**. L'autro Diritto, 2009. Disponível em: <https://www.adir.unifi.it/rivista/2009/cerqueira/cap1.htm>. Acesso em 30 mar.2025.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENOSSI, Rita de Cássia. **Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais e de registro**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Florianópolis, Brasil, v. 3, n. 1, p. 105–120, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/2167>. Acesso em: 19 fev. 2025.

FARIA, Ernesto (org.). **Dicionário escolar latino-português**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura; Campanha Nacional de Material de Ensino, 1962.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Sistema do duplo binário: vida e morte**. In: Studi in memoria di Giacomo Delitala: vol. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 1907-1930, 1984.

FRANCO, Tayná Oliveira. **A Política Antimanicomial do Poder Judiciário: Uma análise acerca do fechamento dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil**. 46 f. Uberlândia, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/43988>. Acesso em: 02 abr. 2025.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Trad.: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GENTIL, Patrícia. **Fontes do Direito**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista, v. 6 (2008) – Porto Alegre: 2008. CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 51. Disponível em: https://www.unifaccamp.edu.br/extras/arquivo/pdf/revista_faccamp_6.pdf#page=35. Acesso em 01 abr. 2025.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira. Leite. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOMES, Camila Paula de Barros; NOVAES, Pedro Luís Piedade. **A Resolução 487 do Conselho Nacional de Justiça e a polêmica extinção dos manicômios judiciais**. Revista Juris UniToledo, [S. l.], v. 10, n. 01, p. 1–26, 2025. Disponível em:

<https://wyden.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurisunitoledo/article/view/499>. Acesso em: 19 mar. 2025.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Editora Annablume, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad.: Amauri Feres Saad. 1ª Ed. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

IDP. **Marbury vs Madison**: estudo de caso do controle de constitucionalidade. [S. l.], 16 dez. 2022. Disponível em: <https://direito.idp.edu.br/idp-learning/direito-constitucional/marbury-vs-madison/#:~:text=O%20caso%20Marbury%20vs%20Madison%20foi%20um%20precedente%20jurisprudencial%20americano,chamado%20controle%20difuso%20de%20constitucionalidade>. Acesso em: 10 abr. 2025.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). **Audiência de custódia: análise dos dois primeiros anos**. Publicado em 28 set. 2017. Disponível em: <https://iddd.org.br/audiencia-de-custodia-analise-dos-dois-primeiros-anos/>. Acesso em 02 abr. 2025.

LEAL, Fernando; BARCELLOS, Ana Paula de; ALMEIDA, Guilherme F. C. F. **IX Relatório Supremo em Números**: a justificação de decisões no Supremo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/bcd061af-c2c2-4d47-9c6c-2ebca3bdcf06>. Acesso em: 10 mar. 2025.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARSHALL, William P. **Conservatives and seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. v. 73, p. 37, 2002. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/lawreview/vol73/iss4/3/>. Acesso em 02 jan. 2025.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Gladson. **Ativismo judicial e poder normativo do CNJ / Judicial activism and normative power of the angel**. *Brazilian Journal of Development*, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n9-198>. Acesso em 02 fev. 2025.

MORAIS, Elcío Batista de. **A Jurisprudência como fonte formal do Direito do Trabalho**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista, v. 6

(2008) – Porto Alegre: 2008. CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 51. Disponível em:
https://www.unifaccamp.edu.br/extras/arquivo/pdf/revista_faccamp_6.pdf#page=35.
 Acesso em 01 abr. 2025

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v24i30.p39>. Acesso em: 15 set. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. - 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

PICKLER, Juliana. **A extinção do Hospital de Custódia**: política antimanicomial do Poder Judiciário no Brasil e seus reflexos. UNISOCIESC, 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/036d4b52-8773-4d37-892e-bdbe9d0c56c6>. Acesso em: 31 mar. 2025.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. **A separação dos poderes revisitada**: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do Legislativo. Jornada de Direito Constitucional Comparado, 6. Fortaleza: Unifor, 2013.

PRADO, Daniel Nicory. **A prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Juspodium, 2017.

RAMOS, Paulo Isidorio Sousa Moreira. **Os aspectos práticos da implementação da audiência de custódia no Brasil: uma análise a partir da Resolução nº 213/2015 do CNJ**. 120 f. Marabá, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unifesspa.edu.br/handle/123456789/534>. Acesso em: 31 mar. 2025.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, R. P. dos. **Um olhar crítico sobre o instituto da Súmula Vinculante**. Seara Jurídica, [S. l.], v. 1, n. 5, p. 72–95, 2011. Disponível em: <https://publicacoes.unijorge.com.br/searajuridica/article/view/447>. Acesso em: 31 mar. 2025.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo em execução nº 0004892-66.2021.8.26.0502**. Agravante: Ministério Público. Agravado: Gustavo Vallone Brás de Toledo. São Paulo, 29 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/remicao-leitura-negada.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2025.

STRECK, L. L.; SARLET, I. W. et al.. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Jus Navigandi, Teresina, v.10, n.888, 2005.

SILVA, João Ricardo Anastácio; FELIX, Leonardo Martins. **A audiência de custódia como controle jurisdicional da prisão em flagrante**. Revista Eletrônica de Direito, ano I, 1. ed., 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifil.br/index.php/direito/article/view/1117/1033>. Acesso em: 08 mar. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro**. Brasília, 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em 21 mar. 2025.

TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **Conselho Nacional de Justiça: 15 anos**. Brasília: CNJ, 2020.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Os Julgamentos de Nuremberg**. [S. l.]. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-nuremberg-trials>. Acesso em: 10 abr. 2025.

UZOUKWU, Nayara Chioma Coghi. **A regulamentação do instituto da remição de pena por leitura pela Resolução 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça**. Boletim IBCCRIM, ano 31, n. 363, p. 4-7, 2023. Disponível em: https://www.publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/issue/view/80/63. Acesso em: 14 mar. 2025.

VOLLES, G. A.; NAATZ, A. L. F. **A remição da pena pela leitura**: Uma análise da Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça e das novas perspectivas de reinserção social. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 28, n. 34, p. 194–220, 2021. Disponível em: <https://esmesec.emnuvens.com.br/re/article/view/260>. Acesso em: 15 mar. 2025.