

Autores

Ana Flávia Nascimento da Silva

Any Shayeny Siqueira Dias Silva

Carla Vargas da Silva

Daniel Henrique Araújo da Silva

Diego Nunes de Almeida

Felipe Areamiro Franklin Teles de Mesquita

Janine Pereira Marques

Marcelo Pereira Cruvinel

Marcos Adriano Alves Barreto

Moyés Santiago Cardoso da Silva

Messias Franklin dos Santos

Stefany Nobre Ferreira

Thalita Tomáz Dias de Almeida

Ensaio Jurídicos

Vol.1

Marcelo Pereira Cruvinel
Coordenador



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O presente livro, *Ensaio Jurídicos – Volume 1*, é coordenado por Marcelo Pereira Cruvinel, professor do Centro Universitário Unieuro que, junto de estudantes pesquisadores do curso de graduação em Direito desta Universidade, construíram este conjunto de ensaios que traz interessantes interlocuções sobre diversos tópicos jurídicos. O resultado, que manifesta pesquisa acadêmica de qualidade, confirma a preocupação com o espírito humanitário que visa o ordenamento dos valores de convivência e a promoção da dignidade do homem, essência da mensagem cristã.

Os estudos, baseados principalmente quando da elaboração de trabalhos de conclusão de curso, foram realizados no ano de 2023 e os resultados estão sendo apresentados ao público acadêmico e a todos os interessados nestes temas tão importantes nos nossos dias.

ISBN 978-65-6006-072-2



9 786560 060722 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

Ensaio
Jurídico
Vol.1

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CRUVINEL, Marcelo Pereira (coord.)

Título: Ensaios Jurídicos Vol. 01- Belo Horizonte - Editora Expert - 2024

Coordenador: Marcelo Pereira Cruvinel

Autores: Ana Flávia Nascimento da Silva, Any Shayeny Siqueira Dias Silva, Carla Vargas da Silva, Daniel Henrique Araújo da Silva, Diego Nunes de Almeida, Felipe Areamiro Franklin Teles de Mesquita, Janine Pereira Marques, Marcelo Pereira Cruvinel, Marcos Adriano Alves Barreto, Moysés Santiago Cardoso da Silva, Messias Franklin dos Santos, Stefany Nobre Ferreira, Thalita Tomáz Dias de Almeida.

ISBN: 978-65-6006-072-2

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Temas jurídicos 3. Valores da convivência humana I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

COORDENADOR

Marcelo Pereira Cruvinel

AUTORES

Ana Flávia Nascimento da Silva

Any Shayeny Siqueira Dias Silva

Carla Vargas da Silva

Daniel Henrique Araújo da Silva

Diego Nunes de Almeida

Felipe Areamiro Franklin Teles de Mesquita

Janine Pereira Marques

Marcelo Pereira Cruvinel

Marcos Adriano Alves Barreto

Moysés Santiago Cardoso da Silva

Messias Franklin dos Santos

Stefany Nobre Ferreira

Thalita Tomáz Dias de Almeida

SUMÁRIO

Agradecimentos	11
Prefácio.....	13
Audiência de custódia: o impacto da implementação do Juiz de Garantias no sistema carcerário brasileiro	17
<i>Stefany Nobre Ferreira, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Alimentos avoengos e a responsabilidade subsidiária dos avós	65
<i>Thalita Tomáz Dias de Almeida, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
O Supremo Tribunal Federal ante o ativismo judicial e o alargamento do sistema de freios e contrapesos	119
<i>Carla Vargas da Silva, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
O crime de terrorismo à luz da legislação brasileira	163
<i>Messias Franklin dos Santos, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
A proteção dos Direitos Humanos no contexto da guerra	215
<i>Diego Nunes de Almeida, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
A alteração da lei de incapacidade militar e a ausência do estado sobre o dever de indenizar	279
<i>Moyés Santiago Cardoso da Silva, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	
Inobservância das formalidades legais do procedimento no reconhecimento de pessoa bem como a ocorrência das falsas memórias	317
<i>Janine Pereira Marques, Marcelo Pereira Cruvinel</i>	

A função do Estado e seu papel na ressocialização do adolescente 365

Any Shayeny Siqueira Dias Silva, Marcelo Pereira Cruvinel

A ineficácia do sistema carcerário como medida ressocializadora .. 405

Daniel Henrique Araújo da Silva, Marcelo Pereira Cruvinel

A importância da ressocialização do apenado após o cumprimento da
pena455

Ana Flávia Nascimento da Silva, Marcelo Pereira Cruvinel

Legítima defesa e seus excessos perante a ineficácia estatal497

Marcos Adriano Alves Barreto, Marcelo Pereira Cruvinel

Análise crítica da aplicabilidade das medidas protetivas de urgência da
lei maria da penha: inclusão do homem como seu beneficiário543

Felipe Areamiro Franklin Teles de Mesquita, Marcelo Pereira Cruvinel

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos especiais a todos os discentes do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Unieuro que se dedicaram em nossos encontros periódicos para elaborarem, inicialmente, seu trabalho de conclusão de curso e, posteriormente, a trabalharmos na complementação e ajustes nos ensaios da obra que se apresenta.

Essa publicação comprova, por parte dos autores, a sua vocação humanística e o contínuo cuidado com os fenômenos jurídicos da atualidade. Os resultados apresentados, através de pesquisas teóricas e empíricas, demonstram os entrelaçamentos e nuances existentes entre os diversos ramos do Direito.

Agradecemos ao Centro Universitário Unieuro todo apoio e incentivo, tendo a certeza de que sua assistência e suporte foi inestimável para a construção desta obra coletiva.

Marcelo Pereira Cruvinel

PREFÁCIO

Pesquisadores do curso de graduação do Centro Universitário Unieuro construíram este conjunto de ensaios que traz interessantes interlocuções sobre diversos tópicos jurídicos. O resultado, que manifesta pesquisa acadêmica de qualidade, confirma a preocupação com o espírito humanitário que visa o ordenamento dos valores de convivência e a promoção da dignidade do homem, essência da mensagem cristã.

A coletânea é aberta com ensaio sobre a *audiência de custódia e o impacto da implementação do juiz de garantias no sistema carcerário brasileiro*, onde tal expediente é explorado com base em seus institutos e procedimentos adotados para sua realização. Sendo reconhecida como medida garantista, concebe-se que a audiência de custódia busca entregar um processo penal mais justo e humanizado.

Há também o ensaio sobre os *alimentos avoengose a responsabilidade subsidiária dos avós*, que traz na sua abordagem, inicialmente, as contradições com princípios constitucionais na proteção dos idosos, em especial a controvérsia da prisão civil e a problematização da distinção entre devedores principais e subsidiários, além da consideração sobre a proteção dos direitos das crianças e a solidariedade familiar.

Em outro ensaio há o interessante estudo sobre o *Supremo Tribunal Federal ante o ativismo judicial e o alargamento do sistema de freios e contrapesos*, onde aborda a relevância conquistada pelo Poder Judiciário e trata dos limites que as autoridades que representam a última instância deste Poder possuem em suas decisões, que mais tarde se transformam em fundamentos que balizam os demais julgamentos e decisões.

Centrada na questão de crimes de repulsa mundial em um contexto contemporâneo de direitos internacionais, a coletânea apresenta estudo avaliando o *crime de terrorismo à luz da legislação brasileira*, onde analisa o tratamento legal e jurídico dispensado ao crime de terrorismo no território nacional e se a legislação que ora

vigora é adequada aos casos que possam ocorrer em solo pátrio, sem antes tratar de correlações históricas em outras nações.

No mesmo campo temático, é abordada a segurança dos direitos humanos contextualizados em situação que envolva conflito entre Estados soberanos, bem como a pauta sobre o seu contexto e sua evolução histórica. Nestas linhas, o ensaio sobre *a proteção dos direitos humanos no contexto de guerra* discorre sobre a responsabilidade internacional referente aos atos de guerra praticados, juntamente com o estudo da justiça transicional e sua devida aplicação caso os Estados envolvidos no conflito tenham infringido os direitos humanos.

Objeto que tem como fundo aspectos da carreira militar, o ensaio sobre *a alteração da lei de incapacidade militar e a ausência do Estado sobre o dever de indenizar* busca entender as incongruências que os efeitos da entrada em vigor da Lei 13.954 de 2019 trouxe aos militares, especialmente os temporários, em especial no tocante à reforma por incapacidade nas atividades militares.

A aproximação entre os direitos fundamentais e a perseguição penal foi explorada em ensaio que tratou da *inobservância das formalidades legais do procedimento no reconhecimento de pessoa bem como a ocorrência das falsas memórias*. Discute-se nesta pesquisa a falha do judiciário em processos que são baseados em provas frágeis, no que tange a prova testemunhal contaminada pela falsa memória. É comum o crescimento de casos de inocentes condenados, fundados em provas contestáveis e equivocadas. A formalidade do procedimento deve ser utilizada de valorar a prova testemunhal.

O ensaio que trata da *função do Estado e seu papel na ressocialização do adolescente* faz uma reflexão sobre o grande número de crimes praticados por adolescentes reincidentes. É apontada a dificuldade do Estado de garantir os direitos fundamentais básicos para que o adolescente em conflito com a lei possa ter uma ressocialização adequada. Uma análise crítica do estudo leva a uma reflexão de como as políticas públicas e as práticas estatais moldam a trajetória desses adolescentes, influenciando diretamente sua reintegração à sociedade.

A capacidade ressocializadora do sistema carcerário através de uma análise das dificuldades sociais anteriores à privação de liberdade, como os problemas e violações sofridas dentro do âmbito carcerário, é avaliada no ensaio *a ineficácia do sistema carcerário como medida ressocializadora*. Não se limitando a este ponto, busca também aferir os efeitos pós-cárcere e como a visão ou falta dela aos indivíduos saídos da prisão pode afetar sua ressocialização, além dos efeitos da falta de efetiva ressocialização.

Na mesma linha de estudos, o ensaio *a importância da ressocialização do apenado após o cumprimento da pena* aduz que o intuito da ressocialização é a reintegração dos apenados ao convívio coletivo, requerendo a cooperação entre o Estado e a sociedade para atingir esse objetivo, através de mecanismos de ressocialização do apenado após o cumprimento da pena, além de objetar qual é o papel da sociedade e do Estado perante os egressos.

Ainda na temática da efetividade pública também matizou o ensaio sobre *a legítima defesa e seus excessos perante a ineficácia estatal*. A ineficácia estatal no combate à criminalidade gera um ambiente propício para diversas situações em que um indivíduo se vê compelido a agir amparado pela legítima defesa, surgindo assim questões complexas relacionadas aos limites do referido instituto, tanto na reação a lesividade atual ou eminente, bem como na necessidade de buscar alternativas à violência como forma de autodefesa.

Considerada como ferramenta primordial no enfrentamento e prevenção da violência doméstica, a Lei Maria da Penha apresenta uma série de medidas protetivas que podem ser aplicadas pelo juiz quando constatada a ocorrência de transgressão de dispositivo legal. Isto posto, a contenda trazida no ensaio sobre *a análise crítica da aplicabilidade das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha: inclusão do homem como seu beneficiário* aduz sobre as inseguranças jurídicas das medidas protetivas de urgência quanto à inclusão do homem como seu beneficiário, principalmente em relação à observância do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

No mais, esta obra representa um momento de construção científica do Direito, onde foi tomada a iniciativa de tornar registros acadêmicos em memórias.

*O tempo pode apagar lembranças de um rosto, um corpo,
mas jamais apagará lembranças de pessoas que souberam
fazer de pequenos instantes, grandes momentos.*
Paulo Coelho.

Boa leitura!

Marcelo Pereira Cruvinel

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: O IMPACTO DA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Stefany Nobre Ferreira¹

Marcelo Pereira Cruvinel²

RESUMO: Este Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) faz análise acerca da introdução do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ótica da audiência de custódia como uma ferramenta crucial para adequação às normas internacionais. A perspectiva teórico-epistemológica adotada é a dedutiva, partindo de conceitos universais para exposição de opiniões particulares. O método de pesquisa se baseia na análise de dados do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN) e na revisão bibliográfica de artigos, jurisprudências e doutrinas. Primeiramente, contextualiza-se o Processo Penal brasileiro, destacando princípios constitucionais relevantes e a influência dos sistemas acusatório e inquisitório no sistema jurídico brasileiro. Em seguida, a audiência de custódia é explorada a partir de seu conceito, idealização, previsão legal e procedimentos adotados para sua realização. Por fim, concentra-se no sistema carcerário brasileiro, introduzindo o Juiz de Garantias e discutindo a crise no sistema carcerário, evidenciando dados sobre a implementação da audiência de custódia. Os resultados da pesquisa apontam para a efetividade da audiência de custódia na identificação e combate aos casos de tortura, bem como seu impacto positivo no esvaziamento do sistema carcerário brasileiro. A inclusão da audiência de custódia no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 é reconhecida como uma medida garantista. Assim, conclui-se que o

1 Advogada. Bacharela em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

2 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

Brasil, apesar das dificuldades na garantia de direitos fundamentais do preso, avança na direção de um processo penal mais justo e humanizado.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Juiz de Garantias. Sistema Carcerário. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

A previsão do instituto do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro representa uma grande conquista civilizatória, uma vez que fortalece a garantia dos direitos humanos. Ao incluir a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e, desse modo, garantindo a imediata apresentação do preso a um juiz, criou-se um processo penal mais humanizado e em consonância com os acordos internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

No âmbito da legalidade das circunstâncias que decorrem o momento de uma prisão, analisa-se tão somente a existência de relatos de tortura ou maus tratos, e a necessidade, ou não, de manter o custodiado em cárcere até o momento da audiência de instrução e julgamento, a fim de se preservar a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do custodiado.

A distância encontrada entre conceitos doutrinários, norma e realidade sempre foi grande. Isso pode ser melhor visualizado quando é exposto que a audiência de custódia (ou audiência de apresentação) possui previsão normativa desde o ano de 1992, mas apenas passou a produzir efeitos práticos a partir do ano de 2015. Por isso, é possível aferir que, apesar das dificuldades enfrentadas para assegurar direitos fundamentais, o Brasil caminha na direção de efetivar um processo penal mais justo e humanizado.

Nesta pesquisa, almeja-se responder à seguinte problemática: se a audiência de custódia é uma ferramenta efetiva, tanto no que se

refere à identificação e combate às ocorrências de tortura ou maus tratos, quanto na promoção do desafogamento do sistema carcerário brasileiro.

A relevância acadêmica do presente trabalho é demonstrada pela proposta de analisar os significativos impactos promovidos pela inovação legislativa da audiência de custódia, e como a sua inclusão no Código de Processo Penal, promovida pela edição da Lei 13.964/2019, é positiva para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o expressivo caráter garantista que promove no processo criminal.

Neste trabalho o objetivo geral será o de explorar os principais conceitos que fundamentam a previsão da ferramenta audiência de custódia e suas consequências enquanto alternativa para proteção dos direitos fundamentais do preso bem como os reflexos da sua implementação.

Como abordagem aos objetivos específicos, estes serão estudados nos capítulos do presente estudo. O primeiro capítulo fará breve contextualização do Processo Penal brasileiro. Para tanto, será dado destaque aos princípios constitucionais mais relevantes para a construção lógica do tema proposto por este trabalho e, ainda no campo dos princípios constitucionais, aqueles que são específicos para o processo penal. Além disso, será feita uma breve análise do sistema processual adotado no Brasil, bem como da forma como esse processo é influenciado pelas características dos sistemas acusatório e inquisitório.

O segundo capítulo será dedicado a explorar a ferramenta audiência de custódia. Assim, será feita uma breve análise acerca do conceito, bem como da maneira como essa ferramenta foi idealizada. Além disso, será explorada sua previsão legal, assim como os procedimentos adotados para sua realização. Por fim, será exposta a forma como a audiência de custódia atua como um remédio à constrição de liberdade.

No terceiro capítulo, o sistema carcerário brasileiro ganha destaque. Para que isso seja possível, será introduzido o conceito do instituto do Juiz de Garantias e, em seguida, a preocupante crise

enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro e a forma como essa circunstância viola direitos fundamentais do preso. Ao fim do capítulo, serão expostos dados referentes à implementação da audiência de custódia, a fim de se evidenciar o número de prisões provisórias que foram evitadas com a realização dessa audiência.

Para que sejam alcançados os objetivos propostos nessa pesquisa, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, que parte de conceitos universais e dados reais para que sejam expostas opiniões particulares. Com o intuito de estudar as condições do preso no Brasil, serão analisados dados disponibilizados pelo Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN). Além disso, somente a partir da leitura de artigos, jurisprudências, doutrinas, bem como da análise de dados pré-existentes, a construção lógica do presente trabalho poderá ser estruturada, o que define a técnica de pesquisa bibliográfica.

Nesse sentido, este trabalho será desenvolvido buscando examinar a aplicação da audiência de custódia como ferramenta efetiva do juiz de garantias. Para isso, serão utilizados também os dados fornecidos pelo Ministério da Justiça para expor a crise enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro e a forma como a implementação da audiência de custódia promove o desafogamento do sistema carcerário brasileiro.

1. PRINCÍPIOS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente, merece relevante valor destacar que os princípios constitucionais são ferramentas utilizadas em todo o ordenamento jurídico com o intuito de proporcionar ao operador do direito uma base para interpretar, integrar conceitos do direito, bem como aplicar os dispositivos legais.

No entanto, de maneira geral, os princípios não são utilizados tão somente quando se faz necessária a aplicação da norma. Esses

institutos também são igualmente relevantes quando se percorre o processo legislativo, de modo que orienta o legislador a observar quais são os limites e valores estabelecidos por aquela nação ao aprovar a Carta Magna.

Nesse sentido, explica Guilherme de Souza Nucci (2020) que os princípios constitucionais possuem o objetivo de trazer uniformidade à edição, interpretação e aplicação da lei, motivo pelo qual as normas infraconstitucionais não podem deixar de observar esses princípios, sob pena de ofensa direta à norma máxima do ordenamento jurídico: a Constituição, nas palavras que seguem:

[...] extrai-se a importante missão que os princípios constitucionais possuem: dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a Constituição (...). Não se poderia, portanto, conceber que uma lei infraconstitucional ofendesse diretamente o princípio constitucional do devido processo legal, prevendo, v.g., que as pessoas podem ser privadas de seus bens em processo inquisitivo, sem possibilidade de defesa. (NUCCI, 2020, p.71)

Assim, valendo-se da lição dada acima, cabe mencionar que, no âmbito dos princípios constitucionais, para fins de adequação ao tema abordado neste estudo, merece especial atenção os princípios constitucionais do devido processo legal, dignidade da pessoa humana e legalidade.

No que se refere ao princípio do devido processo legal, este possui sua previsão expressa no art. 5º, LVI da Constituição e prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio, em linhas gerais, está relacionado com todos os demais princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico, pois, ao incluir no texto constitucional a garantia do devido processo legal, o legislador, antes de assegurar ao cidadão um processo justo, proporcional e isonômico entre as partes, cria ao Estado a

obrigação de proporcionar ao indivíduo garantias que efetivem o atendimento de todos os institutos processuais que a ele são devidos. Dessa maneira, uma vez que a condição para que os efeitos de uma possível sanção sejam produzidos, é imprescindível que, ao indivíduo, sejam concedidos todos os meios de defesa que a ele são inerentes, reduzindo, desse modo, a atuação jurisdicional do Estado, conforme o que se pode extrair do ensinamento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2020) :

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do direito penal e do processo penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal. (NUCCI, 2020, p. 142)

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme redação dada pelo art. 1º, III da Carta Magna, esse princípio possuirá dois prismas, quais sejam: o objetivo e o subjetivo, na doutrina elaborada por Guilherme de Souza Nucci (2020).

Explica o nobre doutrinador que a condição de dignidade da pessoa humana somente poderá ser atendida mediante a seguridade de condições mínimas de subsistência, no que se refere ao prisma objetivo. No viés subjetivo, o atendimento será dado mediante o atendimento dos direitos próprios do ser humano, ou seja, os direitos

que são inerentes a todo ser humano desde o seu nascimento. Assim, Nucci (2020) ensina que:

Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal. (NUCCI, 2020, p. 130)

No que se refere ao princípio da legalidade, este, por sua vez, será o alicerce de todo o Estado de Direito, uma vez que irá estabelecer limites tanto para o indivíduo, quanto para o Estado.

Nesse sentido, ao indivíduo será permitido fazer tudo aquilo que deixa de ser proibido na lei positivada. O Estado e seus representantes, em outro ponto, estarão limitados a fazer somente aquilo que está expressamente previsto, conforme redação dada pelo Art. 5º, II da Constituição, leia-se: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A partir disso, é possível destacar que os princípios processuais atuam no ordenamento jurídico como limitadores do poder Estatal em face do indivíduo. Esses princípios podem ser encontrados tanto de maneira explícita, quanto implícita nos Códigos desta Pátria.

Nas palavras de Rogério Sanches (2020), a diferença estabelecida entre lei positivada e princípios processuais, pode ser dada da seguinte forma:

[...]
Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios. Neste caso, invoca-se a proporcionalidade (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade.

Logo, não há revogação de princípios. [...]

Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses. (SANCHES, 2020, p. 77 e 78)

Dessa maneira, pode-se registrar que a aplicação dos princípios será dada de forma ampla, comparada à aplicação da lei positivada. Isso se deve ao fato de que não é exigido situação específica para que os princípios sejam adequadamente aplicados. Em outro ponto, quando se refere à aplicação da lei positivada, esta somente será possível quando houver perfeita adequação do fato à norma, uma vez que não é admitida analogia para aplicação da lei penal.

A partir disso, faz-se necessário que sejam abordados os princípios constitucionais mais relevantes para este trabalho, e que irão incidir sobre o processo penal.

1.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, deve-se registrar que os princípios constitucionais que compõem o processo penal poderão ser classificados da seguinte forma: os se referem ao indivíduo; os concernentes à relação processual; e os que estão relacionados à atuação do Estado.

Quanto aos princípios que se referem ao indivíduo, importa destacar o princípio da presunção de inocência. Este princípio, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição, ordena que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conhecido, também, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. (NUCCI, 2020, p. 151)

Isso significa que a simples propositura de uma ação penal em desfavor de um cidadão não irá ensejar em circunstância suficiente para que o mesmo seja considerado culpado pelo ilícito que lhe é imputado. Por meio do contraditório, ampla defesa, bem como dos demais princípios que asseguram o devido processo legal, ao acusado, serão oportunizadas todas as condições necessárias para que seja assistido por defesa técnica contra as acusações que lhe são atribuídas. Por isso, não há o que se falar em réu culpado até que sejam esgotados todos os recursos contra a sentença penal condenatória.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2023) explica que, a partir do que se pode extrair da análise do texto constitucional, bem como da redação dada pelo art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - primeira previsão positivada desse princípio -, a presunção de inocência poderá ser resumida em três manifestações que se integram entre si, quais sejam:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito

probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada. (LOPES JÚNIOR, 2023, p.43)

Dessa maneira, é possível inferir que o princípio da presunção de inocência não será responsável apenas por proporcionar ao acusado todos os meios de defesa processuais que são permitidas em direito, como também irá preterir, como regra máxima, pela manutenção da liberdade do acusado, de modo que sempre será dada preferência às medidas cautelares enquanto que a constrição da liberdade será medida adotada apenas em *ultima ratio*.

No tocante aos princípios concernentes à relação processual, menciona-se o princípio do contraditório. Esse princípio estabelece o entendimento de que, à toda acusação realizada ou prova produzida no processo, será oportunizada à parte contrária a possibilidade de se manifestar acerca da novidade trazida à lide.

Sobre o assunto, Antônio Scarance Fernandes (2007) elenca os principais elementos desse princípio da seguinte maneira:

no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares” (FERNANDES, 2007, p. 63)

A partir disso, é possível conjecturar que o objetivo desse princípio é proporcionar equilíbrio na relação processual, uma vez que promove a manutenção do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que as provas e/ou acusações que irão compor o arcabouço probatório não serão investidas do valor de verdade absoluta.

Por fim, quando se trata da atuação do Estado frente ao indivíduo, merece inquestionável destaque o princípio do juiz natural. Este princípio encontra respaldo no art. 5.º, LIII, da Constituição, que determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”, bem como no art. 5º, XXXVII, CF, que veda o Tribunal de exceção (Brasil, 1988).

A superveniência desse princípio assegura ao processo penal a imparcialidade judicial, uma vez que prevê ao cidadão duas prerrogativas: o conhecimento do juiz competente para julgar cada causa antes que o fato ilícito seja cometido e, diante da necessidade de sujeição do indivíduo à coercitividade do Poder Judiciário, aquele não será submetido a qualquer jurisdição excepcional.

Sobre o tema, Gilmar Mendes (2023) contextualiza trazendo à tona os primórdios da implementação de um Estado Democrático, momento em que todos os cidadãos abriam mão da autotutela para entregar ao Estado o poder de estabelecer e aplicar sanções para as ilegalidades cometidas. Destaca-se o trecho da obra do Ministro em referência:

Para superar a irracionalidade da vingança privada, em que a própria vítima ou seus familiares sancionavam aqueles que pensavam ser seus agressores, nós, como sociedade democrática, decidimos monopolizar ao Estado a possibilidade de impor uma sanção penal. Ou seja, para evitar injustiças, tendo em vista que a vítima possui uma visão passional e impactada pelo fato delituoso, determinamos que os crimes seriam investigados pelo Estado e uma pena seria imposta somente após o transcorrer do devido processo, com todas as suas garantias, em que se produzam

provas incriminatórias além da dúvida razoável, para só assim se superar a presunção de inocência. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2023, p.787)

Assim, é possibilitado inferir que o princípio do juiz natural será implementado no ordenamento jurídico com o intuito de assegurar a aplicação da norma por um juiz que seja imparcial, de modo que irá representar indiscutivelmente uma terceira parte no processo, parte essa desinteressada e alheia à causa. Desse modo, uma vez observadas as citadas condições, será possível identificar a aplicação ideal da norma positivada.

1.3 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

Para que seja possível visualizar com clareza o instituto do juiz de garantias aplicado no sistema processual penal brasileiro, inicialmente, é indispensável que seja realizada uma breve incursão sobre os conceitos e definições mais importantes no direito penal adotados no Brasil.

Nesse sentido, pontua-se que, considerando a trajetória histórica do Direito, pôde-se observar a superveniência de dois sistemas predominantes na esfera penal, quais sejam: o inquisitorial e o acusatório. Nessa seara, no âmbito do sistema penal brasileiro contemporâneo, é possível estabelecer que, atualmente, com o advento da Lei 13.964/2019, no Brasil, aplica-se o modelo acusatório, *in verbis*:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 2019)

Sobre o assunto, explica Aury Lopes Jr. (2022) acerca da eficácia do modelo acusatório no sistema processual brasileiro, nas palavras que seguem:

Finalmente, com a Lei n. 13.964/2019, foi inserido o art. 3º-A, que consagra, expressamente, a adoção do modelo acusatório. Infelizmente, a cultura inquisitória é fortíssima e se manifesta por meio de movimentos contra reformistas, a exemplo da medida liminar concedida pelo Min. Fux, que suspende a eficácia do dispositivo citado. (LOPES JÚNIOR, 2022)

Assim, é possível aferir que, apesar da previsão legal expressa no Art. 3º-A da norma supracitada, o sistema processual penal brasileiro sofreu forte influência do modelo inquisitorial e, por muito tempo, ostenta em sua fase pré-processual características do sistema inquisitório, uma vez que a eficácia da previsão normativa acima está suspensa em razão de liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme acima elucidado.

1.4 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA INQUISITÓRIO E DO ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Uma vez identificado o modelo adotado pelo Brasil, bem como a forte influência inquisitorial enfrentada pelo sistema processual penal nacional, é imprescindível destacar as principais características de cada sistema – acusatório e inquisitório – dentro da persecução penal, uma vez que há uma clara e incontestável divisão entre as duas fases nas quais esses sistemas podem ser identificados no ordenamento jurídico.

Assim, destaca-se que, antes que sobrevenha a fase judicial, os ilícitos penais são submetidos a uma fase pré-processual destinada à

construção de lastro probatório suficiente para a propositura, ou não, de uma ação penal, como explica Aury Lopes Jr. (2014):

A investigação preliminar tem a característica de ser um procedimento prévio ao processo penal, e, por isso mesmo, de natureza pré-processual e com função preparatória do processo ou do não processo. Além disso, em geral, os atos da instrução seguem o sistema inquisitório e revestem – predomina – a forma escrita e sigilosa, contrariando o sistema acusatório, a oralidade e a publicidade que devem predominar no processo penal. Também devemos considerar o limitado alcance do contraditório e do direito de defesa. (LOPES JÚNIOR, 2014)

À luz das características que identificam o sistema inquisitório, a fase pré-processual é marcada pela existência de um procedimento conduzido pela autoridade policial, que também é considerado um procedimento administrativo pré-processual, uma vez que não integra o Poder Judiciário e, encontra-se consubstanciado em um conjunto de atividades desenvolvidas por representantes do Estado. Nesse caso, a autoridade policial, poderá agir de ofício ou mediante a superveniência de uma notícia crime. Nesse ato, as características que irão marcar o inquérito policial não são apontadas pelo Código Processo Penal de maneira objetiva, mas, o doutrinador Aury Lopes Jr (2014) traz, em uma de suas obras, a definição desse procedimento, qual seja:

(...) a definição legal do inquérito policial não consta claramente em nenhum artigo do CPP, e, para ser obtida, devemos cotejar as definições dos arts. 4o e 6o do CPP, de modo que é a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria. O destinatário da investigação será o Ministério Público ou o acusador privado

(requerimento do art. 5o, § 5o). Esclarece o art. 12 que o inquérito deverá acompanhar a ação penal quando sirva de base para ela e que o promotor (art. 16) não poderá requerer sua devolução à polícia, salvo para a realização de novas diligências imprescindíveis para oferecer a denúncia. (LOPES JÚNIOR, 2014)

Dessa forma, é possível resumir que o inquérito policial é marcado por ser uma atividade sigilosa, inquisitorial, tendo em vista que, apesar de haver possibilidade de defesa, não se tem acesso ao contraditório (conforme artigo 14 do CPP), além de ser escrito e não obrigatório. No entanto, possui previsão expressa no Código de Processo Penal, em seu Título II, artigo 4º ao artigo 23º.

Em outro ponto, no que se refere às características do sistema acusatório, sua presença na persecução penal é marcada durante a fase judicial propriamente dita. Nessa oportunidade, é possível afirmar que a fase processual será marcada pela presença de todos os institutos que compõem o devido processo legal, conforme abordado anteriormente.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: CONCEITO E OBJETIVO

2.1 CONCEITO

Em uma primeira análise, cabe destacar que a Audiência de Custódia se refere a uma conquista civilizatória que, ao passo que impõe ao Estado um dever, confere ao cidadão que foi preso um direito, qual seja: a garantia de ser conduzido o mais rápido possível a um juiz. Nessa oportunidade, serão verificadas as condições que ensejaram sua prisão e se o procedimento adotado pela força policial observou os limites da legalidade, conforme explica Lopes Jr. (2021)

Importante conquista civilizatória foi o dever para o Estado e a garantia para o cidadão, de ao ser preso,

ser imediatamente conduzido à presença de um juiz para aferição da legalidade dessa prisão. (...) (LOPES JÚNIOR, 2021)

A expressão Audiência de Custódia é conceituada doutrinariamente como sendo o momento em que a pessoa presa será conduzida, sem demora, à presença de um juiz para que sejam verificadas as condições de legalidade que compuseram o ato da prisão, bem como a necessidade da constrição de liberdade do preso em flagrante. Sobre o assunto, Caio Paiva (2015) explica o que segue:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução da pessoa presa, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de 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. (PAIVA, 2015, p. 39)

A partir disso, também se pode aferir que a Audiência de Custódia consistirá em uma ferramenta de controle do poder coercitivo do Estado na seara das prisões em flagrante.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTO LEGAL

Uma vez estabelecido o que é entendido como Audiência de Custódia, torna-se indispensável que seja realizada uma breve passagem pela trajetória dessa ferramenta de controle de legalidade da prisão em flagrante.

Inicialmente, mostra-se mister destacar que a previsão legal da audiência de custódia se evidencia presente no normativo brasileiro

desde 1992, momento em que o Brasil depositou a Carta de Adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992).

Nesse tratado internacional, especificamente na redação dada por seu Art. 7.5, é possível identificar a presença do conceito de Audiência de custódia, conforme se observa:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992)

No entanto, apesar da expressa previsão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro a tempo superior a 20 anos, a prerrogativa da realização da audiência de custódia percorreu longo percurso até que se tornasse um procedimento obrigatório na norma penal nacional.

Explica Caio Paiva (2018) que os direitos e garantias dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos não podem ficar, sob pena de ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, condicionados à correspondência normativa no Direito interno de cada país.

Assim, pontua-se o que dispõe o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que versa sobre o compromisso adotado pelos Estados-partes em editar normas que coadunem com os termos estabelecidos pela CADH, nos seguintes termos:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta

Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

Dessa maneira, é possível registrar que o empenho do Estado para regulamentar a audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro não se deve tão somente ao intuito de criar uma ferramenta que resguarda direitos fundamentais do preso em flagrante, mas, também, possui compromisso internacional normativo assumido no ato de depósito da carta de adesão à CADH, nas palavras de Caio Paiva (2018):

A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos. (PAIVA, 2018)

Não obstante, é possível identificar outro objetivo da Audiência de Custódia: a diminuição da superpopulação carcerária. Isso pode ser atribuído ao fato de que a humanização desse ato traz melhores condições para verificação, pela autoridade judiciária, dos custodiados que realmente devem ter a liberdade constricta, como explica Renato Brasileiro de Lima (2016):

A realização desta audiência de custódia também visa à diminuição da superpopulação carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos. (LIMA, Renato Brasileiro de., 2016)

Nesse sentido, além da finalidade acima exposta, Caio Paiva (2018) ainda atribui à Audiência de Custódia outras duas finalidades, quais sejam: a) prevenção da tortura policial, e b) evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.

Portanto, visando o atendimento das finalidades para as quais fora elaborada, é possível registrar que a audiência de custódia é um instituto obrigatório para validação da prisão preventiva. Sobre o assunto, Aury Lopes Jr (2021) explica o que segue:

A realização da audiência de custódia é direito subjetivo da pessoa presa e obrigação para o juiz, sendo imprescindível a sua realização sob pena de ilegalidade da prisão (algo que, como veremos, acabou virando letra morta para os tribunais). Trata-se de imposição que decorre do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos; do art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e da Resolução 213/2015 do CNJ, e que finalmente vem recepcionada no CPP com o advento da Lei n. 13.964/2019, não podendo o magistrado deixar de realizá-la, ressalvada excepcionalidade idoneamente motivada (Recomendação CNJ 62/2020), sob pena de incorrer em tríplice responsabilidade (algo que também costumamos a crer que se efetive). (LOPES JÚNIOR, 2021)

Desse modo, a primeira regulamentação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro se deu por meio da aprovação da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Todavia, sua inclusão no Código de Processo Penal brasileiro se deu somente em 2019, por meio da Lei 13.964 de 2019 que, em seu artigo 3º-B, §1º, fixa o que segue:

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença

do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. (BRASIL, 2019)

Assim, diante da expressa inclusão do instituto da audiência de custódia na legislação brasileira, ainda que tardiamente, o Brasil atende ao compromisso fixado na CADH em 1992.

2.2 ORGANIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Considerando o caráter regulamentador da Resolução CNJ 213, insta mencionar brevemente os aspectos procedimentais mais relevantes da Audiência de Custódia para melhor visualização da aplicação efetiva do instituto.

Nesse sentido, antes mesmo que se alcance a fase da realização da audiência de custódia, cabe menção ao que dispõe o Art. 5º, *caput* da Resolução em referência:

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 à audiência de custódia, consignando nos autos.

Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015)

A partir da leitura do artigo supracitado, é possível observar que, ao preso, é dada a alternativa de constituir advogado ainda no momento da assinatura do Auto de Prisão em Flagrante. Essa

previsão normativa concretiza o exercício do direito à ampla defesa, uma vez que o direito de escolha, oportunizado na redação do artigo em referência, será aplicado como uma decorrência dessa garantia fundamental, conforme ensinamento dado por Caio Paiva (2018) nos termos que seguem:

Na primeira parte deste dispositivo, encontramos uma concretização do direito de escolha da pessoa presa, a quem é garantido o direito de constituir advogado de sua confiança, não havendo que se falar, portanto, em assistência jurídica compulsória pela Defensoria Pública. O direito de escolha, além da sua previsão na Constituição Federal como uma decorrência da ampla defesa (art. 5º, LV), está expressamente assegurado em tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil voluntariamente aderiu, a exemplo da CADH (art. 8.2.d) e do PIDCP (art. 14.3.b.d). (PAIVA, 2018)

Não obstante, também merece destaque o lapso temporal fixado pela redação dada pelo Artigo 310 do Código de Processo Penal, no qual estabelece ao juiz o prazo máximo de 24 horas da prisão em flagrante para realizar a audiência de Custódia.

Sobre esse aspecto, é importante mencionar que a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas após a prisão assegura ao preso o pleno exercício de suas garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, bem como evita que seja concretizada uma constrição de liberdade indevida, conforme explica Gilmar Mendes (2023):

A realização de audiências logo após a prisão em flagrante possibilita ao magistrado avaliar se a conversão em prisão preventiva é mesmo medida imprescindível para o andamento do processo. Nesse aspecto, a apresentação convizinha do preso ao juízo concretiza o direito de ampla defesa e de contraditório

do acusado, evitando-se a perpetuação desarrazoada de restrições à sua liberdade individual. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2023)

Além disso, com o intuito de reforçar a importância da breve apresentação do preso a um representante do Poder Judiciário, destaca-se que o prazo para realizar a audiência de custódia foi tema debatido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, como também explica Gilmar Mendes (2023):

Tomando os tratados como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, o STF deferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em 9-9-2015, para determinar que a realização de audiências de apresentação dos presos em flagrante, no prazo de 24 horas contado da prisão. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2023)

Dessa maneira, uma vez na presença do juiz, ao preso são concedidas garantias, enquanto que, ao magistrado, são criadas obrigações. Isso se deve ao fato de que o art. 8º da Resolução CNJ 213 estabelece os deveres que devem ser observados pelo magistrado.

Em linhas gerais, o referido artigo irá dispor acerca dos atos procedimentais que devem ser observados pelo magistrado, uma vez que se objetiva tornar a audiência de custódia um ato humanizado, aproximando o juiz dos problemas do custodiado, para que, dessa maneira, seja possível viabilizar o fim da violência enfrentada pela pessoa presa, como explica Caio Paiva (2018):

(...) o CNJ pretendeu fazer da audiência de custódia um ato com a potencialidade de realmente humanizar o processo penal e aproximar o juiz dos problemas da

pessoa presa. Espera-se que os juízes compreendam o importante papel que lhes é incumbido e cumpram a Resolução 213 de forma não burocratizada, questionando a pessoa presa sobre aqueles assuntos apenas por obrigação, mas sim que se empenhem em fazer da audiência de custódia um ato processual que rompe com a violência ritual e com a agressividade argumentativa com as quais frequentemente lidam com as pessoas presas. (PAIVA, 2018).

Diante da autoridade judicial, o preso será submetido a uma entrevista que, neste momento, não possui as características de uma audiência de instrução e julgamento, uma vez que possui a obrigatoriedade de manter o magistrado distante de quaisquer perguntas que possam municiar a discussão de mérito.

Nessa entrevista, conforme explica Aury Lopes Jr. (2018), serão observadas tão somente as circunstâncias da legalidade da prisão em flagrante, bem como se estão presentes os requisitos para prisão preventiva ou se serão aplicadas medidas cautelares:

(...) Nesta ‘entrevista’ (não é um interrogatório, portanto), o artigo 6º, § 1º determina expressamente que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

(...) limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, à fiança. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 09)

Uma vez encerrada a entrevista, alcança-se o momento da audiência de custódia em que será oportunizada a manifestação do Ministério Público e defesa.

Nesse momento, estarão disponíveis 4 possibilidades de requerimento para o desfecho da audiência de custódia, quais sejam: a) relaxamento da prisão; b) liberdade provisória; c) prisão preventiva e, d) adoção de outras medidas cautelares, como explica Aury Lopes Jr. (2021):

Finalizada a entrevista, poderão – Ministério Público e defesa – requerer: 1. O relaxamento da prisão em flagrante (em caso de ilegalidade); 2. Concessão de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa (art. 310 c/c art. 319 do CPP); 3. A adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa; 4. Como *ultima ratio* do sistema, poderá o Ministério Público requerer a decretação da prisão preventiva (ou mesmo a prisão temporária, observados seus limites de incidência). (LOPES JÚNIOR, 2021)

Como se pode observar da análise das possibilidades acima expostas, cabe destacar a preocupação do legislador em estabelecer condições diversas da prisão para que, ao custodiado, sejam oportunizadas múltiplas alternativas de responder ao processo em liberdade, sendo a prisão a *ultima ratio*, conforme determina a Constituição Federal.

2.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO PARA PREVENIR A CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE

Uma vez identificados os possíveis resultados, há de se destacar a motivação mais importante, segundo Caio Paiva (2018), para edição do instituto da audiência de custódia, qual seja: ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, como já mencionado acima.

Nesse sentido, merece ser explorado o texto dado pela Constituição Federal, no qual é estabelecida a primazia do *status libertatis* do indivíduo, sendo a prisão a *ultima ratio*.

Dessa forma, traz-se à luz o avanço normativo alcançado pela edição da Lei 13.964/2019, uma vez que, antes de sua publicação, era possível identificar a possibilidade de decretação de ofício, pelo magistrado, da prisão preventiva, como explica Aury Lopes Jr. (2021):

Entendemos e reafirmamos que não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (ne procedat iudex *ex officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”.

Além de violenta afronta ao sistema acusatório constitucional e convencional, deve-se atentar para o fato de que a Lei n. 13.964/2019 suprimiu a expressão “de ofício” que constava no art. 282, § 2º e do art. 311. (LOPES JÚNIOR, 2021)

Em total harmonia com o ensinamento pelo doutrinador supracitado, há de se destacar, também, que o STF não apenas entende ser ilegal a conversão de ofício do flagrante em prisão preventiva, como também julga caracterizar constrangimento ilegal a hipótese da não realização da audiência de custódia, como demonstrado nas jurisprudências que a seguir são expostas:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE QUE ORIENTA A MATÉRIA.

AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. VIOLAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIXADO NA ADPF 347/DF. ILEGALIDADE DA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria. II – A conversão do flagrante em prisão preventiva não traduz, por si, a superação da audiência de custódia, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. Precedentes. III – Reclamação julgada procedente para declarar ilegal a conversão do flagrante em prisão preventiva, com determinação da imediata soltura do reclamante, sem prejuízo de imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, de cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 45842 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 13-05-2021 PUBLIC 14-05-2021)

Acerca do constrangimento ilegal, adiciona-se o que segue:

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – PERICULOSIDADE. Precedida a prisão preventiva de flagrante, tem-se sinalizada periculosidade e viável a custódia provisória. CUSTÓDIA – AUDIÊNCIA – REALIZAÇÃO – AUSÊNCIA. Uma vez constatada a não realização de audiência de custódia, de observância obrigatória, tem-se configurado constrangimento ilegal, cabendo determinar ao Juízo que efetue o ato. (HC 197353, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma,

A partir disso, é possível aferir que a situação de constrição de liberdade será sempre abominável no conteúdo normativo adotado pelo Brasil e, diante desse cenário, a audiência de custódia será a ferramenta por meio da qual será possibilitada ao indivíduo a supervisão de sua prisão por uma autoridade judicial, como explica Manuel Maria Antunes de Melo (2018):

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos proíbe a privação da liberdade sem a observância do devido processo legal, ao tempo em que assegura a todas as pessoas, independentemente do respectivo status social e jurídico, o direito inderrogável de que sua prisão seja supervisionada por uma autoridade judicial, independente e imparcial. Essa supervisão ocorre no âmbito da audiência de custódia, tal como preconizada no art. 7, item 5, da referida Convenção (MELO, Manuel Maria Antunes de, 2018)

No mesmo sentido, explica Aury Lopes Jr. (2023) que a audiência de custódia não pode ser entendida tão somente como um elemento de identificação de violência policial, tendo em vista deve ser utilizada para avaliar a prisão como um todo, no sentido de identificar se, de fato, existe situação de flagrante, como melhor explica no trecho extraído da obra *Prisões Cautelares*:

É preciso desconstruir a equivocada concepção de que a audiência de custódia deveria se limitar a verificar a existência de tortura ou violência no momento da prisão. Errado. A audiência serve para avaliar a prisão como um todo, sua legalidade/ilegalidade e, portanto, a própria existência ou inexistência de uma situação de flagrante delito (incluindo a fumaça de

autoria). Não pode se limitar a um formulário de perguntas padronizadas sobre o tratamento dado pela autoridade policial ao preso no momento da sua detenção. (LOPES JÚNIOR, 2023)

No entanto, a finalidade idealizada na edição da audiência de custódia ainda não pôde ser observada de maneira satisfatória quando trazida à sua aplicação prática.

Há de se destacar que teoria e prática estão atravessando um processo de afastamento, uma vez que, nos resultados da audiência de custódia, a aplicação de medida constritiva de liberdade não tem sido considerada a última alternativa.

Caio Paiva (2018) explica que, dos números que podem ser extraídos dos resultados das audiências de custódia realizadas entre os anos de 2015 e 2017, houve a prevalência da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos que seguem:

(..) adotando como critério estatístico a porcentagem de presos provisórios antes da implantação das audiências de custódia – aproximadamente 40% – e os números divulgados pelo CNJ, que compreendem o período de 2015 a 2017, segundo os quais 55,32% das prisões em flagrante submetidas ao controle judicial exercido naquele ato resultaram em prisão preventiva, podemos concluir, com segurança, que as audiências de custódia não têm contribuído para uma diminuição do encarceramento provisório no Brasil. (PAIVA, 2018)

Desta forma, ainda que reconhecido o esforço legislativo em tornar a audiência de custódia um instrumento expressamente previsto na norma, seus resultados ainda não são possíveis de serem identificados de maneira satisfatória, uma vez que ainda há a predominância pela adoção da prisão preventiva pelos tribunais do Brasil, conforme lição dada pelo doutrinador supracitado.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 JUIZ DE GARANTIAS: CONCEITO E HIPÓTESE LEGAL

Uma vez superado o percurso pelos princípios constitucionais, pelas espécies de sistemas processuais, por suas principais características, bem como alguns aspectos gerais acerca da audiência de custódia, atinge-se a necessidade de vincular os conceitos acima expostos com o instituto do juiz de garantias.

Nesse sentido, é possível definir que o juiz de garantias é uma ferramenta prevista no ordenamento jurídico e, será materializada na figura do magistrado, que atuará apenas na fase pré-processual, e será responsável por avaliar se os procedimentos adotados no processo investigatório obedecem ao princípio da legalidade, salvaguarda de direitos individuais, bem como, será imbuído da responsabilidade de proferir medidas cautelares, mediante necessidade do caso concreto, conforme disposição legal.

Dessa maneira, registra-se que esse instituto passou a ser previsto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei 13.964/2019 que, em seu art. 3º-B, preceitua a previsão do juiz de garantia nos seguintes termos:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...). (BRASIL, 2019)

Cabe mencionar que, em razão da Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 concedida pelo Min. Fux, a eficácia da citada norma se encontra suspensa. Todavia, considerando

o caráter liminar do pedido concedido, existe a possibilidade de que os efeitos sejam produzidos a qualquer tempo.

Não obstante, registra-se o que leciona Aury Lopes Jr. (2014):

Somente com a repartição de poderes e o estabelecimento de um sistema de controle recíproco, impedir-se-á a temível figura do promotor inquisidor, tão reprovável como a seu tempo foi a do juiz inquisidor. A quase totalidade das críticas ao sistema de promotor investigador cai por terra com essa divisão racional de poderes. Esse sistema é o que mais se aproxima a um grau razoável de transferência da estrutura dialética da fase processual para a investigação preliminar. (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 406)

Assim, conclui-se que a previsão desse instituto convém ao ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, conforme explica Aury Lopes Jr, o juiz da instrução sobrevirá ao processo com o intuito de fortalecer a figura do julgador, tendo em vista que, ao estabelecer a responsabilidade a dois magistrados acerca dos processos investigatório e judicial, é possível promover uma persecução penal livre de vícios no que se refere ao convencimento do magistrado.

3.2 O PANORAMA GERAL DO SISTEMA CARCERÁRIO ANTES DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Para que seja possível projetar de maneira efetiva os impactos que a implementação de audiência de custódia causou no sistema carcerário brasileiro, mostra-se indispensável que seja realizada breve elucidação acerca da situação enfrentada pelo sistema carcerário pátrio em uma realidade que não previa a realização de tal instituto.

Nesse sentido, a partir das informações que podem ser extraídas do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), em

um cenário passado, na data referência de 2013, o sistema carcerário brasileiro contava com uma população carcerário estimada em 537.790 pessoas custodiadas.

A partir do conhecimento desse número expressivo de pessoas em restrição de liberdade, é imperioso destacar que 215.790 pessoas representam o quantitativo de presos que estavam aguardando julgamento do processo nas dependências das estruturas prisionais do Estado. Desse ponto, é possível fazer breve comparação entre a população carcerária, à época, com o quantitativo de vagas dispostas no sistema prisional.

Assim, registra-se que, conforme relatório emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional utilizando como referência o ano de 2013 (BRASIL, 2013), o sistema prisional brasileiro contava com a capacidade de comportar 317.733 pessoas, porém, conforme já se pôde observar, a população que ocupava as celas à época se manifestava de maneira muito superior à capacidade suportada pelo Estado.

Ainda, também se mostra indispensável destacar que está profundamente enganado aquele que acredita que o sistema prisional é formado somente por criminosos comprovadamente culpados. No ensinamento dado por Greco (2020), a superlotação do sistema carcerário também pode ser atribuída ao fato de que, em inúmeras situações, o sistema carcerário restringe, indevidamente, a liberdade do cidadão, como se pode observar a partir da leitura do seguinte trecho:

Da mesma forma, o uso indiscriminado de privação cautelar de liberdade, ou seja, de pessoas que aguardam presas os seus julgamentos, tem uma contribuição decisiva para a situação atual de superlotação do sistema carcerário. Muitas vezes, essas pessoas, que aguardaram presas o seu julgamento, foram absolvidas, ou seja, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade. Também não podemos esquecer, o que é muito comum, a hipótese em que pessoas

cumprem suas penas por um período superior àquele determinado na decisão condenatória. São pessoas pobres, carentes de uma assistência efetiva por parte do Estado, que as esquece no cárcere após a sua condenação. Ainda existem os casos em que pessoas são presas cautelarmente durante toda a instrução do processo e, ao final, após a sua condenação, têm sua pena de privação de liberdade substituída por uma outra, de natureza restritiva de direitos, ou mesmo por uma sanção pecuniária. Todos esses fatores, conjugados, conduzem, fatalmente, ao caos carcerário, à superlotação penitenciária, que clama por uma solução urgente, uma vez que amontoar pessoas nessas condições é extremamente ofensivo à dignidade delas. (GRECO, 2015)

Além disso, é possível determinar que um sistema processual criminal voltado a assegurar direitos fundamentais, promove um tratamento humano não apenas para o indivíduo que cumpre sua sanção pela transgressão de uma norma, mas também, aos familiares que compõem importante elemento da ressocialização daquele indivíduo, como também explica Greco (2015):

Não podemos nos esquecer, ainda, que o afastamento do condenado de seus familiares dificulta, enormemente, a sua ressocialização. Por isso, o cumprimento da pena não pode ser levado a efeito em presídios isolados, afastados completamente da sociedade onde o condenado estava inserido, impedindo, dessa forma, as visitas, que devem ser constantes e periódicas. Muitas vezes o traslado dos familiares ao sistema prisional inviabiliza as visitas. A distância torna impossível, economicamente, a frequência dessas visitas, afastando, aos poucos, a família do preso, que o entrega à sua própria sorte. (GRECO, 2015)

Em outras palavras, a partir da lição dada acima, pode-se afirmar que, ao não proporcionar condições minimamente humanas aos presos, o Estado promove, conseqüentemente, mais obstáculos à ressocialização desse indivíduo, tendo em vista que cabe ao Estado promover a assistência ao preso, conforme se extra da leitura dos artigos da Lei 7.210/84 abaixo expostos:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

4. A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A REITERADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO

Para que seja possível aproximar os conceitos previamente elucidados ao atual sistema carcerário implementado no Brasil, é indispensável que seja realizada uma breve análise da realidade do sistema carcerário brasileiro.

Como ponto de partida, é indispensável mencionar que não é novidade no âmbito dos debates acadêmicos a situação de constante violação de direitos fundamentais enfrentada no sistema prisional pátrio. Sobre a temática, Manuel Maria Antunes de Melo (2018) registra as inúmeras violações de direitos fundamentais que podem ser encontradas no sistema carcerário brasileiro, dentre as quais se

pode destacar a presença da superlotação, conforme destaque do trecho a seguir:

(...) dentre as situações encontradas em praticamente todos os estabelecimentos prisionais, de norte a sul e de leste a oeste do país, destacam-se: superlotação carcerária, produto do crônico déficit de vagas, insalubridade ambiental, insegurança, precariedade das instalações, improvisação e ameaça à vida dos presos, regalias à margem da lei, prisões comandadas por grupos e facções de presidiários com a conivência de agentes do próprio Estado, condições sub-humanas em instalações comparáveis a verdadeiras masmorras medievais (...). (MELO, Manuel Maria Antunes de, 2018)

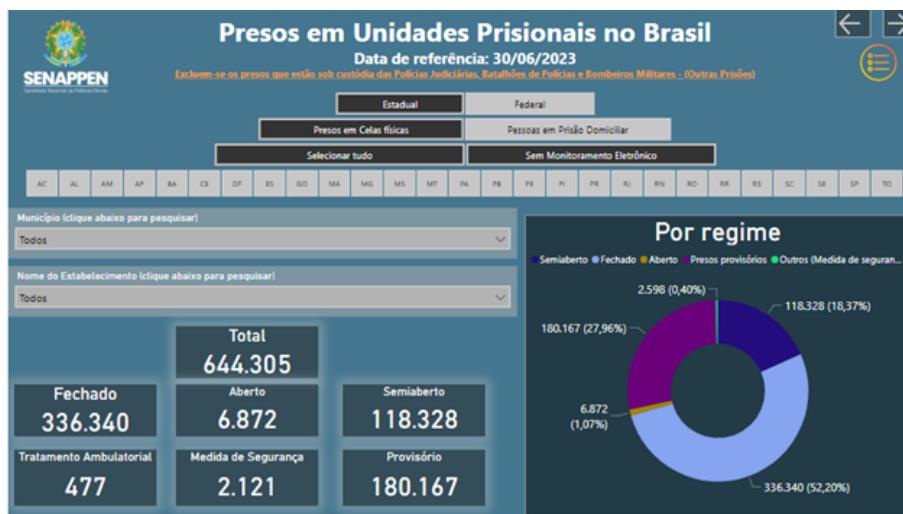
Como consequência automática da superlotação do sistema carcerário, a estrutura sobre a qual opera o sistema prisional se transformou em uma ferramenta de deságue da fúria do Estado, como melhor explica Greco (2015):

(...) Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. (...) (...), em inúmeras penitenciárias brasileiras, onde presos são espancados por seus próprios companheiros de cela e o Estado (representado, ali, por seus agentes públicos), que deveria protegê-los, nada faz para evitar esse espancamento, pois, no fundo, aprova que os presos se agridam, ou mesmo que causem a morte uns dos outros. (GRECO, 2015)

Para melhor demonstrar o debate doutrinário, destacam-se os dados fornecidos pelo Sistema Nacional de Informações Penais - SISDEPEN. De acordo com o Ministério da Justiça (MJ), o SISDEPEN é a ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, responsável por concentrar informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Ao final de cada ciclo de seis meses, dados estatísticos são extraídos do SISDEPEN e sintetizados em painéis dinâmicos a fim de tornar a visualização mais interativa e ágil (BRASIL, 2023).

Nesse sentido, pontua-se os dados referentes ao 14º ciclo de coleta (dados obtidos entre janeiro e junho de 2023), nos quais se pode verificar que, atualmente, o Brasil possui uma população prisional contabilizada em 644.305 pessoas.

Desse valor global, estima-se que 180.167 pessoas correspondem a presos provisórios, o que, estatisticamente, representa aproximadamente 30% da população carcerária, conforme se pode visualizar no gráfico a seguir:



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Nacional de Informações Penais – (SISDEPEN)

Além disso, conforme dados extraídos do Relatório de Informações Penais - RELIPEN, a quantidade de vagas, e nesse cálculo são inclusos presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares - (outras prisões), que são suportadas pelo sistema Penitenciário do Brasil, é de 481.835. Em valores absolutos, isso representa um déficit de 162.470 vagas.

Destaca-se que o sistema prisional deveria ter a função de tão somente restringir a liberdade daquele que rompeu com o “contrato social” firmado, mas, o atual déficit de vagas no sistema prisional pátrio, bem como os problemas decorrentes da superlotação, não permitem que os direitos inerentes à dignidade do indivíduo enquanto ser humano sejam observados, como também explica Greco (2015):

A sua dignidade deverá ser preservada, haja vista que ao Estado foi permitido somente privá-lo da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa. (GRECO, 2015).

No entanto, há de se mencionar que a ineficiência do sistema carcerário brasileiro em observar direitos fundamentais dos custodiados não pode ser atribuída tão somente à atuação do Poder Executivo, no que se refere à destinação de recursos, uma vez que a fiscalização do sistema prisional cabe, não exclusivamente, ao Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública, como explica Greco (2015):

Caberá, portanto, aos Promotores de Justiça, aos Defensores Públicos e aos Juízes encarregados da execução penal a fiscalização periódica do sistema, investigando os motivos pelos quais a Lei de Execução Penal não vem sendo cumprida, e os direitos mínimos dos presos, ignorados, para que sejam efetivamente punidos os responsáveis pelo voluntário descumprimento da lei. (GRECO, 2015).

Assim, diante desse cenário de reiteradas violações aos direitos fundamentais dos custodiados, sobrevém a necessidade de análise dos reflexos produzidos pela implementação da audiência de custódia no sistema carcerário brasileiro.

4.1 EFEITOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme o exposto anteriormente, a Audiência de Custódia foi regulamentada por meio da Resolução nº 213 do CNJ no ano de 2015, mas, sua incorporação ao Código de Processo Penal se deu somente no ano de 2019, com o advento da Lei 13.964/2019.

Considerando as informações extraídas do CNJ, em que se pese a efetiva implementação da Audiência de Custódia, a partir do ano de 2015, em alguns dos estados brasileiros, para fins de análise dos efeitos da implementação do instituto, serão utilizados como dados referenciais todos aqueles produzidos a partir do mencionado ano.

Nesse sentido, para que seja possível estabelecer um paralelo entre os objetivos idealizados para a Audiência de Custódia com os efeitos produzidos com a sua implementação na rotina judiciária, antes que sejam analisados os números produzidos pela implementação, é mister que sejam expostos alguns entendimentos que foram ampliados após a sua implementação.

Assim, tendo em vista o reconhecimento da importância da realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante pelo STF, a Suprema Corte também se manifestou no sentido de reconhecer a necessidade de estender a realização desse instituto às demais modalidades de prisão.

Nesses termos, o Supremo Tribunal entende que a audiência de custódia é uma ferramenta que oportuniza que, ao preso, seja aplicada a sanção menos gravosa, considerando as circunstâncias pessoais, por isso, deve ser realizada em todas as modalidades prisionais, inclusive

prisões temporárias, preventivas e definitivas, como demonstra a jurisprudência a seguir:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO COM EFEITO VINCULANTE. ADPF 347-MC. NOTÓRIA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. POSITIVAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM DECORRÊNCIA DE TODAS AS MODALIDADES DE PRISÃO. PREVISÃO EM DIPLOMAS INTERNACIONAIS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A indefinição sobre a obrigatoriedade de audiência de custódia em relação as demais modalidades de prisão, acarreta o prolongamento da sua não realização em extensão não limitada pelas normas internacionais às quais o Estado brasileiro aderiu e, principalmente, em descumprimento de recente determinação contida na legislação processual penal brasileira, com potencial de acarretar grave e irreversível inobservância de direitos e garantias fundamentais. 2. A temática acerca da audiência de custódia sofreu notória modificação fática e legislativa desde o julgamento proferido na ADPF 347-MC, tal como a regulamentação do tema pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 213 de 15/12/2015) e, principalmente, o recente tratamento legal da matéria na legislação processual penal (arts. 287, 310, caput e §§ 3º e 4º do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019 de 24/12/2019). 3. Não há dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019 de 24/12/2019). 4. As próprias normas internacionais que asseguram a realização

de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. 5. A finalidade da realização da audiência de apresentação, independentemente da espécie de prisão, não configura simples formalidade burocrática. Ao revés, trata-se de relevante ato processual instrumental à tutela de direitos fundamentais. 6. A audiência de custódia propicia, desde logo, que o Juiz responsável pela ordem prisional avalie a persistência dos fundamentos que motivaram a sempre excepcional restrição ao direito de locomoção, bem assim a ocorrência de eventual tratamento desumano ou degradante, inclusive, em relação aos possíveis excessos na exposição da imagem do custodiado (perp walk) durante o cumprimento da ordem prisional. 7. A audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso, as quais podem desbordar do fato tido como ilícito e produzir repercussão na imposição ou no modo de implementação da medida menos gravosa. 8. Reclamação julgada procedente, para determinar que se realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.

(Rcl 29303, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 09-05-2023 PUBLIC 10-05-2023)

Não obstante, considerando a ADPF nº 347 e o reconhecimento pelo STF do “estado de coisas inconstitucional” atravessado pelo sistema carcerário brasileiro, destaca-se que a audiência de custódia,

na mesma ação, foi reconhecida como ferramenta essencial para o enfrentamento dessa circunstância.

Desse modo, em que se pese o seu objetivo de promover um desafogamento no sistema carcerário, também merece relevante destaque a recente decisão proferida pela Suprema Corte a respeito do tráfico privilegiado.

O tráfico privilegiado é caracterizado quando o condenado for réu primário, com bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Diante dessa situação, ao aprovar a Proposta de Súmula Vinculante 139, o STF fixou o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na aplicação de prisões em decorrência do crime de tráfico privilegiado, conforme se expõe a seguir:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. PSV 139. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento 19/10/2023)

Assim, uma vez identificado o empenho do judiciário para expandir a aplicação da Audiência de Custódia para todas as modalidades de prisão, bem como proporcionar condições que favoreçam a conversão em uma liberdade provisória, como a obrigatoriedade de fixação do regime inicial aberto para o crime de tráfico privilegiado, destaca-se que entre janeiro de 2015 a outubro de 2023 foram realizadas 1.345.125 audiências de custódia no Brasil. (CNJ,2023).

Nesse sentido, considerando sua finalidade de promover garantias fundamentais ao custodiado no tocante à identificação de

torturas, maus tratos no momento da prisão, registra-se que foram identificados 106.006 relatos de tortura/maus tratos no mesmo período citado acima. (CNJ,2023).

Além disso, do valor total de audiências realizadas, 805.098 tiveram como resultado a decretação da prisão preventiva. Todavia, considerando que um dos objetivos da Audiência de Custódia também é promover desafogamento no sistema carcerário, destaca-se que 627.965 pessoas foram safas de entrarem no sistema prisional. Isso porque, das audiências de custódia realizadas no período de janeiro de 2015 a outubro de 2023, 536.202 tiveram como resultado a concessão da liberdade provisória, dos quais 3.737 corresponde ao número de pessoas que estão em prisão domiciliar como resultado da audiência de custódia e 57.693 pessoas receberam como punição do Estado a prestação de serviço à comunidade como resultado da audiência de custódia.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propõe a analisar os impactos da implementação da audiência de custódia no sistema carcerário brasileiro abordando tanto os objetivos de combate e identificação de tortura ou maus tratos, quanto a proposta de esvaziamento do sistema carcerário brasileiro.

A partir da análise dos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, é possível observar que o Brasil elaborou suas normas amparado em princípios constitucionais que possuem como eixo principal a supremacia de direitos fundamentais, uma vez que a redação do Art. 5º da Carta Magna representa cláusula pétrea. Nesse mesmo sentido, é possível aferir que, nas normas sobre as quais estão submetidos os cidadãos brasileiros, será possível identificar a manutenção e salvaguarda desses direitos fundamentais, sendo a sua restrição, sempre a última medida a ser adotada.

Todavia, ainda que se pese a existência de normas em que são fixadas a responsabilidade do Estado em promover políticas públicas

que assegurem a garantias de direitos inafastáveis ao indivíduo, o cenário real sobrevém como um decepcionante contraponto às normas que regulam a nação.

Isso se deve ao fato de que, apesar das garantias constitucionais, o sistema carcerário brasileiro enfrenta um processo de encarceramento em massa e conseqüente superlotação, elevando a gravidade da situação a tal ponto que foi reconhecido pela Suprema Corte brasileira como “estado de coisas inconstitucional”, isso reflete o fracasso brasileiro na garantia de direitos fundamentais.

Em outro ponto, como uma alternativa garantista à situação do preso no Brasil, surge, em 2015, o instituto da audiência de custódia, fortalecida, posteriormente, com a edição da Lei 13.964/2019. Esse instituto promete assegurar a identificação e combate aos casos de tortura ou maus tratos no momento da prisão, bem como representa uma solução à problemática do encarceramento em massa.

Nesse sentido, é possível identificar que, apesar da herança do sistema inquisitorial ostentada nos procedimentos do processo penal, a legislação criminal brasileira atravessa um momento de busca pela garantia de direitos fundamentais do preso.

A partir disso, e considerando o caráter emergencial da sua realização, uma vez que a norma estabelece que seja realizada em até 24 horas contadas do momento da prisão em flagrante, a audiência de custódia foi operacionalizada para ser o primeiro momento em que o preso terá contato com o Poder Judiciário.

A organização dessa ferramenta, fixando um juiz para analisar tão somente a legalidade da prisão, constrói um processo criminal mais humanizado e amplifica o olhar processual para os direitos fundamentais que devem ser assegurados também aos transgressores das normas legais.

Isso fica melhor evidenciado quando se analisa os efeitos da audiência de custódia no Brasil, que, apesar de ainda não ostentar números tão satisfatórios, é possível observar, de imediato, que a sua implementação reflete no sistema prisional um número otimista

de prisões preventivas que foram evitadas por meio da aplicação de medidas cautelares.

Além disso, a produção de dados referentes a relatos de torturas e maus tratos, projeta no Estado a obrigação de intensificar o processo de fiscalização dos procedimentos administrativos adotados por agentes das forças policiais no momento das prisões.

O advento da Lei 13.964/2019, que no Código de Processo Penal o Juiz das Garantias, cria ao magistrado a obrigação de zelar pela observância dos direitos do preso o que projeta, de maneira prática, uma tendência em realizar uma análise mais humanizada da necessidade da manutenção da prisão do custodiado.

A partir de todos os elementos expostos, o estudo amplia a compreensão dos impactos suportados pelo sistema carcerário brasileiro a partir da implementação do juiz de garantias analisado pela ótica da audiência de custódia, de modo que projeta uma tendência na construção de um processo criminal cada vez mais justo e humanizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Brasília, DF: CNJ, 2015.

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

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em:

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em:

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Altera a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 45842**. Relator: Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Publicação: 14-05-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Publicação: 16-06-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 197353**. Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 27-04-2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Publicação: 05-05-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Projeto de Súmula Vinculante (PSV) nº 139**. Aplicação do regime aberto e substituição da pena de prisão por sanções alternativas para réus primários condenados por tráfico privilegiado. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PSV_139_Informac807a771o_a768_Sociedade_v1.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 29303**. Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 06-03-2023. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Publicação: 10-05-2023.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>>. Acesso em: 15 out. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624504/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

E-book. ISBN 9788502225992. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>>. Acesso em: 10 out. 2023.

MELLO, Manuel Maria Antunes de. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento**: Um Recorte da Violência Institucional no Sistema Prisional Brasileiro [livro eletrônico]. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. (Série IDP – Linha Doutrina)

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os Mitos da Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Minas Gerais: Editora CEI, 2018.

RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES PENAIIS - RELIPEN. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>>. Acesso em: 07 nov. 2023.

ALIMENTOS AVOENGOS E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS

*Thalita Tomáz Dias de Almeida*³

*Marcelo Pereira Cruvinel*⁴

RESUMO: Diante da lacuna na literatura sobre a responsabilidade subsidiária dos avós em relação aos alimentos avoengos, justifica-se a necessidade de aprofundar o entendimento jurídico nesse tema. O objetivo geral é investigar e analisar essa responsabilidade, considerando as questões legais envolvidas. Para atingir esse propósito, emprega-se uma abordagem metodológica qualitativa e descritiva, utilizando revisão bibliográfica e documental, além de análise de jurisprudências e legislações pertinentes. Os resultados evidenciam a complexidade do tema e suas implicações legais e sociais. A discussão sobre a responsabilidade subsidiária dos avós no pagamento de alimentos avoengos destaca a controvérsia da prisão civil, carecendo de distinção entre devedores principais e subsidiários. A análise crítica revela contradições com princípios constitucionais, especialmente a proteção aos idosos. Uma abordagem equilibrada é necessária para preservar a dignidade de todas as partes envolvidas. Conclui-se que a discussão sobre a responsabilidade dos avós nos alimentos avoengos é fundamental para o aprimoramento do entendimento jurídico sobre a proteção dos direitos das crianças e a solidariedade familiar.

Palavras-chaves: Responsabilidade. Alimentos. Avós. Avoengo.

3 Advogada. Bacharela em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (Unieuro). Conciliadora Judicial.

4 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade suplementar dos avós nos cuidados com os alimentos avoengos constitui um tema intrínseco ao âmbito do Direito de Família e ostenta uma significativa relevância na atualidade. A sua abrangência é vasta, englobando a responsabilidade de prover auxílio financeiro para o sustento dos netos quando os progenitores destes se deparam com incapacidades de o fazer, representando, assim, um aspecto de considerável importância para a apreensão das intrincadas dinâmicas jurídicas que moldam a nossa sociedade.

No contexto contemporâneo, a pertinência deste tema se manifesta de forma inegável. Isto ocorre devido às modificações nas configurações familiares, ao aumento das separações conjugais e às vicissitudes econômicas que muitas famílias enfrentam, o que tem gerado uma necessidade crescente de compreender a extensão da responsabilidade dos avós no apoio financeiro aos netos. As mudanças sociais, políticas e econômicas, conjugadas com as constantes evoluções tecnológicas, dão origem a contextos desafiadores, nos quais a proteção dos direitos das crianças e a solidariedade familiar emergem como questões primordiais.

Apesar da indiscutível importância deste tema e da crescente necessidade de análise e compreensão, é observada uma lacuna na literatura especializada. Apesar de existirem referências, constata-se uma falta de trabalhos que abordem esta temática de maneira teórica e contextualizada, consolidando as informações mais pertinentes relacionadas a ela. A insuficiência de abordagens sistematizadas contribui para a restrição do conhecimento e a compreensão deste tema.

Assim, busca-se compreender em que medida a responsabilidade subsidiária dos avós no pagamento de alimentos avoengos, considerando as questões legais envolvidas, pode ser efetiva na proteção dos direitos das crianças e na promoção da solidariedade familiar, e como essa análise pode contribuir para o aprimoramento do entendimento jurídico sobre o tema?

Nesse contexto, a realização de uma revisão bibliográfica sobre a responsabilidade subsidiária dos avós nos alimentos avoengos se torna uma iniciativa de alta relevância. Essa revisão tem o propósito de suprir as deficiências presentes na literatura, congregando distintas pesquisas bibliográficas e preenchendo as brechas existentes no conhecimento. A abordagem crítica e abrangente das obras disponíveis nos últimos anos, aliada à visão contextual, permitirá a construção de uma análise sólida e atualizada sobre o tema, contribuindo para o enriquecimento do entendimento dos leitores sobre essa específica temática jurídica.

Sob esse prisma, este estudo tem como objetivo geral investigar e analisar a responsabilidade subsidiária dos avós em relação ao pagamento de alimentos avoengos, considerando as questões legais envolvidas, a fim de contribuir para o aprimoramento do entendimento jurídico sobre a proteção dos direitos das crianças e a solidariedade familiar. Para alcançar esse objetivo, foram estabelecidos objetivos específicos, que envolvem a identificação da legislação pertinente, a análise das consequências legais e sociais da responsabilidade dos avós, o exame de argumentos a favor e contra essa responsabilidade, bem como a investigação do impacto social no contexto dos alimentos avoengos e a busca por alternativas que conciliem os interesses de todas as partes envolvidas.

A metodologia adotada nesta pesquisa é qualitativa e descritiva, usando o método dedutivo. A revisão bibliográfica e documental utiliza materiais acadêmicos e doutrinários publicados nos últimos 10 anos, além de jurisprudências e legislações pertinentes ao Direito de Família. As palavras-chave usadas na busca incluem “avoengo,” “responsabilidade,” e “alimentos,” e as fontes de pesquisa compreendem bases de dados como o Google Acadêmico, Scielo e o Portal de Periódicos da CAPES.

Em resumo, esta abordagem visa contribuir para o avanço do conhecimento jurídico e promover discussões aprofundadas sobre os aspectos e desafios relacionados a esse relevante campo de estudo. O objetivo final é a proteção dos direitos das crianças e a promoção

de relações familiares saudáveis e equilibradas em um contexto de mudanças sociais e desafios jurídicos em constante evolução.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONTEXTO INTERNACIONAL DOS ALIMENTOS

1.1 ASPECTOS GERAIS DOS ALIMENTOS

A compreensão dos direitos de alimentos, sua evolução ao longo da história e sua origem são fundamentais para contextualizar essa área do Direito de Família, e os alimentos avoengos que é o objeto desta pesquisa. Como observado por Gonçalves (2017), os alimentos não se limitam apenas à provisão das necessidades básicas de uma pessoa, mas também abrangem seu bem-estar social e moral. A importância dos alimentos vai além da necessidade de sobrevivência, sendo essenciais para garantir um padrão de vida satisfatório.

Gomes (1999, p. 427 apud Farias; Rosenvald, 2015) define alimentos como “prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”. Essa definição abrange não apenas as necessidades físicas, mas também outras necessidades essenciais da vida em sociedade (VENOSA, 2017).

A evolução histórica dos alimentos revela que, no Direito Romano, a obrigação alimentar não era reconhecida nos mesmos parâmetros atuais. O pai de família detinha o controle sobre todas as coisas e membros da família, e essa obrigação não era vista naquela época. No entanto, durante o período de Justiniano, no Direito Romano, começou a ser reconhecida uma obrigação recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta (CAHALI, + VENOSA, 2017).

O Direito Canônico ampliou essa compreensão, reconhecendo a obrigação alimentar com base em tradições e costumes. Pereira (2017) destaca que a origem dos alimentos está relacionada à solidariedade familiar, ao vínculo sanguíneo e à lei natural. Os alimentos eram

considerados tão essenciais que a recusa em os fornecer era associada a um comportamento semelhante ao homicídio.

No contexto francês, os alimentos também vão além da subsistência e abrangem os aspectos sociais e morais. Essa visão foi adotada em muitas jurisdições que entenderam que os alimentos não se limitam à satisfação física, mas também englobam o bem-estar social e educacional (VENOSA, 2017).

No âmbito do Direito Brasileiro, a regulamentação dos alimentos encontra-se no Código Civil de 2002, especificamente a partir do artigo 1.694. Essa disposição legal foi criada para tratar detalhadamente dessa questão, separando-a no Subtítulo III do código.

Conforme o artigo 1.694 do Código Civil (BRASIL, 2002), parentes, cônjuges ou companheiros podem solicitar alimentos uns aos outros para atender às suas necessidades, garantindo um padrão de vida condizente com sua condição social, inclusive para suprir as demandas educacionais. A fixação do valor dos alimentos deve levar em consideração as necessidades do requerente e os recursos da pessoa obrigada a fornecê-los. É importante ressaltar que os alimentos devem ser apenas os essenciais para a subsistência quando a situação de necessidade decorrer da culpa de quem os solicita.

Assim, o legislador buscou disciplinar minuciosamente a matéria dos alimentos no Subtítulo III do Código Civil (BRASIL, 2002). Esta regulação estabelece que cônjuges ou companheiros podem requerer alimentos para atender às suas necessidades e às despesas relacionadas à educação. Além disso, a fixação dos alimentos não possui um valor pré-determinado, devendo ser proporcional às necessidades do solicitante, variando conforme cada caso específico. No entanto, é importante destacar que os alimentos são destinados apenas à subsistência e não incluem gastos extraordinários.

Dias (2016) destaca que o Código Civil brasileiro abrange a solidariedade familiar de forma recíproca, estendendo a obrigação de prover alimentos a membros da família, como cônjuges, companheiros e parentes, com a finalidade de atender às necessidades educacionais. A fixação dos alimentos deve considerar o perfil do alimentado e a

capacidade financeira do alimentante, a fim de evitar uma prestação desproporcional.

Influenciado pela Constituição Federal brasileira de 1988, Dias (2016) argumenta que, caso o filho tenha dado causa à necessidade de alimentos, como se afastar do convívio familiar, a obrigação pode não ser limitada, sugerindo que o pai não teria sequer a obrigação de assegurar o acesso à educação nesses casos.

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Qualquer restrição indevida à prestação de alimentos ou a sua exclusão, contrariaria essa disposição constitucional que também regula o poder familiar.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.920, determina que o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a habitação enquanto o legatário estiver vivo, além da educação, se este for menor.

Em uma decisão recente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) enfatizou a importância do binômio necessidade e possibilidade na quantificação das verbas alimentares, mesmo em caráter provisório. A decisão ressalta que o valor fixado não deve ser insuficiente para garantir ao beneficiário uma vida digna, nem excessivo a ponto de prejudicar a subsistência do alimentante.

CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE - REDUÇÃO. A quantificação da verba alimentar, mesmo de forma provisória, deve lastrear-se nas necessidades do alimentando e na possibilidade do alimentante em provê-la, e a integração desses critérios deve observar o princípio da proporcionalidade e merece atenta análise das características que circundam o caso concreto à luz do bom-senso e da justiça. Não se pode permitir, com o objetivo de alcançar o imprescindível equilíbrio, que o valor fixado fique aquém do necessário para o

credor viver com dignidade e nem supere a razoável possibilidade do devedor em fornecer alimentos sem privá-lo da própria subsistência. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 82.2019.8.24.0000. Relator: Luiz César Medeiros. Data do julgamento: 02/07/2019 – Quinta Câmara de Direito Civil).

Segundo Nader (2016), as ações de alimentos são uma das mais comuns no Poder Judiciário, uma vez que se baseiam em laços familiares e afetivos, possibilitando que aqueles que atendam aos requisitos e necessidades recorram ao sistema judicial para garantir o seu direito. É importante notar que, além das relações entre pais e filhos, os alimentos podem ser solicitados por parentes, cônjuges e companheiros. Portanto, a disciplina dos alimentos requer a observância de princípios que garantam a justiça e a equidade na determinação das verbas alimentares.

1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS AVÓS EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE ALIMENTAR

O autor Madaleno (2013) traz a concepção de que a responsabilidade alimentar é primária aos pais e filhos, mas pode ser transferida para parentes mais próximos em situações de ausência ou impossibilidade dos pais, incluindo os avós. Essa reciprocidade na obrigação alimentar destaca que, quem presta alimentos também tem direito a recebê-los se necessário, invertendo-se as posições na relação jurídica alimentar.

Os devedores potenciais de alimentos são reciprocamente ascendentes, descendentes e irmãos, com uma ordem de prioridade estabelecida entre essas classes de parentesco, privilegiando os mais próximos (LÔBO, 2011). O Código Civil (2002) adota uma ordem de vocação hereditária entre os parentes para determinar a responsabilidade alimentar dos avós, onde os de grau mais próximo

excluem os de grau mais remoto, todos contribuindo para atender às necessidades do alimentando (DIAS, 2010).

A Constituição Federal, no artigo 229, estabelece o dever dos pais de cuidar, criar e educar os filhos menores, com a obrigação dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais. Em caso de descumprimento, a responsabilidade pode recair sobre os avós, netos ou outros parentes próximos (GOMES, 2002).

A responsabilidade alimentar avoenga está sujeita aos mesmos requisitos aplicados aos pais, considerando a necessidade do alimentado, a capacidade do alimentante de arcar com o encargo sem prejudicar seu sustento e a proporcionalidade entre as necessidades do requerente e as condições financeiras da pessoa obrigada, garantindo equilíbrio (COSTA, 2011).

Decorrente do princípio da solidariedade familiar, a obrigação alimentar avoenga possui características específicas, como transmissibilidade, periodicidade, divisibilidade, condicionalidade, reciprocidade, irrenunciabilidade e impenhorabilidade, como explicado por Lorenzatto (2017).

Os dispositivos legais do Código Civil esclarecem o dever de ambos os cônjuges garantirem o sustento dos filhos (artigo 1.566), destacando a responsabilidade familiar. O Artigo 1.694 permite que parentes, cônjuges ou companheiros solicitem alimentos uns aos outros, incluindo a obrigação de atender às necessidades de educação, o que implica que os avós podem contribuir financeiramente em situações de necessidade do neto (BRASIL, 2002).

Contudo, o artigo 1.695 ressalta que os alimentos são devidos quando quem os requer não possui bens suficientes e não pode prover sua própria subsistência com trabalho, enquanto a pessoa obrigada tem condições de fornecê-los sem prejudicar seu próprio sustento. Isso indica que a responsabilização dos avós pelos netos não deve ser automática, exigindo uma cuidadosa avaliação da capacidade financeira de ambas as partes (BRASIL, 2002).

Além disso, a obrigação de prestar alimentos pode ser transmitida aos herdeiros do devedor, conforme previsto no artigo

1.700 do Código Civil. A periodicidade do cumprimento da obrigação geralmente é mensal ou quinzenal, visando atender às necessidades do alimentado, e a obrigação alimentar é divisível, ou seja, cada devedor contribui proporcionalmente com base em seus recursos, de acordo com o artigo 1.698 do Código Civil. A condicionalidade indica que a obrigação só surge quando preenchidos os requisitos legais, e a reciprocidade permite que parentes possam pleitear alimentos uns aos outros. Além disso, o credor dos alimentos não pode renunciar a eles, embora, se não houver necessidade, possa optar por não exercer esse direito, como destacado por Lorenzatto (2017).

Os alimentos requeridos aos avós têm origem na solidariedade familiar, pois essa obrigação é estendida a eles por meio do vínculo de parentesco. Esses alimentos são devidos quando se comprova que os pais não possuem recursos financeiros suficientes para sustentar seus filhos, ou, que a quantia disponível é insuficiente para atender às necessidades do alimentando, como ressaltado por Bortolini (2012).

O caráter da obrigação alimentar avoenga pode ser entendido como subsidiário e complementar. A obrigação é considerada subsidiária quando os pais da criança ou do adolescente estão ausentes, seja por falecimento ou outras circunstâncias, ou quando, mesmo estando presentes, não têm condições de sustentar o filho. No entanto, para que os avós sejam convocados a cumprir essa obrigação, o requerente dos alimentos deve comprovar a ausência ou a impossibilidade financeira dos genitores, não sendo suficiente a simples alegação dessas condições, como ressaltado por Leite (2011).

Entretanto, segundo Bortolini (2012) a obrigação alimentar avoenga em caráter complementar refere-se ao montante pago pelos avós em conjunto com os pais, quando o devedor primário não é capaz de fornecer uma quantia suficiente para garantir o sustento do alimentando. Se for comprovado que os pais não têm possibilidade de oferecer um valor maior como pensão alimentícia, os avós serão chamados para complementar esse montante, a fim de assegurar a subsistência do alimentado, conforme esclarece Bortolini (2012).

Nesse contexto, Nery Junior (2006) destaca que se o pai demonstrar insuficiência de recursos para alimentar seu filho, este pode exigir uma complementação dos avós paternos, desde que os avós tenham melhores condições financeiras. A obrigação alimentar é repetida proporcionalmente, levando em consideração a capacidade financeira dos alimentantes, com base na suficiente demonstração das necessidades e possibilidades.

É fundamental compreender que a obrigação alimentar avoenga é subsidiária em relação aos pais, e complementar quando se trata de somar esforços com os genitores. A obrigação dos avós só é acionada quando fica comprovado que os pais não possuem meios suficientes para cumprir integralmente a obrigação alimentar. A Súmula 596 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reforça esse entendimento, estabelecendo que “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais” (BRASIL, 2017).

Portanto, a responsabilidade alimentar dos avós é um tema regulamentado com base em princípios sólidos de solidariedade familiar e responsabilidade mútua, e sua aplicação depende da análise das condições financeiras dos genitores e da necessidade do alimentando. A fixação dos alimentos avoengos deve ser proporcional e considerar a capacidade de pagamento dos avós, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente beneficiário.

1.3 DIREITO COMPARADO

A questão da responsabilidade pelo pagamento de alimentos com base nas relações familiares é um tema fundamental no contexto do Direito Civil, e as abordagens legais variam de país para país. No cenário italiano, essa responsabilidade é meticulosamente definida pelo Código Civil de 1942. Este código estabelece uma ordem sucessiva

de responsabilidade, dando aos genitores a obrigação primordial de fornecer alimentos aos filhos. No entanto, quando os genitores se encontram em uma situação financeira insuficiente, o Código Civil italiano, por meio do artigo 148, convoca os ascendentes legítimos ou naturais a assumirem a responsabilidade financeira. É importante notar que essa obrigação dos ascendentes é considerada subsidiária, entrando em vigor somente quando os genitores não têm os meios necessários para cumprir suas obrigações alimentares (AZEVEDO, 2010).

Uma virada significativa ocorreu em 1975, quando uma reforma legal alterou essa obrigação. Em vez de transferir a responsabilidade diretamente dos genitores para os ascendentes, essa reforma colocou os ascendentes na posição de apoiar os genitores no cumprimento de suas obrigações parentais. Essa mudança foi amplamente recebida como positiva, promovendo o envolvimento ativo dos genitores na criação e educação de seus filhos, ao mesmo tempo que preservava a ordem natural das relações familiares. Além disso, o sistema legal italiano enfatiza que o direito a alimentos é sempre recíproco e intrinsecamente ligado ao direito-dever da personalidade (AZEVEDO, 2010).

Em contraste, o direito francês também aborda a obrigação alimentar, estendendo-a a parentes afins, como sogros, genros e noras, conforme o artigo 206 do Código Civil. No entanto, essa obrigação cessa quando a necessidade desaparece ou quando o provedor não possui mais os meios para cumprir essa obrigação. Mudanças na composição familiar, como o novo casamento de um cônjuge ou o falecimento de um dos cônjuges, também podem interromper essa obrigação alimentar (COSTA, 2009).

No Uruguai, o sistema legal segue uma abordagem semelhante à francesa, estendendo a obrigação alimentar aos parentes afins em primeiro grau, inclusive irmãos, conforme os artigos 116-126 (COSTA, 2009).

Por fim, na Argentina, o parente afim tem o direito à pensão alimentícia, conforme artigos 367-368 do Código Civil Argentino.

Portanto, em várias jurisdições, a obrigação alimentar desempenha um papel fundamental no direito de família, garantindo o apoio econômico necessário em várias relações familiares (COSTA, 2009).

O direito italiano estabelece uma ordem sucessiva de responsabilidade pelo pagamento de alimentos com base nas relações familiares. Os genitores têm a obrigação primária de prover alimentos aos filhos. No entanto, se os genitores não possuem recursos suficientes, os ascendentes legítimos ou naturais são chamados a fornecer os recursos necessários, conforme o artigo 148 (AZEVEDO, 2010).

Essa obrigação dos ascendentes é subsidiária, entrando em vigor somente quando os genitores não têm meios suficientes. Os ascendentes não têm uma obrigação direta de sustentar os netos; sua obrigação é indireta e visa ajudar os genitores a cumprir seus deveres em relação aos filhos (AZEVEDO, 2010).

No direito francês, é reconhecida a obrigação alimentar entre parentes afins, como sogros, genros e noras (Código Civil, art. 206). Essa obrigação alimentar cessa quando desaparece a necessidade ou quando o provedor não tem mais condições de cumprir o encargo (CC, art. 209). Além disso, ela também cessa quando a sogra se casa novamente ou quando um dos cônjuges falece, o que interrompe a afinidade e os filhos nascidos do novo casamento (CC, art. 206) (COSTA, 2009).

O direito uruguaio manteve uma abordagem semelhante ao código francês, estendendo a obrigação alimentar recíproca aos parentes afins em primeiro grau e incluindo os irmãos nessa obrigação (artigos 116-126) (COSTA, 2009).

No ordenamento jurídico argentino, o parente afim tem o direito à pensão alimentícia (CC, artigos 367-368) (COSTA, 2009). Assim, em diversos sistemas legais, a obrigação alimentar é uma parte essencial do direito de família, garantindo o apoio econômico necessário dentro das diferentes relações familiares.

2. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

2.1 EXPLORAÇÃO DAS LEIS NACIONAIS QUE REGULAM A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS

Para uma compreensão mais aprofundada e abrangente do conceito de alimentos avoengos, é de suma importância ressaltar a complexidade das questões relacionadas ao Direito de Família, cuja relevância se mostra inquestionável, dada a sua influência significativa na estrutura social. A instituição familiar, enquanto alicerce primordial da sociedade, atribui às decisões judiciais e às leis que abordam esse âmbito um peso específico, dado o seu impacto direto e extensivo na vida de um grande número de indivíduos. Tal abordagem abrange igualmente a esfera dos alimentos avoengos, que se insere no contexto do Direito de Família, uma área jurídica que engloba dinâmicas e relações intrincadas que exigem uma análise minuciosa e sensível para se atingir justiça e equidade (RODRIGUES, 2020).

No âmbito do Código Civil, nos artigos 1.694 a 1.710, e da Lei 5478/68, também conhecida como Lei de Alimentos, são delineados os critérios e requisitos relacionados aos alimentos, conforme já esclarecido anteriormente. Em resumo, o crédito alimentar está diretamente ligado à necessidade de subsistência, sendo considerado um direito fundamental. Isso ocorre, pois, é essencial para aqueles pais, patrocinadores ou companheiros que, por conta própria, não possuem meios suficientes para garantir sua subsistência devido à ausência de recursos ou à incapacidade de provar seu sustento por meio de seu trabalho. Ao mesmo tempo, uma pessoa que está sendo solicitada a fornecer alimentos deve possuir os meios adequados para seu próprio sustento e para o sustento daquele que está exigindo os alimentos (RODRIGUES, 2020).

Explorando o conceito de alimentos avoengos, podemos entender que se trata de uma situação em que as avós assumem uma

responsabilidade alimentar em relação aos netos. Essa obrigação alimentar surge devido ao fato de os avós serem parentes em graus subsequentes aos pais, e eles fornecem o apoio financeiro necessário para a subsistência dos netos. A base jurídica para essa possibilidade pode ser encontrada nos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil, que estabelecem que, quando uma pessoa que deve prestar alimentos em primeiro lugar não possui meios para sustentar a si mesma e aqueles que dependem da pensão para sobreviver, os pais de grau imediato podem ser chamados a contribuir com essa obrigação alimentar.

Farias e Rosenvald (2019), argumentam que a questão dos alimentos é fundamentada nas relações de parentesco, sendo ancorada nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Em suas considerações gerais, eles enfatizam a natureza recíproca dos alimentos e destacam que essa obrigação é inalienável. Segundo o disposto no artigo 1.707 do Código Civil, o credor tem a opção de não exercer o direito a alimentos, porém é vedada a renúncia a esse direito, sendo que o crédito correspondente não pode ser cedido, compensado ou penhorado.

Os autores afirmam que a justificação ideológica subjacente à obrigação de prestar alimentos surge da ausência de parentes mais próxima com capacidade para provar o sustento daqueles que se deslocam, e essa carência deve ser interpretada em um contexto amplo. Como exemplificado no trecho a seguir:

[...] não apenas a morte ou a declaração judicial de ausência, mas, identicamente, a relutância em pagar, o desaparecimento injustificado do devedor ou mesmo o reiterado atraso no pagamento dos alimentos, prejudicando a subsistência do alimentado (Farias; Rosenvald, 2019 p. 784).

Nos ensinamentos de Madaleno (2021), as obrigações alimentares estão intrinsecamente ligadas ao exercício do poder familiar, sendo uma consequência natural deste. Portanto, ao abordar a questão dos

alimentos avoengos, isso se evidencia em virtude da solidariedade familiar (artigos 6º e 227 da Constituição Federal e artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Tais dispositivos ressaltam que quando um indivíduo, por diversos motivos, se encontra em uma situação que o impeça de provar seu próprio sustento, a responsabilidade de assisti-lo recai, nesta ordem, sobre a família, a sociedade e o Estado. De acordo com o princípio da solidariedade familiar, a família é a primeira instância a ser acionada, e os avós sucedem nessas obrigações, pois associar a responsabilidade pelo sustento de um indivíduo à sociedade é algo abstrato e de ocorrência complexa.

Dias (2017), por sua vez, enfatiza que os alimentos evitados são considerados uma alternativa quando ambos os genitores não possuem condições adequadas. Destaca-se que a jurisdição supervisiona essa possibilidade como seletiva, pois, na ausência de contribuição de um dos pais, cabe ao outro genitor assumir as obrigações alimentares.

No atual Código Civil, como discutido anteriormente, existe a possibilidade de cônjuges ou companheiros solicitarem uns aos outros a prestação de alimentos, desde que necessária para a subsistência. Esse direito também é recíproco entre pais e filhos e é extensível a todos os ascendentes. Quando não há ascendentes disponíveis para arcar com essa obrigação, ela recai sobre os descendentes, e na ausência destes, sobre os irmãos (GONÇALVES, 2018).

Essa obrigação alimentar é centralizada na premissa de priorizar as necessidades e o bem-estar do alimentado. O Estado intervém para garantir o direito à subsistência daqueles que não podem sustentar a si próprios. Esse princípio é fundamentado na solidariedade e assistência mútua, que se baseiam nas relações familiares existentes entre os envolvidos, seja por casamento, união estável, famílias monoparentais, famílias homoafetivas ou outras configurações familiares (PEREIRA, 2005, p. 02).

Segundo o artigo 1.695 do Código Civil, a prestação alimentícia somente é devida se a pessoa que a solicita realmente necessitar dela e se a pessoa obrigada a fornecer tiver a capacidade financeira para fazê-lo, sem prejudicar seu próprio sustento ou o sustento de sua família.

Portanto, dois elementos fundamentais são observados: a necessidade de quem solicita e a capacidade de quem deve prover (GONÇALVES, 2018).

Além disso, a situação de necessidade do alimentado é outro critério relevante. Para que a pensão alimentícia seja deferida, o alimentado deve estar em um estado de necessidade comprovado. Se houver um credor (quem recebe a pensão) e vários devedores (quem deve pagar a pensão), cada devedor é responsável apenas pela parte que lhe cabe, não sendo obrigado a arcar com a totalidade da dívida. Isso significa que, caso os pais do alimentado não tenham condições de pagar integralmente a pensão, os avós podem ser chamados a complementá-la para garantir que o alimentado não sofra privações (CAHALI, 2013).

A obrigação alimentar pode ser dividida, e não necessariamente é solidária. Isso significa que os obrigados a prestar alimentos podem ser convocados ao processo em litisconsórcio (uma modalidade de participação de várias partes em um processo), embora haja controvérsia sobre se esse litisconsórcio é obrigatório ou facultativo. A maioria da doutrina e jurisprudência dominante tende a considerar a obrigação alimentar como não solidária (CAHALI, 2013).

Carlos Roberto Gonçalves destaca que, na ausência de ascendentes, a obrigação alimentar recai sobre os descendentes, seguindo a ordem de sucessão. Filhos são convocados primeiro, seguidos por netos, bisnetos e assim por diante. O pai só pode exigir alimentos do neto se o filho estiver ausente ou incapaz de cumprir essa obrigação. Nesse caso, o neto pode ser chamado a complementar a pensão que o filho não pode pagar integralmente (GONÇALVES, 2018).

Os avós só podem ser incluídos no polo passivo da demanda (ou seja, como devedores) quando for comprovada a impossibilidade do devedor principal (os pais) de cumprir com a obrigação. No entanto, se o devedor principal recuperar sua capacidade financeira, os avós podem ser liberados dessa obrigação (DIAS, 2020).

Em síntese, a legislação brasileira sobre a obrigação alimentar reflete uma abordagem cuidadosa e sensível, centrada na proteção do

bem-estar dos alimentados. As disposições do Código Civil estabelecem a responsabilidade de prover alimentos, considerando a capacidade financeira do obrigado e a necessidade comprovada do alimentado.

Essa obrigação não é apenas solidária, mas pode ser dividida entre os responsáveis, evitando sobrecarregar um único devedor. A hierarquia na sucessão dos obrigados, conforme destacado por Carlos Roberto Gonçalves, orienta a convocação dos descendentes para cumprir com a obrigação alimentar na ausência de ascendentes. A inclusão subsidiária dos avós no polo passivo da demanda ocorre apenas quando a impossibilidade financeira do devedor principal é comprovada, e sua liberação é viável caso este recupere sua capacidade financeira. Essa abordagem legal demonstra a busca por equidade e justiça nas relações familiares, promovendo a solidariedade e a assistência mútua para garantir a subsistência daqueles que dependem dessa obrigação.

2.2 DA OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS

O Código Civil brasileiro, concebe a obrigação de fornecer alimentos como responsabilidade recíproca entre pais e filhos, podendo, no entanto, estender-se a outros ascendentes, quando necessário, como abordado anteriormente. Em complemento, Gomes (2018) diz que a obrigação passa aos ascendentes de grau mais próximo, e na falta destes aos que lhes seguem na ordem do parentesco em linha reta, ou seja, avós, bisavós e assim por diante (GOMES, 2018).

No que tange ao sustento dos netos, os avós não podem eximir-se dessa responsabilidade, em conformidade com o princípio da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana, que prioriza o apoio ao indivíduo sem prejudicar o seu ambiente familiar, garantindo a assistência necessária para proteger o melhor interesse da criança, como destacado por Cahali (2013).

É importante ressaltar que a obrigação dos avós é subsidiária e complementar, entrando em vigor somente quando os pais não

possuem meios para prover o sustento, visando assegurar a dignidade humana.

O STJ aprovou a Súmula 596, consolidando seu entendimento sobre a obrigação alimentar dos avós, estabelecendo que “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, configurando-se apenas na impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.” (STJ, 2018).

Essa súmula esclarece que a obrigação alimentar dos avós é, além de subsidiária, também complementar. Os avós assumem essa responsabilidade quando os pais não conseguem garantir totalmente ou em parte a subsistência do beneficiário. Dessa forma fica claro que a obrigação é primeiramente dos pais, mesmo que estes apresentem limitação quanto aos recursos financeiros (CAHALI, 2013). A posição do STJ é clara: não é cabível uma ação conjunta contra pais e avós pois a obrigação dos avós é subsidiária e complementar (CAHALI, 2013).

Ainda assim, Cahali (2013) ressalta que a inclusão imediata dos avós no polo passivo da ação, juntamente com os pais, é justificada apenas em caráter de urgência das demandas de alimentos. Segundo Pereira (2005):

O fundamento da obrigação de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os vínculos de parentescos que ligam as pessoas que constituem uma família, seja ela advinda de um casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetiva, dentre outras. (Pereira, 2005, p. 2).

É importante notar que a impossibilidade dos pais de pagar a pensão alimentícia não é motivo suficiente para transferir automaticamente a responsabilidade alimentar para os avós. Se os pais não efetuarem o pagamento ou atrasarem os pagamentos, o alimentado deve iniciar um processo de execução de alimentos contra os pais antes de demandar contra os avós (GONÇALVES, 2018).

Reitera-se que, segundo Veloso (2013), a responsabilidade de prover alimentos recai sobre os parentes mais próximos. Portanto os avós só serão notificados quando for devidamente comprovada a ausência do provimento pelos genitores.

Além disso, a obrigação alimentar dos avós é frequentemente considerada complementar, limitada às necessidades básicas do alimentado. Portanto, a possibilidade de quem fornece os alimentos (nesse caso, os avós) é usada como um limite para a obrigação, não como um motivo para aumentá-la. O foco é sempre nas necessidades do alimentado (CAHALI, 2013).

Embora possa parecer injusto que os avós tenham essa obrigação, é importante lembrar que isso está previsto na lei e deve ser cumprido quando os mecanismos familiares não são suficientes para sustentar o alimentado. Cada caso deve ser analisado individualmente, levando em consideração as necessidades da criança, a capacidade financeira dos avós e as disposições do Estatuto do Idoso, que visa proteger os idosos em relação à sua integridade física e mental (CAHALI, 2013).

Portanto, a obrigação alimentar buscada em relação aos avós é fundamentada na solidariedade familiar, uma vez que essa responsabilidade é estendida a eles por meio dos laços de parentesco, sendo devida quando há uma necessidade evidente. Os avós devem prover alimentos somente quando for comprovado que os pais não têm condições financeiras para sustentar os filhos ou quando a quantia que eles dispõem é insuficiente para atender às necessidades do alimentado (BORTOLINI, 2012).

Assim, a obrigação é subsidiária quando os pais da criança ou adolescente estão ausentes, seja por motivo de falecimento ou outras circunstâncias, ou quando, mesmo estando presentes, não têm condições de sustentar o filho. No entanto, para que os avós sejam chamados a cumprir essa responsabilidade, o requerente dos alimentos deve comprovar a ausência ou impossibilidade de recursos por parte dos genitores. Não basta apenas alegar essas condições (LEITE, 2011). Seguindo essa linha de raciocínio, Diniz (2009, p. 598) afirma que “na ausência dos avós, os bisavós e assim sucessivamente, também podem

ser responsabilizados, em uma abordagem subsidiária, somente se os pais estiverem ausentes, impossibilitados de exercer atividade laborativa ou sem recursos econômicos”.

A obrigação alimentar avoenga em caráter complementar refere-se ao valor pago pelos avós em conjunto com os pais, ou seja, o devedor principal está contribuindo com a pensão, mas o valor não é suficiente para garantir a subsistência do alimentado. Quando fica comprovado que os genitores não têm condições de fornecer uma quantia maior a título de alimentos, os avós são chamados a complementar esse valor, a fim de atingir o montante necessário para garantir a sobrevivência do alimentado (BORTOLINI, 2012).

Nesse contexto, Nery Junior (2006, p. 927) esclarece que:

se o pai, por si só, demonstra insuficiência de recursos para sustentar o filho menor, este pode exigir uma complementação dos avós paternos, que possuem melhores condições financeiras. A responsabilidade pela pensão alimentícia deve ser dividida proporcionalmente, levando em consideração a capacidade financeira dos que fornecem o sustento e a comprovação das necessidades do alimentado.

Portanto, seja a obrigação alimentar avoenga fixada de forma subsidiária ou para complementar a pensão alimentícia de responsabilidade dos pais, ela deve ser calculada de acordo com critérios de proporcionalidade, levando em consideração a necessidade do alimentado e a capacidade financeira dos alimentantes.

É importante destacar que, para solicitar alimentos dos avós, é necessário esgotar as opções disponíveis para a cobrança da obrigação alimentar dos pais. Somente então os avós podem ser chamados a cumprir essa responsabilidade, desde que se comprove a ausência ou impossibilidade dos genitores de arcar com essa obrigação (COSTA, 2011). Por outro lado, se o devedor primário, que era responsável pela pensão alimentícia, recuperar sua capacidade financeira, os avós

que estavam contribuindo com a obrigação podem ser liberados dela (DIAS, 2010).

Em resumo, a obrigação alimentar dos avós é um importante salvaguarda para o bem-estar das crianças e adolescentes quando os pais não podem prover seus sustentos. Ela é baseada na solidariedade familiar e na dignidade da pessoa humana, sendo subsidiária e complementar, e somente deve ser acionada quando for comprovada a impossibilidade dos pais de cumprir integralmente com essa obrigação. Cada caso deve ser avaliado individualmente, levando em consideração as necessidades do alimentado, a capacidade financeira dos avós e as disposições legais pertinentes, como o Estatuto do Idoso.

3. JURISPRUDÊNCIA PERTINENTE

No âmbito do Direito de Família, a questão da obrigação alimentar desempenha um papel de destaque, resguardando o sustento daqueles que dependem de apoio financeiro para sua subsistência. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se destacado ao analisar a natureza processual do instituto de inserção de potenciais alimentantes na obrigação alimentar, conferindo uma abordagem cuidadosa e esclarecedora sobre esse tema.

Este capítulo se dedica a explorar em profundidade as nuances desse instituto, à luz da jurisprudência do STJ, com ênfase na necessidade de priorizar a busca por alimentos junto aos genitores (pai e mãe) antes de considerar a responsabilidade dos avós como complementar ou subsidiária. Nesse contexto, exemplificaremos esse entendimento com o notório caso do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Buzzi, no qual se baseou nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves para esclarecer e consolidar a abordagem da corte superior:

AGRAVOREGIMENTALEMRECURSOESPECIAL.
DIREITO CIVIL. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE

VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284 DO STF. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. TENTATIVA FRUSTRADA DE EXECUÇÃO DO GENITOR. IMPOSSIBILIDADE DE ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PELO PAI DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO AVÔ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE INVIÁVEL. SÚMULA 7 DO STJ ação deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avós. [...] Se, no entanto, o pai, comprovadamente, estiver ausente, ou, estando presente, não reunir condições para responder pela obrigação alimentar, a ação poderá, como dito, ser ajuizada somente contra os avós [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. – AgRg no REsp 1.389.845 PR 2013/0210976-4, Relator: Ministro Marco Buzzi. Publicado no DJe em 17/09/2015).

A compreensão da ordem de preferência na responsabilidade alimentar é fundamental para promover equidade e justiça nas decisões judiciais envolvendo obrigações alimentares. Portanto, este capítulo proporcionará um aprofundamento crucial nessa área do Direito de Família, servindo como um guia valioso para profissionais do direito, acadêmicos e todos os interessados em compreender a complexidade desse instituto.

A Ministra Andriahi, de acordo com o Recurso Especial nº 1.211.314 - SP (2010/0163709-4), ao aprofundar a análise e apoiar-se nas contribuições de respeitados doutrinadores, como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Yussef Cahali, oferece uma visão esclarecedora sobre a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, conforme preceitua o art. 1.696 do Código Civil de 2002.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS.

POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA.

1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.
2. O desemprego do alimentante primário genitor ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este.
3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós.
4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.
5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ.
6. Recurso não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.211.314. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 15/09/2011, T3 – Terceira Turma. Publicado no DJe em 22/09/2011).

Neste contexto, a obrigação alimentar segue uma ordem sucessiva, priorizando parentes mais próximos em grau. A rigidez desse sistema decorre da natureza subsidiária e complementar da obrigação alimentar dos avós, que não pode ser acionada por mera conveniência. A condição econômica favorável dos avós não justifica automaticamente sua responsabilidade, sendo necessário comprovar

a incapacidade do genitor primário. A impossibilidade deste último cumprir sua obrigação surge em situações como desemprego, ausência ou falta, exigindo socorro dos ascendentes imediatos.

A ação pode ser inicialmente direcionada apenas contra o ascendente de grau sucessivo, mas exige prova completa da ausência ou impossibilidade econômica dos ascendentes imediatos. Somente após esgotar os meios para compelir o devedor primário, geralmente o pai, a fornecer alimentos, justifica-se a busca pelo ascendente mais remoto, como a avó, em nome da sobrevivência do alimentado. Mesmo com capacidade laboral do devedor primário, sua recusa persistente pode justificar o pedido aos ascendentes de grau sucessivo, priorizando a segurança alimentar dos netos, flexibilizando a ordem legal.

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial nº 1.415.753 - MS (2012/0139676-9) destaca a importância de priorizar os pais na busca pela obrigação alimentar. A jurisprudência, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, tem confirmado a contribuição dos avós para o sustento dos netos, porém de maneira excepcional e temporária, de modo a não incentivar a inatividade ou acomodação dos pais, que são os principais responsáveis.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS. PRESSUPOSTOS.

1. A obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando pai e mãe não dispuserem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos.
2. Necessidade de demonstração da impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos.
3. Caso dos autos em que não restou demonstrada a incapacidade de a genitora arcar com a subsistência dos filhos.
4. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil.
5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº 1.415.753 - MS (20120139676-9). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento: 24/11/2015, T3 - Terceira Turma. Publicado no DJe em: 24/11/2015).

Costa esclarece que a obrigação alimentar dos avós é complementar e subsidiária em relação aos genitores, surgindo apenas quando pai e mãe não têm meios de prover as necessidades básicas dos filhos.

A doutrina brasileira é unânime ao se posicionar em torno de uma premissa básica: em primeiro lugar, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, e secundariamente - suplementarmente - extensiva aos demais ascendentes, recaindo nos ascendentes mais próximos e, somente depois que devem ser chamados os mais remotos. A jurisprudência tem confirmado, de forma veemente, a suplementação dos alimentos pelos avós, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, mas de forma excepcional e transitória, “de modo a não estimular a inércia ou acomodação dos pais, sempre primeiros responsáveis” (Costa, 2011, p. 114).

Portanto, apenas após demonstrar a inviabilidade de todos os familiares mais próximos de atender à obrigação alimentar é que se pode considerar a responsabilidade dos avós mais afastados. Isso possibilita a busca por sustento junto aos avós somente quando ambos os progenitores não possuem recursos para sustentar os filhos. Se apenas um dos genitores tem meios para fazê-lo, cabe a ele assumir isoladamente essa responsabilidade. O STJ tem enfatizado a necessidade de imputar a responsabilidade aos avós apenas na incapacidade dos pais em cumprir com seu encargo, não admitindo que a ação seja iniciada diretamente contra estes.

O Ministro Aguiar ao fazer referência a algumas decisões judiciais, reforça a mesma interpretação já apresentada anteriormente. Essas decisões incluem o Agrg no REsp 514356/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/2006; REsp 579385/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 04/10/2004; e REsp 1211314/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe 22/09/2011.

Além disso, o Ministro Aguiar faz referência a uma ressalva apresentada em outro Recurso Especial (REsp 366837/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator para o Acórdão Ministro César Asfor Rocha, DJ 22/09/2003). Nessa ressalva, enfatiza-se que a obrigação alimentar dos avós não é solidária com a obrigação do pai, ou seja, não é necessário que os avós assumam integralmente a obrigação alimentar sempre que o pai deixar de cumprir com ela. Os avós podem ser chamados a contribuir com alimentos para os netos, mas essa obrigação é complementar e/ou sucessiva, não solidária. Em casos de alimentos complementares, a responsabilidade se divide entre os avós paternos e maternos, mas a obrigação primária de prover sustento aos filhos permanece com os pais.

Em resumo, o Ministro Aguiar reforça a ideia de que, como já foi abordado na doutrina anteriormente apresentada, a busca pelos alimentos deve começar com os pais, a menos que haja indícios claros de que ambos são incapazes de cumprir essa obrigação. Somente nesse caso, a obrigação alimentar dos avós entra em discussão.

Em consonância, em uma decisão mais recente:

APELAÇÃO CÍVEL - ALIMENTOS AVOENGOS - SUBSIDIÁRIO E COMPLEMENTAR - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE.

- A obrigação dos avós de prestar alimentos aos netos é subsidiária e/ou complementar à dos genitores - Estão obrigados a prestar alimentos os parentes mais próximos em grau, passando aos mais remotos na falta uns dos outros - As fixações dos alimentos avoengos devem observar a correlação entre a

possibilidade do alimentante, a necessidade do alimentando. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº 1.415.753 - MS (20120139676-9). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento: 24/11/2015, T3 - Terceira Turma. Publicado no DJe em: 24/11/2015).

Neste acórdão de uma apelação cível relacionada a alimentos avoengos, diversos aspectos importantes do direito de família são abordados e estabelecidos. Primeiramente, enfatiza-se que a obrigação alimentar dos avós em relação aos netos é considerada subsidiária e complementar à obrigação dos pais, o que implica que os avós só devem ser chamados a fornecer alimentos se os pais não puderem ou não estiverem cumprindo essa responsabilidade. Além disso, é destacada a ordem de chamamento à responsabilidade, que segue a legislação civil, determinando que a obrigação alimentar começa pelos parentes mais próximos em grau e, somente na falta destes, passa para os mais remotos.

Outro ponto crucial abordado é o dever de provar a necessidade após a maioridade do alimentando. A decisão enfatiza que a maioridade não extingue automaticamente o direito de receber alimentos, mas a partir desse ponto, o alimentando deve demonstrar que ainda possui necessidade. A obrigação de alimentos continua, porém, a necessidade não é mais presumida. Além disso, o texto estabelece que a obrigação alimentar dos avós tem limites, e não pode ser prorrogada indefinidamente. Quando o neto atinge a maioridade, está saudável e apto para trabalhar, é aconselhável que busque meios próprios para seu sustento, e, nesse caso, a obrigação dos avós pode ser exonerada (COSTA, 2011).

A situação financeira das partes envolvidas também é levada em consideração. A decisão ressalta que se os avós enfrentam dificuldades financeiras e o pagamento da pensão prejudica seu próprio sustento, isso pode ser um motivo para a rejeição do pedido de alimentos. A

análise cuidadosa dessas circunstâncias é essencial na avaliação de casos envolvendo alimentos avoengos.

Concluindo, este acórdão estabelece importantes princípios relacionados à obrigação de alimentos avoengos. Reforça que a obrigação é subsidiária, que a necessidade deve ser comprovada após a maioria e que a situação financeira das partes é relevante na tomada de decisão. Esta abordagem equilibrada visa garantir que os recursos sejam direcionados de forma justa e eficaz, atendendo às necessidades dos alimentandos, mas também considerando as capacidades financeiras das partes envolvidas.

3.1 DO AFASTAMENTO DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não se encontram justificativas claras para o afastamento do “Chamamento ao Processo,” um instituto processual previsto nos artigos 130 e seguintes do Código de Processo Civil. Em vez disso, o uso do termo “chamamento ao processo” para descrever um conceito relacionado ao direito material é observado, sem a minúcia formal do Direito Processual. Um exemplo disso é identificado no Informativo Jurisprudencial do STJ a seguir:

ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AVÓS.

A Turma deu provimento ao recurso especial a fim de deferir o chamamento ao processo dos avós maternos no feito em que os autores pleiteiam o pagamento de pensão alimentícia. In casu, o tribunal a quo fixou a responsabilidade principal e recíproca dos pais, mas determinou que a diferença fosse suportada pelos avós paternos. Nesse contexto, consignou-se que o art. 1.698 do CC/2002 passou a prever que, proposta a ação em desfavor de uma das pessoas obrigadas a prestar alimentos, as demais poderão ser chamadas a integrar a lide. Dessa forma, a obrigação subsidiária deve ser

repartida conjuntamente entre os avós paternos e maternos, cuja responsabilidade, nesses casos, é complementar e sucessiva. Precedentes citados: REsp 366.837-RJ, DJ 22/9/2003, e REsp 658.139-RS, DJ 13/3/2006. REsp 958.513-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 22/2/2011.

No entanto, mesmo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não explique explicitamente o motivo pelo qual o “Chamamento ao Processo” não é amplamente utilizado, podemos inferir algumas razões com base na doutrina e em precedentes abordados neste capítulo.

De acordo com Humberto Theodoro Jr. (2012), o “chamamento ao processo” é um incidente no qual o devedor demandado convoca outros coobrigados a integrar o mesmo processo, tornando-os igualmente responsáveis pelo resultado do caso. Isso permite que o réu obtenha uma sentença que pode ser executada contra o devedor principal ou os codevedores, caso o principal tenha que pagar a dívida.

No entanto, no contexto de execução de alimentos entre vários coobrigados, observamos que a divisibilidade ocorre de forma “*pro rata*,” com cada coobrigado sendo responsável apenas por sua parte correspondente, ou seja, não se trata de uma obrigação solidária. Consequentemente, no caso de inadimplemento de um dos coobrigados, os demais não ficam automaticamente obrigados a pagar a parte do inadimplente, sendo a cobrança restrita a ele (CARMO, 2010).

Portanto, a razão para o afastamento do “Chamamento ao Processo” no contexto de obrigações alimentares dos avós parece estar relacionada à natureza *pro rata* da obrigação alimentar, onde cada coobrigado é responsável apenas por sua quota parte, em oposição à responsabilidade solidária que justificaria o uso do “Chamamento ao Processo” para envolver outros devedores no processo.

Sua finalidade primeira é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, chamar o responsável principal, ou os corresponsáveis ou coobrigados, para que assumam a posição de litisconsorte, ficando submetidos à coisa julgada (Didier Junior, 2012, p. 405).

Dessa forma, encontra-se mais um motivo que impede a aplicação, por analogia, do instituto do chamamento ao processo em casos de obrigações alimentares, uma vez que essa obrigação é única e irrepetível. Devido à sua natureza vital, uma vez que a prestação alimentar é paga, não cabe reembolso, seja por parte do autor que recebe, seja por parte dos demais coobrigados. Além disso, observa-se que a obrigatoriedade alimentar segue um procedimento sumário, afastando procedimentos complexos desse tipo (VIANA, 2015).

Portanto, a defesa desse instituto, alegando que ele efetiva o direito material e promove economia processual, otimizando a atividade jurisdicional em termos de tempo e custos, e que busca envolver outros coobrigados em um processo, não parece ser válida à luz dessas considerações. Mesmo que o artigo 1.698 do Código Civil estabeleça as condições para a inclusão de potenciais alimentantes na obrigação alimentar, essa obrigação permanece subsidiária à responsabilidade dos alimentantes originais, ou seja, os pais. Além disso, o artigo 275 do Código Civil contradiz a ideia de que o chamamento ao processo é apropriado nesse contexto (CARMO, 2010).

A tentativa de ampliar o conceito de solidariedade para incluir devedores comuns em geral, com base na alegação de que a obrigação alimentar é divisível, não é viável. Isso ocorre porque, como mencionado anteriormente, a natureza irrepetível da obrigação alimentar e sua reciprocidade a diferenciam de outros tipos de obrigações (CARMO, 2010; VIANA, 2015).

Ainda que se argumente que, embora não seja uma obrigação solidária, a obrigação alimentar compartilhe alguma semelhança com

a solidariedade, já que não requer uma alteração na prova por parte do autor, a inclusão do chamamento ao processo não se justifica quando comparada a outras opções disponíveis. Afinal, o argumento de que o chamamento ao processo beneficia o credor de alimentos, oferecendo um leque maior de opções para a execução da sentença em seu favor, também se aplica a outras formas de inclusão processual, todas previstas nos artigos 46 a 80 do Código de Processo Civil (VIANA, 2015).

Portanto, devido às considerações acima mencionadas, talvez seja por isso que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) raramente mencione o chamamento ao processo como uma forma de inclusão processual na maioria de suas decisões sobre o assunto.

3.2 DO AFASTAMENTO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO

A Lei nº 5.478/68 estabelece um procedimento específico para a execução de alimentos, que é mais ágil e se assemelha ao rito sumaríssimo. Se a inclusão de potenciais alimentantes fosse opcional em vez de obrigatória, haveria o risco de permitir que os réus atrasassem o andamento do processo ao convocar um possível coobrigado sempre que lhes fosse conveniente.

Além disso, apesar da controvérsia doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mantém um entendimento próprio sobre a natureza processual dessa possível inclusão de potenciais alimentantes, como apresentado no item anterior.

No entanto, esse posicionamento, que resulta de mudanças em relação ao adotado antes da inovação mencionada no artigo 1.698 do Código Civil de 2002, já foi diferente. Portanto, é importante examinar qual era a posição anterior, qual é a posição atual e os motivos que levaram o Tribunal Superior a modificar sua interpretação.

Teixeira (2013) observa que, “mesmo antes do Código Civil de 2002, ainda sob o Código de 1916, a Terceira Turma do STJ reconheceu expressamente a obrigação de complementação pelo avô”. Caio

Mario destaca essa possibilidade devido à divisibilidade da obrigação alimentar.

O Recurso Especial do STJ datado de 2000 a seguir demonstra a adoção do litisconsórcio passivo facultativo como posição anterior desta Corte:

RELATOR : MIN. ARI PARGENDLER. ADVOGADO : HAROLDO MONTEIRO DE SOUSA LIMA E OUTROS. REPR. POR : A. B. P.

ADVOGADO : WALTER LOPES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

Em ação de alimentos proposta por P. P. B. P. contra W. P. T., a MM. Juíza de Direito Substituta Dr^a. Raíssa Figueiredo Monte Raso julgou procedente o pedido para “condenar o requerido ao pagamento de verba alimentícia equivalente a 3 (três) salários mínimos” (fl. 243). A sentença foi confirmada por acórdão da Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator o eminente Desembargador Orlando Carvalho, assim ementado, *in verbis*: “AVÔ – CONDENAÇÃO EM ALIMENTOS – COMPLEMENTAÇÃO. É cabível a condenação do avô paterno do alimentando à complementação da pensão alimentícia, se tal obrigação prestada pelo genitor for insuficiente para atender as necessidades do menor” (fl. 300). (...) VOTO (...) Quanto à possibilidade de complementação dos alimentos pelo avô, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de sua admissão (REsp n° 81.838, SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 04.09.2000 e REsp n° 79.409, RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 01.02.99).

No Recurso Especial n° 658.139, o Ministro Fernando Gonçalves observa que a Suprema Corte costumava seguir a interpretação do litisconsórcio passivo facultativo com base no artigo 396 do Código Civil de 1916. O direito à prestação de alimentos era recíproco entre

pais e filhos, sendo estendido a todos os ascendentes, com a obrigação recaindo nos mais próximos em grau, em caso de falta dos outros.

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”. 2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 658.139-RS - 2004/0063876-0. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 11.10.2005, T4 - Quarta Turma. Publicado no DJe em 11/10/2005).

Nesse contexto, o STJ havia consolidado a posição de que, em ações de alimentos propostas por netos contra o avô paterno, não era necessário citar os avós maternos, pois não se tratava de um litisconsórcio necessário, mas sim de um litisconsórcio facultativo impróprio. Ou seja, o credor não estava obrigado a processar todos os coobrigados, e ele poderia processar apenas um deles. No entanto,

caso optasse por não incluir todos, ele ficaria sujeito às consequências de sua omissão.

Essa interpretação foi corroborada por decisões anteriores do STJ, como o Resp. 50153/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, de 1994, e o Resp. 261772/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, de 2000. Ambos os casos enfatizavam a ausência de litisconsórcio necessário com os avós maternos e destacavam a possibilidade de o credor ajuizar a ação apenas contra o avô paterno, desde que não houvesse um litisconsórcio facultativo impróprio entre os devedores eventuais.

ACÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR NETOS CONTRA O AVO PATERNO. CITAÇÃO DETERMINADA DOS AVOS MATERNOS. INOCORRENCIA DE LITISCONSORCIOPASSIVO NECESSARIO. O CREDOR NÃO ESTÁ IMPEDIDO DE AJUIZAR A ACÇÃO APENAS CONTRA UM DOS COOBRIGADOS. NÃO SE PROPONDO A INSTAURAÇÃO DO LITISCONSORCIO FACULTATIVO IMPRÓPRIO ENTRE DEVEDORES EVENTUAIS, SUJEITA-SE ELE AS CONSEQUENCIAS DE SUA OMISSÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 50153, RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data de julgamento: 12/09/1994, T4 - Quarta Turma. Publicado no DJe em 14/11/1997).

Neste contexto, um dos aspectos considerados é a obrigação de esgotar todos os recursos disponíveis para a execução dos alimentos pelos pais (pai e mãe), a fim de envolver, de maneira suplementar e subsidiária, os avós nesse processo. Se o STJ adota essa abordagem, torna-se evidente que o litisconsórcio observado não é de natureza facultativa nesse aspecto. Qualquer possibilidade de ser facultativo se restringiria apenas aos parentes do mesmo grau. Portanto, a alegação de um litisconsórcio facultativo é, assim, enfraquecida.

3.3 DA ADOÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Assim como na doutrina, as alterações do Código Civil de 2002 também impactaram a interpretação da Suprema Corte, que previamente entendia que havia um litisconsórcio facultativo impróprio na obrigação alimentar em relação aos demais possíveis alimentantes, passando subsequentemente a defender a existência de um litisconsórcio passivo necessário.

O Ministro Fernando Gonçalves do STJ, no Recurso Especial nº 658.139, discute a questão central, que é se o artigo 1.698 do Código Civil de 2002 pode alterar a interpretação anteriormente estabelecida com base no artigo 397 do Código Civil de 1916. O novo artigo 1.698 estabelece que, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de arcar totalmente com a obrigação, os parentes de grau imediato serão chamados a contribuir na proporção de seus recursos. Além disso, se uma ação for movida contra um deles, os demais também poderão ser convocados para participar do processo.

Essa mudança na interpretação da Suprema Corte reflete-se na natureza processual da matéria, que passou de um litisconsórcio facultativo impróprio para um litisconsórcio passivo necessário. Para um entendimento mais claro, consideremos um exemplo de ação revisional de alimentos movida por uma menor de idade, representada por sua mãe, contra o pai e, posteriormente, contra o avô paterno. Nesse caso, houve debate sobre a necessidade de citar também os avós maternos, sob a ótica do litisconsórcio necessário. No entanto, essa alegação foi inicialmente rejeitada com base na ideia de uma obrigação solidária. Em segunda instância, a rejeição ocorreu porque se considerou que a obrigação era divisível e não solidária, não gerando, portanto, um litisconsórcio necessário. Isso reflete a mudança na interpretação da Suprema Corte ao adotar o litisconsórcio passivo necessário com base no artigo 1.698 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

O Ministro Fernando Gonçalves, no restante de seu voto no Recurso Especial nº 658.139, esclarece que a interpretação literal do dispositivo pode sugerir que o autor da ação de alimentos tem a liberdade de incluir os avós paternos e/ou maternos no polo passivo de acordo com sua escolha. No entanto, ele argumenta que a melhor interpretação é que a obrigação subsidiária, em caso de inadimplemento da obrigação principal dos pais, deve ser compartilhada entre os avós paternos e maternos de acordo com seus recursos, devido à divisibilidade dessa obrigação.

O Ministro Gonçalves justifica que a necessidade de alimentos deve ser considerada com base em quem os recebe, e não em quem os paga. Portanto, o número de réus no polo passivo da demanda não deve afetar a necessidade do alimentado (OAB SP, 2005).

Esse entendimento está alinhado com outros julgados da Corte, enfatizando que a obrigação alimentar complementar dos avós não é solidária, mas complementar e sucessiva. Além disso, a jurisprudência reflete o princípio de que a ação de alimentos deve ser exercida contra todos os ascendentes do mesmo grau, e a cota alimentar deve ser determinada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentado.

Portanto, as mudanças no Código Civil de 2002 tiveram um impacto significativo na interpretação da Suprema Corte em relação ao litisconsórcio na obrigação alimentar, destacando a importância de considerar a divisibilidade da obrigação e as necessidades do alimentado.

4. CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO

4.1 DAS MEDIDAS LEGAIS QUE PODEM SER TOMADAS EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DA REPONSABILIDADE ALIMENTAR DOS AVÓS

O descumprimento da obrigação alimentar por parte dos avós, denominada de obrigação alimentar avoenga, representa uma ameaça à subsistência do beneficiário, surgindo quando, após o encerramento do processo de ação de alimentos, os avós negligenciam o pagamento da quantia devida ao neto. Diante disso, a legislação brasileira estabeleceu mecanismos que simplificam o cumprimento dessa obrigação, permitindo o ingresso com uma ação de execução alimentar para assegurar o pagamento dos valores devidos (FRACARO, 2016).

O não cumprimento voluntário e injustificável da pensão alimentícia acarreta sanções para o devedor inadimplente, incluindo a penhora, a prisão civil e o desconto em folha de pagamento, conforme previsto nos artigos 528, §3º e §8º, e 529 do Código de Processo Civil (NEVES, 2016).

Dessa forma, o sistema processual contempla duas abordagens executórias: a execução contra devedor solvente, com as sanções de penhora e desconto em folha de pagamento; e a coação pessoal, que envolve a prisão civil do executado (FRACARO, 2016).

A penhora, conforme estipulado no artigo 528, §8º do Código de Processo Civil, tem o propósito de garantir o pagamento da dívida alimentar quando a ação de execução é instaurada. O exequente pode optar por receber a dívida por meio da penhora, que prioriza o dinheiro e, em seguida, bens móveis e imóveis. O devedor, ao ser citado para o início da execução, tem um prazo de 03 (três) dias para quitar a dívida, justificar a impossibilidade de fazê-lo ou oferecer bens para a penhora. Importante destacar que, por se tratar de uma execução de quantia certa, não é necessário apresentar caução como garantia (TARTUCE, 2017).

O desconto em folha de pagamento, previsto no artigo 529 do Código de Processo Civil, é aplicável quando o executado é um funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou empregado sob a legislação trabalhista. Essa medida garante eficiência na cobrança e a continuidade do pagamento da pensão alimentícia, permitindo o desconto de até 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos líquidos quando a dívida é parcelada (DELLORE, 2015).

A coação pessoal, conforme estabelecido no artigo 528, §3º do CPC, envolve a prisão civil do executado quando há inadimplência por um período de 1 (um) a 3 (três) meses. Essa prisão é cumprida em regime fechado e em estabelecimento separado dos presos comuns. Importante salientar que a dívida alimentar que justifica a prisão do alimentante abrange até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução, bem como aquelas que vencem durante o processo. Além disso, quando a dívida decorre de um título extrajudicial, a prisão e a penhora podem ocorrer simultaneamente, conforme disposto nos artigos 911 a 913 do CPC (FRACARO, 2016).

Vale mencionar a possibilidade de protesto como uma ferramenta para garantir o cumprimento da obrigação alimentar. Se o alimentante deixar de pagar a pensão alimentícia, poderá ser incluído no cadastro de proteção ao crédito, conforme o artigo 528, §1º do CPC. É importante destacar que o juiz pode determinar o protesto de ofício, se necessário.

Nesse contexto, após abordar os princípios gerais relacionados ao instituto dos alimentos, as situações legais que envolvem a responsabilidade alimentar dos avós e as consequências do não cumprimento dessa obrigação, é fundamental analisar a (im) possibilidade de flexibilização dessa responsabilidade, destacando o posicionamento atual.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a execução dos avós que assumem o pagamento de pensão aos netos, mas deixam de fazê-lo, não deve seguir o mesmo procedimento aplicado às obrigações alimentares dos pais, que são os responsáveis originais.

Isso significa que os avós não podem ser presos por inadimplemento da pensão alimentícia, mesmo que tenham assumido espontaneamente o custeio da educação dos netos.

A Ministra Nancy relatou um caso no Supremo Tribunal de Justiça em 2014 e concluiu que, em vez da prisão, a solução mais adequada seria autorizar a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação. Isso preserva o princípio da menor onerosidade da execução e, ao mesmo tempo, maximiza a utilidade da execução, garantindo que os valores devidos sejam pagos (CONJUR, 2017).

A prisão civil dos avós é considerada uma medida excepcional. Sempre que possível, deve-se recorrer a mecanismos de coerção patrimonial em vez da privação da liberdade. No entanto, em algumas situações, a prisão ainda é permitida, pois o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal não faz exceções para pessoas idosas em casos de prisão por dívida alimentar. No entanto, existem jurisprudências que proíbem a prisão de avós idosos por esse motivo.

A relação entre avós e netos tem sua base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e afetividade. No que diz respeito à responsabilidade alimentar avoenga, geralmente os avós são pessoas idosas, com 60 anos de idade ou mais, e, assim como crianças e adolescentes, merecem um tratamento diferenciado (COSTA, 2011).

É importante notar que crianças e adolescentes têm seus direitos protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), enquanto os idosos recebem proteção especial por meio do Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei nº 10.741/03. Costa (2011, p. 168) observa-se que “o legislador aparentemente ‘arranha’ o princípio da igualdade ao dispor em ambos os estatutos uma mesma prioridade, como se uma se opusesse à outra”, uma vez que são concedidos os mesmos direitos às crianças, adolescentes e idosos, garantindo prioridades para cada grupo. Isso levanta preocupações quando esses interesses conflitam, o que pode resultar em aparentes contradições na determinação da responsabilidade alimentar avoenga (COSTA, 2011).

Nesse contexto, Monteiro (2011, p. 35) destaca que “existe um compromisso constitucional e social no sentido de garantir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, bem como proporcionar ao idoso um envelhecimento digno”, já que os sujeitos dessa obrigação alimentar são protegidos por legislações específicas. Portanto, em situações de disputa, os juízes enfrentam dificuldades para equilibrar os critérios na determinação da responsabilidade alimentar, considerando a dignidade da pessoa humana de ambas as partes (COSTA, 2011).

É importante ressaltar que a obrigação alimentar dos avós é uma medida excepcional, subsidiária e complementar. Portanto, o pedido de alimentos a estes deve ser tratado com cautela para evitar situações abusivas, frequentemente enfrentadas pelos idosos quando são responsabilizados pelo sustento dos netos (COSTA, 2011).

No entanto, a jurisprudência e a doutrina, na maioria dos casos, têm admitido a possibilidade de flexibilização da responsabilidade alimentar avoenga, com foco no limite do valor dos alimentos e nos meios de execução. Quanto ao limite do valor, a obrigação dos avós se restringe ao estritamente necessário para a sobrevivência do alimentado, não abrangendo os luxos e o padrão de vida, uma vez que a responsabilidade é baseada na solidariedade familiar (COSTA, 2011).

Destaca-se que a obrigação alimentar avoenga é divisível, permitindo que o alimentado busque alimentos tanto dos avós maternos quanto dos paternos. Isso significa que o processo de alimentos pode ser movido contra todos os avós, dividindo a obrigação de acordo com os recursos de cada um e as necessidades do alimentado (CAHALI, 2013).

Quanto aos meios de execução, a maioria dos tribunais prefere evitar a prisão civil dos avós quando ocorre inadimplemento, considerando que os avós, muitas vezes, são idosos com condições de saúde delicadas. Em vez disso, são utilizadas medidas de execução menos gravosas, como penhora, expropriação, desconto de benefício previdenciário ou folha de pagamento. A prisão civil dos avós é vista como uma medida excepcional e deve ser aplicada somente em último

caso, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana (COSTA, 2011).

Em resumo, a questão da responsabilidade alimentar dos avós pelos netos é complexa e envolve a ponderação de interesses conflitantes. A flexibilização da responsabilidade alimentar dos avós é possível, principalmente em relação ao valor dos alimentos e aos meios de execução, mas deve ser feita com cuidado para proteger os direitos e a dignidade de todas as partes envolvidas.

4.2 DA PRISÃO CIVIL AVOENGA

Inicialmente, a imposição da pensão alimentícia é estabelecida automaticamente aos pais, pois são os primeiros responsáveis por sustentar as necessidades de seus filhos, o que é um princípio jurídico fundamental. No entanto, em certas circunstâncias, o encargo de prover alimentos pode ser transferido para parentes de grau mais próximo, geralmente avós, independentemente de decisão judicial, o que se tornou um costume na sociedade contemporânea.

Quando essa responsabilidade é transferida para os avós, ainda que de maneira subsidiária e complementar, eles ficam sujeitos a todas as obrigações e riscos que os pais enfrentam. Esses riscos incluem a possibilidade de penhora de bens e, em casos mais graves, até mesmo prisão civil. Isso tudo acontece sem levar em consideração o fato de que os idosos estão inseridos em um grupo de vulneráveis.

A obrigação alimentar imposta aos avós visa auxiliar os netos quando os pais não podem cumprir com essa responsabilidade. No entanto, é importante salientar que a finalidade dessa pensão paga pelos avós não é manter um padrão de vida compatível com a situação financeira e social deles, mas sim garantir as necessidades básicas dos netos (JUS, 2018).

Dado que o objetivo é apenas suprir as necessidades básicas dos beneficiários, surgem dúvidas sobre a fundamentação de uma possível prisão civil para os avós. Isso ocorre porque a obrigação primordial de

proporcionar o necessário e mais do que o mínimo para os filhos cabe aos pais, que são os principais devedores da pensão alimentícia.

Eventualmente, é justificável e absolutamente necessário prender um devedor inadimplente, desde que ele seja o responsável principal pela obrigação alimentícia. No entanto, é lamentável que, em alguns casos, avós se tornem responsáveis por algo que a lei estabelece como uma obrigação subsidiária.

Para ilustrar a questão apresentada, consideremos o seguinte exemplo envolvendo um idoso, desconsiderando as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante:

A 8ª Câmara Cível do TJRS negou provimento a um agravo de instrumento interposto por C.A.R.I e confirmou sua prisão civil, por 60 dias, que fora interposta pelo juiz Luiz Antonio Púperi, da comarca de Novo Hamburgo (RS). O réu é avô de uma criança que está desassistida pelo pai. O juiz da causa fixou a obrigação avoenga de alimentos em 25% do salário mínimo (atuais R\$ 75 mensais). Impagos os alimentos (débito atual R\$ 473) seguiu-se a execução, com ordem para o pagamento em 24 horas, sob pena de prisão. No recurso do TJRS, o avô sustentou que recebe R\$ 1.068,00 mensais e que tem, ele próprio, duas filhas – uma com 12 anos e outra com 18 – a quem presta alimentos em sua própria casa, além de manter um outro menor, com dois anos de idade. Esse contexto de gastos não lhe permitiria suportar o encargo de também alimentar o neto, cujo pai se esquiva. O acórdão da 8ª Câmara manteve a obrigação do avô (IBDFAM, 2005).

Dias (2011), argumenta que não é apropriado responsabilizar os avós pela execução dos alimentos devidos pelos pais, uma vez que isso equivaleria, de certa forma, a transferir a dívida de terceiros. No entanto, essa visão está em desacordo com o entendimento predominante no sistema judiciário brasileiro.

O não pagamento da pensão alimentícia, sem dúvida, impõe um ônus sobre o devedor, mas, por outro lado, representa um benefício para o beneficiário que tem o direito de recebê-lo, pois é incontestável que essa prestação é essencial para garantir uma vida digna. No entanto, o que está em discussão aqui não é a disposição ou falta de vontade de ajudar, por exemplo, um neto, mas a injustiça que pode resultar da prisão civil, especialmente quando se trata de idosos. É evidente que, nesse contexto, o Estado não está cumprindo adequadamente com sua responsabilidade.

O Estado está se desviando de sua obrigação, uma vez que, de acordo com a Constituição Federal, é seu dever, além da família, e não apenas dos avós, garantir o amparo daqueles que ainda são dependentes de seus pais. O artigo 227 da Constituição Federal estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...]” (BRASIL, 1988).

De acordo com a visão de Pollyanna Braga (2014), a prisão civil, diferente da prisão penal, não deve ser vista apenas como uma punição, mas como um meio de coagir o devedor de alimentos a cumprir a obrigação que lhe foi imposta, e essa coação não deveria ser direcionada aos avós, como já mencionado. Além disso, a liberdade é uma das condições essenciais para viver com dignidade, especialmente para aqueles que são mais idosos.

Os avós, particularmente os idosos, precisam de uma proteção e consideração maiores devido à sua vulnerabilidade, o que deveria excluí-los completamente da possibilidade de prisão. É evidente que são necessárias diversas reformas para rever conceitos e decisões jurídicas que vão contra o princípio da dignidade humana, que deve ser prioritário em nossa sociedade.

As principais correntes do direito civil contemporâneo, ao concederem proteção especial a determinados sujeitos incapazes, inadvertidamente entram em conflito com os princípios consagrados na Constituição, que preconiza a igualdade para todos. No contexto de um direito civil que prioriza de forma acentuada os alimentandos,

emerge uma certa negligência em relação aos avós que pagam alimentos, especialmente aqueles em idade avançada, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a jurista Flávia Piovesan enfatiza a importância dos valores constitucionais para todo o sistema jurídico, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana “é o princípio fundamental da Constituição, conferindo uma unidade de sentido, juntamente com os Direitos e Garantias Fundamentais, como o alicerce do sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2017).

É evidente que a obrigação alimentar dos avós possui um caráter estritamente subsidiário, destinado a auxiliar aqueles que necessitam de assistência alimentar. Nessa relação, os principais responsáveis são os pais, o que resulta em uma desigualdade em relação aos ascendentes. Portanto, a prisão civil dos avós é considerada injusta, uma vez que eles estão amparados pelos princípios constitucionais, da mesma forma que seus netos.

Além disso, observa-se que o direito processual, por meio do artigo 528 da Lei nº 13.105 de 2015, reflete um entendimento semelhante ao do direito civil, pois não faz distinção entre os devedores principais e os subsidiários, permitindo a decretação da prisão independentemente dos princípios fundamentais e da dignidade humana, independentemente de o devedor ser um avô ou não. Dessa forma, o dispositivo em questão consolidou a seguinte situação:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. §3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. §4º A prisão será cumprida em regime

fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. §5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. §6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão (BRASIL, 2015).

Portanto, quando se trata de inadimplência no que diz respeito aos direitos dos beneficiários de alimentos, sem levar em consideração aspectos fundamentais como a liberdade dos avós, que desempenham um papel secundário nessa obrigação, o princípio da dignidade da pessoa humana é negligenciado, e a prisão civil dos avós, infelizmente, torna-se necessária e comum de acordo com vários dispositivos legais.

Da mesma forma, Madaleno (2018) observa que a incorporação do idoso no contexto da salvaguarda essencial de sua dignidade humana é apropriada, visto que é amplamente conhecido que indivíduos idosos frequentemente sofrem com a negligência por parte de seus entes queridos, da comunidade e das autoridades públicas. Isso implica que o sistema está distante da realidade enfrentada pelos avós, ou seja, o Estado está ciente do que está acontecendo, mas desrespeita os direitos fundamentais dos idosos, que estão cumprindo com seu dever.

No que diz respeito ao direito, o que deveria ter representado uma mudança significativa com a implementação dos princípios estabelecidos a partir de 1988 resultou em uma lacuna por parte do Estado, que direcionou suas responsabilidades para terceiros, como os avós, entre outros, que assumiram obrigações que ultrapassam sua função. A contradição mencionada anteriormente reside justamente nesses aspectos, já que a eficácia dos direitos fundamentais deveria ser plena e igualitária para cada membro da família. Gagliano (2018) destaca a importância da correta aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa preocupação é plenamente justificada quando consideramos que sua repetição inadequada e pouco consciente pode

levar à sua banalização, obscurecendo-o. Mais do que garantir apenas a sobrevivência, esse princípio assegura o direito de viver plenamente, sem interferências indesejadas, sejam elas de natureza estatal ou privada, na realização desse objetivo (GAGLIANO, 2018).

Como resultado direto, a negligência em relação à integridade humana e a possibilidade de prisão civil afetam diretamente a saúde mental e física dos avós, tornando-os ainda mais vulneráveis e fragilizados. É importante ressaltar o Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741 de 1º de outubro de 2003, que estabelece que pessoas com mais de 60 (sessenta) anos possuem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com garantias especiais para preservar sua saúde física e mental (BRASIL, 2003).

Além disso, um dos principais fundamentos relacionados aos idosos é a garantia de liberdade, respeito e dignidade, que difere completamente da ideia de prisão civil. Suas necessidades e cuidados adequados devem ser priorizados, levando em consideração suas fragilidades, a fim de evitar a possibilidade de encarceramento.

De acordo com Shárliman Leal, que interpreta a desnecessidade da prisão civil de forma precisa, a dignidade da pessoa humana deve ser cuidadosamente protegida pelo Estado, de modo a garantir a inviolabilidade de seus direitos, e, uma vez que a liberdade é um direito assegurado constitucionalmente, mais uma vez a prisão civil se revela inaceitável (2014).

No contexto da relação alimentícia, é incontestável que tanto os avós quanto as crianças ou adolescentes que dependem de apoio são sujeitos vulneráveis que precisam de alguém suficientemente capaz de protegê-los. Ambos merecem atenção integral, pois são detentores de direitos fundamentais que devem ser preservados para garantir uma vida digna, sem prejudicar um em benefício do outro, eliminando qualquer irregularidade.

Portanto, tornou-se evidente e incontestável que a prisão civil é contraproducente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao Estatuto do Idoso, que promove integralmente a liberdade e o respeito, condenando condições vexatórias e

constrangedoras. Assim, é imperativo reconhecer que a prisão não é a melhor solução para todos os casos, especialmente para aqueles que têm uma responsabilidade subsidiária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso da investigação, a pesquisa percorreu os antecedentes históricos e o contexto internacional dos alimentos, explorando os aspectos gerais dos alimentos e a evolução dos direitos dos avós em relação à responsabilidade alimentar. Uma análise aprofundada do direito comparado proporcionou uma visão mais abrangente das práticas em outros países.

A legislação pertinente desempenhou um papel crucial na investigação, com uma minuciosa análise das leis nacionais que regulam a responsabilidade subsidiária dos avós no fornecimento de alimentos. A exploração da obrigação subsidiária dos avós e suas implicações legais contribuiu para uma compreensão mais aprofundada do quadro legal que governa essa responsabilidade.

Questões processuais, como o afastamento do chamamento ao processo e do litisconsórcio passivo facultativo, foram consideradas, sendo partes essenciais do contexto jurídico em que essa responsabilidade é aplicada.

Em última análise, ao discutir as consequências legais e a possibilidade de punição em caso de não cumprimento da responsabilidade alimentar dos avós, examinamos as medidas legais aplicáveis nesses casos. Ficou evidente ao longo da investigação que a responsabilidade subsidiária dos avós em relação ao pagamento de alimentos avoengos é um tópico complexo, com implicações legais e sociais significativas, destacando os princípios-chave da proteção dos direitos das crianças e da solidariedade familiar.

Ao investigar e analisar a responsabilidade subsidiária dos avós no pagamento de alimentos avoengos, emerge uma compreensão profunda das complexidades legais que envolvem essa questão. A análise abordou a evolução histórica, contexto internacional,

legislação pertinente e consequências legais, proporcionando um panorama abrangente. A constatação da lacuna na literatura destaca a necessidade de um enfoque teórico e contextualizado, consolidando informações pertinentes. Nesse sentido, a pesquisa contribui significativamente para o aprimoramento do entendimento jurídico sobre a proteção dos direitos das crianças e a solidariedade familiar.

A análise das implicações legais, especialmente a possibilidade de prisão civil dos avós, revela desafios éticos e constitucionais. A decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que diferenciou a execução dos avós, enfatiza a importância de adaptar os procedimentos jurídicos às peculiaridades da responsabilidade alimentar avoenga. A conclusão destaca a necessidade de considerar cuidadosamente os princípios constitucionais, ponderando os interesses conflitantes, para garantir uma proteção eficaz e justa dos direitos envolvidos.

Portanto, o contexto da responsabilidade subsidiária dos avós no pagamento de alimentos avoengos levanta questões cruciais sobre os meios de execução e as implicações legais. Enquanto alguns defendem a prisão civil como medida coercitiva, há crescente preocupação com a dignidade dos avós, especialmente idosos, submetidos a tal pena. A legislação, embora permita a prisão, carece de distinção entre devedores principais e subsidiários, levando a situações questionáveis. A análise crítica revela que, embora a obrigação alimentar seja subsidiária, a prisão civil dos avós é desproporcional e contraditória aos princípios constitucionais. A proteção especial aos idosos é subjugada, e a ponderação de interesses torna-se essencial para garantir uma abordagem justa, preservando a dignidade de todas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BORTOLINI, Ana Paula. **A relativização da responsabilidade avoenga**. Cidade: Editora, 2012.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRITO, Lara Souza Lima e; SILVA, Paula Aguiar. Obrigação alimentar dos avós: repensando os limites da natureza subsidiária e complementar da prestação. **Revista de Direito Privado**, v. 21, n. 106, p. 227-244, out./dez. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARMO, Francine. **Responsabilidade alimentar avoenga à luz do código civil**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COSSI, Elaine. **Da obrigação alimentar dos avós**. São Paulo: Revista Reópago Jurídico, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUFNER, Sandra Karina Costa. **A obrigação alimentar subsidiária avoenga e a prisão civil dos avós à luz do estatuto do idoso e da dignidade humana**. Ensaios USF, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 171-186, 2017. Disponível em: <http://ensaios.usf.edu.br/ensaios/article/view/52>. Acesso em: 20 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 11 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil-Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. Direito de família. 14. ed. **Atualização de Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família: sinopses jurídicas**. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Prisão Civil dos avós por dívida alimentar não é consenso na comunidade jurídica**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/noticias/Prisão civil dos avós por dívida alimentar não é consenso na comunidade jurídica](http://www.ibdfam.org.br/noticias/Prisão%20civil%20dos%20av%C3%B3s%20por%20d%C3%ADvida%20alimentar%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20consenso%20na%20comunidade%20jur%C3%ADdica)>. Acesso em: 20 out. 2023.

IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito da Família**. Pensão prestada pelos avós: uma obrigação subsidiária, não solidária. São Paulo, 11 de março de 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/>

na-midia/4860/Pens%C3%A3o+prestada+pelos+av%C3%B3s:+uma+o-briga%C3%A7%C3%A3o+subsidi%C3%A1ria,+n%C3%A3o+solid%C3%A1ria. Acesso em: 20 out. 2023.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Civil Comentado**. 4 ed. rev., ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

JUSTI, José; VIEIRA, Tiago P. **Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu**. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de Direito de Família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Gabriela. **Pensão alimentícia avoenga**. 2019. Monografia (Ciências Jurídicas) - Taubaté: Universidade de Taubaté, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZATTO, Daniele Fernanda. **RESPONSABILIDADE ALIMENTAR E (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO DOS AVÓS**. Universidade Tuiuti, Paraná, 2017. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/09/responsabilidade-alimentar-e-im-possibilidade-de-pri-sao-dos-avos.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2023.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MELO, Bruna Nicácio. **A responsabilidade subsidiária dos avós na complementação alimentar dos netos: a (im) possibilidade de**

prisão civil em alimentos avoengos. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em direito), Faculdade Evangélica de Rubiataba, Rubiataba, 2020.

MONTEIRO, Fernanda Maria Castelo Branco. **O parâmetro para a fixação dos alimentos entre avós idosos e netos menores igualmente necessitados.** UECE, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/o.parametro.para.a.fixacao-o.dos.alimentos.entre.avos.idosos.e.netos.menores.igualmente.necessitados.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Adriana Inomata Ribeiro. **O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista Eletrônica, Jus.com.br. 25 de julho de 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902/o-minimo-existencial-e-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 25 out. 2023.

OLIVEIRA, Alexandre; TEXEIRA, Ana. **Obrigação alimentar dos avós: limites e critérios para fixação.** Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM, 2006.

OLIVEIRA, Patrícia Kronenberger. **O INADIMPLEMENTO DOS ALIMENTOS AVOENGOS: a decretação da prisão civil como instrumento ineficaz na tutela do alimentado e possíveis alternativas.** Unijuí, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijuí.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3961?show=full>>. Acesso em: dia out. 2023.

PEREIRA, Larissa Nogueira. **ALIMENTOS AVOENGOS: a importância do pressuposto de subsidiariedade.** (2020) 59 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Taubaté: Universidade de Taubaté. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Teoria geral dos alimentos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RODRIGUES, Mariana Lima. **A responsabilidade subsidiária dos avós na complementação dos alimentos**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Rivaldo Jesus Rodrigues. Anápolis, 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. volume 6. 28. ed.rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Rebeca Salgado Oliveira Maciel; CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Alimentos Avoengos: Responsabilidade Subsidiária Dos Avós De Prestar Alimentos Aos Netos**. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SCHEER, Genaro. **A relativização da responsabilidade avoenga**. São Paulo: Revista Síntese, n.81, p. 28-70, 2014. ISSN 2179-1635. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli-servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_81_miolo\[1\].pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli-servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_81_miolo[1].pdf)>. Acesso em: 20 out. 2023.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

SPADER, Isabelle de Godoi. **A (im) possibilidade de decretação de prisão civil dos avós por inadimplemento da obrigação alimentar frente ao princípio da proteção integral do idoso.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel no curso de Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VADE MECUM. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil.** 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

VADE MECUM. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

VADE MECUM. **Estatuto do Idoso.** 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

VENOSA, S. S. **Direito civil: família.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIANA, Suéllen. **Prestação concorrente de alimentos e a modalidade de chamamento ao processo: a repercussão do artigo 1.698 do código civil em confronto com o atual e o novo CPC.** 2015 Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel no curso de Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2015.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE O ATIVISMO JUDICIAL E O ALARGAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Carla Vargas da Silva⁵

Marcelo Pereira Cruvinel⁶

RESUMO: A obra implica na análise do desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade desde seu contexto internacional principiado na Constituição da Áustria de 1920, sob supervisão direta de Hans Kelsen que em sua análise julgava necessário haver um órgão do judiciário com legitimidade para realizar a interpretação constitucional, até o contexto do controle de constitucionalidade no âmbito nacional da Constituição brasileira de 1988, abordando os elementos que norteiam os mecanismos de controle em relação a interpretação jurídica ante a atividade judicante exercida por ministros do Supremo Tribunal Federal. A obra traz resumida conceituação da função dos três poderes na contemporaneidade, seguida por uma síntese da função política exercida pelo poder judiciário e aborda brevemente um tema em voga do que muitos compreendem como ‘neoconstitucionalismo’, o ativismo judicial. Passadas as conceituações introdutórias do tema iniciasse uma breve análise de casos notórios no âmbito internacional e nacional para demonstrar a importância da limitação interpretativa no universo jurídico com o objetivo único de maximizar a eficácia de direitos e garantias constitucionalmente previstos, nos quais a sociedade de modo geral acredita ter respaldo e fundamenta sua segurança jurídica. Conclui-se dos casos abordados que para que as decisões não se tornem arbitrárias é necessário plena concordância

5 Bacharela em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO). Conciliadora Judicial.

6 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

com os princípios norteadores do Estado eis que a falta de um limite objetivo de interpretação das normas pode desencadear debates profundos sobre validade de direitos.

Palavras-Chave: STF; Controle de Constitucionalidade; Ativismo Judicial; Hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Considerando que estamos vivendo uma era de grande polarização política e ideológica, os temas de relevante discussão jurídica diante suas relevâncias desencadeiam diversos questionamentos e entre eles um se destaca; o ativismo judicial nas deliberações, aqui mais especificamente nas deliberações envolvendo a Suprema Corte brasileira que, através de seus Ministros decide os rumos da jurisdição do país.

A partir do cenário judiciário na atualidade a presente pesquisa buscará apurar a seguinte problemática: quais seriam os mecanismos de controle da interpretação hermenêutica ante a atividade judicante dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? A hipótese abordada nessa pesquisa tratará sobre a necessidade de haver uma discussão sobre as prerrogativas dos Ministros em suas interpretações jurídicas ante a atuação em processos nos quais as suas decisões modulam a legislação.

A questão em destaque merece ser analisada visando a relevância do tema, afinal entender até que ponto os Ministros podem ir em suas interpretações da lei levando em consideração que os mesmos são doutrinadores e, portanto, norteiam o embasamento teórico e jurídico, fazendo com que a sociedade se sinta mais segura em relação as decisões proferidas além de preservar o equilíbrio entre a sociedade e as instituições.

Portanto, a importância da presente pesquisa está em esclarecer que com toda a relevância conquistada pelo judiciário é muito importante entender melhor os limites que as autoridades que representam a última instância deste Poder possuem em suas

decisões, que mais tarde se transformam em fundamentos que balizam os demais julgamentos e decisões. Ademais, na busca por demonstrar a importância da limitação jurídica da interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal de Federal o método de abordagem do presente trabalho de pesquisa será o dedutivo com pesquisa bibliográfica, trazendo inicialmente o contexto histórico da Suprema Corte brasileira desde a democratização até a atualidade e em seguida os aspectos das interpretações jurídicas dos Ministros. Levando em consideração que as matérias de direito constitucional possuem grande relevância, o objetivo da pesquisa é descrever a importância do tema tratado.

A modalidade de abordagem dedutiva é teórica e combina causas e efeitos, razão pela qual será o método mais adequado para responder a problemática da pesquisa proposta.

Quanto a sua natureza, o trabalho tratará de resumo de assunto, baseando-se de acordo com o entendimento de autoridades no tema, discutindo os limites e a sua importância no cenário jurídico brasileiro para a preservação da segurança jurídica com seu fundamento nos dados coletados nas referidas discussões sobre o assunto. No que diz respeito ao procedimento a pesquisa classifica-se como pesquisa de fontes bibliográficas, pois sua fundamentação fixa-se em livros, doutrinas e artigos científicos desenvolvidos no mesmo sentido.

Por fim, em relação ao seu nível, trata-se de pesquisa dissertativa e sua relevância encontra-se na análise das condições passadas até as atuais da limitação do Poder Judiciário quanto e atuação dos Ministros diante suas interpretações da norma legal, isso através de registros, análise e interpretação das fontes utilizados como fonte de pesquisa.

1. O DESENVOLVIMENTO DO PAPEL DA SUPREMA CORTE AO LONGO DA HISTÓRIA.

O presente capítulo que principia se dedicará em trazer o contexto histórico desde a solidificação do Constitucionalismo até o fortalecimento do papel das Supremas Cortes ao redor do mundo e no Brasil. Para uma melhor compreensão do tema tratado, é preciso partir

nosso entendimento do desenvolvimento histórico das Supremas Cortes até que se transformassem no modelo dos dias atuais.

1.1 O CONTEXTO HISTÓRICO DA ATIVIDADE JUDICANTE

Inicialmente, no universo jurídico as Constituições escritas de maior relevância para as atuais foram a Americana, de 1787 e a Francesa, de 1791. Delas partiu o modelo de constitucionalismo que conhecemos na modernidade em que o maior dos princípios é a Supremacia da Constituição, onde as autoridades aplicam somente normas que estejam em concordância com a Constituição daquele lugar. Entretanto, os sistemas de justiça ainda não eram desenvolvidos vindo a ser modernizados ao longo do tempo. (BARROSO, 2017).

Foi sob a supervisão de Hans Kelsen, através da Constituição da Áustria, de 1920, que nasceu a ideia de ser fundamental que um órgão ficasse separado da estrutura ordinária do Poder Judiciário para principalmente realizar o controle de constitucionalidade das decisões proferidas por juristas das diversas instâncias. Este modelo foi logo adotado por outros países e com a implementação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, se difundiu cada vez mais e atualmente mais de 80% dos países encarregam a uma única Corte Suprema o poder de invalidar Leis e demais normatizações que não se encontrem em conformidade com sua Constituição. (GINSBURG. 2013)

Com o decorrer de alguns fatos históricos, ficou constatado que uma Constituição escrita e dotada de supremacia estabelecia uma separação de Poderes fundamental para manter a imparcialidade e a moralidade das decisões de grande relevância. Mais especificamente após a 2ª Guerra Mundial ficou evidente a relevância de um judiciário independente no que diz respeito ao desenvolvimento das democracias, e principalmente, a proteção dos direitos fundamentais. Essa posição de destaque e grande relevância concedeu aos órgãos superiores o poder de discutir temas importantes de modo que o

termo “ativismo judicial” começou a ser difundido na área jurídica com maior frequência. A conceituação do termo deu-se a partir de um entendimento da doutrina norte americana sobre o artigo The Supreme Court: 1947, do historiador Arthur Schlesinger, em que foi apresentada a imagem da Suprema Corte como uma instituição de nível primordial à sociedade, e além de seus membros serem elevados ao patamar de sujeitar suas vidas á julgamentos cujos fundamentos eram extremamente criteriosos, suas decisões moldariam a nação ao longo dos anos. Ocorre, porém, que o artigo mencionado, avaliou a Suprema Corte americana de 1947, definida como uma instituição dividida em dois grupos: os ativistas e os autorrestritivos, como os próprios nomes sugerem, eram opostos um do outro, e na época os ditos ativistas, substituíam a vontade dos legisladores por suas próprias acreditando que a atuação mais efetiva fosse o ideal para o desenvolvimento e proteção das minorias. (CAMPOS, 2016)

Ao longo da história ocorreram muitas divergências sobre o lugar da Suprema Corte, haja vista que os autorestritivos defendiam fortemente que aos juízes caberia apenas decidir controvérsias e não criar um mundo novo de normas, mas tudo isso até então não ocupava um espaço de grande importância no cenário mundial da época, todavia, com a nomeação de John Marshall como chefe da justiça em 1801 a Corte começou a ganhar identidade institucional e grande relevância no cenário político depois do emblemático caso Marbury x Madison. (TREVISAN, 2022)

O julgamento de grande relevância para o ordenamento jurídico no caso mencionado trata sobre o fato histórico de quando John Adams, representante do partido federalista, durante o exercício de sua presidência mantinha um posicionamento bastante criticado sobre o conflito existente entre Inglaterra e França e por esse motivo estava perdendo as eleições americanas para o candidato do partido republicano Thomas Jefferson. Diante da ameaça de perder o poder Adams encontrou uma estratégia para defender seus interesses e de seu partido por meio das influências políticas e então emitiu diversas cartas de nomeação para que seus apoiadores ocupassem cargos

de grande relevância nos tribunais e instituições de relevância para os Estados Unidos naquela época, o que a doutrina atual denomina como “juiz da meia noite”, dentre os nomeados estava Secretário de Estado John Marshall, que tomou posse na Suprema Corte americana. Entretanto um dos apoiadores de Adams, William Marbury, que seria nomeado para o cargo de Juiz de Paz no Condado de Washington não recebeu o título de nomeação assinado pelo então presidente, pois quando Thomas Jefferson tomou posse determinou que seu Secretário de Estado James Madison não entregasse os títulos que ainda não haviam chegado até seus destinatários, desta determinação iniciou-se um processo movido por Marbury contra Madison, entretanto, diante a inércia deste último em se manifestar, Marbury impetrou o chamado “writ of mandamus” diretamente à Suprema Corte. Marshall era o então presidente da Corte e no mérito conheceu o pedido de Marbury, porém, não concedeu deferimento ao pedido de nomeação sob o fundamento de ser inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que conferia à Suprema Corte competência originária para expedir mandamus. Nesse caso três questões ganharam relevante significado, primeiramente foi conhecido o direito de Marbury assumir o cargo, em seguida, verificou-se a competência dos Estados Unidos para proteger os direitos de seus cidadãos, porém, por fim a notou-se que a Suprema Corte não era competente para julgar aquela lei pois a mesma foi reconhecida como inconstitucional, neste cenário podemos dizer que “nasceu” o modelo americano de controle difuso de constitucionalidade, através de um precedente jurisprudencial. (TREVISAN, 2022)

O julgamento do caso Marbury x Madison desempenhou um papel fundamental no debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade e dos métodos de interpretação sobre as leis e atos normativos do Poder Legislativo e judiciário fato este que desencadeou um grande interesse das elites no empoderamento das ditas Cortes Institucionais, alguns estudiosos se aprofundaram no tema, entre eles Tom Ginsburgh, que apresentou no artigo Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian cases, uma ligação desse

interesse à alguns fatores, primeiramente, de que nas mãos certas os direitos e liberdades das Constituições serviam como uma espécie de “seguro político”, como uma solução às incertezas e em segundo plano, era preferível deixar nas mãos do judiciário as decisões de grande impacto social para que fosse preservada a imagem de políticos e assim se deu cada vez mais fortalecimento às Cortes Supremas. (GINSBURG, 2003)

Em outras palavras, o fortalecimento dos tribunais foi uma rota para que as elites preservassem sua hegemonia diante à incerteza do futuro, daí então deu-se impulso ao fenômeno da judicialização, que significa dizer que as questões de grande relevância política, social e moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, o poder político por muitas vezes, visando não desgastar a imagem perante seus eleitores, preferiu -e segue com essa postura na atualidade- deixar as decisões sobre os temas polêmicos e conflituosos da sociedade sob a responsabilidade dos juristas, o que colaborou para um significativo expansionismo da jurisdição constitucional.

. O historiador Alexis de Tocqueville (2004), mencionou que nos Estados Unidos por exemplo, “é raro uma questão política que não se transforme em uma questão judicial”, a exemplo disto, estão os temas raciais e de proteção dos direitos de mulheres, gays e transexuais.

Diante a ascensão política e institucional do Poder Judiciário os juízes e tribunais deixaram o lugar de especialistas tão somente técnicos para se transformar em um Poder autônomo, que até certa medida disputa lugar com os demais, contudo, como consequência, nos deparamos com o fenômeno do ativismo judicial mencionado anteriormente crescendo cada vez mais, aqui vale destacar que, apesar da conotação negativa esse fenômeno pode traduzir diversos comportamentos legítimos, como proteger os grupos historicamente mais vulneráveis da sociedade

1.2 O DESENVOLVIMENTO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA AO LONGO DA HISTÓRIA

No contexto histórico brasileiro, alguns aspectos são imprescindíveis para uma melhor compreensão da função exercida pela Suprema Corte. Inicialmente, com o fim do governo de Getúlio Vargas iniciou-se um período de contenção voluntária no exercício das funções políticas, o Supremo Tribunal Federal era integrado por Ministros que em sua maioria demonstravam uma postura mais legalista e por isso levaram a Corte a assumir um posicionamento mais contido, deixando assim o protagonismo político reservado aos representantes do Estado. (JUNIOR, 2013)

No século XX o Brasil foi marcado por golpes de Estado ou tentativas e por essa razão havia uma grande instabilidade que de certo modo foi o combustível necessário para que o constitucionalismo tomasse a forma que conhecemos nos dias de hoje. Em 1964, com a preocupação dos Estados Unidos em conter o avanço mundial das ideias comunistas o clima político era de absoluta tensão o que culminou em um golpe militar que perdurou de 1964 até 1985 e que até certo ponto contou com o apoio do presidente da Suprema Corte da época, Ribeiro Costa, entretanto, com o desenvolvimento da ditadura e com tantos abusos cometidos que contrariavam diretamente as normas constitucionais o posicionamento dos juristas necessitou ser reformulado significativamente. Esse período da história do Brasil ficou marcado pela instituição de normas cujo as redações violavam preceitos fundamentais que recebiam o nome de Ato Institucional, o primeiro (AI-1), determinou a suspensão de garantias constitucionais pelo prazo de seis meses, período que foi marcado por investigações, demissões e dispensas de servidores públicos, além de um acentuado controle judicial por intermédio de atos que não precisariam ter suas motivações apreciadas, isso nomearam de “cláusula de excludência” e como bem se sabe os Atos Institucionais ganharam dimensões cada vez maiores ao longo do regime militar. (JUNIOR, 2013)

Buscando estabelecer cada vez mais controle das instituições, para atingir seu objetivo de legitimação dos atos praticados, o regime militar determinou como uma das primeiras decisões marcantes envolvendo a Suprema Corte brasileira a ampliação do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que foi de 11 para 16 Ministros, isto com o objetivo de manter a maioria do judiciário da época alinhado aos interesses da revolução, já norteando o que poderiam esperar daquele governo. Seguindo a busca pelo controle, o então presidente, Castello Branco baixou sozinho três Atos Institucionais entre 1965 e 1966, e cerca de 3746 atos punitivos, de modo que juridicamente, era notável que os Atos possuíam aplicabilidade superior a própria constituição, todavia, neste ponto, é importante frisar que apesar de ser bem parecida com a versão de 1988 a Constituição vigente durante o regime militar era a de 1946 e nela não havia de forma tão clara a definição do papel do Superior Tribunal Federal e seus Ministros, os agentes daquele tempo não possuíam a mesma concepção atual de que eram responsáveis diretos por salvaguardar a Constituição e o controle de constitucionalidade das normas aprovadas e talvez por essa razão nenhum Ministro manifestou qualquer declaração contrária ao regime militar quando este se estabeleceu, ou ainda por diversas questões que os colocariam em posição de vulnerabilidade diante aos militares, uma vez que estes possuíam grande influência política e social. (JUNIOR, 2013)

Durante todo o período do regime militar o dito “poder revolucionário” não precisava submeter-se a lei nenhuma, o que ficou a cada capítulo marcante do protagonismo político da época, por exemplo, na votação da Constituição Brasileira de 1967, em que o então presidente do Congresso Nacional, senador Auro de Moura Andrade determinou a paralisação dos relógios do Congresso em razão do prazo de votação estar findando, fundamentando tal medida ao fato de que o tempo do Congresso era marcado por seus relógios e nada além disso, ajustando os relógios apenas na manhã seguinte a votação. Vejamos, esse episódio por si só é capaz de demonstrar como era grande o desrespeito ao constitucionalismo. Um pouco

mais tarde, em 1968, ficou claro que o Brasil não possuía qualquer compromisso em respeitar a Constituição vigente, o governo militar tinha plena convicção de que precisava adotar medidas mais duras no regime, momento em que implementou o Ato Institucional n° 5 (AI-5). O documento declarava abertamente ser um ato de combate às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, dando ares de legalidade à diversas perseguições e medidas que violavam a liberdade e a dignidade da pessoa humana entre outros direitos fundamentais, um mês após a instituição do Ato, Ministros que se manifestaram foram aposentados compulsoriamente, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, logo depois dois Ministros pediram pela aposentadoria, Antônio Carlos Lafayette de Andrade e Antônio Gonçalves de Oliveira em um ato de solidariedade aos que foram retirados de seus cargos em virtude de seus posicionamentos, o que levou o STF a ter o número devido de Ministros, entretanto, os que permaneceram em sua maioria estavam alinhados aos ideais da revolução militar e isso acarretou em um judiciário completamente alinhado ao Regime vigente. (JUNIOR, 2013)

Todavia, seguindo o curso da história, após a crise que se instaurou com a queda do presidente João Goulart, iniciou-se um movimento para alterar a forma como o Superior Tribunal Federal se colocava em suas decisões, principalmente no que se referia às concessões de *habeas corpus* referentes aos Atos Institucionais emitidos na época. O governo militar chegou a alterar a legislação, o que deixou o Supremo desprovido de base jurídica que pudesse justificar as concessões. No fim do ano de 1968 com o início do processo de redemocratização, conforme aponta Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 444):

o período de transição da ditadura militar instalada em 1964 para a nova República foi, certamente, o mais doloroso de todos quantos a história marcou nosso país. Da Monarquia para a República não se observaram excessos que registrassem, como neste período, a violência do poder autoritário, com presos

políticos sem culpa formada, torturas nos cárceres. Assassinatos cometidos em todo País sob a égide de uma doutrina de segurança que não era outra coisa senão a segurança do poder arbitrário fugindo ao debate público.

De fato, não foi um processo simples, entretanto, com a retomada definitiva da democracia através da promulgação da Constituição de 1988, felizmente as funções políticas do Supremo Tribunal Federal foram restituídas e significativamente ampliadas, de modo que do ponto de vista constitucional o nova Carta Magna evitou ao máximo o risco de aceitar qualquer outro novo tipo de poder constituinte.

A Constituição de 1988 deu ênfase em repudiar os institutos autoritários e procurou ampliar a independência do Poder Judiciário juntamente com o Ministério Público em relação ao governo o que aumentou consideravelmente o espaço para que a Suprema Corte brasileira exercesse funções políticas. Nas palavras de Rogério Basos Arantes “não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o Judiciário brasileiro se tornou fator condicionante fundamental do processo político” (ARANTES, 2022.p. 24), pois desde então houve um certo redesenho da política tradicional, nesse novo modelo judiciário foi outorgado poderes ao executivo através do poder de ditar pautas legislativos e interferir na distribuição de recursos, algo até então inédito no Brasil, assim o executivo obteve um lugar de predominância nos temas pautados pelo Poder Legislativo, o que culminou no modelo de “presidencialismo de coalizão” que tem como principal efeito a construção de um ambiente institucional capaz de atribuir aos órgãos judicantes a competência para exercer o controle legal, e em se tratando do Supremo Tribunal Federal o controle constitucional das leis. Esse novo cenário que surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 além de encerrar em definitivo o período de instabilidade constitucional empregado pelo Regime Militar trouxe ainda esperança de que com as suas atribuições mais bem definidas e estabelecidas a Suprema Corte brasileira poderia

enfim, ter sua autonomia respeitada e reestabelecer um discurso independente nos processos em que atuem, abandonando a imagem que lhes foi imposta durante a ditadura.

2. AS FUNÇÕES DOS TRÊS PODERES NA CONTEMPORÂNIIDADE

O presente texto assume o desafio de tratar sobre a função política exercida pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, para tanto é preciso relembrar alguns temas e princípios primordiais para compreender melhor do tema.

Inicialmente, é necessário rememorarmos que a partir da separação dos poderes do Estado ficaram delimitadas algumas funções à cada um destes poderes. Aristóteles, na obra *Política*, trouxe à tona a discussão sobre as diferenças entre as três funções exercidas no Estado *lato senso*, considerando assim, uma clara distinção das funções deliberativas, executivas e judiciais. O filósofo se inspirou na república ateniense cujo povo deliberava os temas de grande relevância cotidianas, os magistrados por sua vez se encarregavam das tarefas concretas e os tribunais eram responsáveis pelos julgamentos e punições. Deste modelo social partiu a inspiração da teoria da tripartição das funções estatais que resultou na divisão dos poderes do Estado, tal modelo é adotamos até a era contemporânea, de modo que a cada poder deve ser conferido a responsabilidade de exercer uma função pertinente para o equilíbrio da Democracia. (FILHO, 2017)

Partindo da evolução da separação clássica no Brasil, o modelo de constitucionalismo adotado confere a cada um dos poderes estatais uma função típica, contudo, o legislador constituinte atribui a cada um destes poderes a competência para exercer, caso necessário, funções atípicas de modo que a função legislativa por exemplo, não caberá apenas a elaboração e aperfeiçoamento das leis sendo possível por exemplo que exerça função atípica de cunho executivo ao expedir atos

administrativos como sugere o art.52 da CF/88 em que é conferido ao legislador competência para processar e julgar autoridades, vejamos:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
I. processar e julgar o Presidente e o Vice- Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica da mesma natureza conexos com aqueles. (BRASIL, 1988)

Nesse mesmo sentido, não caberá ao Poder Executivo apenas sua função típica originária de administrar, sendo assim competente para exercer funções atípicas ao expedir Medidas Provisórias e por fim, ao judiciário não caberá se abster aos atos meramente judiciais sendo passível o exercício de funções atípicas ao redigirem regimentos internos de órgãos públicos, como os tribunais, por exemplo. (NETO, 2013).

Podemos verificar que a prática de todas as funções atípicas foi permitida pelo Poder constituinte com o intuito de evitar que a Constituição seja violada de algum modo, portanto quando o art.66, parágrafo 2º da Constituição (1988) permite que o presidente da República emita vetos jurídicos e assim realize controle preventivo de constitucionalidade e ainda que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) por meio do Poder Legislativo também realiza controle preventivo de constitucionalidade são formas de todos os poderes defenderem o equilíbrio do Estado e prevenir a aprovação de leis que possuam alguma desconformidade com a Constituição.

2.1 A FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme mencionou o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho a separação dos poderes foi erigida pela Constituição de 1988 numas de suas bases “anabolíveis”, numas cláusula pétrea`,

conforme aduz o art. 60, parágrafo 4º Carta Magna, (FILHO, p.165) sendo assim, todas as variações de discussões sobre o e exercício das funções do Estado decorre da relevância de se preservar a separação dos poderes, cujo conceito tomou forma na obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu (2000, p 167), ao apontar que “existem em cada Estado três tipo de poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil”, este último, hoje podemos interpretar como o Poder Judiciário.

Desde então diversos autores trataram sobre o tema. Por exemplo, na visão de Locke (1978, p 34) o poder político possui a atribuição de desenvolver e aprovar as leis, sendo assim legitimadas para defender os bens jurídicos e os interesses de uma sociedade. Mais tarde, com o surgimento do Estado social de Direito a busca por direitos no meio social exigiu maior atuação do Poder Legislativo e em certa medida a expansão do judiciário que não atuaria mais tão somente dizendo o direito conforme o antigo paradigma liberal individualista.

Nesse ínterim, como bem aponta a professora Anna Candida da Cunha Ferraz (1994):

o essencial da doutrina da separação de poderes está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-lo andar de concerto. (FERRAZ, 1994, p. 13)

Portanto, constatada a necessidade de preservar a divisão dos poderes do Estado, o exercício destes poderes por muitas vezes tende a ser tratado com maior flexibilidade ante a necessidade da era contemporânea. O tema tratado consegue render outras discussões, como por exemplo a real necessidade de haver três poderes.

Na concepção de Hans Kelsen (1949), depois de debruçar-se sobre as funções do Estado, o constitucionalista verificou que efetivamente

haveria necessidade de apenas dois poderes, haja vista que o Poder Executivo e o Judiciário exercem por muitas vezes a designação da aplicação do direito, essa constatação fica mais evidente quando analisamos que o Poder Executivo pode vetar uma lei que passou por todo o tramite necessário para a aprovação sob os cuidados do Poder Legislativo, ou ainda quando o Poder Judiciário anula uma lei, em ambos os exemplos, os dois poderes conseguem exercitar a mesma categoria de função. Segundo o autor:

Mesmo quando a Constituição defende expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa - uma mesma função, e não duas funções diferentes - é distribuída por vários órgãos, mas apenas um deles é denominado legislativo. Este órgão nunca detém o monopólio da criação de normas gerais, mas, no máximo, uma certa posição de privilégio. (KELSEN, 1949)

A ideia abordada por Kelsen é de que o Poder Legislativo, apesar de poder desenvolver suas atribuições, sempre estará à sombra dos Poderes Executivos e Judiciário. Um outro ponto de vista sobre a interferência dos poderes uns nos outros, parte do fato de que na prática, muitas vezes diante as omissões do Poder Legislativo, a população tende a procurar no Poder Judiciário a solução de seus problemas, razão pela qual, sobressai-se a função política do judiciário. (KELSEN, 1949, p.323).

A Declaração dos Direitos do Homem (1789) reza em seu art. 16 que ``A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição``, deste trecho podemos extrair um fato indiscutível, a incontestável necessidade de preservar a Constituição e os limites que ela impõe para impedir qualquer violação ou poderes imunes ao controle judicial. Nesse cenário, a Constituição encontra-se como o instituto mais importante de uma nação e para defendê-la surge a necessidade

de um órgão do Poder Judiciário separado dos demais, nesse caso, o Superior Tribunal Federal.

A princípio, dentre as principais funções do STF está a de decidir temas constitucionais e atuar como última instância em processos da justiça comum. Ademais, à Suprema Corte brasileira cabe ainda realizar a ampliação do rol de legitimados a movimentar o controle concentrado e promover a redução de limites de acesso ao controle difuso por intermédio do chamado sistema de freios e contrapesos, ou seja, assegurar direitos fundamentais dos indivíduos e estabelecer limites para a atuação de outros poderes. Nesse sentido, precisamos rememorar, conforme abordado no capítulo anterior, em decorrência da queda do regime militar ocorreram diversas transformações no Supremo Tribunal Federal em relação à toda reconfiguração institucional desencadeada pela promulgação da Constituição de 1988. Pelo fato de haver recebido a responsabilidade de guardar a Constituição, foi conferido à Suprema Corte até certa medida uma função política. Entretanto, quando mencionamos que a Suprema Corte brasileira desempenha função política, claramente não se trata da modalidade política partidária, uma vez que esta é vedada, mas sim que assumiu para si uma parcela do dever de definir os caminhos que a população poderá seguir através de suas decisões. Nesse novo cenário o Supremo Tribunal Federal desempenha função política em concorrência com os demais poderes, levando a sociedade civil e principalmente a oposição política a buscar a Corte com mais frequência e assim atingiu um patamar de segunda instância deliberativa. Todo esse contexto histórico acabou tornando a Corte brasileira semelhante a corte americana também mencionada no tópico anterior, em que uma parcela dos julgadores adota para si uma postura mais ativista de atuação. (PAIXÃO, 2007, p.45).

Em razão de o Supremo Tribunal Federal ocupar um lugar de destaque em meio aos demais órgãos do judiciário, sua atuação consegue definir os interesses públicos de modo que não haveria forma de a corte não atuar de forma participativa na política nacional, haja vista que está entre suas atribuições contribuir na definição das

políticas públicas do Estado. As decisões tomadas pelo STF balizam o comportamento de toda nação, e por isso podemos identificar com facilidade que a Corte desempenha cada vez mais essa função.

Por exemplo, em se tratando de processos em que a Corte defere pedidos de custeio de remédios de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde para tratamento de doenças, neste momento abre oportunidade para que os demais cidadãos também requeiram o mesmo direito, e o resultado prático é que esse gasto não previsto inicialmente no orçamento anual aprovado pelo Congresso Nacional desencadeia a necessidade de o poder público buscar uma solução para conferir a prestação do direito e cumprir a decisão. Ocorre, porém, que, apesar da tentativa em cumprir a decisão o Poder Legislativo, dificilmente conseguirá atender toda a demanda de todos os casos que podem surgir, e com isso acaba por estar sempre buscando alternativas para entregar os medicamentos. Além disso, o sistema de saúde pode ser prejudicado nos recursos que seriam empregados para tratamento de outras doenças, afetando uma parcela dos cidadãos que dependem da saúde pública pois, no final das contas, estes de fato é que suportariam o efeito do gasto a maior para que se cumprisse a decisão judicial. O tipo de situação hipotética mencionada nos leva ao questionamento sobre até que ponto as decisões tomadas pela Suprema Corte são ponderadas e levam em consideração, a razoabilidade e a proporcionalidade, princípios que regem os atos públicos.

Ao analisar os diversos temas que podem desencadear esse tipo de situação, verificasse que podem possuir um viés mais grave acabando por levar o STF a exercer até certo ponto função legislativa conjuntamente ao Poder Legislativo, qualquer que seja sua determinação judicial, e talvez por essa razão a postura do Tribunal tende a ser cada vez mais ativista haja vista que a influência de suas decisões atinge diretamente o interesse público. Nesse sentido verifica-se a nítida atuação política exercida pela corte, e que essa função inevitavelmente faz parte de sua essência, cabendo assim o exame dos aspectos principais destas funções através da análise de alguns aspectos, mais precisamente a identificação das funções políticas e a

evolução doutrinária que ocorreu nesse sentido em razão do amplo debate que o tema gera ao longo da história.

Para conseguir identificar a função política do STF, é preciso lembrar que com todas as mudanças que o Estado sofreu desde o século XIX, notou-se que além das funções tipicamente exercida por cada um dos poderes, estes exerciam eventualmente poderes atípicos, por exemplo, quando o Senado Federal, um órgão que exerce o Poder Legislativo, processa e julga o Presidente da República, conforme o Art. 52, I da Constituição Federal, pratica função atípica inicialmente de competência do Poder Judiciário. Depois de muitos questionamentos e sob uma análise mais profunda do tema, foi concluído que esse tipo de prática nas democracias presidencialistas ocorre em razão da adaptação da teoria às necessidades do Estado de fato (PAIXÃO, 2007), contudo, ainda mantendo o modelo de separação dos poderes como uma forma de conferir maior segurança contra eventuais abusos de poder.

Nas palavras do professor Marcello Caetano (1972), a função política é a atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição do interesse geral mediante livre escolha dos rumos. Diante a conceituação mencionada, podemos compreender que em razão de sua função política, o judiciário, tende a atuar cada vez mais e de forma mais ávida em processos cujo tema impacte significativamente o cotidiano da sociedade, o que acaba por gerar muitas críticas ao limite do poder de atuação de alguns órgãos do judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, Todavia, embora haver todo esse redimensionamento do judiciário, fato é que a separação dos poderes que tratamos inicialmente não foi prejudicada, ao contrário, o que ocorreu foi uma equalização do papel judiciário frente aos outros poderes, tornando-o igualmente forte em comparação aos demais. (CAPPELLETTI.1993. p.53).

Particularmente, a ampliação das competências e funções do Judiciário no modelo jurisdicional misto adotado pelo Brasil é fundamental para propiciar um ambiente em que o controle de constitucionalidade possa ser realizado inclusive de maneira

preventiva para proteger com mais eficiência os interesses do bem comum.

3. OS MINISTROS DO STF NO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES ATÍPICAS

Na obra intitulada O Controle Judicial de Constitucionalidade nas Leis do Direito Comparado (1992, p. 43), o professor Mauro Cappeletti, conceituou o que podemos considerar como as funções da Corte Constitucional inicialmente como sendo a aplicação das normas e a interpretação das leis, entretanto, tal conceito sofreu mudanças em razão de eventos históricos como a Revolução Francesa, vindo a ser necessário atribuir às funções da Corte Constitucional nas palavras do professor “[...] não apenas a função de interpretar, mesmo além da letra, o verdadeiro sentido da lei, mas, com certeza, a função de julgar a validade das leis, isto é de sua correspondência com a norma superior às próprias leis”. Nesta senda, a controle normativo desempenhado pela Suprema Corte possui maior discricionariedade judicial, fato que se consolidou ainda mais com o advento das teorias constitucionalistas de combate ao absolutismo, visando proteger os princípios e direitos básicos da humanidade, conforme afirma Streck (2014).

Apesar da necessidade de atuarem com liberdade, atualmente os 11 Ministros da Suprema Corte, em que pese comporem a cúpula do Poder Judiciário brasileiro e a cada um deles competir a guarda da Constituição, conforme reza o art.102 da CF/88 (BRASIL, 1988), mesmo que possuam até certa medida discricionariedade na realização do controle concentrado de constitucionalidade de extrema importância para a manutenção da democracia, essa discricionariedade acaba no plano da linguagem, haja vista que essa característica da função desempenhada pelos Ministros pode confundir-se muitas vezes com arbitrariedade, fato que gera diversas discussões no âmbito constitucional.

A discussão é de grande relevância para o estudo do direito, e se concentra no fato de que em muitas situações a discricionariedade

é vista como sinônimo de arbitrariedade, o que justifica a presente pesquisa, portanto, o cerne de tudo é definir qual seria o grau de liberdade conferido aos Ministros em face das legislações desenvolvidas democraticamente, pois a discricionariedade de criar, através de suas manifestações, decisões com viés normativo, substituindo muitas vezes a função do Poder Legislativo pode se converter e em um "poder" que vai além das atribuições que lhe cabem, afinal de contas, concentrar tanto poder em um único órgão pode ser, por si só, uma arbitrariedade velada que abre caminho para o autoritarismo do judiciário arcaico. (STRECK, 2014).

Apesar da teoria positivista, na qual o juiz pode legitimamente decidir além da norma quando esta não for clara o suficiente, afinal o direito nem sempre será encontrado expressamente na lei, para que as decisões não se tornem arbitrarias precisam ser fundamentadas aos princípios norteadores do Estado. Alguns estudiosos não encaram tal questão como uma ameaça à divisão de poderes, porém Habermas (1997) identifica o perigo de tamanha liberdade ao Estado Democrático:

Nos domínios da ação não formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida a totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos. (HABERMAS, 1997, p. 306).

Portanto, em que pese seja necessário considerar a jurisdição do Superior Tribunal Federal mais interventiva, é preciso cuidado com o excesso de discricionariedade e apropriação de funções atípicas mediante o risco do tribunal constitucional se converter em instância autoritária, uma vez que o controle das normas precisa considerar que estas foram desenvolvidas por representantes legítimos do povo e não

incorrendo em práticas paternalistas, ou seja, na usurpação da função do Poder Legislativo. (DUTRA, 2010.,p. 31)

De fato, realizar a interpretação constitucional é atribuição do Poder Judiciário até porque as Leis podem apresentar lacunas. Porém, há uma linha tênue entre interpretar e criar o direito. Nesse sentido, nas palavras de Cappelletti “O verdadeiro problema é o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciário” (CAPPELLETTI, 199, p. 21). Nesse sentido, a interpretação jurídica precisa limitar-se de algum modo e deve assim prezar por condições epistêmicas para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por influências políticas, econômicas ou da mídia (STRECK, 2016, p. 93)

3.1 A INTERPRETAÇÃO JURIDICA DOS MINISTROS DO STF ANTE A JULGAMENTOS DE GRANDE RELEVÂNCIA NA ATUAIDADE

Para ilustrar um processo cujo a atuação interpretativa dos Ministros colocou á prova os limites entre discricionariedade e arbitrariedade, podemos citar a atuação da Suprema Corte brasileira no processo que versou sobre o marco temporal das terras indígenas, verificado no Recurso Extraordinário (RE) 1017365:

EMENTA:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das

regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.
2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.

(RE 1017365/STF Relator Ministro Edson Fachin, Pleno, voto proferido em 21/09/2023)

O tema foi recepcionado pela Corte ao longo do último ano, e a tese partiu de um parecer da Advocacia Geral da União em ação sobre demarcação da reserva Raposa- Serra do Sol em 2009, na tese a AGU considerou a data da promulgação da Constituição Federal Brasileira, 5 de outubro de 1988, como o marco para a ocupação tradicional das terras ocupadas pelos povos indígenas. A ação levada ao Supremo Tribunal Federal trata-se de um recurso do Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) pedindo pela reintegração de posse de uma área da Reserva Biológica do Sassafrás, que outrora já havia sido declarada como área de tradicional ocupação indígena, a princípio o pedido foi indeferido pelo TRF-4 que não entendeu preexistente o direito originário, contudo, a decisão foi anulada em sede de recurso.

Em 21 de setembro de 2023, por 9 votos a 2, restou denegada a data da promulgação da CFB de 1988 como a data de referência para a validade das ocupações, o processo foi considerado de repercussão geral resultando no Tema 1.031, portanto, afetará diversos outros conflitos judiciais.

Vejamos, o tema abordado no RE 1017365 é polêmico pois qualquer que fosse o resultado do julgamento as perdas serão irreparáveis para os índios que perderiam em definitivo o direito de discutir o direito e para os agricultores que habitam há anos nas terras e delas retiram seu sustento. estes terão suas vidas cotidianas terrivelmente afetadas em razão da perda da terra. Para os Ministros que votaram contra o marco temporal das terras indígenas, em sua maioria fundamentaram que o direito à terra além de originário é anterior ao próprio Estado, considerando para tanto a Lei Nº 6.001 de 1973, anterior a promulgação da Constituição, conhecida como Estatuto dos povos indígenas que regula a situação jurídica e

a manutenção dos povos indígenas, além de sua organização social e os direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. A então presidente do Superior Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, para realizar a fundamentação do voto contrário, afirmou que interpreta “a posse de terras pelos povos indígenas está relacionada com a tradição, e na posse imemorial [...] que os direitos desses povos sobre as terras por eles ocupadas são direitos fundamentais que não podem ser mitigados” (PORTAL STF, 2023). Ademais, todos os demais fundamentos para os votos contrários trazidos ao longo do julgamento não deixam dúvidas de que conferir a posse das terras aos indígenas independentemente de estarem ocupadas na data da promulgação da Constituição Federal representa no entendimento dos Ministros o respeito aos povos indígenas que durante a colonização portuguesa foram expulsos de suas terras. Noutro norte, em que pese os povos originários, inquestionavelmente, mereçam seu território respeitado, há que se considerar que a necessidade de um marco temporal é uma tese jurídica que encontra certa coerência quando analisados os conflitos que a falta de uma determinação definitiva em relação ao tema pode desencadear, afinal, não havendo uma data limitando esse direito às terras abre uma lacuna na qual possa ser considerado que todo território nacional é uma verdadeira invasão de terras indígenas, nesta senda estipular o direito de os povos indígenas reaverem as terras que já ocupavam ou ainda que disputavam em 5 de outubro de 1988, seria de fato algo a se considerar, pois do contrário, a expansão de áreas indígenas se tornaria ilimitada. Igualmente ao pleito que deu causa ao RE 1017365 diversas das áreas atualmente disputadas já foram incorporadas ao mercado imobiliário, inclusive sob a crença destas estarem aptas para serem comercializadas conforme com as normas vigentes e hoje pertencem efetivamente a outras famílias que já se estabeleceram nos locais cientes de que nada devem a ninguém.

Um dos votos vencidos favoráveis à demarcação, do Ministro Nunes Marques, trouxe a seguinte interpretação jurídica quanto ao tema tratado: é inegável “ser preciso considerar uma teoria que defenda os limites das terras a um processo permanente de

recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral naturalmente abre espaço para conflitos de toda a ordem, sem que haja horizonte de pacificação`. Ainda segundo o Ministro, a Constituição determinou que deveria haver a demarcação de terras indígenas e que esta fosse realizada pela União, o que demonstrou que desde a promulgação da Carta Magna já pairava no imaginário do constituinte a intenção de efetuar uma limitação de cunho temporal com maior precisão afastando assim brechas para conflitos como o que se apresentou, o que podemos extrair do texto constitucional em seu artigo 231da CF/88:

Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988)

O julgamento iniciado em agosto de 2021 é considerado como um dos maiores julgamentos da história da atualidade brasileira (PORTAL DA CÂMARA LEGISLATIVA, 2023) haja vista que a questão abordada revela o quanto os Ministros do STF, além de atuarem como protetores da Constituição ao interpretarem são interpretarem a constitucionalidade das normas amplia seu sentido, em alguns aspectos faz as vezes de legislador, conflitando assim, com normas estabelecidas anteriormente.

No processo mencionado, esse tipo de interpretação que revela o nível da discricionariedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal faz com que surjam as inseguranças jurídicas, se considerarmos que do ponto de vista adotado pelos Ministros ficou difícil assegurar garantias de propriedade para os (até então) donos das terras. Por vezes, buscando uma vida com dignidade muitas famílias vendem suas antigas propriedades e investem as economias de uma vida inteira de trabalho em propriedades rurais para usá-las com fins de agricultura,

tudo conforme as determinações legais exigem, ou seja, adquirindo legalmente, registrando em cartório e inclusive arcando com todas as taxas e tributos impostos pelo Estado para manutenção da posse. Quando um desses proprietários toma conhecimento que sua (em tese) terra é alvo de disputa, e ao buscar seus direitos perante o judiciário, convicto do amparo da legislação vigente, é surpreendido com uma interpretação do direito conflitante com a legislação e ainda com um viés filosófico e ideológico, é nítido que a garantia que as normais legais lhe conferiam perdem significativamente sua consistência, de modo que desperta na sociedade em geral uma certa falta de confiança de que a legislação bastará para definir seus direitos, vez que estas podem mudar assim abruptamente.

Em se tratando das garantias e normas legais, no presente caso trata-se da Lei n.º 4.504 de 30 de novembro de 1964 que determina em seu art. 2º, vejamos:

Art. 2º: É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. Sendo assim, os proprietários, possuem respaldo de que a todos será oportunizado o acesso à propriedade.

Parágrafo 1º: A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- A. favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias
 - B. Mantem níveis satisfatórios de produtividade;
 - C. Assegura a conservação dos recursos naturais.
- (BRASIL, 1964)

O parágrafo em voga privilegia a função social da terra, fazendo alusão de que nela deverá haver preferencialmente alguma serventia de produtividade com algum retorno social, desde que seja para trabalhadores que nela possam trabalhar até a construção de algo que

favoreça o bem-estar coletivo, como escolas, hospitais etc. Portanto assegurado o direito de oportunidade da terra o proprietário que a adquire legalmente está agindo em conformidade com o que impõe a legislação. Mais adiante o parágrafo 2º dispõe sobre a função do Poder Público:

Parágrafo 2º É dever do Poder Público

a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões em que habita (...)

b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.

(...)

Parágrafo 3º: A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho.

Parágrafo 4º: É assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou lhes sejam atribuídas de acordo com a legislação especial que disciplina o regime tutelas a que estão sujeitas.

Assim, é um consenso que diante o que dispõe a legislação, as fundamentações de ambas as partes, possuem razões plausíveis para disputar as terras em questão, todavia, a interpretação do Poder Judiciário contemporâneo segue por um caminho que nos faz questionar se em casos como este não seriam demasiado arbitrário a falta de limites quanto a interpretação hermenêutica da letra da Lei, vez que retira posses adquiridas há anos, e ainda o meio de vida e de seus proprietários e respectivos funcionários, indo em direção contrária ao que determina os artigos iniciais da Lei n.º4.504/64, além de gerar ônus quase que praticamente irreparáveis para os atuais

proprietários ainda que se pegue alguma indenização em pecúnia. (BRASIL, 1964)

Quanto a discussão sobre a limitação da interpretação jurídica a doutrina aponta alguns pontos interessantes para o debate, nesse sentido, Lênio Luiz Streck (2016) buscou trazer um olhar mais contemporâneo para o direito constitucional e o controle de constitucionalidade mais especificamente. Streck faz uma crítica ao modo de atuação do Poder Judiciário, usando a ótica do Direito Penal para demonstrar algumas analogias, que até certa medida pode ser se aplicada ao presente caso. O autor lembra que constitucionalismo moderno trouxe novos rumos ao direito infraconstitucional pois a abrangência dos princípios que norteiam o direito conferiu em grande proporção e vazão à interpretação dos juízes, o que verificamos que conseqüentemente também se aplica aos Ministros. A interpretação semântica de uma lei democraticamente constituída não deveria ser ignorada em detrimento de outra interpretação de cunho filosófico, diante ao risco de nesta discricionariedade de “dizer o direito” seja desvirtuado o próprio sentido de existir das leis, cuja existência visa principalmente conferir segurança e estabilidade jurídica para a sociedade. Ainda na referida obra o autor relembra “[...] o jogo se joga dentro das regras. Mesmo que não gostemos delas. Afinal, fomos nós que as fizemos” (STRECK, 2016, p. 32). Além disso, o Poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, apesar de ser a *última ratio* limita-se à aplicação e controle de constitucionalidade, não deveria obter todo o protagonismo no que refere a interpretar o direito pois tamanha liberdade confunde-se constantemente de certa forma com uma atuação ditatorial dos Ministros, o que vai contra a ideia central de um país regido pela democracia., ainda nesse sentido o autor comentou:

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar e nem escrever. O direito é um conceito interpretativo e é

aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal. (STRECK., 2016. p. 67)

Portanto, após análise do ponto de vista da doutrina atual e da então atuação dos Ministros do STF no Recurso Extraordinário nº 1017365 fica nítida a percepção de que os Ministros estariam ao julgar processos utilizando de funções típicas legislativas, indo assim de encontro à problemática da presente pesquisa. (MEDEIROS, 2019, p 62)

É inegável que a evolução jurídica de um país está diretamente ligada aos seus aspectos econômicos e sociais, no Brasil não haveria de ser de outro modo, o constitucionalismo brasileiro evolui conforme se verificou necessário para atender as necessidades da sociedade, até por essa razão nossa Constituição é fundamentada em diversos princípios de cunho social e por isso muitas vezes parece estar à frente de nosso tempo e além de nossas possibilidades atuais. Estes preceitos principiológicos até certa medida proporcionam uma certa flexibilidade à legislação, que conservam a estabilidade política e econômica do Estado ao evitar qualquer modificação profunda da Carta Magna. Mas essa flexibilidade tem tomado uma proporção cujos aspectos mostram-se bastante questionáveis, pois há uma abertura para a interpretação hermenêutica ser utilizada para a prevalência de pontos de vista ou ainda convicções pessoais de muitos juristas, o que acabou chegando também até a figura dos Ministros do STF.

Outro tema de grande relevância social que reflete o exercício de funções atípicas do judiciário, por exemplo, diz respeito a descriminalização do aborto para que a mulher brasileira possa realizar o aborto sem sofrer as penalidades impostas pelo Código Penal.

O partido Socialismo e Liberdade (PSOL) provocou uma discussão a respeito do tema perante o Supremo Tribunal Federal. A Ministra Rosa Weber, ainda na presidência da corte é relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, onde votou pela descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442/DF RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER REQUERENTE: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL ADVOGADA: LUCIANA BOITEUX DE FIGUEIREDO RODRIGUES INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA INTERESSADO: CONGRESSO NACIONAL PARECER AJCONST/Nº 142513/2020 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL DOS ARTS. 124 E 126 DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA SOBRE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DURANTE AS 12 PRIMEIRAS SEMANAS DE GESTAÇÃO. MATÉRIA RESERVADA À COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO. 1. Não cabe descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação na via do controle concentrado de constitucionalidade, por constituir deliberação reservada às competências constitucionais, às capacidades institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo. Parecer pelo indeferimento da medida cautelar e, no mérito, pela improcedência da ADPF. (ADPF 442/STF Relatora Ministra Rosa Weber, Pleno, voto proferido em 22/09/2023)

A fundamentação do voto partiu da interpretação de que os artigos 124 e 126 do Código Penal estariam em desconformidade com a Carta Magna pois as penas de um a quatro anos de detenção para a mulher que provocar um aborto ou ainda para quem ajudar a

realizar a interrupção da gestação seriam desproporcionais no ponto de vista da relatora pois a criminalização do aborto com sanção penal à mulher ou profissional da saúde que o realize suscita ´versa questão de direitos, direito à vida e a sua correlação com o direito à saúde e os direitos das mulheres.`` Para a Ministra, o Estado tem legítimo interesse em assegurar a vida humana, entretanto, para a Ministra a tutela desse bem jurídico não poderia inviabilizar o exercício de outros direitos, por isso inclusive esteve presente no julgamento que tratou sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54) no qual também debateu a autonomia da mulher quanto a sua liberdade reprodutiva. Ainda tratando sobre autodeterminação, segundo Weber, o Código Penal (1940) está em vigência há oito décadas, tendo sido desenvolvido em uma realidade sociocultural em desconformidade com a que vivenciamos atualmente, portanto é chegado o momento de colocar a mulher:

Como sujeito titular de direito (...) não tivemos como participar ativamente da deliberação sobre questão que nos é particular, que diz respeito ao fato comum da vida reprodutiva da mulher, mais do que isso, que fala sobre aspecto nuclear da conformação de sua autodeterminação, que é o projeto da maternidade e sua conciliação com todas as outras dimensões do projeto de vida digna. (ADPF 442/STF Relatora Ministra Rosa Weber, Pleno, voto proferido em 22/09/2023)

A Ministra buscou concluir seu voto solicitando aos demais Poderes a implementação do sistema de justiça social de modo a retirar os entraves normativos que impedem o avanço do debate sobre o tema, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de destaque do Ministro Luís Roberto Barroso levando a análise da ação do plenário virtual ao plenário presencial. A perspectiva de retomada do julgamento é de que não seja pautado logo, segundo Barroso um debate público sobre o tema requer uma sensibilidade que ainda não

está amadurecida, mas o Ministro demonstrou entender que o direito de interromper a gestação parte de direito fundamental das mulheres

Apesar da interpretação dos Ministros o Código Penal qualificou a prática do aborto dentro dos crimes contra a vida, e não se esqueceu de legislar também no que diz respeito ao aborto necessário, quando a gravidez ocorre em razão de estupro, senão vejamos:

Art.124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. (...)

Art. 128: Não se pune aborto praticado por médico:
I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Assim, ao analisar que a legislação vigente já tratou das hipóteses em que o aborto é necessário além de a ADPF 54 tratar sobre a possibilidade do aborto em casos de fetos anencéfalos, conclui-se que se o feto é saudável e a gravidez não é fruto de violência a discussão que paira sobre o novo contexto social é de que as mulheres poderão interromper uma gravidez resultado de relações consensuais porém que ocorreram à margem do planejamento familiar do casal e nesse caso, apesar da vontade do Poder Pudiciário de proteger os direitos reprodutivos da mulher ser louvável, é preciso questionar o fato de que a descriminalização impactaria significativamente o sistema de saúde público impactando o planejamento para realizar um ato que vai contra um bem jurídico tutelado pelo poder constituinte no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL,1988) o direito à vida.

Diante os casos trazidos, é possível perceber que por vezes o Judiciário munido de bons fundamentos consegue utilizar-se do subjetivismo das brechas principiológicas para agregar sentido a decisões mais convenientes, esse exagero decisionista conferido ao Poder Judiciário apesar de necessário para nortear os caminhos que o direito brasileiro deve seguir tem se mostrado um verdadeiro desfavor

ao constitucionalismo haja vista que a abrangência das interpretações judiciais coloca em risco a manutenção da própria Democracia. A teoria da ponderação de princípios (Cristóvam, 2019) permite de fato um maior protagonismo do Poder Judiciário, entretanto, na realidade brasileira, onde existe uma certa inefetividade da atuação dos demais poderes, tal princípio precisa ser recepcionado com muito cuidado para que o Judiciário exerça seu papel com eficiência e sem ferir a ideia central da Estado Democrático de Direito. Ao submeter casos de grande repercussão apenas à interpretação principiológica não se atentando ao fato de que existem normas constituídas e específicas para certas demandas é uma forma do Poder Judiciário manifestar seu ativismo, e, portanto, agregar em suas decisões suas convicções pessoais produzindo nesses novos entendimentos normativos uma verdadeira usurpação das atividades legislativas que pode apresentar riscos à Democracia. (MEDEIROS, 2019, p 81)

No artigo Menos Princípios, mais Regras: a Teoria da Ponderação na Encruzilhada do Decisionismo escrito por José Sérgio da Silva Cristóvam, traz o autor que

Um autêntico Estado constitucional de direito não pode tolerar como legítimo o recorrente apelo a manobras jurídicas de exceção, veiculadas de moralismos e decisionismos de ocasião quase sempre escamoteados por justificações principiológicas frouxas e até seletivas. (CRISTÓVAM, 2019, p.999).

O autor aduz que a aplicação deliberada de princípios pode acarretar na relativização de direitos, o que podemos verificar no caso abordado no capítulo anterior sobre o marco temporal das terras indígenas. A atuação dos Ministros é bastante questionável quando refletimos sobre o efeito desse modelo decisivo que constantemente abre espaço para um mundo jurídico em que “tudo depende” em razão da interpretação hermenêutica, porque que na prática esse modelo representa uma forma de imposição de entendimentos à sociedade

além de uma manobra de autoafirmação como sendo o Poder mais importante e de certa maneira, superior aos demais.

A atuação da Suprema Corte vem promovendo através de sua atuação mudanças irreversíveis do ponto de vista jurídico que merecem uma limitação de interpretação, pois afeta diretamente o desempenho do Poder Legislativo que perde sua tarefa principia de regulamentar as normas constitucionais. Esse papel ativo do judiciário já desperta há um longo tempo controvérsias na doutrina, de modo que diversas teses tentam esclarecer de maneira mais eficiente a atuação jurisdicional, é o caso por exemplo da teoria procentimentalista de Habermas, cujo estudo entendeu ser cabível ao Poder Judiciário apenas o papel de proteger o processo de criação democrática favorecendo um ambiente propício para que a população possa deliberar e apresentar seu ponto de vista sobre os temas. Todavia, essa tese não seria aplicável ao modelo constitucional brasileiro, o qual comporta muito melhor a teoria substancialista, tese desenvolvida por Ronald Dworkin, na qual há possibilidade de Poder judiciário atuar com uma postura mais ativa desenvolvendo ações fundamentadas em direito e moral o que confere legitimidade aos seus atos. Nessa hipótese, a atuação constitucional dos juristas, estaria reservada à autocontenção para não ferir a legitimidade e validade de suas decisões perante a normatividade Estatal, devendo impreterivelmente ser regidas pelos requisitos formais e materiais definidos em lei. (AMBRÓSIO, 2016, p 75)

Nota-se que apesar de haver diferentes teorias ambas não divergem no que tange ao controle da discricionariedade conferida ao judiciário. De modo que ambas tratam de formas de implementar mecanismos de controle das decisões judiciais na tentativa de inibir decisionismos judiciais (sugestão de como fechar a ideia)

3.2 AS IMPLICAÇÕES DO SUBJETIVISMO NA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA PELO STF

Ao conceituarmos a palavra hermenêutica esta pode ser entendida como um conjunto teórico, que estabelece parâmetros para a investigação do processo que se realiza entre o pensado e o enunciado, a partir deste entendimento conseguimos verificar que o desenvolvimento da hermenêutica apresenta diversas contribuições para a interpretação jurídica uma vez que as leis são desenvolvidas partindo de um contexto histórico, portanto, hermenêutica e hermenêutica jurídica partem de construções socioculturais fundamentais para o desenvolvimento de teses e entendimentos jurídicos. A interpretação nesse contexto seria uma técnica para a aplicação das teorias advindas do campo teórico. O estudo dos significados como um conjunto teórico que, ao justificar a compreensão entre os interlocutores. Na seara da hermenêutica os estudos sobre o subjetivismo jurídico remetem à duas vertentes da hermenêutica jurídica: a concepção de Direito e a concepção da relação entre legislador e lei, podemos entender que na segunda vertente o legislador é o sujeito e a lei o objeto, de modo que no subjetivismo então haverá um predomínio da vontade do sujeito, uma exposição da vontade do legislador expressa na lei, contudo, fazendo frente ao subjetivismo haverá o objetivismo, no qual a interpretação privilegiará a exposição da vontade da lei, do texto normativo de fato, e desse modo a lei pode ser interpretada com base nos fatos e valores. (IAMUNDO, 2017)

Ao tratarmos sobre a atuação dos Ministros da Suprema Corte brasileira e a interpretação da norma constitucional é preciso partir do princípio que o direito exige tanto na sua elaboração quanto em sua aplicação através das decisões administrativas, normas, textos doutrinários e ainda nas leis, diversos discursos, em razão de ter relação direta com a realidade sociocultural, o que podemos constatar no art. 5º da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer princípios

como: princípio da legalidade, da isonomia, do acesso à justiça e ao devido processo legal, portanto, o direito não admite ser fixado de acordo com abstrações, mas justamente ao contrário, deve manter discursos que se aproximem ao máximo da realidade cotidiana. Nas palavras do professor Eduardo Iamundo:

A função do ordenamento jurídico é expor os valores socioculturais que devem formar e sustentar o Direito e suas instituições em uma sociedade, portanto o ordenamento jurídico deve expor em sua composição os valores socioculturais presentes em uma configuração social determinada, para que as normas jurídicas possam, no limite, exercer o controle social tanto legítimo quanto legal. (IAMUNDO, 2017, p.68)

A atuação dos Ministros da Suprema Corte brasileira de forma alguma deve ser visto como ilegítimo, uma vez que a legitimidade de atuação frente aos outros poderes foi uma vontade do poder constituinte evidenciada quando conferiu ao Supremo o dever de proteger a Constituição exercendo um papel contra majoritário e defendendo a Carta Magna frente aos interesses dos outros Poderes, entretanto, é incontestável que a aplicação da hermenêutica jurídica requer um manjo técnico para que as interpretações e teorias constitucionais não deixem lacunas para o surgimento de controvérsias.

O cenário jurídico quando a Constituição foi pensada e desenvolvida era consideravelmente diferente da realidade atual, de modo que o Poder Judiciário ganhou força e expressividade ao longo das últimas 3 décadas, sendo assim, retém cada vez mais atenção ao interpretar a legislação, e além de dizer o direito ganhou lugar como efetivador da norma constitucional em caso de ausência de legislação conforme ocorre nas hipóteses de mandado de injunção por exemplo, que nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

O meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (MEIRELLES, 2005, p. 713)

Assim, é perfeitamente viável que nosso sistema siga com os parâmetros que possui, inclusive para ter autonomia ante aos demais Poderes, todavia, é inegável que a atuação dos Ministros do STF deve buscar afastar o subjetivismo hermenêutico de suas interpretações da lei, de modo a trazer destaque não a vontade do sujeito mas sim do objetivismo da letra da Lei, para então garantir de forma mais eficiente que normas, princípios e inclusive suas decisões se desenvolvam de forma pacífica evitando ao máximo brechas para a ocorrência de conflitos ideológicos.

Deve haver um ponto limite na prática dos discursos jurídicos, principalmente quando estes se referem à casos concretos, como foi no caso do marco temporal das terras indígenas, pois ao conduzir um caso jurídico cujo a interpretação pode ir a esfera do infinito como na tese de que as terras pertencem aos índios ainda que não estivessem ocupando o território na data da promulgação da Constituição, ainda que entendamos que muitas tribos deixavam os territórios por questões de segurança, essa modalidade interpretativa gerou um sentimento de profunda insegurança jurídica para os envolvidos pois traz a tona a diversidade de acepções que os juristas podem adotar e os riscos de a sociedade sofrer danos quando a interpretação não for favorável.

CONCLUSÃO

Com o desenrolar da história, mais especificamente após a 2ª Guerra Mundial o mundo deparou-se com a inegável necessidade de estabelecer um Poder Judiciário que pudesse agir de forma independente, isso com o intuito uníssono de proteger o os direitos

fundamentais e o exercício dos Poderes do Estado. No Brasil por exemplo, durante a era Vargas a postura do judiciário ainda era legalista e mais contida, deixando os holofotes para as figuras políticas, entretanto, conforme bem sabemos, com a explosão do golpe militar que perdurou de 1964 até 1985 diversos atos institucionais eram emitidos com redações que violavam sem qualquer cerimonia diversos preceitos constitucionais, que partiam desde o direito a liberdade de ir e vir ao direito de livre pensamento, a partir desse cenário de ataques aos direitos fundamentais o Poder Judiciário ganhou um perfil cada vez mais importante no cenário dos três poderes, compreendendo a partir de então que no exercício de suas funções era responsável por garantir inclusive o equilíbrio institucional. Essa nova modulação do Poder Judiciário resultou em uma postura mais ativista diante das questões de grande repercussão e relevância social, até mesmo para que conseguisse desempenhar seu papel de protetor dos direitos fundamentais e princípios constitucionais aos quais todas as normas estão sujeitas.

Essa postura mais ativista por um lado é importante para que seja impulsionado o debate e as discussões que acabam por atualizar e ajustar o direito à realidade sociocultural de um povo, todavia, por outro lado, com a permissão de que se haja o desempenho de funções atípicas entre os poderes, ou seja, que os poderes exerçam papéis que ordinariamente não seriam de sua competência, o Poder Judiciário mais especificamente, ao exercer suas interpretações da lei em temas de grande impacto para o cotidiano da sociedade acaba por desempenhar muitas vezes o papel do Poder Legislativo o que nos leva a problemática trazida na presente pesquisa a respeito de quais seriam os limites de interpretação normativa dos Ministros ante aos processos em que atuam.

Ao tratar sobre o marco temporal das terras indígena, por exemplo, os Ministros do STF partiram de uma interpretação da Constituição que privilegiou princípios fundamentais relacionados aos direitos dos povos indígenas em detrimento do direito à posse e propriedade conferido pelo Poder Legislativo aos proprietários das

terras disputadas, nesse caso, desencadeou insegurança jurídica para os proprietários que sucumbiram no processo, assim, desvirtuou-se o próprio sentido de existir das leis. Já no caso em que os Ministros tratam sobre a possibilidade de descriminalizar o aborto, por exemplo, novamente o Poder Judiciário atua com uma interpretação além das margens do que a legislação dispõe, no caso quando foi permitida a possibilidade de interromper a gestação de fetos anencéfalos partiu do zero uma nova possibilidade de direito para as mulheres que desejem optar pela interrupção, de modo que se ao final do processo que está suspenso que discute a descriminalização do aborto o direito for reconhecido sob o fundamento de preservar o direito à liberdade das mulheres, novamente o judiciário atuará além de suas funções típicas, pois a legislação vigente já dispõe de possibilidades nas quais o aborto é permitido.

Talvez por conveniência o Poder Legislativo, na busca por não comprometer ou ainda prejudicar a imagem dos políticos, não se preocupe em deixar as questões que despertam grande divergência de ideias entre a população serem discutidas inicialmente pelo Poder Judiciário, todavia, conforme observado nas ações debatidas as interpretações no âmbito jurídico podem ir além do que a legislação determina. Esse nível de discricionariedade no exercício das funções atípicas, nos termos abordados ao longo da presente pesquisa, despertou o estudo de diversos pensadores ao longo do século XX e a conclusão costuma ser no sentido de que a falta de limites quanto a interpretação normativa pode desencadear grande desequilíbrio entre os poderes, haja vista que uma sociedade insegura da consistência e estabilidade de suas normas não tende a permanecer pacífica, colocando em risco o equilíbrio do Estado.

A hipótese então da presente pesquisa é de que os a hermenêutica jurídica deve ser aplicada de forma literal, sistemática e lógica como um mecanismo de controle na interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ante a atividade judicante nos casos em que o Poder Legislativo ainda não tenha posicionado como no caso sobre o marco temporal das terras indígenas e ainda mais nos casos em que já o tenha

feito, para que sejam melhoradas, como no caso da descriminalização do aborto, respeitando assim as leis que já existem, além disso, a função política do STF de debater temas relevantes e impulsionar a ampliação das normas no que mostra necessário é muito importante, entretanto, é necessário os limites e sua auto contenção conforme a Constituição disciplina diante o risco de transparecer que há uma usurpação das funções do Poder Legislativo buscando preservar assim o equilíbrio do Estado.

REFERÊNCIAS

AMBRÓSIO, Lucas Bianchi. **Limites na atuação do STF**, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5904>. Acesso em 25/09/2023.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré- Fanesp, 1997.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Edi-ouro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rio de Janeiro: UERJ, 2017

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAETANO, Marcello. **Manuel de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **O que é marco temporal e quais são os argumentos favoráveis e contrários**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/966618-o-que-e-marco-temporal-e-quais-os-argumentos-favoraveis-e-contrarios/> . Acesso em 02/11/2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Revista do MPRJ, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo.** Curitiba: Revista Jurídica Luso-Brasileira, 2019.

DUTRA, Yuri Frederico. **Democracia e controle de constitucionalidade a partir da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas.** [Dissertação de mestrado] Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas (CFH) da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo.** São Paulo: RT, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional no 1, de 17-0-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de no 24, de 01-12-1983.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases.** New York: Cambridge University Press, 2003.

IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017

JUNIOR. Américo Bedê. **Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85.** Revista de informação legislativa. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p161.pdf. Acesso em 15/09/2023.

KELSEN, Hans. **Teoria general del Derecho y del Estado.** México: UNAM, 1969.

MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2º dimensão**. 2010. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acesso em 05/10/2023.

MEDEIROS, Danielle. **O papel do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição: os limites da decisão judicial**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Muracheco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

SCHLESINGER JR. Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. New York: Fortune, 1947

STRECK, Lênio Luiz. **Juiz não é Deus**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida/>. Acesso em 23/10/2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é**

suspensão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1>. Acesso em 16/11/202

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,da%20terra%20por%20essas%20comunidades](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,da%20terra%20por%20essas%20comunidades). Acesso em 03/11/2023.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Introdução e notas**. François Melonio e François Furet. 2. ed. Paris: Gallimard, 2004.

TREVISAN, Thiago Valentim e Amaral, Sérgio Tibiriça. O caso Marbury constrai Madison e a origem do controle difuso de constitucionalidade. 2022. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2586/2274>. Acesso em 13/10/2023.

O CRIME DE TERRORISMO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Messias Franklin dos Santos⁷

Marcelo Pereira Cruvinel⁸

RESUMO: O Brasil nunca foi um palco de eventos terroristas de grande impacto social e político de repercussão internacional, embora não tenha passado isento destes eventos em sua história. Tal premissa se confirma pelo fato de que, apesar do fato de a Constituição Federal dispensar um tratamento rigoroso para o crime de terrorismo, somente em 2016, às vésperas dos Jogos Olímpicos Rio 2016, o País adotou uma lei que tratasse especificamente do tema. Tal fato se justifica em razão de que, à época, o mundo observava com grande espanto as atrocidades realizadas pelo grupo terrorista Estado Islâmico. O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento jurídico dispensado ao crime de terrorismo no território nacional, trazendo um olhar histórico de relevantes eventos internacionais até aos eventos ocorridos no Brasil. Pretende-se também, verificar se a legislação que ora vigora é adequada aos casos que ocorreram em solo pátrio ou, se é necessário adequação do seu ordenamento jurídico para o tratamento legal desse tipo de crime para coibir e punir adequadamente o terrorismo no Brasil.

Palavras-chave: Terrorismo. Brasil. Tipificação. Tratamento.

⁷ Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO). Bacharel em Gestão Ambiental (UNB). Especialista em Docência Superior (FACUMINAS). Especialista em Teologia (FACUMINAS).

⁸ Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está inserido nas áreas de Direito Constitucional e Direito Penal, já que busca analisar o tratamento dispensado ao terrorismo tanto nos termos da Carta Magna quanto das leis ordinárias aplicadas ao tema.

O tema deste trabalho é o tratamento jurídico dispensado ao crime de terrorismo, cujos relatos datam desde a antiguidade e que tem obtido cada vez mais destaque nas mídias sociais e adeptos por todo o mundo e, frequentemente causam a sensação de medo e insegurança às pessoas.

A partir da globalização e da disseminação de novas tecnologias que interagem com culturas mundo a fora, há o conseqüente choque cultural e em determinadas situações, grupos fundamentalistas, sob a justificativa de defesa de sua religião, seus costumes, nacionalidade entre outros, espalham o terror no claro intuito de alcançar e/ou manter-se no poder sem opositores.

O objetivo deste trabalho é analisar os eventos ocorridos em território brasileiro e como esses eventos são abordados pelos dispositivos legais. Para melhor compreensão, este trabalho também apresenta alguns casos de grande relevância internacional como os atos de organizações criminosas internacionalmente conhecidas.

Considerando que eventos como atentados em escolas que vitimaram professores e crianças; sequestros e cárceres privados, brigas entre torcidas organizadas e atos políticos geralmente são classificados como atos terroristas pela mídia e por vezes, até mesmo pelo judiciário, é necessário questionar se nosso conceito de terrorismo descreve os fatos que ocorrem no Brasil e, conseqüentemente, se nosso conjunto de dispositivos jurídicos estão aptos a combater tais fatos. Diante das peculiaridades dos eventos que ocorrem em solo nacional, deve-se indagar ainda se estes eventos são essencialmente atos terrorismo ou, se são meramente atos de violência comum.

Os objetivos específicos deste trabalho surgem a partir de tal questionamento, pretendemos estudar a legislação aplicada e analisar

se o conjunto de normas jurídicas que temos são capazes de coibir e punir atos terroristas ou se os casos brasileiros não se enquadram no conceito de terror adotado por países que rotineiramente lidam com o problema. A delimitação do tema busca lançar luz à legislação aplicada ao terrorismo, especialmente no que tange a lei que conceitua o delito que é objeto do estudo.

Este trabalho será estruturado em três capítulos de desenvolvimento da seguinte forma: o primeiro capítulo trará uma síntese de eventos terroristas desde os tempos antigos até aos dias atuais, abordando episódios de repercussão internacional; no segundo capítulo serão abordados os casos de maior relevância que ocorreram no Brasil e o papel da mídia como agente de informação que leva às pessoas os fatos e suas versões bem como, aquele agente que tem o poder de manipular as informações relativas aos fatos conforme lhe pareça atrativo; por fim, no terceiro capítulo abordaremos a legislação aplicada ao tema e sua adequação ou não à realidade brasileira.

Isto posto, esta pesquisa trilhará os caminhos do método de abordagem dedutivo, desenvolvido através de uma revisão da bibliográfica, além de utilizar-se de pesquisa jurisprudencial em Direito Constitucional e Direito Penal acerca do tratamento dispensado ao crime de terrorismo. Ainda quanto ao método de abordagem dedutivo, este trabalho busca clarejar a eficiência e adequação da legislação brasileira quanto ao crime de terrorismo na propensão de indagar se esta é satisfatória ou carece que inovações.

1. HISTÓRICO

1.1 UM BREVE OLHAR CONCEITUAL

O terrorismo, sem dúvida, se apresenta como um dos crimes mais graves na atualidade, tanto no Brasil quanto no exterior. Isso se deve ao fato de que sua própria definição evidencia que tal conduta causa terror. Entre outros sinônimos, podemos utilizar: espanto, horror,

pânico, respeito, bicho, medo, pavor, susto, entre outros. Trata-se, portanto, de uma ação que aterroriza as pessoas e, por conseguinte, deve receber um tratamento especial, rigoroso e aprofundado, com uma penalidade intransigente, de forma a externar a reprovação que a sociedade tem em relação a tal conduta.

O terrorismo ainda pode ser entendido, para além de sua definição legal, como toda ação que busca causar pânico na sociedade. Uma melhor definição se encontra nas palavras de Pereira (2023, p. 8): “Em sentido morfológico ou em seu valor semântico, terrorismo é o modo de impor a vontade pelo uso sistemático do terror.”

Portanto, o terrorismo ultrapassa conceitos técnicos e atinge o âmago do sentir humano, pois desperta a sensação de impotência diante do perigo que lhe é apresentado. Para Pereira (2023, p.8), o terrorismo também pode ser interpretado a partir de condutas que corrompem os valores morais, desde a prestação corrompida do serviço público até as ações do crime organizado.

Em sentido mais amplo, o terrorismo é um mal que atravessa eras e gerações, por razões distintas, mas sempre com violência. Costa (2018, p.3) destaca que ao longo da trajetória da humanidade, episódios de extrema violência, tais como assassinatos, explosões e torturas físicas perpetrados sob a justificativa de uma causa específica, têm sido frequentes, constituindo um flagelo persistente que continua a afligir a sociedade. Etimologicamente, antes do vocábulo “terrorismo”, surge primeiramente o vocábulo “terror”, que provém do francês *terreur*, derivando do latim *terrere*, e significa assustar (NETO, 2008, p. 16, *apud* COSTA, 2018, p.3).

Denota-se que, embora o crime de terrorismo possa ser observado a partir de uma gama de conceitos, o ponto de convergência evidencia que a prática é sempre executada com violência e com a intenção de reivindicação através do medo. Nesse sentido, o terrorismo só se mostra eficiente quando causa medo generalizado. Sem esse elemento, o terrorismo seria tão somente mais um ato de violência isolado e sem repercussão. É a repercussão que alça o terrorismo a um

lugar de destaque; é a repercussão que o fortalece e mostra sua face perversa à sociedade.

1.2 BREVE HISTÓRICO INTERNACIONAL

O terrorismo é um fenômeno que remonta a tempos antigos e à Idade Média, embora sua natureza e motivações tenham evoluído ao longo dos séculos. Nas civilizações antigas, a prática do terrorismo muitas vezes estava relacionada a conflitos políticos, religiosos e étnicos, e os métodos empregados eram brutais, mesmo pelos padrões da época.

Na Antiguidade, grupos rebeldes e guerrilheiros muitas vezes recorriam a táticas terroristas para pressionar governantes e alcançar seus objetivos. Um exemplo notório é a revolta judaica contra os romanos no século I que envolveu ataques a civis romanos e judeus colaboradores (LOBIANCO, 1999, p.67). Os assassinatos políticos também eram comuns, como o assassinato de Júlio César em 44 a.C., um ato destinado a interromper o domínio de Roma.

Na Idade Média, o terrorismo frequentemente assumia a forma de terror religioso, como a Inquisição, que buscava erradicar hereges e promover a ortodoxia religiosa. Tortura e execuções públicas eram usadas para amedrontar aqueles que se desviavam da fé aceita. Os Templários, uma ordem militar e religiosa da Idade Média, também foram perseguidos e executados sob acusações de heresia (SILVA, 2020, p.2).

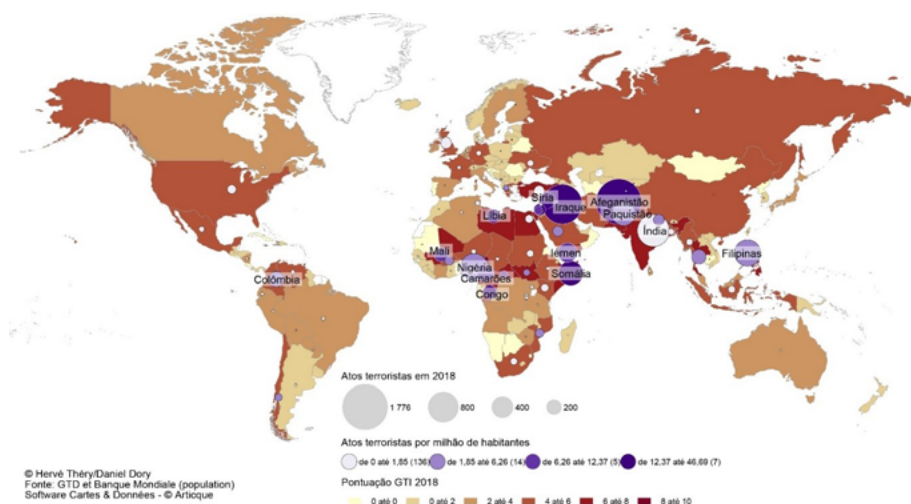
Além disso, as Cruzadas, que ocorreram entre os séculos XI e XIII, também podem ser consideradas uma forma de terrorismo religioso. Tanto os cruzados cristãos quanto os muçulmanos usaram táticas brutais, incluindo massacres de civis, durante esses conflitos (RODRIGUES, 2021, p.297).

A Idade Média também testemunhou o surgimento de grupos como os Assassinos, uma seita islâmica que se envolveu em assassinatos políticos e táticas de assassinato seletivo. Eles eram conhecidos por

atacar líderes muçulmanos e cristãos que eram vistos como uma ameaça para a sua causa (CAMARGO, 2007, p, 94).

É importante notar que, embora esses eventos sejam considerados formas de terrorismo nos tempos antigos e na Idade Média, as definições e interpretações modernas do terrorismo podem variar. O contexto histórico, político e social desses períodos desempenha um papel fundamental na compreensão das motivações e das ações dos atores envolvidos. À medida que a história avançou, o terrorismo evoluiu, assumindo novas formas e motivações, mas suas raízes históricas continuam a ser objeto de estudo e análise nos dias de hoje.

Nesse sentir, terrorismo permanece sendo um desafio para toda a sociedade uma vez que seus executores não se limitam às fronteiras. Trata-se de um mal transnacional como se constata na figura abaixo:



Fonte: Dory, Daniel, and Carlos Caserio. "Terrorismo No Brasil?"
Confins : Revue Franco-brésilienne De Géographie (2021): Confins
: Revue Franco-brésilienne De Géographie, 2021. Web.

Como visto, ações terroristas ocorrem em todo mundo, assim pode-se destacar alguns dos atentados terroristas de grande repercussão internacional e que causaram alarde global que exigiu mudanças e respostas à altura, seja no contexto jurídico, seja no

comportamento do cidadão que passou a ter um olhar mais atento em relação a esses crimes.

1.3 ATENTADOS DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

O trágico evento de 11 de setembro de 2001, os atentados ao *World Trade Center* em Nova Iorque e ao prédio do Pentágono em Washington, mudou toda a dinâmica do mundo quanto ao terrorismo. A partir daquele momento, o mundo olhava atônito e apreensivo e constatava que uma nova era de terror tinha se iniciado, desta vez, como um fenômeno internacional. Este fenômeno alertou a comunidade internacional, que passou a aprimorar leis e estabelecer novas estratégias de combate ao terrorismo (FRANCE, 2017, p.60).

As alterações implementadas podem ser notadas na discrepância entre as medidas de aplicação da legislação que estavam em vigor antes desse dia e na implementação de novas leis, assim como no aprimoramento das já existentes, após os ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos naquela data.



Fonte: Imagem da Internet.

Para FRANCE (2017, p.63), somente a partir dos ataques de 11 de setembro o terrorismo passou a ser visto como problema de segurança nacional ensejando assim, medidas severas. Nesse contexto, o Conselho de Segurança da ONU que, outrora tratava os atentados terroristas como atos de violência urbana resolveu adotar medidas mais enérgicas.

FRANCE (2017, p.63), explica que o Conselho de Segurança resolveu adotar a Resolução 1368 (2001) que se dedicou a categorizar o terrorismo como uma ameaça internacional, assim, atos como os de 11 de setembro não poderiam mais ser entendidos como uma questão interna de cada nação. O avanço dessa resolução foi firme no sentido de reforçar o direito de cada Estado exercer a legítima defesa contra ataques terroristas.

Mudanças urgente também foram adotadas nos Estados Unidos coma a chamada “*USA PATRIOT Act*” (em português: Ato Patriota) traduzida pela imprensa como “Lei Patriótica”, que, em síntese, permitiu a suspensão das restrições legais relacionadas ao monitoramento de chamadas telefônicas particulares, trocas de e-mails, registros médicos, transações bancárias e até investigações na ausência do indivíduo alvo, sendo amplamente considerada como anticonstitucional (FRANCE, 2017, p.71).

No triste saldo, 2.977 vidas foram ceifadas nos ataques, além dos 19 sequestradores. Este evento mudou o mundo e a forma de lidar com o terrorismo. A resposta dos americanos foi severa, em outubro de 2001 os EUA e seus aliados invadiram o Afeganistão em busca do líder da Al-Qaeda, o terrorista Osama bin Laden que acabou sendo morto numa operação militar em 2 de maio de 2011 (BBC 2021).

1.4 MASSACRE EM PARIS EM 2015.

Esse ato foi perpetrado pelo grupo terrorista Estado Islâmico (ISIS), contra a funcionários do jornal *Charlie Hebdo* em 7 de janeiro de 2015. Dois irmãos, aramados com fuzis efetuaram diversos disparos

que levaram à morte de 12 pessoas além dos feridos. A imprensa assim relembrou o ocorrido:

Sete de janeiro de 2015. Onze e meia da manhã em Paris. Dois homens vestidos de preto e fortemente armados invadiram a redação do jornal satírico Charlie Hebdo. A ação durou poucos minutos e resultou em 12 mortos, entre jornalistas e policiais. Entre os mortos, George Wolinski, de 80 anos, uma lenda do cartunismo mundial. Na fuga, um dos terroristas executou, a sangue frio, um policial caído na calçada. As imagens chocaram o mundo. A polícia francesa logo identificou os autores do atentado: os irmãos franco-argelinos de origem muçulmana, Said e Cherif Kouachi, de 34 e 32 anos, respectivamente. (MemóriaGlobo 2021)

A matéria jornalística fornece detalhes adicionais sobre o ocorrido. O grupo terrorista, formado após a invasão do Iraque pelos Estados Unidos, justificou o ataque como retaliação a uma charge publicada pelo jornal, na qual foi retratada a figura do profeta Muḥammad. Para o Islã, qualquer representação do profeta é considerada um pecado.

A sociedade francesa ainda se recuperava do trauma do violento ataque quando um novo ato de covarde violência voltou a chocar os franceses e o mundo inteiro. A noite de 13 de novembro de 2015 ficará gravada na memória não apenas dos parisienses, mas de todo o mundo, como um trágico episódio de terror. A capital francesa, conhecida por sua beleza e cultura, foi palco de uma série de ataques brutais perpetrados por oito terroristas ligados à organização Estado Islâmico (MemóriaGlobo 2021b).

Equipados com fuzis AK-47, metralhadoras e explosivos, esses terroristas realizaram ataques simultâneos em seis diferentes pontos estratégicos de Paris. O principal alvo era a população civil, composta

por franceses e pessoas de diversas nacionalidades, que desfrutavam da vida noturna, cultura e entretenimento na cidade.

Os ataques ocorreram em locais emblemáticos, como a casa de espetáculos Bataclan, onde centenas de pessoas assistiam a um concerto. Além disso, restaurantes e bares foram cenários de tragédia, nos quais a violência indiscriminada ceifou vidas e deixou centenas de feridos.

O saldo final foi devastador, com 129 vidas perdidas e aproximadamente 350 pessoas feridas, algumas gravemente. A magnitude dos eventos chocou o mundo e provocou uma onda de solidariedade internacional em apoio à França.

Os ataques de Paris de 2015 não foram apenas um ataque à cidade, mas uma afronta à paz, à liberdade e à convivência pacífica entre diferentes culturas. O mundo reagiu com repúdio ao terrorismo, reafirmando a importância da união global na luta contra ameaças que buscam semear o medo e a intolerância.

À medida que Paris se recuperava dos ferimentos físicos e emocionais, o episódio serviu como um lembrete trágico da necessidade contínua de cooperação internacional na prevenção e combate ao terrorismo, promovendo valores de paz, respeito e compreensão mútua. A Cidade das Luzes, apesar da escuridão momentânea, encontrou forças para se erguer e reafirmar sua resiliência diante de desafios tão graves (BBC, 2020).



Fonte: Imagem da Internet

Como resposta ao terror praticado à luz do dia, houve uma grande mobilização da comunidade internacional que intensificou a chamada “Guerra ao ISIS” com uma coalizão liderada pelos Estados Unidos.

1.5 MASSACRE DO HAMAS DIA 7 DE OUTUBRO DE 2023

O mundo acordou incrédulo, veículos de imprensa anunciava nas primeiras horas da manhã do dia 7 de outubro de 2023 que o grupo terrorista HAMAS, oficialmente conhecido como Movimento de Resistência Islâmica havia iniciado ataques na região perto da fronteira da Faixa Gaza, já no território israelense. Nos ataques covardes, o HAMAS diversificou as ofensivas, pelo ar lançou cerca de 5 mil foguetes, por terra, homens armados fizeram um verdadeiro massacre atirando contra civis e soldados israelenses, além de assassinar dezenas de pessoas em um festival musical ao ar-livre.

A imprensa internacional chegou a contabilizar que mais de 1.400 pessoas perderam a vida nos ataques de 7 de outubro, e mais de 220 delas sendo feitas reféns (CNN, 2023).

Em resposta aos ataques do HAMAS o governo de Israel lançou uma contraofensiva com ataques pelo ar com mísseis que causaram grande devastação no território Palestino além de causar baixas de terroristas e civis.



Fonte: Imagem da Internet

No mesmo dia dos ataques, Israel declarou guerra ao HAMAS, convocando reservistas do Exército para compor as Forças de Defesa de Israel. A resposta foi iniciada pelos bombardeiros aéreos e, posteriormente, uma invasão maciça por terra (G1, 2023).

A tática do HAMAS foi no sentido de sequestrar pessoas para usarem como moeda de troca por membros dos grupos prisioneiros em Israel, além de usá-los como escudo humano. Para além dessas táticas, o grupo terrorista também se utilizou de uma grande rede de túneis para lançar mísseis contra o território israelense.

O governo de Israel divulgou vídeos que foram amplamente noticiados pela imprensa internacional que mostraram que o HAMAS iniciou os ataques com mísseis nas proximidades de escolas e hospitais no intuito de que, na resposta de Israel, vítimas civis fossem atingidas e assim, a opinião pública internacional se voltasse contra Israel (CNN, 2023).

1.6 AS RESPOSTAS DOS GOVERNOS AOS ATENTADOS TERRORISTAS

As ações de grupos terroristas pelo mundo já são por si só uma tragédia, todavia, tais tragédias tendem a ser potencializadas em razão das consequências que as sucedem. Sempre que um Estado Nacional é atacado, o governo é cobrado a dar uma resposta, e, frequentemente, essa resposta é militar e por vezes desproporcional.

Os atentados de dia 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque levou o governo americano a declarar a chamada “Guerra ao Terror” que levou à invasão, primeiramente do Afeganistão com autorização do Conselho de Segurança da ONU e posteriormente, à invasão do Iraque sob a justificativa que aquele país possuía armas de destruição em massa, sob a alegação do uso da Legítima Defesa Preventiva (ARCANJO e GUSTAVO 2021, p. 16).

Já nos recentes atentados perpetrados pelo HAMAS, a resposta do governo de Israel tem alimentado calorosos debates ante ao cerco militar e bombardeios que tem vitimado terroristas e civis (Agência Câmara de Notícias, 2023).

Em ambos os casos, além das vítimas dos atentados, a população do país ou região de onde se originam os grupos teóricos também sofrem com a apreensão quanto à que resposta o país atingido adotará. Assim, tem-se vítimas dos atentados e vítimas das reações, o que mostra que uma grande parcela de civis é atingida com os efeitos colaterais das ações terroristas.

2. TERROR EM SOLO NACIONAL

O Brasil, ao longo de sua história, registrou casos isolados de terrorismo, embora não tenha sido palco de atividades terroristas generalizadas ou persistentes de repercussão internacional. É importante notar que, em muitos desses casos, a motivação por trás dos atos não se encaixa inteiramente na definição clássica de terrorismo,

mas eles são frequentemente referidos como casos de violência política ou social. O Brasil, felizmente, não enfrentou ameaças terroristas generalizadas em sua história recente, embora o tema da segurança pública e da violência seja uma preocupação constante.

Para uma melhor resposta quanto a realidade de casos de terrorismo no Brasil é preciso analisar dados estatísticos históricos, nesse sentido, adotamos os dados da *Global Terrorism Database (GTB)* (Dory e Carlos 2021).

A *Global Terrorism Database (GTB)* representa uma ferramenta fundamental na compreensão e análise dos eventos considerados como atos de terrorismo em escala global. Estabelecida desde 1970, essa base de dados é mantida pelo consórcio START (*National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism*), com sua sede na Universidade de Maryland, Estados Unidos da América. A GTB tem desempenhado um papel crucial na coleta e organização de informações sobre incidentes terroristas em todo o mundo.

A base de dados é alimentada por relatórios da imprensa, fornecendo uma visão abrangente dos eventos associados ao terrorismo. A coleta de dados inclui uma variedade de detalhes, como a natureza do ataque, o local, as vítimas, os perpetradores e outros fatores relevantes. Essa abordagem permite uma análise mais aprofundada e uma melhor compreensão dos padrões e tendências do terrorismo ao longo do tempo.

A partir de 2012, os dados da GTB foram resumidos no *Global Terrorism Index (GTI)*, um relatório produzido em colaboração com o *Institute for Economics and Peace*, sediado em Sydney, Austrália. O GTI oferece uma análise mais refinada, classificando os países com base em seu nível de impacto do terrorismo. Isso não apenas proporciona uma avaliação comparativa entre diferentes nações, mas também destaca áreas de preocupação e áreas onde os esforços antiterrorismos podem ser mais eficazes.

O apoio direto do governo dos Estados Unidos à GTB ressalta a importância estratégica atribuída à compreensão e ao enfrentamento do terrorismo global. A cooperação entre instituições acadêmicas e

governamentais destaca a necessidade de uma abordagem colaborativa e abrangente na luta contra ameaças terroristas, visando a construção de um ambiente mais seguro e resiliente em escala global.

Assim, temos, portanto, os dados compilados que ajudam a entender a posição brasileira no ranking das ações terroristas em todo o mundo. Na tabela abaixo, é possível constatar claramente os números dos casos no Brasil:

Ranking	País	Casos
1	Iraque	26.057
2	Paquistão	14.847
3	Afeganistão	14.509
4	Índia	12.853
5	Colômbia	8.515
59	Brasil	284
196	Andorra	1
197	Antigua e Barbuda	1
201	Coréia do Norte	1
204	Cidade do Vaticano	1

Fonte: Dory, Daniel, and Carlos Caserio. "Terrorismo No Brasil?" Confins : Revue Franco-brésilienne De Géographie (2021): Confins : Revue Franco-brésilienne De Géographie, 2021. Web.

Ademais, como se verá nos próximos capítulos, o Brasil somente adotaria uma lei específica para combater o terrorismo em 2016. Portanto, até que a referida lei entrasse em vigor, não havia ainda o conceito do que seria terrorismo. Assim, muitos eventos de violência urbana recebiam essa "tipificação", mas tinham muito mais relação com o terror que causavam do que com uma descrição legal.

Aqui estão alguns casos notáveis que não foram enquadrados como terrorismo em face da ausência de lei que tipificasse as

condutas. No entanto, trata-se de casos que causaram terror e, à luz da legislação atual, seriam condutas que se amoldariam àquelas descritas na Lei 13.260/2016, fato que demonstra que a legislação brasileira já necessitava de adequações que apenas seriam iniciadas em 2016.

2.1 ATENTADO À BOMBA NO RIOCENTRO (1981).

Durante um show comemorativo do Dia do Trabalhador, no Riocentro, no Rio de Janeiro, uma bomba explodiu no carro de dois militares que planejavam um ataque contra o evento. O atentado não teve sucesso, e os perpetradores foram mortos na explosão. (Agência Senado 2021).

O Atentado à Bomba no Riocentro, ocorrido em 30 de abril de 1981, foi um evento marcante na história do Brasil e um dos casos mais notórios de terrorismo fracassado no país. Esse incidente teve lugar durante um concerto comemorativo do Dia do Trabalhador no Riocentro, um centro de convenções localizado no Rio de Janeiro.

O atentado teve como alvo principal a população que estava presente no evento e tinha a intenção de criar uma atmosfera de medo e caos. No entanto, a ação foi planejada de maneira desastrosa e acabou falhando de forma espetacular.

O plano envolveu a colocação de uma bomba em um carro no estacionamento do Riocentro, que deveria explodir durante o concerto, causando mortes e pânico. Os responsáveis pelo atentado eram dois militares do Exército Brasileiro, o capitão Wilson Machado e o sargento Guilherme Pereira do Rosário. Eles alegaram que a motivação por trás do atentado era protestar contra o governo e suas políticas, mas também pareciam querer criar um ambiente de instabilidade no país.

O que os conspiradores não esperavam era que a bomba explodisse prematuramente, enquanto ainda estavam no carro estacionado no Riocentro. A explosão matou o sargento Guilherme Pereira do Rosário e feriu gravemente o capitão Wilson Machado. A

polícia foi alertada e investigou o incidente, descobrindo a identidade dos perpetradores.

2.1.1 DESFECHO JURÍDICO

O atentado foi atribuído a militares de esquerda. No entanto, após o Ministério Público Federal denunciar seis agentes supostamente envolvidos no atentado em primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu um Habeas Corpus para encerrar o processo penal. Isso se deu pela consideração de que a punibilidade foi extinta devido à prescrição. O Tribunal argumentou que os atos foram realizados clandestinamente, sem a influência do Estado, o que não estabeleceria uma causa que indicasse a impossibilidade de prescrição (MIGALHAS 2019).

Os envolvidos não foram punidos, embora o Ministério Público Federal tenha alegado crimes contra a humanidade. No entanto, essa tese foi rejeitada pelo STJ devido à ausência de lei que tipificasse tais condutas à época. A ação chegou ao Superior Tribunal de Justiça (REsp 1798903/RJ), que decidiu por maioria reconhecer a prescrição, conforme entendimento do Superior Tribunal Militar (STM), que já havia se manifestado sobre a matéria.

Vejamos:

4. Preliminares de mérito: O STM, por mais de uma vez, “inadmitiu o prosseguimento de inquérito instaurado para apurar o atentado do Riocentro, e fez mais, decretou a extinção de punibilidade de todos os envolvidos, face a anistia deferida pela Emenda Constitucional 26/1985”. Como é cediço, “a decisão que declar[a] extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

11. Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de tornar imprescritíveis crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de lei em sentido formal. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade.

15. Dispositivo: Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.

(REsp n. 1.798.903/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 25/9/2019, DJe de 30/10/2019.)

O Atentado à Bomba no Riocentro foi um evento notório que demonstrou a fragilidade da estratégia dos conspiradores e a rejeição pública generalizada à violência como meio de protesto. Além disso, ele levantou questões sobre a influência de elementos radicais dentro das Forças Armadas brasileiras e contribuiu para a transição democrática que ocorreria no Brasil nos anos seguintes, com o fim do regime militar em 1985. O caso permanece como uma lembrança sombria de um período conturbado na história do país.

2.2 SEQUESTRO DO ÔNIBUS 174 (2000)

Um indivíduo armado sequestrou um ônibus no Rio de Janeiro, mantendo os passageiros como reféns (ROCHA, 2016, p. 5). O caso chamou a atenção do país e terminou tragicamente, com a morte de uma refém durante a ação policial. Naquela ocasião, dez pessoas foram tomadas como reféns. Após quatro horas de negociações, um oficial de polícia disparou contra o sequestrador, Sandro Nascimento; no entanto, o tiro atingiu acidentalmente a refém Geiza Gonçalves. Ela também foi alvejada pelo próprio sequestrador e faleceu a caminho do hospital. O criminoso foi rendido e preso, sendo morto momentos depois dentro da viatura policial por asfixia. Embora não tenha sido

um ato de terrorismo convencional, o sequestro do ônibus 174 no Rio de Janeiro em 2000 foi um evento dramático que mobilizou a polícia e a mídia, destacando a questão da violência urbana no Brasil (GUEDES, 2014, p. 13).

2.3 ATAQUES DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC)

Embora o PCC (Primeiro Comando da Capital) seja uma organização criminosa com motivações principalmente ligadas ao tráfico de drogas, suas ações violentas em São Paulo em 2006, que incluíram ataques a prédios públicos e policiais, são consideradas atos de terrorismo por algumas interpretações (ADORNO, 2016, p. 118–132).

Os ataques do PCC em 2006 representaram uma série de eventos violentos ocorridos no estado de São Paulo, Brasil, que tiveram início em maio daquele ano e resultaram em uma onda de violência sem precedentes. O PCC, uma organização criminosa fundada nos presídios paulistas, lançou uma série coordenada de ataques contra instituições governamentais, forças de segurança e estabelecimentos comerciais, provocando caos e medo em toda a região.

Conforme amplamente divulgado pela imprensa à época, os principais eventos e características dos ataques do PCC em 2006 incluíram (ADORNO, 2016, p. 118–132):

Motivação: Os ataques foram uma resposta à transferência de líderes do PCC para presídios de segurança máxima, que buscavam isolar e enfraquecer a liderança da organização criminosa. O PCC viu essa ação como uma ameaça à sua estrutura e ao controle que exercia sobre o sistema prisional e o tráfico de drogas.

Coordenação: Os ataques foram planejados com uma notável coordenação, utilizando telefones celulares contrabandeados para transmitir ordens e coordenar ações em todo o estado de São Paulo.

Alvos: Os alvos dos ataques incluíram delegacias de polícia, postos de gasolina, ônibus e prédios públicos. Vários confrontos

armados ocorreram entre membros do PCC e as forças de segurança, resultando em mortes de ambos os lados.

Paralisação da cidade: A cidade de São Paulo foi praticamente paralisada durante vários dias, com a interrupção dos serviços de transporte público e o fechamento de empresas em resposta à ameaça de violência.

Retaliação do Estado: O governo estadual de São Paulo respondeu aos ataques com força, mobilizando um grande contingente policial e realizando operações em presídios para retomar o controle. Várias prisões sofreram rebeliões e confrontos entre detentos e forças de segurança.

Balanco de vítimas: Os ataques resultaram em dezenas de mortes, incluindo membros do PCC, policiais, civis e detentos. Muitos ônibus foram incendiados, e a destruição de propriedades foi generalizada.

Recorrência: Apesar da resposta do estado e do subsequente enfraquecimento temporário do PCC, a organização criminosa permanece ativa e continua a desempenhar um papel importante no tráfico de drogas e em outros crimes no Brasil.

2.3.1 DESFECHO JURÍDICO

Embora tenha sido uma série de ataques, os casos foram individualizados para ações independentes, uma dessas ações apurava a morte soldado do Corpo de Bombeiros João Alberto da Costa, durante a onda de ataques a policiais ocorrida em maio de 2006. Submetidos ao procedimento do Tribunal do Júri, 3(três) envolvidos foram absolvidos do crime de homicídio e tentativa de homicídio, vejamos:

Nesta data, submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, o Egrégio Conselho de Sentença, por maioria de votos, conforme termo de votação em anexo, negaram que os réus EDUARDO APARECIDO VASCONCELOS, ALEX GASPAR CAVALHEIRO, e GIULIANA DONAYRE CUSTÓDIO tivessem praticados

os crimes de homicídio e tentativas de homicídios, descritos na pronúncia, bem como negaram a ocorrência dos crimes conexos, negando assim a autoria de todos os crimes a eles imputados. (Sentença. Plenário “4”, do I Tribunal do Júri da Capital. São Paulo, 4 de março de 2010. Eva Lobo Chaib Dias Jorge Juíza de Direito)

Ainda quanto ao caso, um quarto envolvido (Lamberto de Carvalho), este restou condenado a 46 anos e 2 meses de reclusão (JUSBRASIL 2010).

Os ataques do PCC em 2006 foram um momento sombrio na história recente do Brasil, destacando a capacidade de organizações criminosas de desafiar o Estado e desencadear violência generalizada. Esse episódio também levantou questões sobre a necessidade de reformas no sistema prisional brasileiro e na política de segurança pública.

2.4 ATAQUES HISTÓRICOS

Pequenos grupos de extrema esquerda, como a Ação Libertadora Nacional (ALN) e o Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8), realizaram uma série de ataques a bomba em instalações governamentais e empresariais na década de 1980. Esses atos eram parte da luta armada contra a ditadura militar (MATTOS, 2002, p. 34).

Na década de 1970 e 1980, o Brasil testemunhou uma série de ataques a bomba perpetrados por grupos de extrema esquerda, principalmente como parte da luta armada contra a ditadura militar que governou o país de 1964 a 1985. Esses grupos acreditavam que ações violentas eram necessárias para derrubar o regime militar e estabelecer um governo socialista no Brasil. Abaixo estão alguns dos ataques mais notórios:

- Atentado à OAB (1980): Em 27 de agosto de 1980, uma bomba explodiu no edifício da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Rio de Janeiro, matando uma pessoa e ferindo várias outras. Esse atentado foi realizado por militantes da organização MR-8, um grupo de extrema esquerda que buscava derrubar o regime militar (DE FARIAS, 2021, p, 160).
- Ataque ao Quartel-General do II Exército (1968): Em 26 de junho de 1983, o grupo Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), outro grupo de extrema esquerda, lançou um ataque a bomba contra o Quartel-General do II Exército, em São Paulo. O ataque resultou em mortes e ferimentos (CHAGAS, 2000, p, 38).
- Ataques do Movimento Revolucionário Tiradentes (1970): Em 1970, o Movimento Revolucionário Tiradentes (MRT) juntamente com VPR e ALN realizou ataque em São Paulo chamado *Quinzena Marighella*, em homenagem ao líder revolucionário assassinado no anto anterior. (CHAGAS, 2000, p, 91, 96).

É importante observar que esses grupos de extrema esquerda, como o MR-8, o VPR e o MRT (além de grupos radicais de direita), representavam uma facção minoritária da oposição à ditadura militar. A maioria dos movimentos democráticos lutava pacificamente contra o regime. A década de 1980 marcou o declínio desses grupos armados e o início do processo de redemocratização no Brasil, culminando com a promulgação da Constituição de 1988 e o fim do regime militar. Esses ataques a bomba são lembrados como eventos turbulentos em um período de transição política no país” (CHAGAS, 2000, p. 163).

2.4.1 DESFECHO JURÍDICO DOS ATENTADOS DOS ANOS 1970

Os casos listados e muitos outros tiveram como solução jurídica a Lei Nº 6.683/ 1979, denominada Lei de Anistia que assim explanava em seu art. 1º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL. 1979, art.1).

Em 28 de agosto de 1979, o presidente João Baptista Figueiredo promulgou a referida lei, concedendo perdão aos perseguidos políticos, denominados como “subversivos” pelo regime militar. Esse gesto foi um passo significativo na direção da redemocratização do Brasil (Agência Senado, 2019).

A Lei de Anistia foi confirmada pela Emenda Constitucional Nº 26/1985 e assim superou juridicamente os acontecimentos ocorrido no período. O Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se por diversas vezes a respeito da citada lei. No julgamento da ADPF 153, o STF assim se manifestou:

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia,

se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza

entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

(ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011).

Portanto, os atos de extrema violência ora narrados foram abarcados pela Lei de Anistia, não cabendo ao judiciário ou a quem quer que seja exercer a função de revisor histórico. Especialmente pelo fato de que a lei não padeceu de quaisquer vícios e, em termos democráticos, marcou a reabertura do país.

2.5 A FUNÇÃO DA MÍDIA.

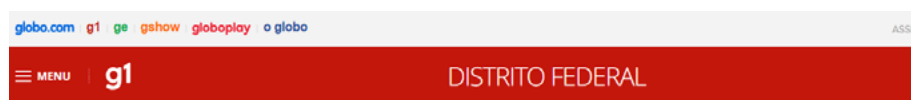
A mídia exerce uma função social importante ao promover a informação, tão relevante que a Constituição Federal de 1988 dedicou garantias para o seu livre exercício, as quais foram disciplinadas no Art. 220, § 1º: ‘Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social’.

O dispositivo constitucional mencionado destaca a importância que a imprensa tem no Estado Democrático de Direito. No entanto, não foram poucas as vezes em que a mídia, ao noticiar fatos, atribuiu uma tipificação diversa daquela estabelecida na legislação penal. Isso porque cabe ao órgão investigador a apuração e a tipificação da conduta delituosa, a fim de oferecer denúncia à justiça para que os envolvidos sejam então submetidos a julgamento e, ao final do regular trâmite processual, sejam condenados ou absolvidos.

Para melhor exemplificar, o país testemunhou as manifestações do dia 8 de janeiro de 2023, em que, desde o fim das Eleições Gerais de 2022, manifestantes contrários ao resultado das urnas acamparam em frente aos quartéis em várias cidades brasileiras, especialmente

em frente ao Quartel General do Exército em Brasília, DF (PODER 360, 2023).

No fatídico dia 8, os manifestantes desceram em passeata rumo ao Congresso Nacional e invadiram as sedes dos três poderes (Palácio do Planalto, sede do Executivo; Congresso Nacional, sede do Legislativo; e o prédio do Supremo Tribunal Federal, sede do Judiciário), onde promoveram vandalismo, quebra-quebra, destruíram móveis, vidraças e objetos históricos. Durante toda a cobertura do evento lamentável, a imprensa brasileira fez as vezes do órgão investigador e por si mesma tipificou os atos como ‘terroristas’, propagando essa ‘verdade’ diariamente nos telejornais. Vejamos a cobertura de alguns veículos de imprensa sobre os eventos do dia 8:



Terrorismo em Brasília: o dia em que bolsonaristas criminosos depredaram Planalto, Congresso e STF

Sedes dos 3 poderes foram destruídas em um ataque sem precedentes na história do Brasil. Lula decretou intervenção na segurança do DF, e Alexandre de Moraes afastou governador por 90 dias.

Fonte: G1 disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/08/o-dia-em-que-bolsonaristas-invadiram-o-congresso-o-planalto-e-o-stf-como-isso-aconteceu-e-quais-as-consequencias.ghtml>.

Home > Brasil

Atos terroristas: os 11 pontos para entender tudo desde o 8 de janeiro

Entre os principais acontecimentos desencadeados pelos ataques bolsonaristas estão a intervenção em Brasília decretada por Lula e a prisão do ex-ministro Anderson Torres

Modo escuro 

Fonte: *exame*. Disponível em <https://exame.com/brasil/atos-terroristas-os-11-pontos-para-entender-tudo-desde-o-8-de-janeiro/>

A abordagem da grande mídia e até mesmo da imprensa do Supremo Tribunal Federal, ao tipificar os atos como “terrorismo”, mesmo em desacordo com a legislação vigente, evidencia um fenômeno intrincado que transcende as fronteiras do Direito Positivo. Tal postura revela uma fusão peculiar entre a função da imprensa e setores do Estado, onde a interpretação dos acontecimentos muitas vezes se entrelaça com considerações ideológicas, por vezes suplantando os próprios princípios do Direito Positivo.

Essa convergência entre a mídia e setores do Estado levanta questões cruciais sobre a imparcialidade na disseminação de informações e a influência da ideologia política sobre a narrativa pública. Ao classificar os eventos como “terrorismo”, apesar da ausência de respaldo legal, a imprensa pode inadvertidamente contribuir para a formação de uma opinião pública moldada por interpretações subjetivas e posicionamentos políticos.

A comunicação entre instituições, especialmente aquelas que desempenham um papel crucial na administração da justiça, deve ser pautada pela precisão, imparcialidade e respeito aos princípios legais. Quando a imprensa adota uma terminologia que não encontra respaldo na legislação vigente, há o risco de distorcer a percepção pública dos eventos, criando um ambiente propício para conflitos e desentendimentos.

É imperativo que a imprensa exerça sua função com responsabilidade, reconhecendo a importância de uma cobertura equilibrada e precisa. Ao mesmo tempo, as instituições estatais têm a responsabilidade de garantir que a interpretação e a aplicação da legislação sejam conduzidas de maneira consistente e em conformidade com os princípios do Estado de Direito.

A situação descrita destaca a complexidade da interseção entre a mídia e o Estado, ressaltando a necessidade contínua de promover uma comunicação transparente, ética e informada, a fim de preservar a integridade do sistema legal e a confiança da sociedade nas instituições que o compõem.

Fonte: Portal STF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503847&ori=1>

Diante de toda a cobertura realizada pela imprensa, foi possível constatar o poder que esta exerce enquanto agente formador de opinião, que nos últimos anos se modernizou para além dos jornais impressos e, atualmente, está presente nas mídias sociais. No entanto, mesmo com o advento de novas tecnologias e a cobertura em tempo real dos eventos que ocorrem no mundo, a atividade da imprensa se relaciona ao direito à informação, passando ao largo de suas funções a tipificação de conduta delituosa.

Nessa toada, é importante destacar que o Estado Brasileiro possui Poderes Constitucionalmente constituídos e com funções pré-estabelecidas. De forma bastante abreviada, cabe ao Legislador elaborar leis; ao Executivo, executá-las; e ao Judiciário, aplicá-las ao quadro concreto. Esta estrutura existe para evitar que instituições que não possuam atribuições legais para exercer quaisquer das funções

daqueles poderes usurpem para si e passem a exercer tais funções como se legitimadas fossem.

Há muito se discute a influência da mídia nos processos penais em curso. Se, por um lado, defensores aduzem que o direito à informação deve ser livre, opositores argumentam que nos casos ainda pendentes de julgamento, o direito à informação pode contaminar a decisão final. Foi exatamente o caso recente envolvendo a Rede Globo e a defesa do ex-vereador Dr. Jairinho e a pedagoga Monique Medeiros, acusados pela morte do menino Henry Borel em 2021. Após decisão do juízo da 2ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, que entendeu que a exibição seria “precipitada” e “contrária ao interesse público”, uma vez que o julgamento dos acusados ainda não tinha ocorrido (Portal STF, 2023).

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal e o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar suspendendo a decisão da Justiça do Rio de Janeiro, que havia proibido a transmissão do programa “Linha Direta” da TV Globo na noite de quinta-feira, 18 de agosto de 2022, abordando o caso da morte do menino Henry Borel em 2021. A medida liminar foi concedida em resposta à Reclamação (RCL) 59847, apresentada pela Globo Comunicação e Participações.

Apesar da consternação pela morte da criança, o que se vê no caso citado é uma clara preocupação com o poder de formação de opinião da mídia, que, dependendo da cobertura dada ao caso, pode trazer prejuízos irreparáveis aos envolvidos, especialmente aos réus.

O caso do 8 de janeiro exemplifica com perfeição como a mídia pode interferir nos rumos do processo. Desde o início da cobertura, a imprensa tratou os manifestantes como terroristas, ainda que suas condutas não se enquadrassem no tipo penal descrito. Além disso, nunca coube à imprensa e à mídia em geral tipificar condutas criminosas; seu papel sempre foi o de prestar informações, fazer denúncias, entre outros, definidos em lei própria.

Todavia, a imprensa brasileira por si só procedeu à tipificação de crimes e passou a veicular suas afirmações diariamente como se verdade fosse. No trâmite processual, os envolvidos, que foram indiciados, em sua maioria, foram denunciados por outros crimes

diversos, como associação criminosa (artigo 288), abolição violenta do estado democrático de direito (artigo 359-L), golpe de estado (artigo 359-M), ameaça (artigo 147), perseguição (artigo 147-A, inciso I, parágrafo 3º), incitação ao crime (artigo 286), dano e dano qualificado (artigo 163), dentre outros. Ou seja, a tipificação foi diversa da apresentada pela imprensa.

3. LEGISLAÇÃO E JULGADOS APLICADOS AO TEMA

3.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta Magna, já em seus primeiros artigos, evidencia a gravidade do terrorismo, ao ponto de inserir essa preocupação no artigo 4º, no qual são discriminados os princípios que o Brasil passaria a adotar em suas relações internacionais: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo”. Ademais, ainda que se trate de uma Constituição Cidadã, o artigo 5º, inteiramente dedicado aos Direitos e Garantias Individuais, não se furtou de assegurar com toda veemência um tratamento mais rigoroso para este delito.

Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.
(Constituição Federal de 1988)

A inserção do tratamento ao terrorismo na Constituição reflete a urgência e a importância atribuídas pelo legislador a esses eventos alarmantes. Este ato evidencia não apenas a existência de crimes dentro do tecido social, mas também a necessidade premente de identificar certas transgressões como merecedoras de atenção especial. A inclusão do terrorismo no escopo constitucional não é apenas uma medida simbólica; é uma salvaguarda fundamental contra interpretações e legislações infraconstitucionais que poderiam inadvertidamente mitigar a gravidade e a abordagem necessária para lidar com esse fenômeno” (SILVA, 2010, p.18).

A razão para tal destaque reside na singularidade e na ameaça que o terrorismo representa para a ordem social e a segurança nacional. Ao inserir disposições específicas na Constituição, o legislador busca assegurar que a repressão a esses atos hediondos seja clara, inflexível e alinhada com os valores fundamentais da sociedade.

Ao adotar uma abordagem constitucional para o tratamento do terrorismo, o legislador reconhece a necessidade de evitar lacunas ou ambiguidades que possam surgir em legislações de âmbito inferior. Dessa forma, a Constituição serve como um alicerce robusto, estabelecendo os princípios fundamentais que regem a abordagem do Estado em relação ao terrorismo, enquanto ainda permite flexibilidade para adaptações conforme a evolução das ameaças” (SILVA, 2010, p.18).

Essa medida não apenas fortalece a resposta legal ao terrorismo, mas também reforça a coesão social ao reafirmar o compromisso do Estado em proteger seus cidadãos contra ameaças extremas. Ao inserir disposições específicas na Constituição, o legislador não apenas sinaliza a gravidade desses atos, mas também estabelece um padrão claro para a sociedade e os órgãos judiciais, garantindo que o combate ao terrorismo seja conduzido com a seriedade e a determinação que a questão exige.

Em última análise, a inclusão do tratamento ao terrorismo na Constituição representa um passo significativo na garantia da segurança e da estabilidade, reforçando os alicerces legais que

sustentam a defesa contra uma das ameaças mais sérias à ordem pública e à paz social.

Destarte, a conclusão lógica emerge no sentido de que o Legislador deliberadamente escolheu incorporar o tratamento específico do terrorismo na Lei Maior, visando evitar a banalização ou a indiferença perante casos tão excepcionais. Esta abordagem constitucional reflete o comprometimento em fornecer a devida importância a um fenômeno que, pela sua natureza, desafia as bases da ordem e da segurança” (SILVA, 2010, p.6).

É digno de nota que, apesar da consagração do tratamento ao terrorismo na Constituição Federal de 1988, a regulamentação detalhada e mais específica só foi efetivamente estabelecida após quase três décadas, por meio da promulgação da Lei 13.260, datada de 16 de março de 2016. Essa lacuna temporal levanta questionamentos sobre a dinâmica entre a resposta legal imediata a um problema urgente e a necessidade de um desenvolvimento mais maduro e reflexivo das medidas legislativas.

A demora na promulgação da legislação específica para o terrorismo pode ser interpretada de várias maneiras. Por um lado, representa um cuidadoso processo de elaboração de leis, que busca equilibrar a urgência de abordar ameaças iminentes com a necessidade de garantir que as medidas adotadas sejam ponderadas e eficazes. Por outro lado, levanta questões sobre a prontidão do sistema legal em se adaptar a desafios emergentes, ressaltando a importância da constante revisão e atualização da legislação em resposta às dinâmicas sociais e globais.

Assim, enquanto a Constituição estabeleceu as bases para o tratamento do terrorismo, a materialização dessa abordagem só ocorreu décadas depois. Isso destaca a complexidade e a sensibilidade envolvidas na formulação de leis que buscam equilibrar a segurança nacional com os direitos individuais, sublinhando a necessidade contínua de reflexão e aprimoramento legislativo diante de ameaças em constante evolução.

3.2 O TERRORISMO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Alguns dispositivos legais, tanto os já revogados quanto os ainda em vigor, traziam em seu escopo o combate ao terrorismo. No entanto, mesmo antes da promulgação de legislação específica, essa abordagem era tímida e pouco eficiente. A partir da leitura de alguns desses dispositivos, pode-se concluir que havia uma preocupação com o fenômeno, porém, os mecanismos ainda eram bastante vagos e pouco eficazes.

3.2.1 LEI Nº 7.170, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1983.

Esta lei, promulgada durante o período do Regime Militar no Brasil, tinha como objetivo principal tratar dos crimes contra a segurança nacional de maneira mais ampla. Apenas no artigo 20 da lei é mencionado o terrorismo, porém, sem uma definição clara do termo. Vejamos:

Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

(BRASIL, 1983. Art. 20).

Após intensos debates e polêmicas envolvendo a imprensa, bem como membros dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, notadamente nos casos que envolveram o ex-deputado federal Daniel da Silveira e o ex-deputado federal Roberto Jefferson, ambos detidos por determinação do Supremo Tribunal Federal devido a infrações à legislação mencionada, o que agravou ainda mais as tensões entre os Poderes Constitucionais, a Lei de Segurança Nacional foi finalmente revogada pela Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021.

3.2.2 LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) expressa o elevado grau de reprovação social atribuído a determinados crimes e, conseqüentemente, aplica um maior rigor a esses delitos. A explicação para o tratamento diferenciado é a proteção de bens jurídicos como a vida, a saúde pública, a dignidade da pessoa humana, entre outros. Desta forma, a referida lei estabelece o rol dos crimes hediondos e os equiparados a hediondos:

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o **terrorismo** são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (*destaquei*)

(BRASIL, 1983. art. 2º)

Da leitura do dispositivo legal, constata-se que o crime de terrorismo não fazia parte do texto original da lei. No entanto, foi elevado a “crime equiparado a hediondo”, resultando em uma penalidade mais severa e na supressão de instrumentos disponíveis

para outras modalidades de crimes, assim como os demais crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos.

Contudo, mesmo que o crime em questão já fosse considerado equiparado a hediondo, ainda assim, a forma de investigação, processo e a própria definição causavam insegurança jurídica quanto à tipificação do delito. Nesse sentido, MORAIS (2002, p. 7-11) afirmou que no Brasil nenhuma pessoa pode ser processada como incurso nas penas do crime de terrorismo devido à falta de uma lei que defina o que é terrorismo. O autor acrescenta que, desse modo, “não é difícil reconhecer que existe uma lacuna legal, onde as condutas terroristas não se enquadram em figuras típicas previstas em nosso ordenamento jurídico – o que limita a aplicação do ‘*ius puniendi*’ estatal”.

Essa segurança jurídica só foi alcançada de fato com a sanção da Lei 13.260/2016, que abordaremos a seguir.

3.2.3 LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016.

O terror despertado no mundo pelo a partir de 2001 seguida da “Guerra ao terror” acabou por fomentar a necessidade do Brasil em ter instrumentos legais mais precisos para combater o terrorismo (BARBOSA, 2022, p, 2). Àquela ocasião, o ISIS estava em seu auge, sequestrando pessoas, realizando ataques indiscriminados em diversas regiões do mundo. O já citado massacre em Paris contra funcionários do jornal francês *Charlie Hebdo* em janeiro de 2015 trouxe a sensação de que ninguém estava seguro, e, com a proximidade dos Jogos Olímpicos Rio-2016 a apreensão aumentava.

Somente em março de 2016 foi adotada uma lei específica (Lei 13.260/2016) para tratar do tema no Brasil, muito em função dos Jogos Olímpicos Rio-2016. Este foi o primeiro dispositivo que regulamentava o disposto no Art. 5º, XLIII da Constituição Federal com um lapso temporal de aproximadamente 30 (trinta) anos. A Lei em questão trouxe como novidade legislativa a definição do crime de terrorismo,

bem como as disposições da fase investigativa e processuais que deveriam ser aplicadas à matéria (PEREIRA, 2023, p. 4).

Para Pereira (2023), apenas a partir da Lei 13.260/2016 é plausível concluir que, a partir deste momento, pode-se formar opiniões a respeito de termos comuns utilizados nos dias atuais, tais como “golpismos” e “terroristas”, de uma maneira mais objetiva, sem a influência de paixões ideológicas e sem uma forte afinidade por bandeiras político-partidárias. Além disso, de maneira precisa, o referido diploma legal, em seu artigo 2º, a Lei se dedicou a conceituar o que de fato caracteriza o crime de terrorismo:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016, art. 13).

Este instituto representou um grande avanço legislativo, isso porque, a partir de então, o Estado brasileiro passava a ter segurança jurídica para tipificar, investigar e processar o crime de terrorismo. Todavia, a lei brasileira não foi concebida a partir de vivências próprias, sendo elaborada com base em experiências internacionais. Bonfigli e Peixoto (2018) apontam que ao adotar uma lei pautada em experiências internacionais, especialmente em megaeventos, a lei brasileira demonstra uma desorientação histórica da realidade brasileira no combate ao terrorismo em solo nacional, o que leva a um desgaste dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, conduzindo a um Estado de exceção.

Ainda assim, a partir da adoção da Lei 13.260/2016, as autoridades investigativas passaram a ter um instrumento jurídico adequado para proceder às investigações e consequentes tipificações dos atos agora classificados como terroristas. A partir de então, foi possível sair da

especulação midiática e tratar o tema com todo o rigor que a lei passou a prever, de maneira a cumprir fielmente o princípio constitucional do devido processo legal, escupido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal.

3.2.4 PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 3283, DE 2021.

Como já estudado com Bonfigli e Peixoto (2018), a lei brasileira de combate ao terrorismo não foi concebida levando em conta a realidade nacional, mas sim, importando experiências internacionais. Essa adaptação tem se mostrado ineficiente para a realidade brasileira e alimentado polêmicas de viés político-partidário, o que causa retrocesso e, conseqüentemente, resulta em insegurança jurídica.

O momento é oportuno para questionar se crimes como roubos cinematográficos a bancos e explosões de caixas eletrônicos, as ações de facções como PCC e Comando Vermelho, sabotagens no transporte público, incêndios em ônibus, ordens do tráfico para fechamento de comércio, tiroteios em escolas, dentre outros, poderiam ser inseridos na lei e tipificados como atos de terrorismo. Aliás, é nesse sentido o texto do Projeto de Lei nº 3283, de 2021 de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). O projeto *“altera as penas e tipifica como atos terroristas as condutas praticadas em nome ou em favor de grupos criminosos organizados”*. Indubitavelmente, projetos como esse representam um avanço estatal para o combate eficiente ao “terrorismo brasileiro”, que destoa dos eventos que ocorrem mundo afora (Agência Senado 2023).

Caso aprovado e sancionado, o Projeto de Lei nº 3283, de 2021 vai adequar a legislação pátria aos crimes que ocorrem no Brasil e despertam sentimentos de terror na população e que se amoldam na segunda parte do art. 2º da Lei 13.260/2016. Mister destacar que no texto original do projeto consta uma definição bastante específica que visa coibir as ações de organizações criminosas que ocorrem no Brasil:

§ 3º Equiparam-se a atos terroristas as condutas praticadas, por qualquer razão, em nome ou em favor de organização terrorista ou grupo criminoso organizado que:

I - obstaculizem ou limitem a livre circulação de pessoas, bens e serviços, ressalvado o § 2º deste artigo; (Projeto de Lei nº 3283, de 2021 Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN))

Até o momento, o referido projeto de lei aguarda tramitação regular no Legislativo. Desde seu protocolo, o projeto recebeu emendas que buscam enquadrar outras ações criminosas como ações terroristas. Em seu conjunto, o projeto se mostra bastante preciso e já demonstra que o Poder Legislativo está atento às especificidades nacionais.

Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para equiparar a atos terroristas as condutas que especifica praticadas em nome ou em favor de organização terrorista ou grupo criminoso organizado e para dispor sobre os crimes de associação para o tráfico de drogas e constituição de milícia privada. (Projeto de Lei nº 3283, de 2021 Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN))

A simples tramitação de tal projeto é um sinal de adequação legislativa à realidade brasileira, o que pode representar uma desvinculação tácita dos conceitos internacionais. Se, ao final, o projeto for aprovado e entrar em vigor, representará um marco no enfrentamento ao crime organizado no Brasil, além de apresentar um novo instrumento nessa luta que tem sido travada até então com Operações de Garantia da Lei e da Ordem, intervenção Federal na

segurança, operações da Força Nacional e operações coordenadas com diversos órgãos de segurança pública.

3.2.5 OPERAÇÃO “HASHTAG”.

A operação em questão foi realizada pela Polícia Federal do Brasil no ano de 2016, resultando na detenção de um grupo de indivíduos suspeitos de planejar atos terroristas durante os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro. Esta ação envolveu a vigilância das comunicações online de pessoas sob suspeita de planejar atividades terroristas, resultando em detenções preventivas e buscas em residências dos suspeitos. A polícia apreendeu dispositivos eletrônicos e investigou mensagens trocadas pelos suspeitos em plataformas online (CONJUR, 2017). Os envolvidos foram formalmente acusados pelo Ministério Público na Ação Penal nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR, sendo incursos nas penas dos crimes previstos no art. 3º da Lei nº 13.260/16. A defesa interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), alegando incompetência da 14ª Vara Federal de Curitiba. Contudo, no julgamento do RHC 98349, a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, manteve a competência da referida vara federal.

No desfecho da operação, os acusados foram condenados a penas que variaram de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão. Na sentença, o magistrado ressaltou, como parte de sua fundamentação, que a mera intenção de realizar os atos terroristas é suficiente para configurar o crime de terrorismo, consoante o art. 3º da Lei 13.260/2016:

Não há necessidade de comprovação de especial fim de agir ou da presença de dolo específico, bastando o simples ato de promover organização terrorista por meio de atos inequívocos que demonstrem externamente a adesão aos seus ideais e a sua respectiva externalização voluntária.
(...)

Desimporta se existia, ou não, a real intenção de traduzir as manifestações públicas de estímulo ou apoio em ações preparatórias ou executórias concretas capazes de produzir resultados materiais consistentes em ataques a pessoas ou instalações físicas em nome da causa sectária.

(SENTENÇA 14^a Vara Federal de Curitiba, PR. 04/05/2017. MARCOS JOSEGREI DA SILVA.)

Este caso foi notável devido à rápida ocorrência de atos criminosos logo após a implementação da lei. Segundo a peça acusatória, no período de 17 de março a 21 de julho de 2016, todos os acusados estiveram envolvidos na promoção da organização terrorista conhecida como Estado Islâmico do Iraque e do Levante. É digno de nota que a Lei 13.260 foi promulgada precisamente em 17 de março de 2016, coincidindo com o início das ações praticadas pelos acusados em conformidade com essa legislação. Portanto, em conformidade com o consagrado princípio *tempus regit actum*, a lei em questão é perfeitamente aplicável.

Por ocasião de julgamento dos EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR, a 4^a Seção do Tribunal Federal da 4^a Região (TRF4), divergiu quanto à matéria. Restaram vencidos em parte, os Desembargadores Federais CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI, SALISE MONTEIRO SANCHOTENE e CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ.

O cerne da divergência residia na interpretação do verbo nuclear do tipo penal, pois o Artigo 3º da Lei 13.260/2016 é claro ao estabelecer as práticas de “Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista”. Entretanto, segundo os votos vencidos, os envolvidos não se conheciam, e além disso, não poderiam ser condenados pela prática da “apologia ao terrorismo”, uma vez que tal conduta não está descrita na lei.

Destarte, nos votos divergentes, argumentou-se ainda que:

- “Promover”, no sentido jurídico, não equivale a “propagandear”;
- Tipo penal da organização criminosa não terrorista;
- Ausência de qualquer contato com o Estado Islâmico;
- Ausência de qualquer plano estruturado de ação - absoluta incapacidade de agir;

Com base nessas considerações, a argumentação contrária destaca que os eventos descritos na denúncia não se alinham ao tipo penal pelo qual os réus foram condenados. Alega-se que as ações dos réus não se enquadram nos comportamentos tipificados pelo Artigo 3º da Lei 13.260/2016, sendo, portanto, inadequadas para embasar as condenações impostas a eles. No entanto, os votos vencedores foram no sentido de que as condutas se amoldariam nas condutas estabelecidas no Artigo 3º da Lei 13.260/2016.

CONCLUSÃO

Em que pese a consideração do grau de reprovação social, entretanto, não se pode olvidar que no Estado Democrático de Direito, é imprescindível a correta observância do devido processo legal e da correta tipificação das condutas delituosas, sempre pautado pela segurança jurídica. Não obstante, ainda que a violência urbana cause terror social, somente pode ser responsabilizado pela conduta de terrorismo o indivíduo que agir exatamente nos termos da Lei 13.260/2016. Tal determinação é estabelecida pelo Decreto-Lei Nº 2.848/1940 (Código Penal) “Anterioridade da Lei Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. A relevância do princípio da anterioridade penal demonstra o grau de preocupação com o respeito às garantias individuais e da pessoa humana. Nesse sentido, a Lei Maior, recepcionou o texto e o incluiu entre as cláusulas pétreas, inserindo-o no Art. 5º, XXXIX.

É essencial examinar com cautela a definição popular para evitar generalizações, pois se todas as ocorrências forem rotuladas como terrorismo, corre-se o risco de diluir o significado do termo. Como já evidenciado, o terrorismo é um dos crimes mais sérios e desafiadores de combater em todo o mundo. Caracteriza-se por atingir grupos de pessoas de maneira indiscriminada, gerando um sentimento de horror tanto na localidade onde ocorre quanto em toda a sociedade.

Embora a violência urbana seja um tema que provoca calorosas discussões e merece todo esforço para combatê-la e diminuí-la, não se duvida que ela tenha realmente causado espanto, horror, temor, assombro... (muitos adjetivos ainda caberiam para externar o sentimento), não se pode de forma imprudente qualificar qualquer conduta violenta como terrorista. Esse tipo de definição enfraquece a luta contra o terror na sua essência, pois tira dele a gravidade que o mesmo representa.

Os ataques do PCC em 2006, os tiroteios em escolas (que têm ocorrido com uma frequência estarrecedora nos últimos anos), incêndios em ônibus no Rio de Janeiro e demais casos de violência urbana não se enquadram na Lei 13.260/2016, seja pela definição que a referida lei estabelece, seja pela motivação, meios utilizados ou quaisquer outros parâmetros definidos na citada lei. Esses casos demonstram que no Brasil, a violência urbana tem atingido patamares assustadores. Os criminosos, cada vez mais, têm agido de maneira ousada e violenta, e, nesse contexto, deve-se perguntar se a crescente barbárie deve ser classificada como atos terroristas.

A partir do conceito constante no artigo 2º da Lei 13.260/2016, que define terrorismo como atos praticados *“por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”*, pode-se refletir que não seria o caso de enquadrar diversas práticas de violência urbana como atos terroristas.

Para uma análise mais completa, é necessário dividir o texto do artigo 2º em duas partes. A primeira parte diz respeito à motivação, enquanto que a segunda parte diz respeito ao objetivo.

Na primeira parte: “Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião...”. Aqui temos a motivação, a razão que desperta o início da ação terrorista. A lei restringe essa motivação à xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. No entanto, as barbaridades que se veem no Brasil já superaram, e muito, as restrições a grupos específicos descritos na lei. A crueldade atinge de maneira potencializada as populações das camadas mais baixas da sociedade. Nessas populações estão presentes os mais variados grupos de pessoas, incluindo os descritos na lei. Ou seja, essa parcela da sociedade vive em constante terror, o que nos leva a perguntar se não está na hora de ampliar esse termo da lei para abranger toda e qualquer pessoa que sofra os horrores dos crimes especificados na lei Antiterrorismo.

No que tange à segunda parte do referido artigo, ou seja, sua finalidade “*com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública*”, temos que esta já é amplamente praticada por organizações criminosas. É o que se vê nos casos de violência urbana descritos anteriormente. Nestes casos, ainda que se tenha a motivação de obter lucro por meio da violência, esta é exercida no mais alto grau de engenhosidade, preparo e brutalidade, portanto, se enquadra perfeitamente na segunda parte do artigo 2º. Desta maneira, não seria demasiado enquadrar tais condutas como terroristas.

Destarte, o Projeto de Lei do Senado nº 3283, de 2021, anteriormente mencionado, representa um avanço significativo na formulação de um conceito brasileiro, perfeitamente alinhado com os eventos que ocorrem no país. Essa iniciativa tem o potencial de aprimorar consideravelmente os esforços de combate ao terrorismo em solo brasileiro, assegurando, assim, a segurança jurídica necessária.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S.; DIAS, C. N. **Cronologia dos “Ataques de 2006” e a nova configuração de poder nas prisões na última década.** Revista Brasileira de Segurança Pública, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 118–132, 2016. DOI: 10.31060/rbsp.2016.v10.n2.698. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/698>. Acesso em: 13 nov. 2023.

AGENCIA ESTADO. **Wikileaks: EUA alertaram para ação antiterror de Dilma.** Brasília, 30 nov. 2010. Disponível em: <https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/governo-de-sp-investiga-suspeita-de-sabotagem-em-pane-eletrica-na-cptm-no-dia-da-reve.html#tterror> Acesso em: 10 set. 2023.

AGENCIA SENADO. **Aprovado projeto que tipifica como terroristas atos do crime organizado e de milícias. 10 mai.** 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/10/aprovado-projeto-que-tipifica-como-terroristas-atos-do-crime-organizado-e-de-milicia>. Acesso em: 25 out. 2023.

AGENCIA SENADO. **Memória: os 40 anos do caso Riocentro.** 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/reportagem-especial/2021/04/29/memoria-os-40-anos-do-caso-riocentro>. Acesso em: 25 out. 2023.

ARAÚJO, Rômulo de Aguiar, GAL, Lucas Mikaly. **A espetacularização do Processo Penal e os embates sobre imparcialidade judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-27/araujo-gal-espetacularizacao-processo-penal/>. Acesso em: 19 ago. 2023.

ARCANJO, Mariana Uchoa, and GUSTAVO Da Frota Simões. **“A Possibilidade De Classificação Da “guerra Ao Terror” a Partir Dos Conceitos Clássicos De Guerra Do Direito Internacional Público.”** Coleção Meira Mattos (Online) 15.52 (2021): 111-25. Web.

BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

BBC News Brasil. **Atentados de 11 de Setembro: a tragédia que mudou os rumos do século 21**. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55351015#:~:text=Os%20atentados%20de%20setembro%20de,no%20campo%20econ%C3%B4mico%20como%20pol%C3%ADtico>. Acesso em: 30 out. 2023.

BBC NEWS BRASIL. **Israel mostra imagens das câmeras corporais do Hamas no ataque de 7 de outubro**. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4n4y7364jno#:~:text=Mais%20de%201.400%20pessoas%20perderam,220%20delas%20sendo%20feitas%20ref%C3%A9ns>. Acesso em: 27 out. 2023.

BONFIGLI e PEIXOTO. Fiammetta; Rodrigo Luz. **Terrorismo, Inimigo E Exceção: O Caso Brasileiro E A Aprovação Da Lei Antiterrorismo**. Revista de Estudos Criminais, Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1095>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 2016**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm. Acesso em: 17 de set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.170 de 1983**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.html (p <https://www.planalto.gov.br>). Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.072 de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 24 out. 2023.

CAMARGO, Vera Lúcia. **Matar-se em nome de Deus? Uma análise do suicídio praticado pelos homens e mulheres bombas no islamismo**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

CHAGAS, Fábio André Gonçalves das. **A Vanguarda Popular Revolucionária: dilemas e perspectivas da luta armada no Brasil (1968-1971)**. Dissertação (Mestrado em História, Direito e Serviço Social) – UNESP – Franca, SP. 2000.

CNN BRASIL. **Israel sofre ataque surpresa e sem precedentes do Hamas; veja imagens da destruição**. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/imagens-mostram-destruicao-de-ataques-em-israel-veja/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CONJUR. **Presos na operação hashtag são condenados com base na Lei de Terrorismo**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/presos-operacao-hashtag-sao-condenados-lei-terrorismo/>. Acesso em: 13 Out. 2023.

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo internacional – inimigo sem rosto, combatente sem pátria**. São Paulo: Millennium, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7189>. Acesso em: 12 set. 2023.

DORY, Daniel, and CARLOS Caserio. **“Terrorismo No Brasil?”** Confins: Revue Franco-brésilienne De Géographie (2021): Confins : Revue Franco-brésilienne De Géographie, 2021.

EXAME. **Atos terroristas: os 11 pontos para entender tudo desde o 8 de janeiro. 2023.** Disponível em: <https://exame.com/brasil/atos-terroristas-os-11-pontos-para-entender-tudo-desde-o-8-de-janeiro/>. Acesso em: 12 set. 2023.

FARIAS, J. A. de. **Explosões conservadoras: atentados de extrema-direita na distensão da ditadura civil-militar.** Em Tempo de Histórias, [S. l.], v. 1, n. 38, 2021. DOI: 10.26512/emtempos.v1i38.34446. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/view/34446>. Acesso em: 16 nov. 2023.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Terrorismo: contornos jurídicos para o Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 784, 24 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7189>. Acesso em: 7 nov. 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Israel anuncia cerco à Cidade de Gaza em meio ao ‘auge’ do conflito com avanço de ofensiva por terra.** 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c72v404zzq-xo>. Acesso em: 12 set. 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional.** Disponível em: 20171003012614-interpretacao_democratica_lei_seguranca_nacional.pdf (fragoso.com.br). Acesso em: 18 set. 2023.

FRANCE, Guilherme de Jesus. **As origens da lei antiterrorismo: os tortuosos caminhos de localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil.** 2017. Dissertação (Mestrado em História) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

FRANCO, Alerto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a Lei 8.072/90**. 3. ed. ver. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

G1. **Terrorismo em Brasília: o dia em que bolsonaristas criminosos depredaram Planalto, Congresso e STF**. 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/08/o-dia-em-que-bolsonaristas-invadiram-o-congresso-o-planalto-e-o-stf-como-isso-aconteceu-e-quais-as-consequencias.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2023.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUEDES, N. G. D. T. **Ônibus 174 e a Figura do Marginalizado**. In XIX Congresso de Ciências.2014. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sudeste2014/resumos/R43-0123-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JOVEM PAN. **Governo de SP investiga suspeita de sabotagem em pane elétrica na CPTM no dia da greve**. Jovem Pan. 5 out. 2023. Disponível em: <https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/governo-de-sp-investiga-suspeita-de-sabotagem-em-pane-eletrica-na-cptm-no-dia-da-greve.html>. Acesso em: 20 out. 2023.

MARTINS, Flávio. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de. **Em nome da segurança nacional: os processos da Justiça Militar contra a Ação Libertadora Nacional (ALN), 1969-1979**. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

MORAIS, Márcio Santiago de. **Aspectos do combate ao terrorismo: prevenção e repressão legal no exterior e no Brasil.** Direito militar, v. 6, n. 34, p. 7-11, mar/abr. Direito Militar, Florianópolis, SC. 2002.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Aspectos jurídicos e conceituais das manifestações em Brasília. Golpismo, terrorismo ou atipicidade?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 28, n. 7140, 18 jan. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/102063>. Acesso em: 24 ago. 2023.

PODER 360. **Acampamento no QG do Exército foi um absurdo, diz Arthur Maia.2023.** Disponível em:(<https://www.poder360.com.br/congresso/acampamento-no-qg-do-exercito-foi-um-absurdo-diz-arthur-maia/>) Acesso em: 13 out. 2023.

PORTAL STF. **STF concede liberdade provisória a mais 80 denunciados pelos atos terroristas de 8 de janeiro.** 10 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503847&ori=1>. Acesso em: 20 out 23.

PORTAL STF. **STF suspende proibição da exibição de programa sobre a morte do menino Henry Borel.** 18 mai. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507491&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2023.

ROCHA, Leonardo Coelho. **“O caso Ônibus 174: Entre o documentário e o telejornal.” Análise 174 (2016).** Disponível em: <https://www.bocc.ubi.pt/pag/rocha-leonardo-documentario-telejornal.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

RODRIGUES, E. C.. **As cruzadas e as apropriações contemporâneas da Idade Média (2001-2020).** REVISTA EPÍGRAFE. Disponível em: As Cruzadas e as apropriações contemporâneas da Idade Média (2001 - 2020) | Epígrafe (usp.br). Acesso em 23 out. 2023.

SCHREIBER, M. **O Brasil precisa de uma lei antiterrorismo?** BBC Brasil. Brasília, 21 out. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151020_lei_terrorismo_ms_cc. Acesso em: 23 out. 2023.

SILVA, Fca Jordânia Freitas da; MONTEIRO NETO, J. A. . **Tratamento penal do terrorismo no Brasil**. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/TRATAMENTO_PENAL_DO_TERRORISMO_NO_BRASIL.pdf. Acesso em 20 out. 2023.

SILVA, Fernando César Domingues Da. **O julgamento dos cavaleiros templários: uma análise da justiça medieval a partir da obra “o rei de ferro”, de Maurice Druon..** In: Anais do XII Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica do UNICURITIBA. Anais...Curitiba(PR) UNICURITIBA, 2020. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/spic2020/294763-O-JULGAMENTO-DOS-CAVALEIROS-TEMPLARIOS--UMA-ANALISE-DA-JUSTICA-MEDIEVAL-A-PARTIR-DA-OBRA-O-REI-DE-FERRO-DE-MAU>. Acesso em: 30 out. 2023

SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do terrorismo**. São Paulo: Ha

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA GUERRA

*Diego Nunes de Almeida⁹
Marcelo Pereira Cruvinel¹⁰*

RESUMO: O presente trabalho a ser apresentado busca analisar os aspectos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos no contexto da guerra, através de estudos, artigos e diversos dispositivos legais que versam sobre este tema. Por diversos séculos, os direitos humanos foram objetos de longos debates, e que ainda se estendem aos dias de hoje e ainda mesmo com diversos amparos legais oriundos de tratados internacionais ou outros meios, ainda é um tema frágil e que possui uma certa insegurança no que tange a proteção desse direito pelos países em conflito, bem como pelos Estados que tem a competência e o dever de zelar por estes. Com o passar do tempo a humanidade vem se desenvolvendo e acompanhada juntamente com os conflitos humanos, que podem ser originados por diversos motivos seja político, religioso, por território, fatores históricos e dentre outros. Diante todos os debates, leis e tratados internacionais realizados para combater e evitar a violação desses direitos, é necessário o questionamento sobre o quão eficazes são os meios de responsabilização e fiscalização sobre indivíduos que violaram a aplicação dos direitos humanos em um contexto de guerra? Os direitos estipulados em tratados e aplicado em constituições são absolutos? O presente trabalho tem por objetivo expor, problematizar e estudar de maneira analítica sobre a construção histórica deste direito, bem como a eficácia dos meios de responsabilização e fiscalização sobre

9 Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO). Conciliador Judicial.

10 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

os indivíduos que violaram a proteção dos direitos humanos em um cenário de conflito.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direito Internacional Humanitário. Justiça transicional. Eficácia. Aplicação

INTRODUÇÃO

Em total vinculação ao direito internacional, este estudo versa sobre a proteção dos direitos humanos no contexto da guerra, sendo uma questão que está presente em debates há décadas, e que ainda se estendem até os dias atuais.

No decorrer do tempo da história da humanidade, foi possível notar o quão fundamental é a proteção desse direito em diversos cenários, principalmente em situações em que há conflitos, ao modo que nesses casos estes direitos estão mais sujeitos a serem violados e com demasiada frequência.

Neste tema, por se tratar de interesse internacional, será abordado sobre a segurança dos direitos humanos contextualizados em situação que envolva conflito entre Estados soberanos, bem como será trazido em pauta sobre o seu contexto e sua evolução histórica que o levaram à sua criação e sua efetiva aplicação.

Além disso, será objeto de análise no que diz respeito a responsabilidade internacional referente aos atos praticados, juntamente com o estudo da justiça transicional e sua devida aplicação caso os Estados envolvidos no conflito que sob sua responsabilidade tenham infringido esses direitos, sejam condenados.

A importância do debate deste tema, gira entorno da violação desse direito em uma guerra, pois a falta de um mecanismo eficiente que fiscalize esta questão faz com que os indivíduos que tiveram sus direitos violados se tornem uma mera estatística em eventuais momentos posteriores ao ocorrido e muita das vezes fazendo com que os responsáveis saiam impunes de seus atos praticados.

Portanto requer o presente trabalho responder o seguinte questionamento: o quão eficazes são os meios de responsabilização

e fiscalização sobre indivíduos que violaram a aplicação dos direitos humanos em um contexto de guerra?

Com vistas à solução do conflito, justifica-se este estudo por se fazer necessário entender o desfecho histórico ocorrido desse direito, bem como sua devida aplicação. Além de possuir uma abordagem e amparo no âmbito internacional em se tratando da responsabilidade perante os conflitos e a devida aplicação da justiça transicional, é fundamental que os Estados se policiem no que se trata sobre a preservação destes direitos

É sabido que no direito internacional a garantia desses direitos aos humanos é fundamental e de interesse de todos no que tange à segurança e aplicação desses direitos tanto no Brasil, quanto ao redor do mundo, fazendo assim uma ligação com a aplicação da justiça transicional, bem como a responsabilidade dos atos praticados por indivíduos que agiram por ordem ou por representação de Estados Soberanos.

No âmbito jurídico, os direitos humanos são tratados como matéria primordial para estudos ou desenvolvimento de demais dispositivos legais, sendo indispensáveis de texto constitucional de diversos países, inclusive tal amparo aos direitos humanos é presente na constituição brasileira. Os debates existentes não giram entorno do reconhecimento destes direitos, mas sim da segurança, aplicação e zelo por eles principalmente em situações de guerra ou eminência de uma, tendo em vista que geralmente os objetos analisados nestes conflitos são os fatos que deram início e o objetivo fim do real interesse dos envolvidos, ignorando completamente os problemas causado ligadas aos direitos humanos para que os seus interesses venham serem conquistados.

Ao realizar este estudo, será feito um levantamento do contexto histórico que levaram a criação destes direitos, bem como o estudo sobre a responsabilidade como um todo, juntamente com a aplicação da efetiva justiça.

Este estudo visa a análise da eficácia dos meios de responsabilização e fiscalização diante de indivíduos envolvidos na

violação dos direitos humanos em cenários de conflito armado. O objetivo central consiste em compreender a aplicação e a efetividade dos mecanismos de responsabilização em situações em que os direitos fundamentais são violados em contextos de guerra.

Outro ponto de enfoque será a observação geral da responsabilidade internacional no contexto das violações dos direitos humanos durante conflitos armados. Isso implicará a análise das normas e protocolos internacionais que buscam responsabilizar os indivíduos envolvidos em tais atos, bem como os instrumentos legais que visam garantir a justiça e a proteção dos direitos humanos em situações pós-conflito, podendo se estender à justiça transicional.

Para alcançar esse objetivo principal, o trabalho desdobra-se em objetivos específicos. Inicialmente, será realizada uma análise aprofundada do direito internacional, explorando suas origens, desenvolvimentos históricos e suas bases conceituais que sustentam a proteção dos direitos humanos em âmbito global. Em seguida, será exposta a evolução histórica desse arcabouço jurídico, contextualizando seu crescimento e as transformações ao longo do tempo.

Para que possa haver uma melhor compreensão do tema trazido em tela, ocorrerá uma análise dos aspectos históricos fundamentais para um melhor desenvolvimento de compreensão dos direitos humanos no Brasil e no mundo observando as criações e aplicações dos dispositivos constitucionais, bem como de tratados e leis internacionais presentes nos dias de hoje.

Para que esse devido estudo possa ser desenvolvido, será utilizado o método de abordagem dedutiva, ao passo que após visualizar a evolução histórica deste tema, será observada a aplicação da responsabilidade dos Estados, bem como a eficiência da responsabilização da justiça transicional partindo do estudo do direito internacional humanitário.

Quanto à sua natureza, este tema será abordado com o intuito de estimular o conhecimento desta área, ao modo que seja possível visualizar a aplicação prática da proteção dos direitos humanos

durante um conflito armado, bem como sobre a responsabilização destes direitos caso violados.

Quanto aos objetivos, será utilizada a técnica de pesquisa explicativa analisando os fatores históricos os fatores históricos e sociais que levaram à sua excepcional importância atualmente e que levaram à criação de normas que zelem por este direito humanitário.

Quanto aos procedimentos técnicos, o estudo será abordado dentro dos parâmetros bibliográficos sendo encontrado em livros, leis, artigos e revistas científicos. De modo que sejam apenas aprofundados e reforçados sobre este tema que já está presente dentre a sociedade humanitária ao redor do mundo

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, traz em seus primeiros artigos o fundamental conceito que versa sobre os direitos humanos:

Artigo 1) Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2) 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (ONU, 1948)

É sabido de que organizações que criam e exercem o papel de proteção são de extrema importância para uma sociedade de qualquer lugar do mundo, porém, se faz necessário o estudo dos acontecimentos históricos que nos levaram e moldaram as normas que versam sobre o amparo destes.

É inquestionável que os direitos humanos estão presentes em diversos acontecimentos históricos que foram marcantes durante a progressão de diversas sociedades, ao passo que estes direitos vieram sofrendo mudanças com base em filosofias políticas, religiões e culturas sociedades. Todos os parâmetros em que baseia e sustenta a proteção e aplicação dos direitos humanos, estão sujeitos a modificação, com vistas a acompanharem as mudanças dentro de uma sociedade e as necessidades das quais emergirem dela.

1.1 OS DIREITOS HUMANOS EM DIFERENTES MOMENTOS HISTÓRICOS

1.1.1 DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE

Antigamente havia uma perspectiva diferente do que temos nos dias atuais no que tange aos direitos humanos. Poucas eram as regras que versassem sobre este direito, tendo em vista que os costumes de transcrever as normas vieram após a descoberta da escrita, ocorrida na Mesopotâmia em meados dos 4000 a.C. Com o passar do tempo, foi possível constatar diversos resquícios desses direitos presentes nas sociedades eram frequentemente restritos a determinados grupos, como cidadãos masculinos, membros da elite ou membros de uma comunidade específica. Além disso, os conceitos de direitos humanos na antiguidade eram moldados pela cultura, religião e contexto político da época (TAIAR, 2009).

Nesse sentido, não há como determinas com precisão quando as civilizações antigas passaram a tratar deste tema. Extrai-se da narrativa de Rogério Taiar de seu estudo de tese de doutorado:

Poucas notícias se têm das relações sociais e suas regras nos tempos anteriores à idealização da escrita cuneiforme pelos sumérios, que aconteceu por volta de 4000 a.C., na Mesopotâmia. Muito do que se conhece hoje sobre este período da história é devido às placas de argila com registros cotidianos, administrativos, econômicos e políticos da época. Com a escrita surgiu a possibilidade de se perpetuar as conquistas do espírito humano, até então transmitidas oralmente de geração em geração. (TAIAR, 2009)

Ainda neste sentido, Fustel de Coulanges (1864) Em sua obra “a cidade antiga” fundamenta que

trata detalhadamente da formação da proto-civilização romana e da incorporação e paridade com outras civilizações e costumes orientais -, que o contexto de normas que regiam o comportamento humano durante os primeiros séculos tinha caráter religioso, provido de crenças como o fogo sagrado, o culto aos antepassados, o respeito aos deuses.

Segundo o autor acima citado, bem como historiadores, os registros iniciais que abordavam normas de conduta na sociedade humana foram inscritos na Mesopotâmia antiga, uma região habitada pelos povos sumérios. Entre as primeiras cidades de relevância para essa pesquisa encontram-se Ur, Uruk, Lagash ou Sumer, Eshaunna, Isin e Babilônia. Cumpre ressaltar que o um dos códigos que mais se destacou na antiga Mesopotâmia e que ainda é objeto de estudo foi o Código de Hamurábi.

Em que se pese no ponto de vista de regras e leis que versam sobre o combate a opressões realizadas por quem detinha o poder, destaca-se o código de Urukagina, que originou da região de Lagash. A importância do Código de Urukagina em relação aos direitos humanos tinha elementos que refletiam uma preocupação com a

justiça social e o bem-estar dos cidadãos, antecipando ideias que mais tarde se tornariam centrais nos direitos humanos modernos. Embora esses conceitos possam ter sido aplicados de forma limitada e específica na época, eles estabelecem um precedente importante no desenvolvimento das noções de justiça e direitos humanos ao longo da história. No ponto de vista de Taiar (2009)

foi um instrumento normativo que pretendeu promover uma reforma social no sentido de proteger o fraco do forte, trazendo limitações aos poderes dos altos funcionários públicos e estabelecendo mecanismos concretos de justiça social.

Apesar da pouca duração deste código, serviu como fundamento e exemplo de princípios e fundamentos aplicáveis aos direitos humanos no período moderno.

As percepções de direitos foram evoluindo e sendo modificadas de acordo com a civilização que abordava sobre. Um dos grandes exemplos que temos é a Grécia Antiga, a democracia em Atenas estabeleceu um precedente importante para a igualdade política e participação cívica, embora fosse restrita a cidadãos livres do sexo masculino. A filosofia estoica, representada por filósofos como Sêneca e Epicteto, enfatizava a igualdade moral de todos os seres humanos. De acordo com MENEZES (2023):

Para os estoicos, a perfeição humana estava fundamentada na ideia de que os seres humanos estão ligados à natureza. Assim, devem negar seus desejos para a realização de uma vontade guiada pela razão em conformidade com essa natureza. Ou seja, uma corrente filosófica onde a “virtude” depende da vontade subordinada à razão, sendo considerada a base para se atingir a felicidade.

Na Roma antiga houve a implementação de um sistema legal que incluía conceitos como o “*ius civile*” (direito dos cidadãos) e o “*ius gentium*” (direito das nações). Quanto ao *ius gentium*, influenciou a ideia de que as leis devem ser aplicadas igualmente a todos os cidadãos e estrangeiros, embora houvesse distinções entre cidadãos romanos e não-romanos, dado o fato que versava sobre normas que abrangiam além das fronteiras.

Em 241 a.C., ainda no período pré-clássico, é criada a pretura peregrina com funções judiciárias: dirimir conflitos de interesses entre estrangeiros, ou entre romanos e estrangeiros. E foi na esfera da jurisdição do pretor peregrino – o que tomou impulso a partir da Lei Aebutia – que se vai desenvolver o *ius gentium*, aplicável indiferentemente a estrangeiros e romanos (ALVES, 2021).

Ainda na Roma antiga, ocorreu o surgimento de algo similar ao ‘Habeas Corpus’ que temos hoje, oriundo do direito inglês, que protegia as pessoas da prisão arbitrária. Ainda será possível presenciar as constantes mudanças destes direitos em diversos países, como na Índia antiga, e bem como a antiga China.

1.1.2 DIREITOS HUMANOS NO PERÍODO MEDIEVAL

O período medieval foi um marco muito importante para a perspectiva que temos na atualidade no que se trata sobre o poder referente ao Estado e a igreja. Marcando o início do período medieval com a queda do Império Romano no Ocidente, na qual sua sede era Constantinopla (TAIAR, 2009).

A queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., é um marco histórico complexo que resultou de uma combinação de fatores. As invasões bárbaras exerceram uma pressão significativa nas fronteiras, enfraquecendo as províncias ocidentais. Paralelamente,

uma crise econômica abalou o império, devido à inflação, alta tributação e problemas na gestão financeira, impactando a produção agrícola e industrial.

As divisões internas, com a parte oriental (Bizâncio) mais próspera e politicamente estável, agravaram a situação. Conflitos políticos e militares internos minaram ainda mais a resistência do império. O declínio do exército romano, outrora poderoso, resultou de problemas de recrutamento e disciplina. Nesse sentido,

[...] As diversas causas e os efeitos progressivos vinculam-se a muitos dos acontecimentos mais interessantes dos anais humanos; a política ardilosa dos Césares, que manteve por longo tempo o nome e a imagem de uma república livre; as desordens do despotismo militar; o surgimento, estabelecimento e seitas do cristianismo; a fundação de Constantinopla; a divisão da monarquia; as invasões e colônias dos bárbaros da Germânia e da Cítia; as instituições do direito civil; o caráter e a religião de Maomé; a soberania temporal dos papas; a restauração e decadência do império ocidental de Carlos Magno; as Cruzadas dos latinos no Oriente; as conquistas dos sarracenos e dos turcos; a ruína do império grego; o estado e as radicais mudanças de Roma na Idade Média. (GIBBON, 1989, p. 539)

Com o passar do tempo, alguns povos passaram a se converter ao cristianismo, bem como também foi adotada como principal religião do Império Romano, tendo sua figura representativa o próprio papa. Em se tratando dos direitos humanos no cristianismo, possui raízes na ética religiosa, incluindo a ética cristã que emerge da Bíblia. No entanto, vale ressaltar que essa relação também pode ser interpretada de diferentes maneiras e que a compreensão dos direitos humanos tem evoluído ao longo do tempo.

A Bíblia passou a trazer um conjunto de princípios e regras que versam sobre a conduta dos seres humanos para aqueles que decidirem seguir a religião à risca. Esses princípios estão ligados a perspectivas gerais de direitos humanos que temos atualmente e que ainda vigoram. Alguns desses direitos estão ligados com os mandamentos encontrados na bíblia e em diversos outros capítulos. No que tange à estas passagens, podemos destacar (TAIAR, 2009):

Não cometam injustiça num julgamento; não favoreçam os pobres nem procurem agradar os grandes, mas julguem o seu próximo com justiça.
Levítico 19:15

21-Não maltratem nem oprimam o estrangeiro, pois vocês foram estrangeiros no Egito.

22-Não prejudiquem as viúvas nem os órfãos; Êxodo 22:21-22

Assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles façam a vocês; pois esta é a Lei e os Profetas.
Mateus 7:12

Oprimir o pobre é ultrajar o seu Criador, mas tratar com bondade o necessitado é honrar a Deus
Provérbios 14:31 - Bíblia Sagrada

Com a devida interpretação, é possível fazer uma relação de algumas passagens bíblicas para aplicação dos direitos humanos nos dias de hoje. Podemos analisar as acima destacadas que em Levítico a importância da justiça e do tratamento igual perante a lei e isso está alinhado com o princípio dos direitos humanos de igualdade e justiça para todos.

Em êxodo, pode-se retirar o entendimento no que está relacionado ao princípio dos direitos humanos de proteção das pessoas mais necessitadas sem distinção entre elas. Assim se estende durante diversas passagens bíblicas que podem ser extraídas as interpretações relacionadas aos direitos humanos. Cumpre ressaltar sobre a não

manifestação do cristianismo no que se refere a escravidão, sobre isso Rogério Taiar (2009) traz o seguinte entendimento:

Sobre a escravidão, lembre-se que a economia das sociedades antigas baseava-se na mão-de-obra escrava. O cristianismo não combateu diretamente a instituição social da escravidão, tampouco a aprovou, porque não foi um movimento social, mas religioso. Apenas, “dentro dos moldes da sua ética, se pronunciou com vigor contra os abusos”. Se não combateu a escravatura porque esta não se apresentava, na concepção da época [...]. **Lembre-se** que o conceito de “escravidão” da época se relaciona com o conceito de vínculo entre “patrões” e “empregados”. O escravo antigo estava sujeito ao senhorio como a mulher ao marido, o filho ao pai. Recebia o tratamento que naqueles tempos cabia aos membros não emancipados da família, ou seja, os maus tratos que a fantasia popular une ao conceito de escravatura não passavam de abusos que não eram inerentes à instituição. Em essência, o cristianismo exigia que fossem reconhecidos aos escravos os direitos fundamentais, que fossem tratados com humanidade, proscrevendo abusos, sem condenar a instituição como tal.

Outro fator importante para o fortalecimento dos direitos humanos na época foi a implementação do “direito de resistência ao poder público”, sobre esse direito, TAIAR (2009) apud Soder no seguinte sentido, vejamos:

A concepção jusnaturalista [direito natural] do Estado medieval, abrangendo o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, aparece, em luz fulgurante, no direito de resistência ao poder público, que a Idade Média outorga aos súditos para o caso em que o Estado menospreze o Direito. Este direito de

resistência, reconhecido e praticado nos Estados cristãos medievais, traduz, insofismavelmente, a convicção de súditos e soberanos, de que existe um direito acima do Estado e que o indivíduo não está, simplesmente, à mercê dos poderes públicos. Mais ainda, denota a convicção reinante de que a autoridade estatal continua responsável perante a comunidade. O antípoda nas relações Estado-indivíduo do que observamos no mundo greco-romano. Era convicção geral na Idade Média de que “soberano”, no sentido jurídico da palavra, era apenas Deus e o direito. Todos os mais se consideravam, necessariamente, vinculados a estas duas instâncias soberanas. Decorre esta concepção do conceito de Estado próprio do cristianismo. Para este o poder tem fonte dupla: o soberano estatal recebe seu mandato de Deus e do povo”.

As primeiras figuras similares ao que hoje temos como juízes, surgiram na idade média devido a este direito, surgindo assim a necessidade de estabelecer legalmente o direito de resistência, ou seja, a criação de um registro escrito que definisse, de um lado, as responsabilidades do soberano durante o exercício de suas funções e, de outro, a garantia de certos direitos e liberdades para os súditos por meio de um documento oficial assinado pelo monarca. Essa positivação do direito surgiu como base e fonte para o direito atual e moderno, podendo ressaltar como exemplo o direito constitucional, bem como para os direitos humanos.

1.1.3 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA O PERÍODO CONTEMPORÂNEO

Diversos fatores levaram a sociedade ao entendimento do que nós temos atualmente sobre “direitos humanos”, podemos observar que com uma bagagem histórica esses direitos vêm sendo moldados

de acordo com a evolução de uma sociedade. Alguns marcos fundamentais para a transição destes.

Durante o período moderno houve marcos filosóficos, revolucionários e a ideologia de direitos essenciais para a aplicação do direito atual. Os direitos humanos tiveram sua origem aparente na Idade Moderna, com as ideias iluministas e os movimentos revolucionários. No entanto, sua consolidação e internacionalização ocorreram principalmente na Idade Contemporânea, com a adoção de documentos-chave e a expansão dos direitos humanos como um campo global de preocupação e ação. Esses direitos continuam sendo um princípio fundamental na busca por justiça, igualdade e dignidade em todo o mundo (TAIAR 2009).

Movimento da revolução francesa com a proclamação da liberdade, igualdade e fraternidade por intermédio Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), foi o marco principal da transição entre a idade moderna e a contemporânea

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Após esse marco inicial da idade contemporânea, o estudo dos direitos humanos foi ampliado com o objetivo de alcançar todas as classes e grupos sociais. Com o acontecimento da segunda guerra mundial, ficou evidente sobre necessidade não só apenas da criação desses direitos, mas também da preservação destes.

Foi durante a Segunda Guerra Mundial que um projeto humanitário de escala internacional atingiu seu ponto mais alto. O sofrimento infligido pelo regime de Adolf Hitler, incluindo o Holocausto, e os devastadores bombardeios americanos em Hiroshima e Nagasaki, agiram como um catalisador para uma preocupação global urgente com o respeito aos direitos humanos em todo o mundo. Esse período marcou um momento crítico na história em que a comunidade internacional se uniu para reafirmar seu compromisso com a dignidade e os direitos fundamentais de todas as pessoas. Nesse contexto, surgiu a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em fevereiro de 1945, na cidade de São Francisco, Estados Unidos.

Até o fim da segunda guerra mundial o grande protagonista no plano internacional era o Estado Soberano, não se dando nenhuma importância ao povo nem ao indivíduo. O foco era a relação entre os entes soberanos, não dando ênfase as pessoas subordinadas a essas jurisdições. Tudo mudou a partir da criação da Organização das nações unidas, com ela os Direitos Humanos começaram a ganhar notoriedade. Em 1948 ocorre a declaração universal dos Direitos Humanos, nela se estabelece direitos e garantias individuais como critério organizador e humanizador para a relação entre governados e governantes. Tais garantias precisavam ser institucionalizadas para que pudessem ter eficácia, é isso que ocorre com a criação do Sistema Global de proteção dos Direitos Humanos. (AMARAL, 2015)

A criação de tratados e convenções que estabelecem obrigações legais para os Estados na promoção e proteção dos direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é uma das características fundamentais do período contemporâneo. Observamos que durante a evolução destes direitos, a necessidade de adaptar ou alterar os mesmos aos costumes devido aos desafios existentes em diferentes tempos, ainda se estende aos dias atuais. No período contemporâneo os desafios que as organizações se desempenham para combater, podendo destacar destes desafios como a privacidade digital, a migração, a desigualdade econômica, questões ambientais e a luta de grupos minoritários. São os objetivos e princípios estabelecidos pela ONU:

Manutenção da Paz e Segurança Internacional: A ONU trabalha para prevenir conflitos armados e atua em missões de paz para resolver conflitos e promover a estabilidade.

Desenvolvimento Sustentável: A ONU busca promover o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável em todo o mundo, incluindo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades.

Direitos Humanos: A ONU defende a promoção e proteção dos direitos humanos em todas as nações, incluindo questões como igualdade de gênero, educação, liberdade de expressão e direitos das crianças.

Ajuda Humanitária: A ONU coordena esforços de ajuda humanitária em resposta a crises, desastres naturais e conflitos armados, proporcionando assistência vital a pessoas afetadas em todo o mundo.

Cooperação Internacional: A ONU serve como fórum para a cooperação internacional em questões que afetam a paz, a segurança e o bem-estar das nações.

Desarmamento: A ONU promove o desarmamento e o controle de armas para reduzir ameaças à paz e segurança internacionais.

Igualdade de Gênero: A ONU trabalha para promover a igualdade de gênero e capacitar mulheres e meninas em todo o mundo.

Educação e Cultura: A UNESCO, uma agência da ONU, promove a educação, a ciência, a cultura e a liberdade de expressão como meios de construir um mundo mais justo e pacífico. (ONU, 1948)

Contudo, foi possível visualizar a importância dos acontecimentos históricos que nos trouxeram a percepção atual do que é os direitos humanos, e como eles estão sujeitos a mudanças com o passar do tempo.

1.2 OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E NO SEU ORDENAMENTO JURÍDICO

Os direitos humanos no Brasil são uma questão de extrema relevância, profundamente enraizada em sua Constituição e refletida na legislação e nas práticas jurídicas do país. O respeito aos direitos humanos é um pilar essencial para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Um dos documentos fundamentais nesse contexto é a Constituição Federal do Brasil de 1988, que estabelece os princípios e diretrizes que norteiam a proteção e a promoção desses direitos. Ela dedica capítulos específicos aos direitos fundamentais, à cidadania, à família, à educação, à cultura, ao meio ambiente e à ordem econômica e social, entre outros aspectos. A Constituição Brasileira serve como uma base essencial para compreender a estrutura legal dos direitos humanos no Brasil. Podemos visualizar alguns dos diversos artigos espalhados pela Carta maior do Brasil

Artigo 1º: Define os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, incluindo a dignidade da pessoa humana.

Artigo 3º: Estabelece os objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a promoção do bem-estar de todos, entre outros.

Artigo 5º: Contém uma série de direitos e garantias individuais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à liberdade de expressão, entre outros.

Artigo 6º: Garante o direito social à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, entre outros. - (BRASIL, 1988)

Cumprе ressaltar que os direitos humanos amparados pelo ordenamento jurídico no Brasil, não são exclusivamente os introduzidos em texto constitucional de maneira expressa, podendo ser encontrado em normas, princípios, tratados e dentre diversos outros. Nesse sentido a própria Constituição traz esse entendimento.

Artigo 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não irão excluir outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

No que tange aos tratados como fonte de direitos humanos no Brasil, este Estado é signatário de tratados internacionais de direitos humanos, incluindo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Esses tratados estabelecem obrigações internacionais para o país em relação aos direitos humanos e são monitorados pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A participação do Brasil nesse sistema internacional é relevante para entender suas responsabilidades globais no campo dos direitos humanos (LEAL, 1997).

Com vistas a uma melhor eficácia e proteção destes direitos, é fundamental a harmonia entre os tratados e a legislação nacional do Estado, sendo imprescritível a incorporação dos tratados em seu ordenamento jurídico. Na própria Carta Maior, também regulamenta sobre normas oriundas de tratados que versam sobre os direitos humanos e seus efeitos e status na legislação brasileira.

Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

Cumpramos ressaltar, por mais que o Brasil participe de convenções, tratados e que tragam medidas de proteção destes direitos em seu texto constitucional e diversos, tem-se o conhecimento de que não há direito absoluto, ou seja, ainda que alguns direitos se enquadrem no entendimento de direitos humanos, estes podem ser passíveis de limitações em certas circunstâncias para proteger outros interesses legítimos e garantir a ordem pública. As limitações aos direitos humanos são geralmente justificadas com base em critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Podemos ressaltar da Carta Maior alguns direitos que podem sofrer estas limitações. A Constituição Federal no que versa sobre o direito à vida e liberdade previstos no artigo 5º” Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, em se tratando destes dois exemplos acima referidos, o direito à vida não é absoluto, tendo apenas uma exceção constitucional quando em casos de guerra declarada, podendo então haver a pena de morte termos do art. 5º, inciso XLVII, alínea ‘a’ (TAVARES 2012).

Em se tratando do direito de liberdade, este poderá ser limitado quando alguém é condenado a uma pena de prisão após um julgamento justo e respeito ao devido processo legal. A prisão é uma restrição à liberdade que visa a punição e a ressocialização do indivíduo, ou até mesmo em medidas de segurança quando o indivíduo apresenta risco para si mesmo ou para a sociedade, uma pessoa pode ser internada involuntariamente em uma instituição de saúde mental por medida de segurança. (A internação compulsória ainda é objeto de debate para consolidação do entendimento desta matéria)

1.3 A ONU E SEU PAPEL COMO PROTETORA

Como anteriormente abordado, as Organizações das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945, é uma entidade internacional composta por 193 Estados-membros que trabalham em conjunto para abordar desafios globais, fomentar a paz, assegurar a segurança e promover o desenvolvimento sustentável. A proteção dos direitos humanos está entre os princípios fundamentais consagrados em sua Carta e representa uma de suas principais missões. (ONU, 1948)

O papel desempenhado pela ONU na defesa dos direitos humanos é abrangente e implica a coordenação de diversas agências, órgãos e mecanismos.

A ONU desenvolveu um papel fundamental na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948. Este documento histórico estabelece os princípios e padrões básicos dos direitos humanos que devem ser respeitados em todo o mundo. Observadas as seguintes considerações presentes em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros

que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum;

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso. [...] (ONU, 1948.)

Em que se pese sobre a agência da ONU encarregada de promover e proteger os direitos humanos em todo o mundo, pode-se destacar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). Com o objetivo de monitoração da situação dos direitos humanos, fornece assistência técnica aos Estados-membros e coordena esforços globais para a promoção dos direitos humanos universalmente reconhecidos. Também são objetivos e princípios

da ONU, que versam sobre o assunto as Convenções e Tratados, Manutenção da Paz e Segurança, Desenvolvimento Sustentável.

O Brasil Possui um papel relevante perante as Nações Unidas, pois tem uma longa história de engajamento multilateral na ONU. O país é membro ativo de diversas agências, comissões e órgãos da ONU, incluindo o Conselho de Segurança, o Conselho de Direitos Humanos, a Assembleia Geral e outros. Além do mais, o país está diretamente ligado a questões globais, já houve participação em missões de paz, e demonstra o compromisso inteirinho com os direitos humanos.

2. O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

É fundamental que possamos entender os conceitos e princípios que versam sobre os direitos humanos em casos de guerras ou conflitos armados, bem como as limitações que são impostas entre as partes envolvidas. Além do mais, é importante entender sobre o que versa o direito internacional humanitário e sua aplicabilidade.

Primeiramente, se faz necessário conceituar o que o Direito Internacional Humanitário não apenas estabelece regras para a condução de conflitos armados, mas também prevê mecanismos para responsabilizar os infratores por violações graves dessas regras. Isso inclui a possibilidade de julgamentos por crimes de guerra no Tribunal Penal Internacional. (DEYRA, 2001)

Para Michael Deyra (2001), traz o seguinte entendimento no que tange a este ramo do direito internacional, vejamos:

O Direito Internacional Humanitário enuncia as regras aplicáveis durante os conflitos armados, internacionais ou não, que visam um duplo objectivo: restringir os direitos dos combatentes através da limitação dos métodos e meios de guerra e proteger os direitos dos não combatentes, civis e militares fora de combate. [...]

[...] Trata-se assim de regulamentar as hostilidades a fim de atenuar as suas circunstâncias, através da limitação da utilização da violência, desde que tal seja compatível com as necessidades militares e tendo em vista respeitar a dignidade da pessoa, mesmo quando inimiga na máxima medida possível. (DEYRA. 2001, p. 15-16.)

O DIH é essencial para mitigar o sofrimento humano em tempos de guerra e garantir que mesmo em conflitos, os princípios fundamentais de humanidade e respeito pelos direitos humanos sejam mantidos. É uma parte crucial do direito internacional e da proteção dos direitos humanos em situações de conflito armado.

Também conhecido como Direitos dos Conflitos Armados, este que por sua vez foi amplamente regido no século XX, e que está presente em diversos textos internacionais. Dentre suas fontes, pode-se destacar duas das quais foram extremamente importantes para a consolidação do que hoje temos como entendimento do direito internacional humanitário, sendo elas o Direito de Haia e Direito de Genebra (DEYRA. 2001).

O Direito da Haia, originalmente, foi concebido com foco na restrição dos direitos e conduta dos combatentes em situações de conflito armado. O Direito Internacional Humanitário (DIH) teve sua origem no campo de batalha e seu objetivo primordial era a proteção dos combatentes. Isso é evidenciado pela Convenção de 1864, que foi o primeiro passo significativo nessa direção. Quatro anos após a Convenção de 1864, a Declaração de São Petersburgo reconheceu a necessidade de impor limitações na conduta das hostilidades, enfatizando a importância da proporcionalidade entre o objetivo de enfraquecer as forças militares do inimigo e os meios empregados para alcançá-lo.

Para Deyra (2001), o autor entendeu que “O Direito só pode existir na guerra no caso de se verificar uma adesão incondicional ao princípio de que, para aliviar os efeitos das hostilidades, os direitos

dos combatentes não são ilimitados.”. Partindo deste pensamento, entende-se que o DIH traz limitações aos combatentes, bem como estabelece princípios (princípios estes que foram incorporados na quarta Convenção da Haia de 1907), isto é, não apenas protege os direitos dos combatentes, mas também visa proteger civis e minimizar o sofrimento humano, tendo em vista que o Direito de Haia e Genebra se complementam.

Os Direitos de Genebra foram estabelecidas em Genebra, na Suíça, formalmente conhecido como Convenções de Genebra ou Convecções da Cruz Vermelha, é uma parte fundamental do Direito Internacional Humanitário (DIH) que visa tratar de assuntos que versam sobre perspectiva da proteção dos direitos dos não combatentes, ou seja, as vítimas do conflito armado.

Dyera (2001) aponta em seu livro que houve quatro convenções importantes para estruturação deste direito, bem como também aborda sobre os *Additional Protocols*(*Protocolos Adicionais*). Vejamos:

No dia 12 de agosto de 1949 foram adoptadas quatro Convenções: a primeira para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (guerra em terra), a segunda para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, a terceira relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e a quarta relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra. (Deyra. 2001, p.22).

Com a imposição destes limites e princípios entre combatentes e não combatentes, se tornou de extrema importância a necessidade de trazer à tona a distinção crítica entre combatentes e civis, que não participam diretamente das hostilidades, é um princípio essencial dentro deste ramo do direito. Essa distinção estende a proteção a todas as vítimas de guerra, abrangendo feridos e doentes envolvidos

em conflitos terrestres, feridos, doentes e náufragos que estão em hostilidades no mar, prisioneiros de guerra e civis.

2.1 PRINCÍPIOS E LIMITAÇÕES AMPARADOS PELO DIH

2.1.1 PRINCÍPIOS AMPARADOS PELO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Muitos destes princípios são expressos e outros implícitos, estes são oriundos das convenções de Genebra, Protocolos Adicionais, convenções de Haia, bem como no movimento internacional da Cruz Vermelha.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, versa sobre as ações dos combatentes devem ser proporcionais ao objetivo militar que desejam alcançar. Em outras palavras, as partes envolvidas não podem usar meios excessivos ou desproporcionais para alcançar seus objetivos militares. Isso busca minimizar o sofrimento que será causado ao ser humano durante o conflito. (CICV. 2022)

Temos também o princípio da humanidade, onde irá dispor sobre as partes em conflito devem tratar todas as pessoas afetadas pelo conflito com humanidade e respeito aos direitos humanos. Isso inclui o tratamento humanitário de prisioneiros de guerra e a proteção de civis.

Michael Deyra (2001), entende que este princípio é um dos “sete princípios da cruz vermelha” e ainda faz uma ressalva que estes princípios estão sujeitos a uma hierarquia, fazendo a distinção entre princípios substanciais, os princípios derivados e os princípios orgânicos. O autor entende como substancial o princípio da humanidade, da qual extrai-se o conceito na seguinte perspectiva do autor, vejamos:

O princípio de humanidade é ainda designado como o princípio essencial já que todos os outros princípios

dele decorrem. Tal significa que o objetivo da Cruz Vermelha é de natureza tripla¹: em primeiro lugar o princípio tem por objetivo prevenir e aliviar os sofrimentos. [...]

[...] O princípio de humanidade visa em seguida a proteção da vida e da saúde e finalmente tende a fazer respeitar a pessoa através da divulgação de noções de respeito (atitude de abstenção que visa não prejudicar e poupar) e de tratamento humano (condições mínimas que permitam a uma pessoa conduzir uma vida aceitável e tão normal quanto possível). (DEYRA. 2001, p. 36-37).

Apesar de ser entendido como princípio fundamental para todos os seres humanos, é aqui onde boa parte destes direitos são violados e crimes de guerra são amplamente praticados, tendo em vista que no próprio campo de batalha é improvável de que haja alguma autoridade competente para zelar e fiscalizar eventuais ações ou comportamentos que resultam em tratamento desumano ou crueldade contra pessoas protegidas por esse corpo de leis em situações de conflito armado.

Com base nos documentos apresentados pelas Convenções de Genebra é possível extrair o seguinte entendimento no que versa sobre o direito humanitário. Vejamos:

Todas as pessoas que não participam diretamente das hostilidades serão tratadas com humanidade em todas as circunstâncias e se beneficiarão das garantias fundamentais sem qualquer discriminação. Sejam ou não privadas de sua liberdade, é especificado que sua pessoa, honra, convicções e práticas religiosas devem ser respeitadas. Os seguintes atos contra qualquer pessoa, cometidos por agentes civis ou militares, e por qualquer motivo que seja, são proibidos. – Tradução (Geneva Conventions and their Additional Protocols, 1988.)

O princípio da Impessoalidade ou da Não Discriminação (*Non-Discrimination*) pode extrair o seu conceito do próprio documento que versa sobre a Convenção de Genebra e os Seus protocolos Adicionais.

A Cruz Vermelha não faz qualquer distinção de nacionalidade, raça, religião, condição social ou filiação política, destinando-se unicamente a socorrer os indivíduos na medida do seu sofrimento e a promover ajuda de forma prioritária às mais urgentes situações de emergência (Geneva Conventions and their Additional Protocols, 1988.)

É de extrema importância ressaltar que este princípio deve estar presente em diversas etapas ou situações em que seja tratada a matéria de DIH

Todas estas garantias devem ser aplicadas sem qualquer distinção adversa sob qualquer fundamento; irão continuar a serem aplicados até o fim da privação ou restrição de liberdade – Tradução (Geneva Conventions and their Additional Protocols. 1988, p. 32)

Deyra (2001) traz um forte exemplo de como seria a devida aplicação do conceito deste princípio na perspectiva da convenção quando trata sobre “[...] destinando-se unicamente a socorrer os indivíduos na medida do seu sofrimento e a promover ajuda de forma prioritária às mais urgentes situações de emergência”. Vejamos o exemplo que é abordado em sua obra:

Convém assim conceder prioridade ao tratamento do inimigo gravemente ferido sobre o amigo ligeiramente atingido, e às urgências sobre os casos em que os ferimentos são ligeiros ou demasiado graves (DEYRA. 2001).

Sobre o princípio da Distinção, como dito anteriormente, a distinção entre combatentes e não combatentes é fundamental para que seja evitado uma série de crimes em massa devida a uma falta de distinção entre partes envolvidas em conflitos, principalmente em um conflito que tenha uma invasão territorial. O alvo dos ataques deve ser estritamente militar e as vidas e propriedades de civis devem ser poupadas.

Para a o Comitê Internacional da Cruz Vermelha aplica-se a este princípio o seguinte conceito:

O princípio da distinção exige que as partes de um conflito armado distingam a todo momento entre civis e bens civis, de um lado, e combatentes e objetivos militares, do outro, e que os ataques só possam ser dirigidos contra combatentes e objetivos militares. A finalidade é proteger civis individuais, propriedades civis e a população civil como um todo. Ataques diretos contra civis ou bens civis, e ataques indiscriminados — isto é, ataques que atingem objetivos militares e civis, ou bens civis indistintamente — são proibidos. (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2022, p. 06)

Quando efetuada a devida distinção, passa a desempenhar um papel crucial em três áreas-chave. Primeiramente, visa proteger civis que não têm envolvimento direto nas hostilidades, minimizando assim o sofrimento humano durante guerras e conflitos. Além disso, a distinção clara entre combatentes e civis ajuda a evitar danos colaterais, reduzindo o risco de ferimentos ou mortes de pessoas não envolvidas no combate. Por último, o princípio da distinção estabelece uma base legal para responsabilizar aqueles que deliberadamente atacam civis, considerado um crime de guerra.

Em conjunto, esses aspectos garantem que os civis estejam protegidos e que a conduta durante conflitos armados seja conduzida de maneira humanitária. Podemos utilizar como exemplo de regras

associadas a este princípio como; a proibição de ataques deliberados contra civis e objetos de natureza civil, a proibição de utilizar escudos humanos, onde civis são forçados a estar em áreas de combate para impedir ataques e a proibição de atacar pessoal médico e instalações médicas (CICV. 2022).

Tratando agora do princípio da precaução. Este princípio requer que as partes em conflito tomem todas as medidas necessárias para evitar ou reduzir ao mínimo os danos causados a civis e a propriedades civis durante operações militares. Isso abrange a seleção de táticas, técnicas e métodos de guerra que minimizem o risco de causar danos indiscriminados ou desproporcionais a civis. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha interpreta esse princípio da seguinte forma:

O princípio da precaução exige que as partes de um conflito armado tenham o cuidado constante de poupar a população civil, os civis e os bens civis na condução de todas as operações militares. Isso inclui movimentos de tropas e manobras preparatórias para o combate, como para operações terrestres em áreas urbanas. O princípio também exige que as partes de um conflito tomem uma série de precauções no ataque (“precauções ativas”) e uma série de precauções contra os efeitos dos ataques para proteger civis e bens civis (“precauções passivas”) (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2022, p. 06).

O Princípio da Precaução incorpora três elementos-chave. Primeiramente, envolve a escolha criteriosa de táticas e alvos militares, com o intuito de minimizar o risco de danos a civis e a propriedades civis, exigindo que alvos legítimos não estejam localizados em áreas densamente povoadas ou próximas a instalações civis. Em segundo lugar, quando viável, implica na obrigação de dar um aviso prévio aos civis antes de realizar ataques que possam afetá-los diretamente, permitindo que busquem refúgio e proteção. Por fim, o princípio

estabelece restrições ao uso de meios e métodos de guerra que possam causar danos indiscriminados e desproporcionais a civis, com o objetivo de reduzir o sofrimento humano durante conflitos armados.

2.1.2 LIMITAÇÕES AMPARADAS PELO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Como anteriormente abordado, os combatentes não são ilimitados de suas condutas. Muitas dessas limitações são derivadas dos princípios que versam sobre o Direito Internacional Humanitário, ao passo que estas limitações não estão presentes apenas nas condutas dos envolvidos, mas também de uma série de normas que tratam da utilização das forças e armas militares durante os ataques.

Essas limitações são fundamentais para proteger as vítimas de conflitos armados, garantir o respeito aos direitos humanos e preservar a dignidade das pessoas afetadas pela guerra. O Direito Internacional Humanitário (DIH) estabelece a proibição de certos métodos de guerra, como o abatimento de civis e a perfídia. Isso significa que é estritamente proibido privar intencionalmente civis de comida e recursos essenciais, bem como enganar o inimigo de forma traiçoeira. O artigo 37 do Protocolo Adicional I conceitua perfídia como:

atos que apelam para a boa-fé de um adversário e com a intenção de atraí-lo, deem a entender a este que tem direito à proteção, ou que está obrigado a concedê-la, em conformidade com as normas de Direito Internacional aplicáveis nos conflitos armados (Protocolo Adicional I, 1977).

Além disso, as ordens para não deixar sobreviventes na batalha, são igualmente proibidas. O DIH também contém disposições específicas que se aplicam a zonas desmilitarizadas e áreas que não

estão defendidas, com o propósito de proteger essas áreas e evitar o sofrimento humano desnecessário durante conflitos armados.

Sobre as limitações aos ataques em determinadas áreas, a ideia desta regra é para que os civis mantenham distância das áreas que estão sujeitas a eventuais ataques, e buscando o devido abrigo em áreas que em tese estejam amparadas pela proteção do DIH. É proibido o ataque às áreas em que estejam localizados bens culturais e locais de culto. O autor Deyra traz em sua obra a seguinte explicação aos locais culturais e de culto. Vejamos:

Estes bens consistem em edifícios consagrados à ciência e à beneficência, monumentos históricos, obras de artes ou locais de culto que apresentam um interesse artístico, histórico ou arqueológico, ou que constituem o património cultural e espiritual dos povos, independentemente da sua origem” (DEYRA, 2001).

Deyra ainda traz para debate no que tange aos papéis das partes envolvidas no conflito, tanto o agressor quanto o Estado vítima.

Os bens culturais e os locais de culto beneficiam de uma proteção geral, já que devem ser protegidos pelo Estado vítima de ataque, que não poderá designadamente transformá-los em objetivos militares. Devem também ser respeitados pelo Estado atacante, que deverá abster-se de qualquer ato hostil contra aqueles (DEYRA. 2001).

Ainda neste sentido, há a proteção contra a ataques em diversas outras áreas. O Direito Internacional Humanitário (DIH) estabelece uma série de locais e alvos que devem ser protegidos durante conflitos armados. Isso inclui a proibição de ataques a hospitais e instalações médicas, bem como o pessoal médico e de socorro, com o objetivo

de garantir que a assistência médica seja prestada imparcialmente aos feridos e doentes. Além disso, o DIH proíbe ataques a escolas e instituições educativas, reconhecendo o papel vital da educação nas comunidades. Também estabelece a proteção de zonas desmilitarizadas e áreas não defendidas, onde as partes em conflito concordaram em não conduzir hostilidades, e áreas com uma presença significativa de civis, onde os ataques devem ser evitados ou minimizados para proteger a vida e a integridade dos civis.

O respeito a essas regras é essencial para preservar a segurança e a dignidade daqueles que não estão envolvidos nas hostilidades.

Outras limitações que são de extrema importância para a proteção da vida humana, é a limitação em tipos de armamentos e munições utilizadas em conflitos armados. Vinculado ao princípio da precaução a utilização de armamentos em um conflito deve tomar precauções ao escolher métodos e meios de guerra para minimizar os riscos de danos indiscriminados e desproporcionais a civis e bens de natureza civil. Para Deyra, firmou o seguinte entendimento sobre este tema

O DIH veio proibir ou limitar a utilização de armas empregues pelos combatentes e que ultrapassam um determinado limite, a saber o das exigências de humanidade face às perdas «inúteis», aos males «supérfluos» e aos sofrimentos «excessivos» (DEYRA, 2001, p. 74)

O autor também estabelece três ramificações das restrições gerais sobre os tipos de armas e seus efeitos letais que se encontram proibidas, sendo: Armas irremediavelmente letais, Armas que produzem efeitos traumáticos excessivos e Armas com efeitos indiscriminados.

No que tange às Armas Irremediavelmente Letais, estamos falando de armamentos cujo resultado morte é inevitável durante sua utilização, bem como dentro da área atingida. Este tipo de arma não atinge apenas alvos militares, estende-se aos civis. Deyra (2001) traz

os seguintes exemplos para este tipo de armamento: “Tal é o caso das armas nucleares, das bombas por depressão e dos gases asfixiantes”

No que diz respeito às Armas que produzem efeitos traumáticos excessivos, Deyra possui o seguinte entendimento para esta ramificação, vejamos:

O objetivo da guerra é de enfraquecer o inimigo, e não de o fazer sofrer para além do que é suficiente para atingir aquele fim. A proibição de armas que causam males supérfluos visa um número muito significativo de armas, entre as quais podemos citar as balas «dum-dum», os venenos, os projecteis de estilhaços não localizáveis a raios X, as baionetas de cruz ou dentadas, as lanças com pontas farpadas, as armas de fragmentação, as bombas de esferas, as armas incendiárias e as minas antipessoal (DEYRA. 2001).

A proibição dessas armas é essencial para garantir que os conflitos armados sejam conduzidos de maneira mais humanitária, minimizando os efeitos devastadores sobre a população civil e cumprindo os princípios fundamentais de humanidade e respeito pelos direitos humanos. Essas armas, devido à sua capacidade de causar danos desproporcionais e extremos, são consideradas inaceitáveis sob a perspectiva humanitária.

Ao tratar das Armas com efeitos indiscriminados, estas por sua vez não está expressamente escrita, ao passo que a proibição de armas com efeitos indiscriminados visa cumprir o princípio fundamental de distinção, que requer a separação clara entre combatentes e civis, e proteger a dignidade humana, tendo em vista que a utilização deste armamento tem o potencial de causar danos generalizados e imprevisíveis, afetando indiscriminadamente combatentes e civis (DEYRA 2001).

Sobre esta ramificação, Deyra traz o seguinte entendimento, acompanhe:

A proibição destas armas, que não é mencionada expressamente, teve origem na leitura combinada de duas regras inscritas no primeiro Protocolo, a saber a proibição dos ataques sem discriminação e a obrigação de distinção entre os combatentes e os não combatentes⁴. As armas que produzem efeitos indiscriminados não podem assim ser dirigidas contra objetivos militares precisos, incluindo-se neste tipo de armas designadamente as armas biológicas, certas armadilhas, os venenos, as armas incendiárias e nucleares quando sujeitas a certo tipo de utilização (DEYRA, 2001).

O DIH estabelece limitações rígidas sobre o uso de tais armas, garantindo que os meios de guerra sejam direcionados apenas a alvos militares legítimos e que os danos colaterais sejam minimizados.

2.2 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

A responsabilidade internacional nos Direitos Humanos é um conjunto de princípios e práticas que visam garantir que os direitos fundamentais de todas as pessoas sejam protegidos em todo o mundo. Essa responsabilidade recai principalmente sobre os Estados, que são obrigados a cumprir, proteger e promover os direitos humanos de seus cidadãos. Isso inclui a obrigação de prevenir violações, investigar e punir os responsáveis por tais violações, seja o infrator um ator estatal ou não estatal

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ONU, 1948).

A responsabilidade está diretamente ligada com a obrigação de cumprir dos Estados que aderirem e incorporarem normas de tratados internacionais em seus respectivos códigos, incluindo assim o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição, sendo fragmentada em diversas convenções, pactos e tratados. Além disso, os Estados podem ser considerados responsáveis solidariamente por violações em certas circunstâncias, especialmente se apoiarem ou financiarem atores que cometam tais violações.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como a Convenção de San José, o artigo 1º estabelece que os Estados Partes têm a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na convenção e de assegurar sua plena aplicação e proteção.

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (Pacto de San José, 1969).

Este artigo complementa o entendimento da importância na norma abordar sobre a responsabilidade perante os Estados. Ainda nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 2º estipula que os Estados Partes têm a responsabilidade de tomar medidas para assegurar o respeito e a proteção dos direitos ali reconhecidos. O artigo 3º trata da obrigação de garantir igualdade perante a lei.

ARTIGO 2º - 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição. [...]

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; [...]

ARTIGO 3º - Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto. (PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966)

Embora esses tratados estabeleçam o dever dos Estados de respeitar e proteger os direitos humanos, informações mais detalhadas sobre a responsabilidade dos Estados por violações específicas de direitos humanos e a responsabilidade solidária geralmente são delineadas na jurisprudência dos tribunais de direitos humanos regionais, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.3 OUTROS RAMOS DA JUSTIÇA INTERNACIONAL

A justiça internacional compreende vários ramos ou sistemas que lidam com questões legais de natureza transnacional ou internacional. Esses ramos da justiça internacional refletem a complexidade das

relações e disputas que transcendem as fronteiras nacionais. Eles têm como objetivo promover a paz, a justiça e a cooperação em uma comunidade global interconectada.

É de extrema importância termos em mente sobre a base do direito internacional que se ramifica para diversos campos, estendendo assim à justiça internacional. Direito Internacional Público é o principal ramo da justiça internacional que se concentra nas relações entre Estados e organizações internacionais. Ele aborda questões relacionadas à interpretação e aplicação de tratados e acordos internacionais, bem como à resolução de conflitos entre Estados. Além disso, lida com a responsabilidade internacional dos Estados quando ocorrem violações das normas do Direito Internacional.

A justicialização dos direitos humanos no contexto internacional enfrenta uma série de desafios significativos. Esses desafios são obstáculos que precisam ser superados para garantir que os direitos humanos sejam adequadamente protegidos, aplicados e estejam disponíveis para todos em todo o mundo por meio de mecanismos judiciais e legais. Flávia Piovesan (2019, Direitos humanos e justiça internacional) trata esses desafios em sua obra como “Direito da força vs. força do Direito”, nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento abordado na obra:

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado Democrático de Direito é o Poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do Direito (Piovesan, 2019. Pág. 97-98.).

Ainda sobre o tema, Norberto Bobbio (1988) (apud, Piovesan Flávia, 2019) traz a seguinte colocação:

a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos.

A barreira da soberania dos Estados, a cultura, religiões e dentre outros, são os desafios enfrentados pela Justiça Internacional, por mais que devam ser estritamente respeitados e resguardados, algumas aplicações dos direitos humanos podem entrar em conflito com alguns destes fatores.

Para que pudéssemos chegar ao que entendemos sobre a estrutura e fundamentos do tribunal internacional atualmente estabelecidas, é importante relembrar os grandes acontecimentos históricos relacionados à justiça internacional. Dito isso pode-se destacar tais eventos como Tribunal de Nuremberg, Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia e para Ruanda.

Sobre o Tribunal de Nuremberg, oficialmente designado como Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg, foi instituído pelos Aliados após o término da Segunda Guerra Mundial com o propósito de julgar líderes nazistas de alto escalão e outros indivíduos responsáveis por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes contra a paz. No total, treze julgamentos foram realizados entre os anos de 1945 e 1949, sendo o Julgamento de Nuremberg o mais proeminente e notório dentre eles.

Sobre este tribunal, Flávia Piovesan traz o seguinte fundamento em sua obra:

[...] os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra
[...] O Tribunal de Nuremberg aplicou fundamentalmente o costume internacional para a

condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade, previstos pelo Acordo de Londres (PIOVESAN, 2019, p. 101)

Sobre o acordo de Londres abordado na obra, foi essencial para estabelecer as bases legais para o julgamento dos líderes nazistas e para criar um precedente significativo na aplicação do Direito Internacional. Ele marcou um passo importante em direção à responsabilização de indivíduos por crimes internacionais e teve um impacto duradouro no desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Suas classificações de crimes remetendo a competência do tribunal, está especificado no artigo 6º do Acordo, vejamos:

- a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de um plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações);
- b) crimes de guerra (violações ao Direito Humanitário e ao Direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir, mas não ser limitadas a esses atos assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis, que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); e
- c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente de serem praticados

ou não em violação do Direito doméstico do país (LONDON AGREEMENT, 1945).

O Tribunal de Nuremberg, ao julgar líderes políticos e militares, estabeleceu um precedente importante: a responsabilidade individual por crimes internacionais. Esse precedente desafiou a noção de que indivíduos poderiam alegar obediência a ordens superiores como justificativa para evitar responsabilidade por atrocidades. Esse marco teve um impacto significativo na abordagem aos crimes internacionais e na forma como são tratados perante a comunidade global.

Portanto, o Tribunal de Nuremberg é um elo crucial na história da Justiça Internacional, pois estabeleceu os alicerces para a responsabilidade individual e a aplicação das normas de direitos humanos em um contexto global, reforçando o compromisso da comunidade internacional com a prevenção e punição de violações graves dos direitos humanos (PIOVESAN, 2019).

Em se tratando do Tribunais ad hoc criado para a ex-Iugoslávia através da resolução 827, criada pelo Conselho de Segurança da ONU em 1993 como o propósito de investigar violações aos direitos internacionais humanitários no território da Ex-Iugoslávia, estendendo-se até 2017 com uma série de condenações, dentre estas destaca-se os casos notáveis de de figuras proeminentes, como o ex-presidente sérvio Slobodan Milošević e o líder servo-bósnio Radovan Karadžić (PIOVESAN, 2019).

Em 1994 o Conselho de Segurança da ONU, passou a investigar violações humanitárias durante uma guerra civil que se passava em Ruanda em resposta a um genocídio ocorrido, dando assim origem ao tribunal através da resolução n° 955.

As investigações produziram como resultado dois relatórios que levaram ao estabelecimento de um Tribunal ad hoc objetivando o julgamento dos crimes cometidos de janeiro a dezembro de 1994 naquele país. O Estatuto deste Tribunal, adotado

pela Resolução n. 955 do Conselho de Segurança, foi inspirado no Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia (PIOVESAN, 2019, p. 106)

Com uma série de condenações realizadas dezembro de 2015, o Tribunal ad hoc para Ruanda acabou por encerrar suas atividades. O TPII e o TPIR tiveram papéis fundamentais na responsabilização de indivíduos por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional. Eles estabeleceram precedentes significativos para o julgamento de crimes internacionais, contribuindo assim para o desenvolvimento da Justiça Internacional. Além disso, suas experiências desempenharam um papel importante na influência sobre a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), um tribunal permanente com jurisdição global para lidar com crimes internacionais.

O Tribunal Penal Internacional, Criado em 1998, durante a conferência de Roma, Itália, como o objetivo de poder julgar indivíduos por crimes internacionais, independentemente de onde esses crimes tenham ocorrido ou da nacionalidade do acusado. Os principais crimes de sua competência incluem genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e agressões.

Para Piovesan, entende-se o seguinte conceito no que se refere ao TPI, vejamos:

o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma se aplica universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre “vencedores” e “vencido” (PIOVESAN, 2019, p. 110-111).

Com base nos argumentos trazidos pela autora, entende-se que o TPI representa um avanço significativo na Justiça Internacional, baseando-se no primado da legalidade para garantir a justiça imparcial e responsabilizar indivíduos por crimes internacionais graves. Sua universalidade assegura que todos os Estados partes sejam tratados igualmente, combatendo a impunidade, independentemente da posição ou poder de um Estado. O Tribunal Penal Internacional contribui para a promoção dos direitos humanos, a prevenção de crimes internacionais e o fortalecimento da justiça internacional.

Como respaldo dos acontecimentos históricos anteriores que serviram de parâmetro para o TPI, o estatuto de Roma traz em seu artigo 5º sobre a competência do tribunal para os julgamentos dos crimes discutidos em convenções anteriores, e outros dispositivos. Nesse sentido o TPI possui competência para julgar sobre:

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
 - a) O crime de genocídio;
 - b) Crimes contra a humanidade;
 - c) Crimes de guerra;
 - d) O crime de agressão (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998).

O TPI é composto por 18 juízes eleitos pelos Estados Partes do Estatuto de Roma. Ele também inclui uma Procuradoria que investiga e apresenta casos ao tribunal, e uma Defensoria Pública para representar os acusados. E mesmo com tantos ritos, normas e princípios fundamentais que o regem, o Tribunal Penal Internacional, possui os seus desafios incluindo questões de jurisdição, cooperação dos Estados e questões de imparcialidade. Além disso, há críticas sobre sua eficácia em casos específicos.

As cortes regionais, são consideradas como um outro ramo da justiça internacional, desempenham um papel importante na promoção da justiça internacional, e sua relação com a justiça internacional é significativa. Sua atuação majoritária se dá por meio dos sistemas regionais de proteção. Em sua obra Flávia diz que “Ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África.” (PIOVESAN, 2019)

Dito isso, podemos entender e visualizar o surgimento das Convenções regionais, destacando-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Carta Africana de Direitos Humanos.

Sobre o surgimento destes sistemas regionais na perspectiva de Piovesan, extrai-se:

Nasce como resposta aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial, com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana. Tem ainda por vocação evitar e prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos, significando a ruptura com a barbárie totalitária, sob o marco do processo de integração europeia e da afirmação dos valores da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos (Piovesan, 2019, p. 131-132).

E assim, naturalmente dando surgimento à suas respectivas cortes regionais. As cortes regionais desempenham um papel vital na promoção e na proteção dos direitos humanos em suas respectivas regiões. Elas contribuem para a justiça internacional ao aplicar normas internacionais e ao complementar o sistema de justiça internacional em casos específicos, trabalhando em conjunto para garantir a responsabilização por graves violações dos direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, surgiu em 1998 com o propósito de substituir a comissão e a corte europeia por uma Corte

européia de direitos humanos que fosse permanente. Com a ingressão do protocolo de nº 11, foi assegurado para que indivíduos, grupos de pessoas e organizações não governamentais (ONGs) têm o pleno direito de apresentar petições diretamente à Corte Europeia dos Direitos Humanos em casos de alegadas violações de direitos. Isso significa que essas partes agora têm o devido direito de comparecer perante a Corte Europeia. Sobre esta Corte, autora traz a seguinte narrativa:

O sistema europeu tem revelado alto grau de cumprimento das decisões da Corte, seja por envolver países que tradicionalmente acolhem o princípio do Estado de Direito, seja por expressar a identidade de valores democráticos e de direitos humanos compartilhados por aqueles Estados na busca da integração política, seja ainda pela credibilidade alcançada pela Corte, por atuar com justiça, equilíbrio e rigor intelectual (PIOVESAN, 2019).

Em resumo a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem um papel fundamental na defesa e na promoção dos direitos humanos na Europa. Ela assegura que os Estados-membros cumpram as responsabilidades definidas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, contribuindo para garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e preservados em toda a região.

Em se tratando da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi criada em 1979. Com o intuito de assegurar direitos em meio a um cenário instável em diversos aspectos em que a Convenção Interamericana busca desempenhar um papel crucial na proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas (PIOVESAN, 2019).

Sobre os desafios enfrentados pelo sistema regional da América e sua corte, Piovesan descreve o seguinte cenário:

Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam

democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico (PIOVESAN, 2019).

Além do atraso do desenvolvimento de boa parte dos países da América devido às dificuldades enfrentadas por estes, muitos deles ainda tiveram influência devido a conflitos internos como Ditaduras e Guerras Civis. Na obra a autora cita o entendimento de Guillermo O'Donnell, onde traz a ideia de que países na qual passaram por um regime autoritário, passam por um processo complexo de demorado de transição para a implementação e manutenção contínua da democracia.

Isso implica que a América Latina tem o desafio de superar integralmente a influência duradoura da cultura autoritária ditatorial e consolidar de forma sólida um regime democrático, com total respeito pelos direitos humanos em todas as suas facetas, abrangendo direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (PIOVESAN, 2019).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um componente essencial do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ela desempenha um papel crucial na promoção e na proteção dos direitos fundamentais nas Américas, garantindo que os Estados cumpram suas obrigações de acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Este órgão jurisdicional como estabelece o artigo 4º de seu estatuto, é composto por sete juízes de origem dos estados membros Organização dos Estados Americanos, submetidos a um processo de eleição pelos Estados que fazem parte da Convenção, deferentemente da Corte europeia onde a quantidade de juízes será de acordo com a quantidade de partes vinculadas à Convenção.

ARTIGO 4º - 1. A Corte é composta de sete juízes e juízas, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. (OEA, 1979. art. 4).

Em se tratando das características desta corte, é um órgão que além julgar (que por sua vez, suas sentenças e decisões são vinculantes aos Estados parte) possui atribuição consultiva. Sobre esta característica, Flávia traz a respectiva análise:

No plano consultivo, qualquer membro da OEA — parte ou não da Convenção — pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos aplicável aos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o “controle da convencionalidade das leis” (PIOVESAN, 2019, p. 166).

Isso significa que ela pode emitir pareceres consultivos a pedido dos Estados-membros da OEA sobre questões relacionadas aos direitos humanos. A autora ressalta que as interpretações da Corte Interamericana em comparação com a europeia, não estão restritas aos textos previstos na Convenção, podendo fazer uma análise mais flexível, dinâmica e evolutiva que possa se adequar ao caso necessário, diferentemente da Corte Europeia.

E por último, é de suma importância abordar sobre a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1998, podendo se

conceituada como uma instituição judicial regional criada para lidar com questões relacionadas aos direitos humanos no continente africano. A CADHP faz parte do sistema de proteção dos direitos humanos da União Africana e é uma peça fundamental na promoção e na proteção dos direitos humanos no continente. (PIOVESAN, 2019)

Oriunda da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como Banjul Charter de 1981, diferentemente da corte Interamericana e Europeia, a criação desta corte foi tardia, assim não sendo passível de aplicação de decisões vinculantes.

Christof Heyns em sua obra (1999, apud, Piovesan Flávia, 2019) traz a seguinte justificativa:

O argumento era que a via tradicional para a solução de conflitos na África não era por meio de Cortes, mas por meio da mediação e conciliação, atribuições que poderiam ser mais bem realizadas pela Comissão. Ademais, a criação de uma Corte supranacional poderia ser vista como uma ameaça à soberania dos novos Estados independentes.

Com a estimulação realizada por ONGs perante a Comissão Africana de Direitos Humanos começou a ser cogitada a hipótese de criação deste órgão judicial. A criação do protocolo ocorreu em 1998, porém, apenas em 2004 o protocolo passou a ter vigor (PIOVESAN, 2019).

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos possui autoridade para julgar casos que envolvam supostas violações de direitos humanos cometidas por Estados-membros que tenham aceitado sua jurisdição. Além disso, a CADHP tem a capacidade de emitir pareceres consultivos sobre questões jurídicas relacionadas aos direitos humanos e de oferecer interpretações da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Sobre sua composição, é integrada por 11 juízes de elevada competência e independência, a Corte Africana de Direitos Humanos

e dos Povos é escolhida pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana. A sua principal missão é garantir o respeito e a salvaguarda dos direitos e liberdades estabelecidos na Carta Africana em todo o continente africano. A CADHP desempenha um papel fundamental na promoção da justiça e na responsabilização por violações dos direitos humanos na África (PIOVESAN, 2019).

Por fim, as três cortes regionais de proteção dos direitos humanos desempenham um papel vital na salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais em diferentes partes do mundo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos têm contribuído de forma significativa para garantir o respeito e a aplicação dos princípios universais dos direitos humanos em suas respectivas regiões (PIOVESAN, 2019). Por meio de decisões judiciais emblemáticas e jurisprudência sólida, essas instituições desempenham um papel crucial na busca pela justiça e na proteção dos direitos humanos, oferecendo um recurso essencial para indivíduos e comunidades que enfrentam violações de seus direitos fundamentais. O trabalho dessas cortes regionais destaca a importância de defender e proteger os direitos humanos no mundo.

3. A JUSTIÇA TRANSICIONAL

Neste capítulo busca a compreensão da justiça transicional e seu conceito, o seu funcionamento, bem como a sua correlação com os tribunais internacionais.

A justiça transicional é um conceito que aborda o conjunto de medidas legais, políticas e sociais destinadas a abordar violações graves dos direitos humanos em sociedades passando por momentos temporários de transição política. Isso pode incluir a transição de regimes autoritários para democracias, a resolução de conflitos armados em direção à paz ou o período pós-guerra. Os principais objetivos desses processos são lidar com as injustiças cometidas no passado, fomentar a reconciliação entre diferentes grupos, estabelecer

a verdade sobre o que ocorreu e assegurar que as vítimas recebam justiça. Além disso, a justiça transicional se concentra em tomar medidas que impeçam a repetição de violações similares no futuro. (MARTINS, 2013)

No que tange à perspectiva de Torelly sobre o surgimento da Justiça Transicional, destaca-se:

[...]é possível inferir que a ideia de Justiça Transicional surge como produto de uma demanda por uma mudança da concepção do que seja o direito em sua relação com a justiça, uma vez que o arcabouço do direito positivo dos países envolvidos na II Guerra Mundial (e mesmo o insipiente direito internacional da época) não permitiam soluções minimamente razoáveis para os problemas que se apresentavam, dada a completa desconfiguração do sistemas legais, morais, lógicos e mesmo de bom senso produzidos pela experiência totalitária

Foi desta experiência concreta que iniciou-se o processo de construção de medidas inovadoras para a solução de problemas em grande escala que escapassem à ordinariedade e a racionalidade do direito entendido como conjunto de regras postas por uma unidade estatal soberana. [...] (TORELLY, 2012, p. 48)

Com o entendimento da estrutura e o conceito deste tema que temos atualmente, podemos fazer uma breve comparação e análise ao Tribunal de Nuremberg anteriormente estudado. Por mais que na época essa terminologia não era utilizada, a estrutura que temos atualmente pode ser utilizado como um exemplo.

Meyer faz uma relação com a estrutura atual do conceito remetendo ao período final da segunda guerra mundial:

A arquitetura da justiça de transição atual, contudo, remonta aos julgamentos que sucederam

à capitulação da Alemanha nacional-socialista na Segunda Guerra Mundial. O Tribunal de Nuremberg foi responsável pelo julgamento de 22 oficiais nazistas; Estados Unidos, Inglaterra e França aliadas condenaram, no total, 5.006 alemães por crimes de guerra, aplicando, pelo menos, 794 penas de morte. Processos continuaram a ser levados adiante pela própria Alemanha, resultando, até 1996, em 6.494 condenações transitadas em julgado. Um processo de desnazificação, contudo, mostrou-se falho por não poder contar com expurgos no Poder Judiciário. Um sistema legislativo de compensações financeiras foi instituído, sendo que, em 1986, 77 bilhões de marcos alemães haviam sido pagos. Na Alemanha Oriental, por outro lado, estima-se que 520.000 ex-membros do Partido Nazista tenham perdido seus postos no serviço público (MEYER, 2012, p. 227).

Em essência, o Tribunal de Nuremberg foi um dos primeiros exemplos modernos de um tribunal internacional estabelecido para lidar com violações graves dos direitos humanos em um contexto de transição política pós-guerra. Isso o torna uma referência importante no campo da justiça transicional e influenciou o desenvolvimento de tribunais internacionais subsequentes, como o Tribunal Penal Internacional.

A justiça transicional possui atualmente 4 pilares fundamentais, sendo eles Direito à Memória e à Verdade; Reparação; Responsabilização Penal; Reforma das Instituições de Segurança.

A reparação versa sobre as vítimas de violações dos direitos humanos têm direito à reparação, que pode incluir compensação financeira (prestação pecuniária), assistência médica, psicológica e social, bem como medidas simbólicas, como um pedido de desculpas público. A reparação visa reconhecer o sofrimento das vítimas e ajudá-las a reconstruir suas vidas.

A responsabilização penal ou o pilar da justiça como pode ser chamado, busca responsabilizar aqueles que são culpados por

violações graves dos direitos humanos, e isso pode ser alcançado através de julgamentos realizados em tribunais, tanto a nível nacional quanto internacional. Essa responsabilização não tem apenas a finalidade de punir os perpetradores, mas também de transmitir uma mensagem clara de que tais violações não serão toleradas no futuro (MEYER, 2012).

As reformas das instituições, também conhecida como garantia da não recorrência, visa tornar o sistema mais justo e eficaz renunciando às instituições anteriores, promovendo uma educação em direitos humanos, bem como a promoção de cultura em prol e em respeito aos direitos humanos, juntamente medidas para evitar a repetição de abusos. A prevenção é fundamental para garantir que as violações do passado não se repitam no futuro.

O Direito à memória e à verdade é o alicerce primordial da justiça transicional. Isso engloba a busca pela verdade acerca das violações dos direitos humanos ocorridas no passado, frequentemente conduzida por meio de comissões de verdade, que investigam e registram essas violações. A busca pela verdade desempenha um papel crucial em elucidar os eventos passados, reconhecer as vítimas e assegurar que a narrativa histórica seja amplamente conhecida e compreendida (MEYER, 2012).

Sobre este pilar, com ele está ligado ao caso abordado por Torelly em sua pesquisa onde envolveu o confronto de ideias no que tange ao entendimento do STF e a lei de anistia de 1979, para melhor análise acompanhe o caso:

a dimensão da justiça, analisa e critica a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão da lei de anistia de 1979 e apresenta o “modelo transicional brasileiro caracterizado pela assunção da responsabilidade estatal pelos crimes do regime militar e com as políticas transicionais estruturadas desde o eixo condutor da reparação, que desenvolve-se fortemente no final da década 1990 e na década de 2000, gradualmente abrindo espaço para o surgimento

de políticas de memória e verdade e para a renovação da demanda por justiça. naquilo que foi definido como um processo de “justiça tardia”(TORELLY, 2012).

Neste sentido, podemos analisar que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a extensão da lei de anistia de 1979 no Brasil tem gerado controvérsia. Essa lei concedeu anistia a agentes do Estado e opositores políticos que cometeram crimes durante o regime militar no país (1964-1985). Alguns alegam que a lei não deveria se aplicar a agentes do Estado envolvidos em graves violações dos direitos humanos, pois tais atos são considerados crimes contra a humanidade pelo direito internacional (TORELLY, 2012).

Em 2010, o STF decidiu através do ADPF 153, que a lei se aplicava tanto a agentes do Estado quanto a opositores políticos, o que foi criticado por muitos como um obstáculo à busca de justiça. No entanto, o Brasil tem adotado gradualmente uma abordagem de justiça transicional ao longo do tempo. Isso inclui iniciativas de reparação para as vítimas, a criação da Comissão Nacional da Verdade e a divulgação de documentos relacionados às violações dos direitos humanos.

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS

TRATAMENTOS OU Penas CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, Poder Constituinte E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de “crime político” pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”; podem ser de “qualquer natureza”, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou

[ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sancionado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a

cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. [...] (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

Juntos, esses pilares formam a base da justiça transicional, uma abordagem que visa construir sociedades mais justas e respeitadas dos direitos humanos à medida que passam por transições políticas e históricas.

CONCLUSÃO

Em síntese, ao longo deste trabalho, foram explorados e abordado sobre assuntos que versam sobre a segurança dos direitos humanos contextualizados em situação que envolva conflito entre Estados soberanos, bem como foi trazido em pauta sobre o seu contexto e sua evolução histórica que o levaram à sua criação e sua efetiva aplicação. A análise minuciosa referente ao Direito Internacional Humanitário, revelou que se trata de um direito de guerra, ao versar sobre princípios, condutas, regras, limitações e direitos humanos (combatentes e não combatentes) em um cenário de conflito armado

A complexidade durante conflitos armados muitas vezes acaba por dificultar a identificação e a devida punição dos responsáveis por violações do DIH. A natureza caótica e diversificada dos cenários de guerra, aliada à presença de grupos armados não estatais, bem como as dificuldades de acesso a áreas afetadas, frequentemente dificulta a coleta de evidências e a responsabilização efetiva dos indivíduos. Assim, a eficácia dos meios de responsabilização e fiscalização sobre indivíduos que violaram tais direitos em contextos de guerra pode ser desafiadora e tardia.

Por meio da análise bibliográfica e da pesquisa realizada através de leis, pôde-se constatar que os Direitos Humanos e o DIH sofreram e sofrerá constantes mudanças com o passar do tempo e com a necessidade social. Ainda nesse sentido, foi possível constatar sobre as dificuldades na implementação, incorporação, fiscalização e proteção destes direitos devido a princípios como a Soberania de um Estado, por exemplo. Essas limitações fornecem oportunidades para pesquisas futuras, especialmente no que diz respeito a proteção dos

direitos humanos no contexto da guerra, tendo em vista aos conflitos modernos.

Essas conclusões reforçam a importância de fortalecer a eficácia dos mecanismos de responsabilização, sendo crucial o apoio e comprometimento da comunidade internacional, o fortalecimento das instituições jurídicas nacionais e internacionais, a coleta eficiente de evidências e a garantia de acesso das vítimas à justiça. Além disso, a prevenção de violações do DIH por meio da educação, conscientização e diálogo entre os Estados pode ajudar a reduzir a incidência desses crimes atrozes em contextos de guerra.

Dessa forma, este trabalho não apenas contribui para o entendimento da proteção dos direitos humanos no contexto da guerra, mas também sugere a necessidade de estudos, debates e políticas que versam sobre este assunto que visam uma melhor eficiência na proteção destes direitos, bem como uma responsabilização mais eficiente e célere aos indivíduos/ Estados que cometeram tais atrocidades. O conhecimento adquirido neste estudo pode ser aplicado em estudo de conflitos modernos, como por exemplo a guerra da Ucrânia contra Rússia ou Israel contra Hamas

Finalmente, é importante ter em mente que a compreensão deste tema é contínua e dinâmica, e novas descobertas e perspectivas podem surgir à medida que mais pesquisas são realizadas.

REFERÊNCIAS

ALTA COMISSÁRIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. Página inicial. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/> . Acesso em 20 de outubro de 2023.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021

AMARAL, Leonardo Correa do / BORANGA, Rodolfo. 2015 **Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial**. Disponível em http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/TZO5BEJq-c97w4kf_2017-1-20-20-45-54.pdf. Acessado em 4 de out de 2023

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2023

BÍBLIA SAGRADA: Antigo e Novo Testamento. Disponível em <https://www.bibliaon.com/>. Acesso em 13 de outubro de 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 de outubro de 2023

BRASIL. DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm . Acesso em: 17 de outubro de 2023

BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. **Pro-mulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2023

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/delbrasonu/temas-juridicos/tribunal-penal-internacional> Acesso em 22 de outubro de 2023.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - **Comissão de assessoramento em DIH. O que é o Direito internacional Humanitário?** Disponível em: https://www.icrc.org/pt/download/file/246355/o_que_e_o_dih.pdf . Acesso em 17 de outubro de 2023.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949**. Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0365.pdf - Basic rules of the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Acesso em: 13 de setembro de 2023

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS de 1969. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 8 de outubro de 2023

CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. (CA-DHP) de 1998. **A ratificação do Protocolo e o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 2004**. Disponível em: <https://achpr.au.int/en/rules-procedure>. Acesso em 9 de outubro de 2023

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. (CEDH) **de 1959**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights>. Acesso em: 9 de outubro de 2023

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (CIDH). **Resolução 448 de 1979**. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/estatuto.cfm?lang=pt> Corte Interamericana de DH. Acesso em: 9 de outubro de 2023

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma** (La cite antique: étude sur lê culte, lê droit, les institutions de la Grece et de Rome - 1864). Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

CUNHA, Alexandre Sanches. **A Segunda Guerra Mundial e o reflexo nos Direitos Humanos**. Disponível em: (<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/author/alexcunha17terra-com-br/>). Acesso em 14 de setembro de 2023

CVCE. **London Agreement** (8 August 1945) Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa-1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf . Acesso em 11 de outubro de 2023

DEYRA, M. 2001. **Direito Internacional Humanitário**. Comissão Nacional para as Comemorações do 50.o Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos.

GIBBON, Edward, 1737-1794. **Declínio e queda do Império Romano**. 1989. / Edward Gibbon; organização e introdução Dero A. Saunders; prefácio Charles Alexander Robison, Jr.; tradução e notas suplementares José Paulo Paes. P.539

GOMES, David; REZENDE; Gabriel. **Justiça, transição, contexto – América Latina**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Ano 10, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HEYNS, Christof. **The African charter on human and peoples' rights**, in Rhona K. M. Smith e Christien van den Anker (eds.), The essentials of human rights, p. 4.

HEYNS, Christof Heyns; VILJOEN, Frans. An overview of human rights protection in Africa. **South African Journal on Human Rights**, v. 11, part 3, 1999.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ). **What is Transitional Justice?** 2019. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www.ictj.org/what-transitional-justice> : Acesso em novembro de 2023.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997.

MARTINS, Joao Victor Nascimento. **Juridicidade e justiça de transição**. 2013. 172 f. Tese (Mestrado em Direito) -Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2013

MELLA, Federico A Arborio. **Dos sumérios a Babel - Mesopotâmia: História, Civilização e Cultura**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2000. p. 108.

MENEZES, Pedro. **Estoicismo**. Toda Matéria, [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/estoicismo/> . Acesso em: 23 set. 2023

MEYER, Emílio Peluso Neder. 2012. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tese de doutorado. Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf> . Acesso em: 18 de setembro de 2023

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> Acesso em 13 de out de 2023

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> . Acesso em 17 de outubro de 2023

Norberto Bobbio, **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, **Resolução 217 A III, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 28 de setembro de 2023

PIOVESAN. FLÁVIA. **Direitos humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano / Flávia Piovesan; prefácio de Celso Lafer. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho **Processo Internacional de Direitos Humanos** / André de Carvalho Ramos. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Direitos humanos. 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. CDU-341:347.121.1

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público Curso Elementar** 7a edição, revista. São Paulo-SP. Ed. Saraiva. 1998.

SOUZA, Karla Karolina Harada. **Direito Internacional Humanitário**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord.

de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/537/edicao-1/direito-internacional-humanitario> Acesso em 16 de outubro de 2023.

TAIAR, Rogério. **Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2009.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos **Curso de Direito constitucional** / André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 201.

A ALTERAÇÃO DA LEI DE INCAPACIDADE MILITAR E A AUSÊNCIA DO ESTADO SOBRE O DEVER DE INDENIZAR

*Moysés Santiago Cardoso da Silva*¹¹

*Marcelo Pereira Cruvinel*¹²

RESUMO: A entrada em vigor da Lei 13.954/19 impactou as disposições que antes traziam a Lei 6.688/80 (Estatuto dos Militares) relacionadas a acidentes e incapacidades relativos ao militar, certo que abrangendo tanto temporários quanto de carreira. Observou-se uma lacuna significativa nos efeitos da lei, resultando em benefícios para alguns militares e prejuízo a outros. A análise revelou em seu *modus operandi* desídia e inércia estatal em relação aos deveres de amparo, evidenciando vícios na condução dos processos de avaliação dos efeitos da lei sobre militares enfermos, de modo que a imposição do fator graduação/hierarquia seria a condição geradora de tais inconsistências. Posto isso, é crucial uma análise aprofundada do tema, ao passo que as incongruências e vícios presentes prejudicam consistentemente militares temporários que se dedicam às atividades castrenses e em razão do não amparo da força a que serve, como também por parte do estado, encontram-se em situações de vulnerabilidade frente ao mercado de trabalho, à medida que a enfermidade em que é acometido prejudica toda ou parte da prática laborativa do militar.

Palavras-Chave: Militar temporário; indenização; Lei de Incapacidade Militar; Alterações; Lei 13.954/19.

11 Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

12 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

A alteração da lei de incapacidade militar com o advento da Lei 13.954/19 trouxe grandes mudanças no que diz respeito à possibilidade de reforma por incapacidade para as atividades castrenses. Dessa forma, o presente instrumento estará delimitado em entender as incongruências que os efeitos da entrada em vigor da legislação mencionada trouxeram diretamente aos militares temporários.

Para se chegar a esse entendimento, é preciso responder à seguinte indagação: a entrada em vigor da Lei 13.954/19 possui a finalidade de privilegiar a classe de militares de carreira no âmbito do Exército Brasileiro? Em detrimento de toda a temática anteriormente discutida, fica claro que o objetivo geral do presente trabalho de conclusão de curso é entender os desdobramentos que a entrada em vigor da Lei 13.954/19 trouxe no âmbito dos efeitos aos militares temporários. Serão divididos os objetivos específicos desse trabalho em entender as alterações que surgiram sobre a legislação mencionada, as diferentes interpretações que existem sobre quem é alcançado pela lei de incapacidade e mostrar de forma clara a ausência do Estado sobre o dever de indenização em razão do licenciamento dos militares.

Assim, para que haja pertinência ampla sobre o tema, justifica-se a escolha deste estudo para uma melhor análise das incongruências que a legislação trouxe aos militares temporários, pois a norma em discussão retirou dessa classe de militares o direito de ser reformado por incapacidade nas atividades militares. Nesse ponto, é indiscutível que foram retirados direitos dos militares que antes existiam, sendo também importante destacar a ausência clara do Estado no dever de indenizar. Fica claro que a grande parte do efetivo existente no Exército Brasileiro está sendo prejudicada devido aos efeitos da legislação mencionada, afetando não apenas a rotina castrense, mas também a vida pessoal, que, dependendo do caso, poderá ser afetada ao longo de toda a vida do militar.

Para se chegar ao fim pretendido, será usada como metodologia dedutiva de pesquisa e a própria experiência que o discente possui

em decorrência dos anos que serviu o exército brasileiro. Assim, cumpre esclarecer que as experiências que o mesmo teve no âmbito das secretarias jurídicas do 1º Regimento de Cavalaria de Guarda, na sargentação do 2º Esquadrão de Dragões, no manuseio de procedimentos de termo circunstanciado (parte de acidente) e sindicâncias internas sobre o tema em questão são de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso. Posto isso, cumpre esclarecer que a quantidade de militares licenciados na segunda metade de 2019, por ocasião da publicação da lei de incapacidade, deixou um grande vácuo de dúvidas acerca do que iria ocorrer dali para frente com os militares.

Portanto, é preciso destacar que todos os processos de apuração de acidentes já citados são importantes para elucidar os desdobramentos que a Lei 13.954/19 trouxe diretamente aos militares temporários acometidos de determinada enfermidade.

1. BREVE HISTÓRICO RELATIVO AO INGRESSO ÀS FILEIRAS DO EXÉRCITO E AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS EM ATIVIDADE CASTRENSE

Ao introduzir a temática relevante a um determinado assunto, é necessário possuir conhecimento abrangente sobre todo o conteúdo relacionado ao tema, incluindo questões relativas à vida, rotina, responsabilidades, entre outros aspectos. Estes conhecimentos têm como objetivo alcançar um entendimento comum sobre o que está sendo abordado. Nesse contexto, ao abordar a atividade militar, é fundamental transmitir claramente o conceito dessa atividade, tecnicamente conhecida como atividade castrense.

Em uma primeira análise, é importante compreender que o ingresso de militares em qualquer organização militar (OM) passa por diversos processos seletivos. Antes de abordar os procedimentos internos de seleção, é necessário fazer uma distinção entre militares de carreira e militares temporários. Os meios de ingresso ou incorporação na atividade castrense são diferentes para cada categoria, como

especificado no Título III, Capítulo I, dos artigos 12 ao 27 da Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964 (BRASIL, 1964).

1.1 ENTRADA PARA O SERVIÇO TEMPORÁRIO NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS

Para a entrada nas Forças Armadas em caráter temporário, é necessário mencionar que existem as seguintes possibilidades: alistamento militar e os militares técnicos temporários.

Nesse sentido, é importante primeiro explicar como ocorre a entrada de cidadãos no âmbito militar por meio do serviço militar temporário obrigatório. Dentro desse assunto, é preciso destacar que ao completar 18 anos de idade, o homem tem a obrigação de se alistar, conforme disciplina o artigo 2º, §1º e 5º da Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), para que, após passar pelos critérios de seleção, possa ou não ser incorporado às fileiras do Exército. Após a incorporação, e ultrapassado o chamado ano obrigatório, o conscrito ou recruta poderá ou não engajar-se, a critério do Comandante de Esquadrão ou Companhia.

Art 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e compreenderá, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

Parágrafo único. O serviço militar temporário não se destina ao ingresso na carreira militar de que trata o § 2º do art. 3º da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares). (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

Art 2º Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação.

§ 1º A obrigatoriedade do Serviço Militar dos brasileiros naturalizados ou por opção será definida na regulamentação da presente Lei.

Art 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos. (LSM, 1964).

Após os critérios estabelecidos pelo respectivo Comandante e a avaliação da Casa de Ordem (CO), os indivíduos entrarão na fase de soldado engajado em uma atividade que possui um prazo determinado de 12 (doze) meses, podendo o contrato ser prorrogado por igual período, totalizando até 96 (noventa e seis) meses, conforme estabelece o artigo 6º da Lei do Serviço Militar (LSM, 1964).

Por outro lado, há a possibilidade de ingresso no âmbito das Forças Armadas por meio de seleção técnica. Essa oportunidade é destinada a indivíduos que possuem conhecimento técnico específico, que pode ser aplicado nas atividades militares, tais como técnicos em enfermagem, tecnologia da informação, farmácia, odontologia, veterinária e medicina. Existem critérios para ingresso em cada área, podendo o indivíduo assumir postos de cabo, terceiro sargento, primeiro e segundo tenente. É importante ressaltar que o critério de permanência no serviço militar técnico é o mesmo mencionado anteriormente: 12 meses, prorrogáveis por igual período, totalizando até 96 meses, exceto para militares que já haviam ingressado anteriormente e posteriormente foram selecionados para o serviço técnico. O período de permanência deste último continua em vigor quando assumir as funções técnicas.

Nesse aspecto, é importante observar que as atividades desempenhadas nas Forças Armadas não podem ser comparadas às atividades civis, pois a atividade castrense demanda esforço físico e mental elevado, voltado para situações de guerra. Portanto, é necessária uma abordagem diferenciada em relação à vida laboral civil.

Para ingressar nas Forças Armadas e realizar essas atividades, é necessário passar por uma seleção complementar que avalia a aptidão física e mental para as atribuições requeridas, como corrida, natação, flexões, manuseio de armamento, salto de paraquedas, equitação, entre outros exercícios. Além dessas atividades, os militares também realizam tarefas relacionadas à manutenção das instalações militares e dos equipamentos da organização militar.

É importante mencionar que as atividades do serviço militar podem variar em dificuldade, incluindo trato com cavalos, instalações e veículos. Os cursos oferecidos pelas Forças Armadas podem aumentar significativamente os esforços físicos e mentais, com duração que pode variar de 3 meses a 1 ano, durante os quais os militares são submetidos a diversos exercícios que testam seus limites físicos e mentais.

1.2 ENTRADA PARA O SERVIÇO DE CARREIRA NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS

Em uma segunda análise, ao abordar questões relacionadas à entrada de indivíduos na carreira das Forças Armadas, é necessário traçar uma cronologia das três principais escolas militares: a ESA (Escola de Sargento das Armas), a EsPCEEx (Escola Preparatória de Cadetes do Exército) e a AMAN (Academia Militar das Agulhas Negras). Além disso, é importante discutir os métodos de avaliação e seleção para militares com graduação ou conhecimento específico.

É fundamental compreender que essas formas de ingresso são específicas para o Exército Brasileiro. Para Marinha e Aeronáutica, existem meios de entrada semelhantes, com variações apenas na nomenclatura e em alguns critérios de seleção e conhecimento, conforme estabelecido pelo artigo 2º, §2º da Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980.

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria

especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§ 2º Os militares de carreira são aqueles da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade, assegurada ou presumida, ou estabilidade adquirida nos termos da alínea “a” do inciso IV do caput do art. 50 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)

Assim, para ingressar na Escola de Sargento das Armas - ESA, é necessário estar cursando o 3º ano do ensino médio ou tê-lo concluído, ser do sexo masculino ou feminino, ter entre 17 e 24 anos de idade até 31 de dezembro do ano seguinte à realização do concurso, ser brasileiro nato ou naturalizado, e possuir altura mínima de 1,60m para homens e 1,55m para mulheres (ESA, 2021).

Quanto aos requisitos para entrar na Escola Preparatória de Cadetes do Exército - EspCEx, é necessário estar cursando o 3º ano do ensino médio ou tê-lo concluído, ser do sexo masculino ou feminino, ter entre 17 e 22 anos de idade até 31 de dezembro do ano seguinte à realização do concurso, ser brasileiro nato, e possuir altura mínima de 1,60m para homens e 1,55m para mulheres (ESPCEX, 2012).

Por fim, para ingressar na Academia Militar das Agulhas Negras - AMAN, é necessário formar-se na EspCEx na condição de cadete e, posteriormente, passar para a AMAN para formar-se como aspirante a oficial, sendo os requisitos de entrada os mesmos.

1.3 ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS MILITARES NO ÂMBITO DO EXÈRCITO BRASILEIRO

Ao analisar a natureza de uma função, é necessário considerar as atribuições que o indivíduo irá desempenhar. Nesse sentido, observa-se que, em diferentes setores de trabalho, algumas demandam esforço físico, outras exigem trabalho mental, e algumas envolvem ambos os tipos de esforço.

No contexto das atividades militares, tanto os militares de carreira quanto os temporários enfrentam uma jornada repleta de desafios, inerentes à natureza das atividades militares. Dentro dessa análise, é evidente que existem diversas formas de exposição, como o estresse físico e mental, resultantes das exigências da rotina militar.

Os militares são constantemente submetidos a testes que avaliam suas habilidades no desempenho das atividades militares. Espera-se que, diante desses desafios, o corpo humano seja impactado pela carga física e emocional, podendo resultar em patologias, lesões e acidentes que comprometem a capacidade de executar as funções militares e até mesmo a capacidade de trabalhar na vida civil.

Considerando as diversas atividades desempenhadas pelos militares temporários, é relevante mencionar os diversos cursos de formação, como o Curso de Formação de Soldado (CFSD), o Curso de Formação de Cabos (CFC), o Curso de Formação de Sargento Temporário (CFST), entre outros. Esses cursos complementam a capacidade militar e têm impacto direto no corpo dos militares.

Além dos cursos, as atividades diárias dos militares também têm relação direta com os impactos físicos. Por exemplo, no 1º Regimento de Cavalaria de Guardas, responsável pela guarda das instalações presidenciais, os militares temporários têm a responsabilidade de cuidar dos cavalos utilizados nessa atividade. Esses cuidados incluem alimentação, higiene e manutenção dos animais, o que pode resultar em acidentes durante sua execução.

Além disso, atividades como a Garantia da Lei e da Ordem (GLO) exigem dos militares uma exigência física elevada, o que pode gerar impactos físicos e psicológicos a longo prazo.

Em resumo, a maioria das atividades que demandam esforço físico é atribuída aos militares temporários, que muitas vezes estão na linha de frente das operações. No entanto, percebe-se uma disparidade nos efeitos da legislação para esses militares, evidenciando a necessidade de um amparo jurídico adequado para garantir tratamento justo e equitativo, sem criar privilégios, mas assegurando uma retribuição justa para aqueles que servem com dedicação e lealdade.

1.4 À LEI DE INCAPACIDADE MILITAR ANTES DAS ALTERAÇÕES OCORRIDAS EM 2019 POR INTERMÉDIO DA LEI. 13.954/19

É necessário realizar uma análise minuciosa do disposto no inciso II-A, que visa proteger os direitos dos militares temporários nas situações previstas nos incisos I e II do artigo 108 da Lei 6.880/80. Sempre que esses militares estiverem definitivamente incapacitados para as atividades castrenses, serão ainda designados procedimentos adicionais. Caso se enquadrem na condição de inválidos para os incisos III, IV e V, o que anteriormente era mantido apenas nos casos expressos no inciso VI do artigo 108 da legislação, sua doença é considerada não relacionada à atividade militar, retirando assim do Estado a responsabilidade pelos cuidados necessários à reintegração na sociedade. No entanto, o amparo prestado pelo Estado atualmente está repleto de falhas, inconsistências e lacunas, tornando necessária uma abordagem mais rigorosa para garantir maior igualdade e isonomia na aplicação da legislação em situações semelhantes.

Dentro dessa análise, é importante observar o disposto no §2º, que objetivamente estabelece que os incisos III e IV do caput não se aplicam aos militares temporários, com o intuito de impedir que esses militares usufruam do benefício previsto no inciso III do art. 106 da Lei 6.880/90. As alterações na legislação impediram completamente a proteção aos militares temporários previstos nos incisos I e II do art. 108 do Estatuto dos Militares, suprimindo o limite de tempo para a aplicação dos critérios de incapacidade/reforma, que anteriormente era de 3 (três) anos de afastamento/licença, conforme o disposto no art. 82 do Estatuto dos Militares.

Conveniente salientar que, mesmo antes da edição da referida lei, a legislação interna do Exército, a exemplo do Regulamento Interno de Serviços Gerais – RISG, editado por meio da Portaria nº 749, DE 17 de setembro de 2012, do Comandante do Exército,

publicada no Boletim do Exército nº 38, de 21 de setembro de 2012¹⁰, determinava em seus artigos 429, 430 e 431, em expressa negação do art. 82, da Lei 6.880/80, acima transcrito, que o militar temporário, quando em tratamento ou aguardando reforma, fosse mantido na condição de adido, não de agregado, o que acabava por não viabilizar a reforma em decorrência do cumprimento de três anos de afastamento – 1 na condição de adido mais 2 na condição de agregado, (ROQUE, 2019).

Assim, fica claro que a Lei 13.954/19 trouxe diversas alterações que resultaram em um verdadeiro impasse quanto aos direitos dos militares temporários, sendo evidente que sua edição e publicação causaram impactos inconstitucionais no sistema previdenciário desses militares. Observa-se, portanto, uma grande disparidade na temática entre as categorias de trabalho, tanto no setor privado quanto no público, uma vez que existem princípios que se aplicam a todas as atividades laborais, não havendo justificativa para uma seletividade no âmbito da atividade castrense (ROQUE, 2019).

Portanto, é necessário mencionar que a alteração na lei de incapacidade militar para os temporários resultou em uma verdadeira disparidade, ignorando por completo a responsabilidade objetiva existente em relação ao dever ativo da instituição estatal. Fica evidente que medidas devem ser tomadas para corrigir o equívoco presente na edição da Lei 13.954/19.

1.5 PROCESSOS INTERNOS NAS SUBUNIDADES (SU) PARA APURAÇÃO DE ACIDENTES ENVOLVENDO MILITARES

Para qualquer problema que necessite de um aprofundamento sobre a ocorrência ou não de uma determinada conduta, existe um procedimento específico para se chegar ao fim desejado. Na administração pública, por exemplo, ao questionar a ação de um

servidor público, há o PAD - Processo Administrativo Disciplinar, que tem como objetivo realizar uma investigação interna para examinar condutas impróprias por parte dos funcionários que compõem aquele quadro.

Nesse sentido, as Forças Armadas também possuem seu rito procedimental para investigar atos que envolvam direta ou indiretamente as condutas de suas tropas. Dentre esses procedimentos, podem ser mencionados o termo circunstanciado, a sindicância, o IPM, entre outros métodos que complementam todo o esboço administrativo de apuração e investigação de atos que envolvam os militares no âmbito da atividade castrense (LSM, 1964).

Posto isso, é importante compreender duas das espécies desses ritos procedimentais de apuração, pois servem como base para a elucidação dos acidentes envolvendo os militares, sendo o termo circunstanciado e a sindicância abordados separadamente.

1.5.1 MODUS OPERANDI DO TERMO CIRCUNSTANCIADO

Como já mencionado nos tópicos anteriores, o militar temporário, ao incorporar-se às fileiras do exército, passa por diversos testes e realiza diversas atividades ao longo dos anos. Assim, é evidente que, no âmbito dessas atividades, o militar pode sofrer algum acidente, gerando uma patologia. Quando ocorre um acidente, o militar é imediatamente submetido aos atendimentos da seção de saúde do respectivo estabelecimento militar, para que os quadros clínicos necessários possam ser direcionados.

Em decorrência do exposto anteriormente, assim que o militar recebe, por parte do oficial de saúde, os resultados da real situação, bem como um atestado para fins de recuperação ou tratamento, é orientado a retornar à Subunidade (SU) e procurar a SGTE do ESQD/CIA para que o militar responsável pela sargenteação redija um termo circunstanciado com o intuito de elucidar toda a temática que levou

à ocorrência do acidente, conforme disciplina o artigo 3º, §1º, I da Portaria – CEX N° 1845, de 29 de setembro de 2022.

Art. 3º Na ocorrência de fatos ou da prática de atos de qualquer natureza que contenham indícios de dano ao erário, o comandante (Cmt), chefe (Ch) ou diretor (Dir) da organização militar (OM), como autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deve, imediatamente, adotar medidas administrativas para, apuração dos fatos com fins de identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o ressarcimento, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

§ 1º Como medidas administrativas, podem ser instaurados os seguintes procedimentos administrativos de apuração de irregularidades:

I - Termo Circunstanciado Administrativo (TCAdm), (Portaria – CEX N° 1845).

Esse primeiro procedimento carrega um valor fundamental para o quadro do militar acometido de determinado acidente. O termo circunstanciado tem uma estrutura que inicia com todos os dados pessoais do militar, seguido de um relato que envolve o acidente sofrido pelo militar. Nesse segundo relato, são apontados a hora e o local do acidente, bem como os motivos que levaram o militar a estar naquele local (por exemplo, ordens, instruções previstas em QTS - Quadro de Trabalho Semanal, entre outros). Ao final, é perguntado se o militar tem algo a mais a relatar, resultando no fim do termo circunstanciado.

O termo circunstanciado, também vulgarmente denominado internamente como “parte de acidente”, possui grande importância nos ritos de apuração envolvendo acidentes entre militares. É preciso mencionar que todos os fatos ensejadores de todas as áreas devem ser redigidos a termo, a fim de assegurar tanto a força como forma de amparar seus atos, se estavam sendo desempenhadas em

conformidade com as normas previstas em lei, quanto ao militar, no que concerne se o ato final executado estava sendo realizado em conformidade com as regras de engajamento ensinadas aos militares (Portaria – CEX N° 1845).

O instrumento inicial de apuração é de suma importância, mas carrega consigo inconsistências internas, uma vez que a maioria dos relatos é realizada sem uma orientação prévia. Em muitos casos, os militares (na maioria das vezes, cabos e soldados) declinam o relato dos fatos, mas, por medo e também por pressão daqueles que conduzem o termo, acabam omitindo informações importantes para as apurações.

Portanto, é importante reconhecer que o procedimento interno de apuração é fundamental para que seja alcançada a melhor solução do ponto de vista legal para aqueles que sofrem determinado acidente. No entanto, é evidente que o procedimento interno está sujeito a vícios, que podem resultar em disparidades no relato do militar. Muitos relatos internos indicam que há pressão psicológica para que sejam fornecidas respostas destinadas a eximir a culpa das Forças Armadas e direcioná-las ao militar. Isso é tão evidente que não é necessário ir muito longe, basta analisar as mais diversas situações internas que são fruto de ordens absurdas, mas que mesmo assim devem ser obedecidas, pois a lógica retratada por diversos militares baseia-se no jargão “a corda sempre quebra para o lado mais fraco”. Dessa forma, é inegável a existência de abusividade no âmbito das mais diversas ordens emanadas, sendo facilmente verificadas essas irregularidades.

1.5.2 MODUS OPERANDI DA SINDICÂNCIA

Ainda com base nos modos de operação em determinações de apurações que envolvem atos de militares, é necessário relatar pontos sobre o processo de sindicância, disciplinado no artigo 3º, §1º, I da Portaria – CEX N° 1845, de 29 de setembro de 2022.

Art. 20. A sindicância é o procedimento formal, apresentado por escrito, que tem por objetivo a apuração de fatos de interesse da administração militar, quando julgado necessário pela autoridade competente, ou de situações que envolvam direitos. Quando identificada a figura do sindicado, a sindicância permitirá, também, resguardar os direitos dos administrados e os interesses da administração militar, possibilitando atender ao devido processo legal, permitir o exercício do contraditório, a ampla defesa e a utilização dos meios e recursos decorrentes. § 1º A sindicância deverá ser instaurada sempre que se tornar necessário apurar responsabilidades por irregularidades administrativas, (Portaria – CEX Nº 1845).

Em primeiro ponto, é de se considerar que a apuração por meio da sindicância, no que tange a acidentes, ocorrerá quando o militar já estiver afastado por 30 dias devido a alguma moléstia ou patologia militar. Nesse aspecto, cabe ressaltar que o procedimento interno é conduzido por um oficial e um praça (geralmente subtenente ou primeiros e segundos sargentos), estes últimos militares de carreira. Esses profissionais são responsáveis por conduzir toda a linha temporal referente ao ocorrido, desde o fato gerador do acidente até a situação atual do militar. Ao final da sindicância, será gerado um parecer indicando a possibilidade ou não de incapacidade do militar, chamado de sindicado.

O sindicado, ao ser submetido à equipe designada para a apuração do acidente, entregará todos os atestados, relatórios médicos, perícias médicas, entre outros documentos fundamentais para elucidar a linha temporal delineada para a apuração do acidente. Assim que se chega a uma conclusão sobre o que envolveu o acidente, em conformidade ou não com as atividades militares, é exarado um parecer, indicando a possibilidade de reforma e a incapacidade ou não do sindicado.

2. ALTERAÇÕES ADVINDAS DAS REFORMAS OCORRIDAS EM 2019 (LEI 13.954/19)

A Lei 13.954/19 entrou em vigor em 17/12/2019 (sancionada em 16 de dezembro de 2019) de acordo com o PL 1.645/19. A legislação em questão teve sua elaboração conduzida pelo Ministro da Defesa da época, Fernando Azevedo da Silva. A publicação da lei gerou diversas críticas, especialmente no que diz respeito aos militares temporários, evidenciando que o dispositivo criou privilégios para uma classe específica das Forças Armadas, os oficiais (ROQUE, 2019).

Este tópico visa discutir as alterações emergentes da nova lei de incapacidade, detalhando ponto por ponto as modificações.

2.1 MOTIVOS ENSEJADORES PARA EDIÇÃO DA LEI 13.954/19

É importante mensurar que a lei foi criada com uma proposta que, em primeira análise, possuía uma justificativa plausível. O alto escalão da época argumentava que os militares temporários estavam agindo de má-fé ao solicitar a reforma por incapacidade laborativa no âmbito castrense. Nesse sentido, os oficiais encarregados dos processos de apuração observaram que os conduzidos estavam tentando protelar o processo para ultrapassar o período da atividade temporária de oito anos, levando as Forças Armadas, conforme a lógica legal, a ter que reformar o militar (ROQUE, 2019).

Na justificativa para a edição da lei de incapacidade, os oficiais argumentavam que, além da tentativa de protelar os prazos, os militares conduzidos também omitiam informações e criavam condições para que a patologia ou doença mental fosse considerada, com o intuito de obter os benefícios da lei e passar da condição de militar temporário para militar reformado por incapacidade.

Assim, a criação dos termos para a alteração dos ditames legais da lei de incapacidade teve como objetivo criar barreiras para coibir tentativas de fraudes no meio das Forças Armadas. No entanto, os

efeitos da nova Lei 13.954/19 acabaram afetando diretamente militares que não tinham intenções de irregularidades (ROQUE, 2019).

Nesse contexto, é importante mencionar que os militares temporários que agem de boa-fé ao sofrer acidentes estão sendo impactados pelos efeitos da nova lei de incapacidade. Este instrumento busca chamar a atenção para esses militares que não têm condições plenas de exercer com exatidão e perfeição as atividades laborativas, tanto no âmbito castrense quanto na seara civil. É necessário atentar para as questões que emergem desses militares, visto que há clara razão e efeito do acidente relacionado ao serviço militar, mas o amparo não possui a finalidade pedagógica necessária.

Portanto, passa-se agora a detalhar os pontos relativos à nova lei de incapacidade, Lei 13.954/19.

2.2 PRINCIPAIS PONTOS RELATIVOS A NOVA LEI DE INCAPACIDADE LEI 13.954/19

A nova redação da lei de incapacidade militar visa obstruir lacunas no que diz respeito à possibilidade de reforma dos militares temporários. Nesse sentido, a nova redação possui o seguinte texto.

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:

II-A. se temporário:

a) for julgado inválido;

b) for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei; (BRASIL, 2019).

O dispositivo mencionado anteriormente foi uma das mudanças que mais evidenciaram prejuízos aos militares temporários, uma vez que é simples mencionar que as atividades militares demandam uma alta carga de exercícios físicos e mentais. Essa temática já foi abordada

anteriormente em um tópico separado; no entanto, é importante ressaltar que os militares temporários são os mais afetados pelos efeitos desses exercícios e, conseqüentemente, são os que menos recebem a tutela necessária por parte do Estado (ROQUE, 2019).

Portanto, ao analisar o texto da lei, é necessário mencionar os julgados do TRF, bem como do STJ, que condicionam a aplicação das alterações advindas da Lei 13.949/19. Os julgados apresentaram de forma objetiva a necessidade de que o militar, no âmbito castrense, não tenha nenhuma possibilidade de exercer funções laborativas, tanto no âmbito castrense quanto no civil, ou seja, uma incapacidade total no que diz respeito ao exercício de atividades laborativas, conforme dispõe o artigo 111 da Lei 6.680 de 09 de dezembro de 1980 (BRASIL, 1980).

Segue os julgados que corroboram com a temática levantada:

ADMINISTRATIVO. MILITAR SEM ESTABILIDADE. REFORMA. REQUISITOS LEGAIS DO ART. 111, II, DO ESTATUTO DOS MILITARES NÃO PREENCHIDOS. INCAPACIDADE DEFINITIVA. DOENÇA CONGÊNITA NÃO INCAPACITANTE AO LABOR CIVIL. 1. O militar temporário somente será reformado nos casos de impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho, nos termos do art. 111, II, da Lei n. 6.880/80. Precedentes: AgRg no REsp 1404640/RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20/11/2013; AgRg no AREsp 365959/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/10/2013; REsp 1328915/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/04/2013. 2. O apelante, como já observado, é inválido definitivamente, porém sua invalidez não obsta o exercício de atividade civil que não exija esforço físico. Percebe-se que o autor não preenche os requisitos legais pertinentes ao que demanda. Assim, a reforma não é devida. 3. Apelação não provida. (Processo 00077849520114058300 - AC - Apelação Cível - 567891 - Relator Desembargador

Federal Marcelo Navarro - TRF5 – Terceira Turma – Fonte DJE - Data::15/04/2014 – Página:200). ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR TEMPORÁRIO. REFORMA. DOENÇA. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE DEFINITIVA. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo embasou-se nas provas dos autos para concluir que a doença que acomete o agravante não guarda relação de causa e efeito com a atividade militar, e que não há invalidez ou incapacidade definitiva a justificar a reforma. Destarte, para infirmar as conclusões a que chegou instância de origem quanto ao descabimento da reforma, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos por esta Corte, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. Ademais, ainda que ultrapassado o conhecimento do recurso, a pretensão do agravante não encontra acolhida nesta Corte, que sedimentou o entendimento no sentido de que o militar temporário somente será reformando nos casos de impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho, nos termos do art. 111, II, da Lei n. 6.880/80. Precedentes: AgRg no AREsp 365959/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 22/10/2013; REsp 1328915/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 10/04/2013. Agravo regimental improvido. (AGRESP 201303149579 - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1404640 - Relator(a) HUMBERTO MARTINS - STJ - Órgão julgador - SEGUNDA TURMA - Fonte DJE DATA: 20/11/2013.DTPB). (TRF-1,2013).

Ainda nessa seara pertinente as alterações, cumpre mencionar as condicionantes presentes no art. 108 incisos I ao VI da Lei 6.880/90, *in verbis*.

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

- I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;
- II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;
- III - acidente em serviço;
- IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;
- V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei no 12.670, de 2012)
- VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço (LEI 6.880, 1980).

Essas alterações representam um marco significativo dentro de toda a lógica aqui apresentada, uma vez que todas as causas que são pontos para definir incapacidade definitiva estão elencadas na legislação mencionada anteriormente. Dentro dessa perspectiva, o inciso VI da Lei 6.880/90, onde inexistente qualquer nexo com a atividade militar, reserva-se o encostamento, atribuindo todo o custeio do tratamento durante esse período em virtude do acidente sofrido ou problema gerado pela atividade militar, após o licenciamento.

No entanto, após as alterações da Lei 13.954/19, manteve-se a tutela de tratamento apenas para os incisos I e II, ou seja, somente para questões que tenham relação direta com guerra ou com GLO (Garantia da Lei e da Ordem), excluindo as questões que emergem sobre acidente em serviço em que não há relação com o serviço, bem como doenças, moléstias ou enfermidades adquiridas em tempos de paz (ROQUE, 2019).

Nesse sentido, é oportuno destacar o Decreto 57.272/65, que descreve a rotina dos militares em âmbito castrense, sendo certo que o art. 1º direciona um contexto interessante no que concerne acidente em serviço.

Art 1º Considera-se acidente em serviço, para os efeitos previstos na legislação em vigor relativa às Forças Armadas, aquele que ocorra com militar da ativa, quando:

- a) no exercício dos deveres previstos no Art. 25 do Decreto-Lei no 9.698, de 2 de setembro de 1946 (Estatuto dos Militares);
- b) no exercício de suas atribuições funcionais, durante o expediente normal, ou, quando determinado por autoridade competente, em sua prorrogação ou antecipação;
- c) no cumprimento de ordem emanada de autoridade militar competente;
- d) no decurso de viagens em objeto de serviço, previstas em regulamentos ou autorizados por autoridade militar competente;
- e) no decurso de viagens impostas por motivo de movimentação efetuada no interesse do serviço ou a pedido;
- f) no deslocamento entre a sua residência e a organização em que serve ou o local de trabalho, ou naquele em que sua missão deva ter início ou prosseguimento, e vice-versa. (Redação dada pelo Decreto no 64.517, de 15.5.1969)

Assim, a alteração que gera maior impacto aos militares temporários é a pertinente ao inciso III do Art. 108 da Lei 6.880/80, que trata dos acidentes em serviço. Esses acidentes fazem parte praticamente da totalidade das atividades prestadas pelos militares temporários, influenciando todo o seu expediente. Isso é evidente ao verificar a rotina desempenhada por esses militares, e é injusto retirar

os efeitos antes previstos em relação à tutela em caso de acidente em serviço. É certo que, se houver prejuízo em um acidente de serviço, a nova lei indica apenas a possibilidade de encostamento, sem qualquer direito remuneratório ou indenizatório.

2.3 AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES QUE A LEI INTEGRA AOS MILITARES DE CARREIRA E AOS MILITARES TEMPORÁRIOS

Após detalhar de forma objetiva todos os aspectos que surgiram sobre a aplicação da nova lei de incapacidade militar e seus efeitos na vida dos militares, é necessário agora abordar as diferentes interpretações que a lei traz para os militares de carreira e os militares temporários, resultando assim em uma verdadeira disparidade nos efeitos da lei sobre a vida desses indivíduos, que estão fundamentados no mesmo princípio fundamental, o de defender a pátria acima de tudo.

Uma vez ultrapassados todos os preceitos técnicos relativos às disposições da lei 13.954/19, é importante ressaltar que os militares, dentro de sua lógica, estão sujeitos ao que se chama de “reforma”.

A atividade castrense, como já mencionado anteriormente, possui uma série de particularidades que têm grandes impactos no aspecto físico e mental dos militares, e esses impactos também podem resultar em acidentes, que por sua vez podem ser motivos para a reforma devido à incapacidade laboral. Após abordar esses aspectos iniciais, é hora de diferenciar o tratamento que a legislação dispensa aos militares de carreira e aos militares temporários.

2.3.1 DOIS LADOS DE UMA MESMA MOEDA

É importante compreender que a atividade militar é composta por diversas ramificações e hierarquias, onde os graus hierárquicos e o seguimento de ordens são fundamentais. Portanto, os conceitos

de hierarquia e disciplina são parte integrante de toda instrução e relação entre militares de diferentes patentes. Nesse sentido, não se pode aplicar a mesma lógica de graus hierárquicos aos efeitos que surgem da lei de incapacidade militar, uma vez que a atividade militar é una e possui uma finalidade específica, com a diferença sendo nos interlocutores que exercem a parte diretiva. Como resultado, surge uma disparidade evidente nos efeitos da Lei 13.954/19, visto que as alterações visaram diretamente atingir apenas os militares temporários.

Essa afirmação é categórica, pois uma simples leitura da legislação alterada leva a essa conclusão. Anteriormente à publicação da lei de incapacidade militar (Lei 13.954/19), tanto os militares de carreira quanto os temporários estavam sujeitos às mesmas disposições da lei, no que se refere aos efeitos de acidentes até a reforma por incapacidade. Se o acidente estivesse diretamente relacionado à atividade castrense, ambas as classes seriam reformadas, com direito a remuneração, plano de saúde e, dependendo do caso, indenização integral. Para elucidar essa afirmação, segue o art. 106 da Lei 6.680/80 antes da redação dada pela Lei 13.954/19, que altera o estatuto dos militares.

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:

I - atingir as seguintes idades-limite de permanência na reserva:

- a) para Oficial-General, 68 (sessenta e oito) anos;
- b) para Oficial Superior, inclusive membros do Magistério Militar, 64 (sessenta e quatro) anos;
- c) para Capitão-Tenente, Capitão e oficial subalterno, 60 (sessenta) anos; e
- d) para Praças, 56 (cinquenta e seis) anos.

II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante

homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

IV - for condenado à pena de reforma prevista no Código Penal Militar, por sentença transitada em julgado;

V - sendo oficial, a tiver determinada em julgado do Superior Tribunal Militar, efetuado em consequência de Conselho de Justificação a que foi submetido; e

VI - sendo Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial ou praça com estabilidade assegurada, for para tal indicado, ao Ministro respectivo, em julgamento de Conselho de Disciplina. Parágrafo único. O militar reformado na forma do item V ou VI só poderá readquirir a situação militar anterior:

a) no caso do item V, por outra sentença do Superior Tribunal Militar e nas condições nela estabelecidas; e

b) no caso do item VI, por decisão do Ministro respectivo (BRASIL,1980).

Por outro lado, após as alterações advindas com a Lei 13.954/19, o impacto foi diretamente ligado a uma classe dos militares, enquanto todos os efeitos inerentes à reforma para os militares de carreira se mantiveram. É importante ressaltar que, mesmo se um militar de carreira sofrer algum acidente que não tenha relação direta com a atividade militar, ele também será reformado.

Entretanto, ao analisar as alterações advindas com a nova lei de incapacidade, no que diz respeito aos militares temporários, percebe-se que tudo, desde o momento do acidente até a reforma, deve ser avaliado para determinar se o acidente teve um efeito diretamente ligado à atividade militar e se resultou em uma incapacidade permanente, tanto para as atividades laborais no âmbito castrense quanto na vida laborativa civil. Assim, se for evidenciada qualquer forma de incapacidade definitiva, o militar temporário será desincorporado *ex-officio*, sem direito a remuneração, plano de saúde, e terá o plano de saúde suprimido, pois este estará disponível apenas enquanto o militar estiver em tratamento (ROQUE, 2019).

Para elucidar tal afirmação, segue a legislação com as alterações emergentes da Lei 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:

I - atingir as seguintes idades-limite de permanência na reserva:

- a) para oficial-general, 75 (setenta e cinco) anos;
- b) para oficial superior, 72 (setenta e dois) anos;
- c) para Capitão-Tenente, Capitão e oficial subalterno, 68 (sessenta e oito) anos; e
- d) para praças, 68 (sessenta e oito) anos;

II - na hipótese de militar de carreira, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

II-A - na hipótese de militar temporário: a) for julgado inválido; ou b) for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei;

III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

IV - for condenado à pena de reforma prevista no Código Penal Militar, por sentença transitada em julgado;

V - Sendo oficial, a tiver determinada em julgado do Superior Tribunal Militar, efetuado em consequência de Conselho de Justificação a que foi submetido; e

VI - na hipótese de Guarda-Marinha, Aspirante a Oficial ou praça com estabilidade assegurada, for indicado para reforma ao Comandante de Força Singular respectiva, em julgamento de Conselho de Disciplina.

§ 1º O militar reformado na forma prevista nos incisos V ou VI do caput deste artigo só poderá readquirir a situação militar anterior: I - na hipótese prevista no inciso V do caput deste artigo, por outra sentença

do Superior Tribunal Militar, nas condições nela estabelecidas; e II - na hipótese prevista no inciso VI do caput deste artigo, por decisão do Comandante de Força Singular respectivo.

§ 2º O disposto nos incisos III e IV do caput deste artigo não se aplica ao militar temporário.

Portanto, evidente é que as alterações geraram uma grande disparidade no que concerne aos efeitos da lei nas duas classes de militares. Necessário se faz em afirmar que a maioria das vezes os militares temporários são os executores primários da atividade que enseja determinada incapacidade e estes são os que tiveram seus direitos suprimidos, gerando uma grande discussão do que inviabiliza a isonomia necessária de tratamentos.

2.4 IMPACTO GERADO AOS MILITARES TEMPORÁRIOS EM DECORRÊNCIA DAS ALTERAÇÕES DA NOVA LEI DE INCAPACIDADE MILITAR

A atividade militar, como já foi demonstrado, possui suas vicissitudes, sendo necessário salientar que a maioria das atividades internas gera atrito, o qual pode ser o fator desencadeante de muitas problemáticas. Dessa forma, ao desempenhar uma atividade militar, o indivíduo deve entender que tanto o lado psicológico quanto o físico podem ser afetados.

Posto isso, é preciso mencionar que todos os indivíduos necessitam de normas que possam balizar atitudes, de modo a suprir determinado interesse, sendo certo que este interesse seja também de uma coletividade. Outrossim, pode-se verificar que o ordenamento, quando implementado, tem o condão de beneficiar a todos os que estão nesta senda de efeitos.

Toda essa temática não foi contemplada no ato de criação e publicação da Lei de Incapacidade Militar Temporária, Lei 13954/19. Pode-se verificar, em complemento ao disposto em tópicos anteriores,

que a norma foi alterada e os efeitos “negativos” recaíram somente para um dos polos existentes, ou seja, para os militares temporários.

Nesta gama de incongruências, nota-se claramente a disparidade que a modificação realçou nos militares temporários. Observa-se, sob um prisma simples, que estes - a grande maioria cabos e soldados - são os fiéis condutores da máquina denominada Exército Brasileiro. Esses militares compõem a maioria esmagadora do efetivo de uma Companhia/Esquadrão, sendo indiscutível que toda manobra interna que exija esforço físico sai dessa classe de militares, os quais são subordinados em uma classe hierárquica inferior (CARVALHO e RIZZO, 2021).

Dessa forma, é importante notar que a modificação da lei mencionada atinge diretamente esses militares. E neste contexto, percebe-se que o militar, ao ser considerado incapaz para toda e qualquer atividade laborativa, passará pelo crivo de uma regra que não tem compatibilidade alguma com os princípios constitucionais. Uma vez publicada a incapacidade, o militar será imediatamente licenciado *ex-officio*, sem direito a qualquer valor inerente ao salário, sem direito a qualquer montante a título de indenização e recebendo os benefícios de saúde com restrições, as quais cessarão assim que houver um parecer favorável por parte da junta militar.

Assim, não restam dúvidas sobre as incongruências que emergem sobre todo o escopo da edição e publicação da Lei 13.954/19. E tal disparidade não encontra justificativa, uma vez que na maioria dos casos em que há acidente envolvendo militar, é necessária uma ordem para realizar tal ato, ou seja, de uma forma simples, “o subordinado só faz aquilo que é mandado” (CARVALHO e RIZZO, 2021).

Portanto, não há dúvidas de que exista a possibilidade de atitudes fraudulentas por parte do militar para obter vantagens acerca do seu estado. Por outro lado, será necessário o empenho de todo o corpo que fiscalize os acidentes sofridos, a fim de chegar a um denominador justo. Contudo, não se pode deixar de lado e impor os efeitos de uma lei totalmente distante da realidade aos militares que se acidentam em decorrência de ordens legais. Não se pode licenciar um militar

que estava cumprindo ordens legais sem direito a qualquer título pecuniário, uma vez que, dependendo da patologia, as chances de que este militar consiga competir de igual para igual na vida laborativa civil são mínimas.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE EMERGENTE DAS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI DE INCAPACIDADE MILITAR (13.954/19)

A publicação da Lei 13.954/19, conhecida como Lei de Incapacidade Militar, trouxe consigo diversas mudanças nos procedimentos relativos à provocação da reforma em decorrência de acidentes. Nesse contexto, é possível observar que toda norma que entra em vigor tem a finalidade de disciplinar comportamentos e ajustar lacunas que o corpo normativo possui. Por outro lado, é importante mencionar que todos esses aspectos devem ser considerados em sua totalidade, em conformidade com os princípios da igualdade (art. 5º, CF), legalidade (art. 5º, II da CF), entre outros, ou seja, não deve haver individualização decorrente da criação de uma norma.

Partindo desse pressuposto, a Lei 13.954/19, objeto de análise, suscita uma ampla gama de discussões que levam a uma lógica, a de que uma classe de militares está sendo beneficiada e outras prejudicadas por intermédio de uma mesma norma jurídica. Para tanto, argumenta-se que a inconstitucionalidade é evidente, uma vez que a Carta Magna, no artigo 142, não faz distinção entre militares de carreira e militares temporários. No entanto, é importante observar que atribui a estes direitos e deveres que, dependendo do posto ou graduação, podem ter maior ou menor representatividade/responsabilidade (ROQUE, 2019).

Dentro dessa perspectiva, é evidente que a nova lei de incapacidade temporária revela uma grande lacuna no que diz respeito aos seus efeitos, visto que os militares temporários tiveram suas possibilidades de reforma excluídas, enquanto que, ao se analisar os mesmos parâmetros para os militares de carreira, o objetivo é

reformá-los, mesmo que o acidente não tenha relação direta com a atividade militar.

Assim, é importante mencionar o que está presente na ADI 7.092, que trata do Sistema de Proteção Social dos Militares e do Julgamento da Inconstitucionalidade da Lei 13.954/19. Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista – tem como objetivo questionar toda a temática existente acerca dos efeitos da Lei 13.954/19 sobre os militares de carreira e os militares temporários (ALMEIDA, 2023).

No item sobre o “Ato normativo impugnado” cita a prestação do serviço militar temporário, a Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/1964) e o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), mas se dirige claramente ao “militar temporário”:

Com efeito, o “militar temporário”, que pode ser oficial ou sargento, é definido como aquele que ingressa no Exército por meio de uma seleção conduzida pelas Regiões Militares, que estabelece o período e as vagas para cada área de interesse necessária. Os militares temporários representam cerca de 55% do efetivo total das Forças Armadas (cerca de 150 mil oficiais e praças).

A principal controvérsia descrita na Petição Inicial se refere à questão da INCAPACIDADE do Militar Temporário:

O Autor da Ação conclui que a Lei nº 13.954/2019 descortinou os militares temporários (que representam 55% do efetivo total das forças armadas) de um regime isonômico e suficiente de proteção diante de contingências sociais e que houve iniludível lesão aos postulados da igualdade, em virtude da criação de injustificável situação discriminatória no âmbito das Forças Armadas. (ALMEIDA, 2023).

Portanto, é importante caracterizar de forma objetiva que existem muitas controvérsias em relação à lógica da Lei 13.954, de 16 de dezembro de 2019, uma vez que não contemplou os efeitos para toda a totalidade dos militares, deixando de proteger o maior efetivo das Forças Armadas. Dessa forma, ficam evidentes os problemas existentes e se fazem necessárias medidas para atender à coletividade que necessita de amparo.

3.1 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS ACIDENTES E A AUSÊNCIA DESTA EM DETRIMENTO DAS OCORRÊNCIAS EM ATIVIDADE CASTRENSE

Em decorrência de tudo o que foi exposto, é evidente que a atividade militar possui finalidades direcionadas por meio de ordens dos superiores aos subordinados, conforme estabelecido por normas. Assim, quando ocorre um acidente envolvendo um militar e resulta em uma patologia, trata-se de uma situação que está diretamente ligada a uma ordem emitida por agentes do estado. Nesse contexto, é necessário abordar as questões relacionadas à responsabilidade do estado.

A responsabilidade do estado consiste na determinação, por meio da lei, aos órgãos públicos e demais entidades estatais, de reparar os danos causados no exercício de suas funções públicas. Nesse sentido, a Carta Magna, mais precisamente no artigo 37§6º, trata da responsabilidade do estado de forma objetiva.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Constituição Federal, 1988)

Nesse contexto, por analogia ao que dispõe a legislação vigente, compreende-se que o estado é responsável por atos praticados por seus agentes, desde que presentes os requisitos da responsabilidade objetiva do estado, ou seja, o dano, o nexo de causalidade e o resultado lesivo. Segue-se a jurisprudência que melhor retrata o exposto:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DENUNCIÇÃO À LIDE DO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO E PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REQUISITOS. PRESENÇA. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DANOS ESTÉTICOS E PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARBITRAMENTO NOS TERMOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 20015. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

O Estado é responsável pelos atos de seus agentes, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal e, assim, demonstrada a presença dos requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo, impõe-se o dever de indenizar do Estado, em especial pela conclusão alcançada pelo Juízo criminal, sendo certo que não há controvérsia quanto à ocorrência do ato

ilícito, sua autoria e materialidade, bem como pela perícia realizada que não deixa dúvida acerca da perda auditiva acarretada ao Autor em razão da lesão praticada pelo Policial Militar, consistente em trauma existente no ouvido esquerdo do Autor decorrente do tapa que aquele lhe desferiu, restando demonstrados, assim, o dano e onexo causal, requisitos necessários à responsabilização objetiva do Estado, do que exsurge a obrigação de indenizar. Em relação aos danos materiais, dispõe o art. 949 do Código Civil que, “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” e não tendo o Autor colacionado aos autos qualquer comprovação quanto aos danos emergentes experimentados em razão da lesão, tais como tratamentos, medicamentos, consultas médicas, etc, descabendo, portanto, reparação material nesse sentido. Tendo sido demonstrado, conforme perícia judicial realizada, que “o paciente refere zumbido intermitente no ouvido esquerdo além da dificuldade para escutar deste lado”, bem assim que a lesão acarretada exige controle periódico, impõe-se a condenação do Ente Público a indenizar as despesas futuras do Autor quanto ao tratamento/controlado da enfermidade, devendo, no entanto, se limitar ao período entre a prolação da sentença e a liquidação relativa aos referidos danos materiais. (Apelação Cível 0000001-65.2015.4.03.6102. TRF3, Des. Carlos Muta, julgado em 12/12/2023)

Nesse contexto, é imprescindível destacar a responsabilidade objetiva do estado nos casos de acidentes envolvendo militares, uma vez que esses estão geralmente executando atividades determinadas pelas próprias regras do ente público.

Para tanto, fica claro que, ao se comprovar a responsabilidade objetiva do estado nos acidentes que envolvem os militares, surge outra questão incidental, que é o dever de indenização desses indivíduos. Isso deve ser considerado, especialmente em relação a pontos questionáveis da Lei 13.954/19, que direcionam o militar a ser desincorporado apenas com a possibilidade de receber ajuda do plano de saúde até que seja considerado apto.

Nesse sentido, é importante ressaltar que essa lógica está completamente desalinhada com a realidade, uma vez que, se há responsabilidade do estado, existem princípios legais que estabelecem o dever deste de indenizar, como previsto nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, (BRASIL, 2002)

Dessa forma, categórico foi o legislador ao impor regras assim que se verifique a incorrência simultânea de irregularidades. Assim, obsta mencionar que o dever de indenizar é em decorrência do próprio fato que o estado gera. Para melhor ilustrar, segue a julgado que se amolda ao contexto especificado.

EMBARGOS INFRINGENTES. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. ANULAÇÃO DE LICENCIAMENTO. DIREITO SUBJETIVO A REFORMA. DANOS MORAIS. 1. O militar incapacitado definitivamente para o serviço militar, por acidente de serviço é reformado fazendo jus ao cálculo dos proventos com base na remuneração do posto ou graduação que ocupava na ativa, consoante o art. 106, inciso III da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares). 2. No caso dos autos, existe farta comprovação da incapacidade definitiva do embargado para o serviço ativo das Forças Armadas, em virtude do nexo causal direito e imediato entre o exercício da atividade castrense (Teste de Aptidão Física - TAF) e as lesões no joelho direito (fls. 67/68, 116/117 e 120). A Ata de Inspeção de Saúde nº 783/2008 (fls. 126/135) atestou a incapacidade para o serviço do Exército em virtude de entorse e distensão de ligamento colateral e tibial do joelho - CID S83.4 e Condromalácia da rótula - CID M22.4 (fls. 131 e 243). Portanto, o militar/embargado faz jus à reforma *ex officio*, consoante os arts. 94, inciso II, 104, inciso II, 106, inciso II, 108, inciso III e 109, todos da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares). 3. O art. 37, § 6º da Constituição da República impõe o dever de indenizar pelos danos objetivamente causados pelo Estado. Na hipótese vertente, o autor/embargado ficou curto período de tempo sem assistência do Exército, - o licenciamento ocorreu em 08/05/2007 (fls. 140) e a reintegração, por decisão liminar, em 24/03/2008 (fls. 161), o que, diante da gravidade do seu problema de saúde, não lhe expôs a situação alguma de ofensa aos seus direitos da personalidade, inexistindo dano moral a ser indenizado. Precedentes. 4. Embargos infringentes parcialmente providos apenas para excluir a condenação por danos morais (BRASIL, 2017).

Portanto, não restam dúvidas sobre a negligência imposta aos militares temporários em detrimento do que é estabelecido pela Lei 13.954/19. É necessário destacar que essa legislação trata de um impacto bastante relevante no que diz respeito ao acidente e ao ato de reparação do mesmo. Assim, fica evidente que o estado, como ente gerador desse acidente na maioria dos casos, acaba por desincorporar o militar, deixando-o apenas com os benefícios do plano de saúde até que esteja apto. Dessa forma, fica claro que não há remuneração, não há plenitude no uso do plano de saúde, muito menos indenização por atos do estado, o que, em uma lógica abrupta, ocorre apenas para os militares temporários. Permanecem lacunas a serem preenchidas, uma vez que princípios como o da isonomia estão sendo deixados de lado. É certo que todas essas irregularidades estão levando a uma grande quantidade de militares a passarem por situações difíceis, tanto em relação à possibilidade de encontrar uma nova atividade laborativa quanto ao impasse em realizar essa atividade com exatidão.

CONCLUSÃO

Concluindo, em razão de todo o esboço apresentado nos tópicos anteriores, fica evidente que a Lei 13.954/19 criou um grande lapso no que concerne à possibilidade de reforma dos militares temporários em decorrência de inaptidão para o serviço castrense. Nesse contexto, ao percorrer os tópicos abordados, mostra-se evidente que a legislação revelou uma lacuna em relação ao dever de indenização por parte do estado.

Foi constatada uma negligência significativa por parte dos militares responsáveis pela condução dos processos de sindicância e apuração de acidentes, evidenciando-se a imposição da hierarquia para influenciar as respostas dos militares, visando retirar a responsabilidade do estado. Nesse sentido, o elo mais fraco dessa relação fica à mercê de um contraditório e ampla defesa que destoam da realidade.

Assim, não se pode deixar de destacar que a entrada em vigor da lei em questão criou um verdadeiro vácuo na vida civil dos militares que são licenciados, pois é evidente que eles são deixados à mercê da sociedade sem direito a remuneração, indenização e à cobertura integral do plano de saúde, o qual cessará ao ser constatada a aptidão para a atividade laborativa civil.

Ainda existem dúvidas a serem esclarecidas sobre tudo o que permeia a lei em questão, uma vez que princípios constitucionais estão sendo desrespeitados pela referida legislação. Nessa mesma linha, verifica-se claramente que há questões a serem investigadas, e não se pode simplesmente jogar na sociedade, para um “recomeço”, um militar que sempre honrou sua farda e cumpriu seu dever institucional.

É importante destacar que durante todas as atividades desempenhadas pelos militares, as ações são designadas por ordens de superiores, presumivelmente dadas dentro de uma lógica normativa legal. Portanto, quando ocorre um acidente relacionado à atividade militar em decorrência de uma ordem superior, não há argumento que isente o estado, representado pela ordem do superior, de seu dever de reparação.

Em resumo, há a necessidade de revisão dos termos propostos pela Lei 13.954/19, a fim de analisar os casos concretos e pontuar as incongruências da lei em relação à sua aplicação, de modo que, chegando a um consenso, possa-se direcionar aqueles que necessitam do amparo do estado, uma vez que não possuem mais condições mínimas de exercer uma atividade laborativa de forma plena.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, JOÃO CARLOS DA SILVA. O SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL DOS MILITARES E O JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 13.954/2019-ADI 7.092. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direitomilitar/artigos/O%20Sistema%20de%20Protecao%20Social%20dos%20Militares%20-1.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei Nº 6.880 de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.880%2C%20DE%209%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201980&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20dos%20Militares.&text=Art.,dos%20membros%20das%20For%C3%A7as%20Armadas. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Portaria – C EX Nº 1845, de 29 de setembro de 2022. Aprova as Normas para a apuração de Irregularidades Administrativas no âmbito do Comando do Exército (EB -N-13-007) 2ª edição 2022. Disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sg8/005_normas/01_normas_diversas/01_comando_do_exercito/port_n_1845_cmdo_eb_29set2022.html. Acesso em: 20 de outubro de 2023.

CARVALHO, EDNA DE CARVALHO, MIRIA DE SOUZA DE. RIZZO, PAULO SÉRGIO. **A incapacidade física do militar: a incongruência na legislação especial relativa aos critérios definidores de aposentadoria.** Brasília-DF. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/ASPPFF/article/download/101/96>. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

DIRETORIA DE SERVIÇO MILITAR. **O Serviço Militar.** Disponível em: <http://dsm.dgp.eb.mil.br/index.php/pt/o-servico-militar>. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

ESCOLA PREPARATÓRIA DE CADETES DO EXÉRCITO. **Como Ingressar no Exército.** Disponível em: <https://espceg.eb.mil.br/index.php/como-ingressar#:~:text=ter%20conclu%C3%ADdo%20ou%20estar%20cursando,eb.mil.br>. Acesso em: 12 de setembro de 2023. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

EXÉRCITO BRASILEIRO. **Militar de Carreira.** Disponível em: <https://www.eb.mil.br/web/ingresso/militar-de-carreira>. Acesso em: 12 de setembro de 2023. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

ROQUE, Allan Giovani Ferreira. **União deve indenizar militar temporário que foi licenciado.** Brasília-DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761219736&prcID=6360443>. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

TRF-1. **O militar temporário tem direito à indenização por acidente de trabalho.** Brasília-DF. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/militar-temporario-tem-direito-a-indenizacao-por-acidente-de-trabalho.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS DO PROCEDIMENTO NO RECONHECIMENTO DE PESSOA BEM COMO A OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

Janine Pereira Marques¹³

Marcelo Pereira Cruvinel¹⁴

RESUMO: Este trabalho apresenta uma análise a respeito das condenações injustas de pessoas inocentes, que são baseadas em prova testemunhal contaminada pela falsa memória ou pelo reconhecimento pessoal falho. Verificou-se o crescimento quanto ao tema presente no andamento processual, isso porque a incidência das falsas memórias contidas no relato da testemunha tem sido fator determinante entre qualquer outra prova no curso do processo. Entretanto, este estudo visa apontar como funciona a prova no processo penal correlacionando com alguns princípios, e demonstrar a valoração que é atribuída a prova testemunhal no processo. Além disso, pretende-se exibir conceitos da memória e das falsas memórias, com a finalidade de entender como são formadas agregando de forma negativa no processo. Se faz necessário a explanação da incidência da falsa memória que ocorre também no procedimento de reconhecimento pessoal, pormenorizando casos em que a palavra da testemunha é excepcional para o convencimento do juiz. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, com objetivo de exteriorizar a realidade por meio de decisões judiciais para analisar a verossimilhança sobre a credibilidade conferida pelo magistrado. A conclusão da presente pesquisa é que deve haver uma análise crucial dos depoentes do processo para identificar possíveis informações inverídicas de modo

13 Graduanda em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

14 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

a não ocasionar erros judiciais interferindo drasticamente na vida de um inocente.

Palavras-chaves: Prova testemunhal. Falsas Memórias. Processo Penal. Reconhecimento Pessoal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar como o procedimento de reconhecimento pessoal é realizado, as falsas memórias que afetam a memória da vítima ou testemunha bem como a valoração em que lhe é atribuída pelo magistrado na qual acabam condenando pessoas inocentes. Desta feita este procedimento é o que visa identificar terceiros, para apontar o verdadeiro culpado de um suposto crime cometido, porém as autoridades acabam falhando por inobservar as formalidades exigidas por lei.

Em vista disso, discute-se nesta pesquisa a falha do judiciário em processos que são baseados em provas frágeis, no que tange a prova testemunhal contaminada pela falsa memória. É comum o crescimento de casos de inocentes condenados, fundados em provas contestáveis e equivocadas.

Dessa forma, é devido utilizar-se do meio de prova por meio do reconhecimento com cautela, cumprindo formalmente o procedimento.

Sendo assim, a prisão injusta, lesa o patrimônio moral, na qual o indivíduo é privado de sua liberdade, desencadeando angústia na vida do réu inocente de um crime que não cometeu. Nesse sentido, vislumbra-se a seguinte problemática: como as falsas memórias de uma vítima ou testemunha, podem afetar na vida do acusado, caso haja uma condenação? Nota-se que é de suma relevância o presente estudo levando-se em conta a forma como é realizado a oitiva da testemunha, uma vez que a falta de treinamento específico para a coleta de prova pode ensejar má influência como traumas pessoais da testemunha ou perguntas sugestivas, inviabilizando os fatos reais do ocorrido. O convívio da vítima com outras pessoas, bem como o lapso temporal

da ocorrência do fato até se fazer o procedimento adequado, pode acarretar a falsa memória na vítima e conseqüentemente causará um grande prejuízo na vida do acusado. Destaca-se também a credibilidade repassada a prova testemunhal pelos magistrados. Portanto, deve-se partir dos operadores do direito a compreensão do tema, visando evitar e minimizar cada vez mais o descuido pela contaminação da prova eivada de falsa memória no momento de coleta do testemunho.

O objetivo geral é contrastar as conseqüências de um réu condenado injustamente, na qual visa discutir as conseqüências que causam na vida do inocente, provar que a memória pode apresentar falhas e analisar corretamente até que ponto pode ser valorada a prova testemunhal.

Pelo exposto, com escopo de alcançar o objetivo geral, a pesquisa fará compreender no âmbito do processo penal três princípios preponderantes acerca da prova tais como o princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da presunção da inocência e o princípio do livre convencimento motivado. Para evidenciar o entendimento da prova testemunhal, fará uma explanação da prova testemunhal bem como sua valoração dentro do processo. Com enfoque de entender os sistemas processuais no Brasil será necessário abordar o sistema inquisitório e acusatório.

Diante disso, será aprofundado o tema quantos a memória e o surgimento das falsas memórias fazendo uma análise de seu funcionamento e formação. Por último e não menos importante, será enfatizado o procedimento do reconhecimento pessoal e fotográfico, visando destacar a fragilidade desta bem como as conseqüências que são provocadas pelo erro do judiciário

No primeiro capítulo será abordado a questão das provas no processo penal, destacando princípios que norteiam a prova, a valoração da prova testemunhal dentro do processo, e o sistema processual utilizado no Brasil.

No segundo capítulo trata da temática da memória e das falsas memórias na qual destaca-se a diferença entre a mentira e a falsa

memória, bem como são formadas e como estão presentes na prova testemunhal dentro do processo.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta as formalidades exigidas por lei para realizar o reconhecimento, sendo pessoal ou fotográfico, e a ocorrência da fragilidade no procedimento podendo gerar graves consequências na vida de um inocente. Neste capítulo, vislumbra-se em como ocorre na realidade sendo abordados casos reais e que anos depois há uma sentença invalidando a prisão.

Para elaboração da presente pesquisa, será utilizado o método dedutivo. O método escolhido dará suporte para expor de fato a realidade, consubstanciado em livros de grandes autores, jurisprudências, leis e doutrinas.

O presente estudo também será baseado em pesquisas jurisprudenciais, na qual serão obtidos dados contestáveis referente a aplicabilidade informal do procedimento do reconhecimento de pessoa, objetivando sanar as irregularidades contidas em tal procedimento como demonstrar as falsas memórias trazidas pelas vítimas e testemunhas conforme a realidade.

1. DAS PROVAS

Inicialmente, para introduzir sobre o tema verifica-se uma compreensão acerca das provas. A utilização da prova é de suma importância no âmbito do processo penal na qual visa comprovar os fatos ocorridos diante do caso concreto.

A prova dar-se por meio de documentos ou alegações fáticas possibilitando a busca da verdade real para melhor formação do convencimento do juiz. Conforme o artigo 158 do Código de Processo Penal (CPP), dispõe a livre apreciação da prova para que o juiz forme convicção apresentadas pelas partes produzidas em contraditório judicial. (BRASIL, 1941).

A seguir conceitua-se a prova nas palavras do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2022, p, 235).

Cumprido destacar que a função da prova dentro do processo consiste em verificar a existência ou a inexistência dos fatos trazidos, seja pela defesa ou acusação para corroborar com os atos alegados na fase processual.

Diante disso, há princípios que configuram relevância para o entendimento da prova no processo penal que serão percorridos para melhor compreensão neste 1 capítulo. Ademais, se faz necessário abordar sobre a evolução dos sistemas no processo penal brasileiro visto que são atinentes ao tema.

1.1 PRINCÍPIOS ACERCA DA PROVA

Como mencionado, alguns princípios norteiam a prova no processo penal. Vale ressaltar, que os princípios precisam ser observados e utilizados na persecução penal de modo a não serem violados durante a instrução probatória.

Dessa forma, acerca do tema é necessário a explanação de alguns princípios que estão atrelados conforme o assunto.

1.1.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão previstos no artigo 5º LV da Constituição Federal, sendo um dos princípios considerados mais importantes. O princípio do contraditório visa oportunizar ambas as partes no curso do processo a serem ouvidas

utilizando-se dos mesmos instrumentos equivalentes para obter suas pretensões. (NOVO, 2019)

Nesse sentido, o autor poderá se valer de provas ou alegações contra o réu na qual se permite a participação da parte contrária refutar sobre as informações levantadas a seu respeito. Sendo assim, será assegurado e exercido o contraditório pela parte que achar necessário das alegações formuladas conferidas tanto para o autor como para o réu.

Como leciona Avena (2023, p, 25) “Trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.”

Cabe destacar que as partes poderão se manifestar para formar o convencimento do juiz.

A respeito da importância do contraditório o doutrinador Fernando Capez afirma:

A importância do contraditório foi realçada com a recente reforma do Código de Processo Penal, a qual trouxe limitação ao livre convencimento do juiz na apreciação das provas, ao vedar a fundamentação da decisão com base exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (cf. art. 155). O legislador manteve, dessa forma, a interpretação jurisprudencial já outrora sedimentada e até o momento vigente, no sentido de que a prova do inquérito não bastaria exclusivamente para condenação, devendo ser confirmada por outras provas produzidas em contraditório judicial, com a ressalva já realizada acima. (CAPEZ, 2022, p, 29)

O princípio da ampla defesa conferido no mesmo artigo supramencionado, consiste em assegurar às partes por todos os meios

necessários para se manifestar. Contudo conceitua se a respeito Avena (2023, p, 26) “consagrada no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, a ampla defesa traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada.”

Estes dois princípios são garantias fundamentais conforme a Constituição Federal, formando uma conexão entre eles.

Observa-se que a ampla defesa está voltada para o polo figurado como passivo qual seja o acusado. Isso porque a ele é assegurado a defesa utilizando-se de ferramentas possíveis para atender seus interesses.

Por conseguinte, para compreender melhor a ampla defesa, esta será exercida por defesa técnica através de profissional habilitado.

É importante destacar que a violação destes princípios constitucionais pode acarretar nulidades do processo. Destarte que a inobservância da aplicação destes princípios causará o cerceamento de direito, inviabilizando a parte o seu direito conferido pela Constituição Federal ao impedir de exercê-la.

O Superior Tribunal Federal consagra a súmula 523º sobre a defesa técnica “o processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. (Superior Tribunal Federal, 1969). Nesse sentido, percebe-se que este entendimento parte do pressuposto que o acusado prescinde de advogado com capacidade postulatória para não implicar prejuízo ao réu.

1.1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

No que tange ao princípio da presunção da inocência disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, “visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

(AVENA, 2022, p, 19). Ocorre que este princípio assegura a inocência daquele que está sendo acusado, até que se prove o contrário.

Nesse sentido, esse princípio tem por objetivo garantir que o indivíduo acusado de praticar algum crime não possa ser condenado sem provas, admitindo assim os recursos cabíveis para provar sua inocência.

Diante disso, considerando que se trata de cláusula pétreia, “desdobra-se em três aspectos importantes: (i) instrução (o ônus da prova incumbe à acusação); (ii) valoração (em benefício do acusado – *in dubio pro reo*); (iii) excepcionalidade da prisão”. (CAPEZ, 2022, p, 33).

Em vista disso, parte da premissa que a acusação tem o dever de provar o alegado, pois o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo exercer o direito de ficar em silêncio. É conferido ainda o *in dubio pro reo* quando restar dúvidas aos fatos quanto a culpabilidade do agente devendo-lhe ser beneficiado pela inocência. Ademais, ninguém será privado de sua liberdade senão em descumprimento da lei.

Acrescenta-se que as prisões processuais que sejam flagrantes, temporárias ou preventivas não violam o referido princípio, em razão da sua excepcionalidade. A sua decretação decorre de comportamentos reprováveis fazendo jus a aplicação necessária ao agente.

Vale ressaltar que a prisão preventiva possui um rol taxativo, na qual consiste no preenchimento de requisitos para a prisão ser decretada.

Entretanto, nas palavras do doutrinador, “a urgência e a necessidade são seus requisitos, não podendo ser desvirtuada para funcionar como execução da pena. Confundir prisão-pena com prisão processual é afrontar a Constituição Federal.” (CAPEZ, 2022, p, 34).

Por derradeiro, conclui-se que a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tem caráter de medida cautelar e não sendo confundida com sanção condenatória.

1.1.3 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Considera-se a explanação de um último princípio em questão, no qual trata do livre convencimento motivado do juiz. Para tanto, faz se necessário a análise do artigo 155 do CPP em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova a qual foi produzida em contraditório, de modo que não fundamente sua decisão apenas em elementos informativos colhidos na investigação, salvo se for provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Desta feita, compreende-se dizer que o juiz irá analisar também as provas apresentadas em juízo.

Além disso, o juiz possui a faculdade de analisar a prova conforme a lei e entendimentos que julgar necessário, agregando suas convicções e experiências profissionais e até mesmo de vida. Isso porque não poderá ignorar a lei, adotando apenas suas próprias convicções.

Apesar do livre convencimento, o juiz tende a decidir com base nas provas dos autos, de modo a não decidir contrariamente àquilo que for por ela autorizado. (MARCÃO, 2023, p, 204).

Conclui-se que há vedação da utilização exclusiva de elementos colhidos do inquérito policial, haja vista que na fase do inquérito não é dado ao indiciado a oportunidade do contraditório e ampla defesa. Quanto às provas cautelares, provas não repetíveis e provas antecipadas se trata de exceções quando se faz necessário a produção imprescindível na fase pré-processual.

1.2 A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Após a análise dos princípios acima mencionados, cabe destacar um dos tipos de prova do processo que faz conexão direta ao tema tratado neste trabalho e a sua importância para influenciar o convencimento do juiz.

A prova testemunhal é regulamentada a partir do artigo 202 a 225 do CPP. Nas palavras do jurista Renato Marcão conceitua-se que “em sentido estrito, testemunha é a pessoa chamada a depor, sem ser parte no processo, a fim de que possa declarar aquilo de que tem conhecimento”. (MARCÃO, 2023, p, 230).

Nesse sentido, qualquer pessoa pode ser testemunha em um processo para relatar os fatos presenciados, buscando a veracidade fática. A palavra da testemunha corrobora de forma imparcial dentro do processo para se avaliar a credibilidade das informações prestadas.

Entretanto, as testemunhas podem ser classificadas como dispõe a seguir:

a) Testemunha *referida*: é aquela que, embora não tenha sido arrolada nos momentos ordinários (denúncia ou queixa, para acusação; resposta à acusação, para o réu), poderá ser inquirida pelo juiz em razão de ter sido citada por uma outra testemunha, chamada de *referente* (art. 209, § 1.º, do CPP).

b) Testemunha *judicial*: considera-se aquela inquirida pelo juiz independentemente de ter sido arrolada por qualquer das partes ou de ter sido requerida a sua oitiva.

c) *Testemunha própria*: é a testemunha chamada para ser ouvida sobre o fato objeto do litígio, seja porque os tenha presenciado, seja porque deles ouviu dizer.

d) *Testemunha imprópria, ou fedatária, ou instrumental*: é a que prestará depoimento sobre fatos que não se referem diretamente ao mérito da ação penal. Neste caso, a testemunha não estará depondo sobre algo que presenciou ou soube ter ocorrido, e sim sobre um ato da persecução criminal que tenha assistido ou participado.

e) Testemunha *numerária*: corresponde à testemunha regularmente compromissada, na forma do art. 203 do CPP.

f) Testemunha *não compromissada ou informante*: contempladas no art. 208 do CPP, são aquelas

dispensadas do compromisso em razão de presunção *jure et jure* no sentido de que são suspeitas as suas declarações. São os menores de 14 anos, os doentes mentais e os parentes do imputado elencados no art. 206 do CPP (cônjuge, ascendente, descendentes, irmão e afins na linha reta).

g) Testemunha *direta*: trata-se da testemunha que presenciou os fatos por meio dos sentidos. Embora o Código não faça distinção em termos de valoração, incumbindo ao juiz definir o poder de convencimento de cada testemunha segundo a sua livre apreciação, é certo que a testemunha *direta* possui melhores condições de fornecer ao magistrado os elementos de que necessita para o deslinde do processo, pois assistiu o fato criminoso, podendo narrá-lo com menor risco de distorção do que a testemunha que soube do evento por meio de outras fontes.

h) Testemunha *indireta*: é aquela que declara ao magistrado sobre o que não presenciou, mas soube ou ouviu dizer. Teoricamente, em que pese tenha o magistrado liberdade na formação de sua convicção, trata-se de testemunha mais frágil, impondo-se certa reserva ao magistrado na valoração de seu depoimento. (AVENA, 2023, p, 568)

O destrincho das classificações acima apresentadas fazem parte de uma melhor compreensão e de como funciona a prova testemunhal.

Por sua vez, embora a classificação explanada, há divergência entre doutrinadores. Para Guilherme de Souza Nucci, entende que é descabível a classificação como sustentam alguns, em diretas e indiretas, própria e impróprias, numerárias, informantes e referidas. (NUCCI, 2022, p, 277).

Destaca-se, a relevância da prova para o processo, tendo em vista o falso testemunho que incorrerá na penalização prevista no artigo 342 do Código Penal, de 2 a 4 anos e multa. Isso porque as declarações prestadas em juízo devem ser comprometidas com a verdade. Como leciona o doutrinador, “a norma processual penal menciona que a

testemunha fará a promessa de dizer a verdade, sob palavra de honra, isto é, comprometer-se-á a narrar, sinceramente, o que sabe sobre os fatos relevantes indagados pelo juiz. (NUCCI, 2022, p, 280)

Não obstante, o recolhimento do testemunho deve observar as formalidades legais. Nesse sentido, a forma padrão é a colheita oral, reduzindo-se a termo de modo a verificar a credibilidade das falas do depoente para se apurar a verdade. (NUCCI, 2022, p, 282).

Contudo, é possível compreender que a prova testemunhal é uma das mais utilizadas e às vezes a única prova no processo penal, na qual a sua má utilização poderá causar supressão de bens jurídicos.

1.3 A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL DENTRO DO PROCESSO

Em continuidade a prova testemunhal, é importante ressaltar a valoração desta dentro do processo. A valoração da prova testemunhal significa dizer sobre a importância de maior ou menor valor a ser depositado nos depoimentos. Sendo assim, é preciso que a apreciação seja realizada com exclusiva cautela da prova para se atribuir algum valor eficaz, de modo a influenciar a formação do julgador. Trata-se de uma prova relevante, porém considerada frágil.

Ocorre que o depoente ao relatar sua versão, apesar do crime ser estabelecido pelo Código Penal, muitas vezes incorre em fatos inventados ou mal detalhados, perda da memória sobre as características da pessoa e o favorecimento de um dos lados com uma versão mentirosa.

Desta feita, “a legislação processual penal brasileira, no que toca à disciplina da prova testemunhal, não denota preocupação com as vicissitudes da memória humana e com a incidência dos fatores voluntários e involuntários de contaminação sobre a testemunha.” (KAGUEIAMA, 2021, p, 253).

Por outro lado, se não se exige motivação da decisão sobre os fatos, o único modo de assegurar normativamente que não se tome a

decisão com base em provas pouco ou nada confiáveis é, diretamente, excluí-las do conjunto de elementos de juízo disponíveis. (RAMOS, 2023, p, 72).

Em vista disso, é essencial a cautela do magistrado sob a credibilidade que irá passar para a prova testemunhal em juízo, analisando sempre com precisão para identificar possíveis narrações falsas.

1.4 SISTEMA INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Para entender a evolução dos sistemas processuais no Brasil, será imprescindível a explanação a seguir. Acerca do direito comparado há três espécies de sistemas: sistema inquisitório, acusatório e misto.

De forma inicial, o sistema inquisitório se originou nos séculos XVI, XVII e XVIII, e “o cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares”. (RANGEL, 2022, p, 66).

Não obstante, nas palavras do doutrinador Norberto Avena passa a expor:

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir as partes e, no lugar destas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato. (AVENA, 2022, p, 8).

Em vista disso, o sistema inquisitório atribuía a função ao juiz de acusar, defender e julgar, cargos distintos contemplados a uma mesma pessoa.

A percepção deste sistema se relaciona ao direito do acusado que lhe é violado, pois não permitia as garantias constitucionais como da ampla defesa e do contraditório. Neste sistema, em regra os processos possuíam caráter sigiloso.

Na verdade, a própria defesa do réu é bastante restrita, não lhe sendo assegurado, ao contrário do que ocorre no modelo acusatório, o direito de manifestar-se depois da acusação para refutar provas e argumentos trazidos ao processo pelo acusador. (AVENA, 2022, p, 8).

Contudo, este sistema é caracterizado por ostentar desigualdade entre as partes, na qual o acusado não é visto como indivíduo dotado de direitos sem a possibilidade de se manifestar em juízo sobre o ato praticado.

Por outro lado, vejamos o sistema acusatório considerado mais democrático e contrário ao inquisitivo. Assim descreve Paulo Rangel:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (cf. item 1.7, supra), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2022, p, 68).

Nesse sentido, “chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas

circunstâncias”. (AVENA, 2023, p, 7). Compreende-se a existência das garantias constitucionais ao acusado, onde é previsto a imparcialidade do juiz, conferindo ainda publicidade do processo.

Vale ressaltar um ponto importante neste sistema a garantia do princípio da isonomia no que tange ao equilíbrio processual entre acusação e defesa na qual são asseguradas por igual oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam. (AVENA, 2023, p, 7).

Nota-se, a existência de mais um sistema denominado misto, caracterizado por unir aspectos do sistema inquisitório e acusatório. O tema relativo ao sistema processual penal adotado no Brasil sempre foi controvertido na doutrina e na jurisprudência, a maioria apontando o sistema acusatório, sem embargo de outros defenderem a incidência do sistema misto ou inquisitivo garantista. (AVENA, 2023, p, 10).

O modelo de sistema processual não é expresso na Constituição Federal, porém resta demonstrado que seria o sistema acusatório pela sua definição. Todavia, há doutrinadores que divergem tal modelo, na qual o Brasil se adequa ao sistema misto.

2. ABORDAGEM DA MEMÓRIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

Neste estudo pretende-se analisar, a complexidade no tocante da memória e das falsas memórias na qual refletem no âmbito processual. Há muitos processos que são julgados com base na prova testemunhal, embora seja comum, possui certo grau de fragilidade por depender exclusivamente da recordação dos fatos.

Atualmente as pessoas possuem um grande convívio com as diversidades, quais sejam costumes, culturas e tradições diferentes.

É evidente que as pessoas absorvem muitas informações de diversos assuntos e áreas distintas, sobre situações vivenciadas no dia a dia. Para um entendimento maior, neste capítulo será enfatizado a memória como também as falsas memória decorrentes da ação natural humana. Ademais, será abordado a formação das falsas memórias, a sua influência e seus efeitos dentro do processo.

2.1 MEMÓRIA

De forma inicial, a memória é uma função natural humana onde é armazenado qualquer tipo de informação que foi absorvida, na qual faz parte da cognição humana permitindo lembrar eventos passados. A memória é um fenômeno biológico, fundamental e altamente complexo. (KAGUEIAMA, 2021, p, 82). Sendo assim, extrai-se que através da memória é possível lembrar o passado.

Kagueiama continua a discorrer sobre o tema:

A memória é, sem dúvida, uma das mais importantes funções humanas: é ela a responsável por permitir ao homem saber sobre si mesmo, sua identidade e sua história, bem como saber e recordar sobre os fatos aprendidos, experimentados ou de outra forma conhecidos. Todo esse aprendizado e vivência armazenados na memória moldam a personalidade de cada ser humano, tornando-o um ser único e diferente dos seus semelhantes. (KAGUEIAMA, 2021, p, 82).

Diante disso, destaca-se que a memória é imprescindível para qualquer ato da vida, e que no âmbito no processo penal tem um papel relevante para lembrar o ocorrido colaborando com o processo.

Pode-se dizer que só lembramos daquilo que gravamos ou que se aprende, nas palavras do doutrinador Ivan Izquierdo (2018, p, 1): “Se não nos lembramos de como se faz para caminhar, não poderemos fazê-lo. Se não recebemos amor quando crianças, dificilmente saberemos oferecê-lo quando adultos”. Ademais, verifica-se que o aprendizado é essencial para executar as atividades de modo a ter conexão com a memória.

Após esta breve explanação do que é realmente a memória, vale ressaltar que nem tudo que vivenciamos será reproduzido como aconteceu. Os fatos serão contados em versão própria da pessoa

conforme a percepção que a mesma teve sobre tal fato ocorrido. A memória humana tem capacidade de armazenar os fatos, como também de esquecer. É importante mencionar que nem sempre lembraremos de tudo com os mínimos detalhes.

Verifica-se que recordar de algo também se interfere na substância da memória de modo que é comum a adição de informações ou pensamentos ao fato lembrado que na realidade não ocorreu. (KAGUEIAMA, 2021, p, 84).

Em vista disso, a memória está sujeita a erros e apresentação de falhas aos fatos armazenados, como a possibilidade de contaminação pelo esquecimento ou por excessos de informações.

Com base nos estudos das memórias, há uma classificação dos tipos de memória.

Segundo o doutrinador, temos a memória de curta duração, as quais são a memória imediata e a memória de trabalho. “A memória imediata diz respeito à capacidade de manter informações de experiências em andamento por frações de segundo. “A memória de trabalho ou operacional mantém a informação recebida por alguns segundos ou poucos minutos.” (KAGUEIAMA,2021, p, 87).

Em vista disso, temos a memória de longa duração que implica o armazenamento de informação pelo período de dias ou por toda a vida e nada impede que a memória de curta duração ingresse na de longa duração.

Nesse sentido: “A memória imediata ou memória de trabalho podem ingressar na memória de longo prazo, de forma consciente ou inconsciente, dependendo, para tanto, do reforço da memória ou da repetição da informação.” (KAGUEIAMA, 2021, p, 88).

Em continuidade ao tema tratado, há a memória declarativa que se subdivide em episódicas e semânticas. São consideradas declarativas em razão da sua incidência partir de um fato.

Vejamos:

A memória episódica, também conhecida como autobiográfica, é o sistema de memória neuro

cognitivo que permite a recordação de eventos pretéritos experimentados pela pessoa. É dizer: é por meio da memória episódica que se recorda de experiências pessoais ocorridas em certo tempo e em determinado lugar. Esse tipo de memória refere-se exatamente àquilo que, no senso comum e rotineiro, considera-se como abarcado pelo termo “memória”. (KAGUEIAMA, 2021, p, 89).

Diante disso, conclui-se que esse tipo de memória contextualiza a informação central de um fato ou evento permitindo uma recordação do acontecido. Ademais “A lembrança de um fato delituoso, percebido pela testemunha, consiste em uma memória declarativa do tipo episódica.” (KAGUEIAMA, 2021, p, 90).

Por outro lado, analisa-se as memórias declarativas semânticas que se referem ao conhecimento geral ou ao significado de eventos vivenciados, pois os marcadores temporais e espaciais do fato não serão conservados pela memória, somente aquilo que foi adquirido pelo conhecimento. (KAGUEIAMA, 2021, p, 90).

Destaca-se ainda que a memória semântica também tem um papel relevante na memória da testemunha, senão vejamos:

Isso porque, apesar da memória do fato delituoso em si ser do tipo episódica, a forma como se percebe e se compreende o evento, assim como a forma pela qual se evoca a lembrança, são altamente influenciáveis pelo conhecimento anterior da testemunha, ou seja, por sua memória semântica. (KAGUEIAMA, 2021, p, 90).

Por derradeiro, a memória procedural consiste na capacidade ou habilidades motoras ou sensoriais e comportamentos do indivíduo, que são formadas pelo aprendizado progressivo pela prática reiterada. (KAGUEIAMA, 2021, p, 91).

Neste seguimento, a memória poderá ser interferida pela falsa memória que será discorrida a seguir.

2.2 AS FALSAS MEMÓRIAS

Frente ao estudo das memórias, pode-se dizer que as falsas memórias são decorrentes da memória que por sua vez podem afetar nas investigações e conduzir mal a interpretação da prova no processo.

Nesse sentido, é comum que as pessoas ao recordarem de um fato relate com uma versão modificada do que aconteceu.

Segundo o doutrinador Aury Lopes Júnior:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconscientemente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí porque é mais difícil identificar-se uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo. (JÚNIOR, 2023, p, 218).

Isto posto, as falsas memórias não significam mentiras e não devem ser confundidas. Desta feita, “As falsas memórias consistem no fenômeno de se lembrar de eventos que, em realidade, nunca ocorreram, ou que ocorreram apenas parcialmente da forma como se recorda.” (KAGUEIAMA, 2021, p, 112).

As falsas memórias são compreendidas pelas recordações inexistentes da realidade de modo que o indivíduo acredita ter

verdadeiramente ocorrido. Neste certame, a sua incidência revela preocupação, isso porque o testemunho eivado pela falsa memória pode ocasionar prejuízo a parte por influenciar o convencimento do juiz.

A respeito da informação enganosa dispõe a seguir:

Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado. (JÚNIOR, 2023, p, 219).

É importante externalizar que a maioria dos processos criminais são constituídos por narrativas de agentes policiais, policiais militares e de testemunha, na qual os referidos também estão sujeitos a sofrer falsa memória ao relatar os fatos. Verifica-se ainda, que o testemunho colhido em um lapso temporal maior do acontecimento dos fatos pode corroborar ao prejuízo do réu, uma vez que há grande possibilidade do esquecimento afetar sua memória.

Entretanto, as falsas memórias não surgem em apenas eventos graves e estão presentes no nosso cotidiano. Como exemplo disso, é quando você acha que pegou a chave do carro em cima da bancada de casa e você fica procurando em todos os bolsos com a absoluta certeza de ter pegado, ou seja, uma falsa memória.

Para tanto, a psicóloga Elizabeth Loftus estuda as falsas memórias desde a década de 1970, onde realiza várias pesquisas sobre o tema trazendo preocupação ao judiciário. Ela explica que as pessoas acreditam que a memória funciona como um gravador sendo capaz de reproduzir a qualquer tempo. Todavia, isso não ocorre na realidade pois as nossas memórias são construtivas e reconstrutivas e como exemplo tem o funcionamento semelhante da página Wikipédia, onde

as pessoas têm a capacidade de visitar e modificar quando quiserem. (LOFTUS, 2013)

Os questionamentos pela psicóloga tornaram-se mais profundos quando se perguntou em como alguém poderia se lembrar de algo que não aconteceu. Um caso repercutido em que ela trabalhou de homem chamado Steve Titus, condenado por estupro baseado unicamente em prova testemunhal onde fora reconhecido pela vítima por fotografia. A vítima desse caso julgou com o termo “esse é o que mais se parece”, e no dia da audiência julgou com o termo “tenho certeza de que é esse o cara”. (LOFTUS, 2013)

Nesse liame, houve uma condenação injusta, pois se trata de uma vida que se foi perdida por um erro extremamente grave do judiciário, ao passo que deveria inocentá-lo desde o início das acusações.

Isso posto, a incidência da falsa memória no processo penal pode ocasionar prejuízos, uma vez que a prova testemunhal relatada com informações inverídicas influenciará no convencimento do julgador.

2.3 A FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Após o aprofundamento no campo da memória e das falsas memórias se faz necessário tratar do processo de formação das falsas memórias.

Impende aludir que de acordo com *Kagueiyama* (2021, p, 110), “A formação das falsas memórias é um dos principais fenômenos de distorção e erro da memória, por decorrência, tem enorme impacto na qualidade da memória da testemunha.

Cabe destacar que foram feitas várias pesquisas acerca deste fenômeno mnemônico, qual seja a falsa memória em como ela chega até a memória.

Dessa forma vejamos a seguir uma pesquisa realizada na década de setenta:

Por fim, a partir da década de setenta, Loftus passou a ser o grande nome nas pesquisas empíricas sobre as falsas memórias, introduzindo o procedimento de Sugestão de Falsa Informação. Em uma de suas pesquisas, Loftus, Miller e Burns (1978) apresentaram uma sequência de slides para um grupo de participantes, na qual foi ilustrado um acidente de carro, ocorrido pelo avanço inapropriado de um veículo em uma intersecção sinalizada por uma placa “parada obrigatória”. No período de retenção da informação visualizada, o entrevistador, por meio de alguns questionamentos, introduziu à metade dos participantes uma falsa informação sobre o evento, sugerindo que a placa de trânsito presente na cena seria a de “dê a preferência”. Após um tempo, questionados sobre qual a placa visualizada na imagem, muitos dos participantes, expostos à falsa informação, afirmaram recordar-se da falsa placa sugerida (“dê a preferência”), em detrimento da placa realmente existente nos slides (“parada obrigatória”). (KAGUEIAMA, 2021, p, 111).

No que tange ao estudo supramencionado, observa-se que a existência da falsa memória foi sugestiva, ao passo que o entrevistador introduz a informação para aquelas pessoas, que os conduziu a criar uma lembrança inverídica. Os referidos pesquisadores delinearão duas possíveis explicações: ou a informação falsa causou alteração na memória original ou ambas as informações se juntaram na memória, em competição uma com a outra. (KAGUEIAMA, 2021, p, 111).

Para sintetizar esse processo, “As falsas memórias são formadas entre o período da codificação da memória até o momento da evocação da lembrança” (KAGUEIAMA, 2021, p, 112), ou seja, se formam através da organização das lembranças armazenadas até o período de recordar tais lembranças.

Diante das menções feitas, constata-se que a formação das falsas memórias pode decorrer de forma espontânea na qual o detentor da

memória passa por uma distorção de um fato de forma equivocada. Outra maneira que se ocorre a formação destas, são criadas ou até mesmo alteradas por terceiro através de um especialista que utiliza um método específico para o fim pretendido.

De acordo com *Kagueiama* vejamos:

As falsas memórias podem ser formadas sem que haja qualquer interferência ou sugestão externa: são resultados de distorções mnemônicas exclusivamente endógenas, ocorridas por consequência de inferências, interpretações ou confusões feitas pelo próprio indivíduo. Por essa razão, são chamadas de falsas memórias espontâneas, endógenas ou autossugeridas. (KAGUEIAMA, 2021, p, 113).

Neste seguimento, verifica-se claramente que a formação da falsa memória não é apenas proveniente de interferência ou sugestão de terceiro, o surgimento pode decorrer do próprio indivíduo.

2.4 FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

No âmbito processual a palavra da testemunha configura uma prova extremamente sensível e ao mesmo tempo possui suma importância ao processo. Conforme os estudos deste capítulo, se vislumbrou a fragilidade da memória humana nos aspectos das lembranças.

Acerca do tema tratado, ficou demonstrada a problemática sobre a palavra da testemunha diante de um fato criminoso. Em que pese, há estudos que revelam que a memória não é capaz de reconstituir conforme a realidade ou a impossibilidade de lembrar de tudo.

Com base nos estudos da memória, vejamos:

Portanto, a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que nos constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas. (STEIN, 2010, p, 20).

Nesta compreensão, a memória é fundamental para que possamos recordar das histórias vividas, mas não se pode ignorar que a memória humana pode sofrer distorções sobre eventos passados. Nesse sentido, a memória também poderá influenciar na vida das pessoas através das distorções sofridas, ou seja, a lembrança de um fato pode ser corrompida pelo aspecto da falsa memória.

A memória pode ser alterada por diversos fatores, seja pela influência de outra pessoa, o lapso temporal extenso o uso de entorpecentes entre outros.

Em vista disso, se tratando de um caso concreto, a forma como as provas são produzidas dentro do processo poderão estimular diretamente na criação da falsa memória.

Como já estudado, as falsas memórias podem ser formadas pelo próprio indivíduo de forma espontânea ou de forma sugerida. Diante disso, é importante ressaltar que o lapso temporal entre a data do fato e a coleta da prova testemunhal podem acarretar mudanças na percepção fática da testemunha. Desta feita *Kagueiama* discorre:

Assim, após a percepção do evento até quando a testemunha é questionada pelas autoridades ou pelas partes, sugestões externas e autossugestões do próprio indivíduo podem atuar em sua memória, alterando seu conteúdo e afastando-a da realidade percebida. O período de armazenamento da memória, que perdura ao longo do tempo, é o mais suscetível à formação das falsas memórias, haja vista que, durante

todo esse lapso temporal – que pode durar semanas, meses ou anos – até a recuperação da lembrança, o traço de memória fica vulnerável a toda sorte de distorções. (KAGUEIAMA, 2021, p, 112).

Acerca dos processos criminais, a maioria deles se utiliza de narrativas de agente, policiais militares e das testemunhas, e que estes também poderão sofrer falsas memórias diante dos fatos ocorridos.

Segundo Aury Lopes:

Como uma espécie de prova similar à prova testemunhal, no sentido de que ambas dependem de narrativa e memória, é bastante sensível, perigosa, manipulável e pouco confiável. Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário. (JÚNIOR, 2023, p, 218).

Sendo assim, há variáveis que afetam a qualidade e confiabilidade da palavra da testemunha.

Além disso, foi visto que a falsa memória não se confunde com a mentira, pois a falsa memória é aquela que se acredita verdadeiramente ocorrido um fato e a mentira consiste na pessoa que tem total consciência da manipulação.

Tendo este conhecimento sobre a grande influência das falsas memórias para dentro do processo, a coleta do testemunho deve ser feita o quanto antes bem como devem ser acompanhados pelos profissionais competentes visando a impossibilidade de controle de quem está entrevistando.

Com base nos estudos de Aury Lopes Júnior, discorre a seguir:

Quanto às entrevistas realizadas com a vítima/testemunha por psicólogos, psiquiatras e outros profissionais da área da saúde, costumeiramente

realizadas em processos que envolvam violência sexual, deve-se atentar para dois fatores:

a) necessidade de acompanhamento por parte de ambas as partes (acusação e defesa), vedando-se completamente as entrevistas privadas por violação do contraditório⁵⁰⁸ e impossibilidade de controle;
b) gravação de áudio e vídeo de todas as entrevistas e avaliações realizadas.

Finalizando, devem os atores judiciais estar atentos para esse grave problema que ronda a prova testemunhal, a palavra da vítima e os reconhecimentos, buscando apurar técnicas de interrogatórios que reduzam a indução e facilitem a identificação das falsas memórias. (JÚNIOR, 2023, p, 222).

Neste viés, destaca que na coleta da prova testemunhal é necessário que não sejam formuladas perguntas sugestivas, isso porque tende a gerar o surgimento da falsa memória. Para conter os riscos deve-se buscar medidas de redução dos danos, como o emprego de técnicas não indutivas nos interrogatórios, que seja feita utilização de técnicas específicas nos interrogatórios de crianças vítimas ou testemunhas especialmente nos crimes sexuais, a inserção de recursos tecnológicos como gravação de áudio e vídeo de todos os depoimentos prestados, para controle do tipo de interrogatório empregado. (JÚNIOR, 2023, p, 222).

A seguir vejamos medidas redutoras de danos:

1. As contaminações a que está sujeita a prova penal podem ser minimizadas através da colheita da prova em um prazo razoável, objetivando suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória.
2. A adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores às entrevistas tradicionais, altamente sugestivas.

3. O objetivo é evitar a restrição das perguntas ou sua formulação de maneira tendenciosa por parte do entrevistador, sugerindo o caminho mais adequado para a resposta.

4. A gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual (feitas por assistentes sociais e psicólogos) permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista. Isso possibilita ao julgador o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados. Assume especial importância não como indício de prova propriamente dito, mas para que o magistrado aprecie como foi realizado o procedimento e que métodos foram utilizados, a fim de avaliar o possível grau de contaminação dessa prova.

5. Também é de grande valia que as entrevistas não explorem tão somente a versão acusatória. É interessante que se faça uma abordagem de outros aspectos ofertados pelas vítimas, pois é bastante comum que as vítimas crianças e adolescentes utilizem a acusação de abuso sexual para fazer cessar outras formas de violência física e psicológica. Nesses casos, a prisão do agressor (pai ou padrasto) representa o afastamento do lar. Além disso, denúncias de abuso sexual figuram como uma arma poderosa nas ações de separação ou divórcio, em que há disputa pela guarda dos menores. (JÚNIOR, 2023, p, 222).

Isso posto, deve ser tomado certas cautelas para evitar um julgamento injusto e desproporcional baseado em testemunho contaminado pelas falsas memórias.

Por derradeiro, ainda que não existam soluções neurológicas frente ao combate da falsa memória no curso do processo, é necessário manter a prova testemunhal em mesma valoração de outras provas colhidas no decorrer da instrução processual, tendo em

vista outros elementos determinantes para evitar condenação injusta e desproporcional.

3. O PROCEDIMENTO DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Neste capítulo, passaremos a analisar o procedimento do reconhecimento de pessoa bem como quais são suas exigências legais para tal.

Cumpra-se destacar que o reconhecimento de pessoa é um dos meios de provas admitidos no ordenamento jurídico, com previsão no Capítulo VII Código de Processo Penal.

Para que se proceda o reconhecimento pessoal deverá ser seguido as formalidades do artigo 226 do CPP:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. (BRASIL, 1941)

Diante disso, o reconhecimento “É o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa”. (NUCCI, 2022, p, 297).

Considerando assim, é compreendido que o reconhecimento pessoal é um ato formal ao passo de análise sobre uma pessoa ou coisa observando suas características de modo a corroborar com o processo.

Em que pese o artigo supramencionado prever o reconhecimento de pessoa e coisa, a presente monografia visa analisar o tema em específico voltado para o reconhecimento pessoal, tendo em vista a finalidade do trabalho.

3.1 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Como acima mencionado, o reconhecimento pessoal é um dos meios de provas que objetiva na busca da verdade real durante a investigação ou instrução processual.

Em primeira análise, destaca-se o reconhecimento fotográfico, que assim como o reconhecimento de pessoa possui a finalidade de comprovar a identificação de alguém que esteja envolvida em algum caso investigativo.

O reconhecimento fotográfico por sua vez é também admitido como prova e deve ser analisado com muito cuidado. Embora não tenha previsão legal a doutrina entende como uma prova inominada sendo admissível no processo penal pelo princípio da livre apreciação das provas pelo juiz.

Segundo Aury Lopes Júnior:

Noutra linha, deve-se advertir que o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas

garantias não foram observadas. (JÚNIOR, 2023, p, 232).

Neste seguimento, é inadmissível o reconhecimento por fotografia, cujo é utilizado quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal por exercer o direito de silêncio, isso porque o reconhecimento fotográfico somente poderá ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, pois não se admite a substituição nos termos do artigo 226, inciso I do CPP. (JÚNIOR, 2023, p, 232).

Para Nucci, “Em nossa avaliação, o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado uma prova direta, mas sim indireta, ou seja, um mero indício.” (NUCCI, 2022, p, 297).

Vale ressaltar, que apesar da divergência doutrinária quanto à admissibilidade do reconhecimento fotográfico, os Tribunais Superiores admitem o reconhecimento por fotografia conforme se observa na jurisprudência a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. PROVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. AUTORIA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, estabelecendo que: “O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal

e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”. Tal entendimento foi acolhido pela Quinta Turma desta Corte, no julgamento do Habeas Corpus n. 652.284/SC, de minha relatoria, em sessão de julgamento realizada no dia 27/4/2021.

2. Na hipótese dos autos, a autoria delitiva referente ao crime de roubo não teve como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima, o qual foi ratificado em juízo, com riqueza de detalhes, mas, também, o depoimento testemunhal, o que gera *distinguishing* com relação ao precedente supramencionado.

3. Eventual desconstituição das conclusões das instâncias antecedentes a respeito da autoria delitiva depende de reexame de fatos e provas, providência inviável na estreita via do habeas corpus.

4. Quanto à dosimetria da pena, a Corte de origem não examinou a questão, o que impede este Superior Tribunal de Justiça de julgar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AHC 717803. Agravante: Luiz Fernando Nascimento Ferreira Agravado: Ministério Público Federal e do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 09/08/2023. PROCESSO ELETRÔNICO Dje Publicação 16/08/2022).

Conforme visto, o entendimento consolidado permite a utilização da prova do reconhecimento fotográfico acompanhado das demais provas colhidas em juízo, desde que sejam atendidos os requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal.

3.2 A INOBSERVÂNCIA DA FORMALIDADE LEGAL DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUA FRAGILIDADE

O reconhecimento é uma ferramenta essencial para proceder uma investigação, visando reconhecer o autor de um suposto crime cometido.

Além disso, vale destacar que o reconhecimento poderá ser realizado por outros meios, e de acordo com Capez analisa se as espécies abaixo:

Identificam-se na prática seis espécies de reconhecimento:

- (i) imediato: quando não há por parte do reconhecedor qualquer necessidade de exame ou análise;
- (ii) mediato: o reconhecedor sente a necessidade de um esforço evocativo para chegar ao resultado final;
- (iii) analítico: as duas fases separam-se nitidamente – depois da reminiscência (recordação, aquilo que se conserva na memória), o reconhecedor começa a examinar detalhes para através de partes chegar ao resultado objetivado;
- (iv) mediante recordação mental: há apenas uma impressão de reminiscência (“acho que conheço”), cujo resultado final, com a certeza e a localização, somente será obtido dias depois;
- (v) direto: visual e auditivo;
- (vi) indireto: através de fotografia, filme, vídeo, gravação sonora etc. (CAPEZ, 2022, p, 324).

Por seguinte, o procedimento previsto em lei deve ser rigorosamente seguido para efetuar o reconhecimento, pois a sua inobservância gera causa de nulidade no processo. Tendo em vista disso, “O reconhecimento pessoal falho é de alto risco e não serve para lastrear um decreto condenatório.” (CAPEZ, 2022, p, 176).

No entanto, há uma decisão paradigmática que confere a desconformidade do procedimento do art. 226 do CPP que acarreta nulidade do ato, assim observa se o entendimento do STF:

Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se feito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e

a ausência de provas independentes de autoria. (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22-02-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022).

Logo, os requisitos para realizar tal procedimento é um rol taxativo, não cabendo a arbitrariedade da autoridade policial ou do magistrado.

Diante disso, observa-se as exigências da lei:

Com o fim de se evitar o arbítrio, a má-fé, a indução ou mesmo o engano daquele que vai efetuar o reconhecimento, o Código de Processo Penal exigiu as seguintes cautelas: (i) descrição prévia do suspeito; (ii) sua colocação ao lado de pessoas com características físicas assemelhadas; (iii) lavratura de um auto relatando todo o procedimento, o qual será subscrito pela autoridade, por quem reconheceu e, ainda, por duas testemunhas instrumentárias. (CAPEZ, 2022, p, 176).

Em análise do que é previsto em lei, após a descrição feita do suspeito, é imprescindível a colocação do suspeito juntamente com outras pessoas com características semelhantes para se averiguar a capacidade de discernimento que aquela vítima ou testemunha tem de decifrar corretamente o autor do fato. A comparação deste com outras pessoas semelhantes busca analisar se há dúvidas quanto a quem seja o autor.

É previsto ainda a proteção para o reconhecedor que se intimide diante do suposto acusado, de que algum modo traga receio de dizer a verdade, isso porque o reconhecimento pode ser feito sem que ele o veja.

Assim dispõe Nucci, “Se a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento reçar, de algum modo, sofrer algum tipo de

intimidação ou influência, deve-se providenciar o isolamento entre quem vai reconhecer e a pessoa a ser reconhecida (art. 226, III, CPP).” (NUCCI, 2022, p, 298).

Há casos que se faz necessário a realização do procedimento com várias pessoas. Nessa questão o artigo 228 do CPP prevê como deverão ser realizadas sendo de forma separada e que seja inviável a comunicação entres as pessoas. Nesse sentido:

É inadmissível, pois não se pode aceitar que várias pessoas, ao mesmo tempo, umas influenciando as outras, o que seria natural diante da situação gerada, possam reconhecer pessoas ou coisas.

O processo é individualizado, cada qual tendo a sua oportunidade de se manifestar livremente a respeito da pessoa ou da coisa a ser reconhecida. Torna-se importante, ainda, que a autoridade providencie a incomunicabilidade daquele que já participou da diligência com o que ainda vai empreendê-la, de modo a livrar a prova de qualquer mácula. A infringência ao disposto neste artigo torna inviável a aceitação da prova como reconhecimento, podendo-se dar a ela, no entanto, o valor que o juiz a char conveniente. (NUCCI, 2022, p, 300).

É evidente que a comunicação entre os reconhecedores poderia influenciar no ponto de vista de cada um, inviabilizando a credibilidade da prova produzida acarretando prejuízo ao processo.

Neste certame, a ocorrência de falhas detectadas através do reconhecimento propaga uma grande injustiça contra aqueles que são inocentes.

Considerando assim, as disposições da lei cumprem o papel de evitar tais erros quanto ao reconhecimento de modo a não ter uma falsa percepção do agente para descrever a pessoa e apontar. Este procedimento tende a captar se a vítima ou testemunha esteja sofrendo de alguma falsa memória diante das lembranças narradas.

Importante destacar que o reconhecimento é uma prova precária por depender da memória e sua imensa fragilidade, pois há situações que são traumáticas e violentas, por depender da maior ou menor qualidade dos sentidos de quem é chamado a reconhecer e da fragilidade em relação às pré-compreensões e estereótipos, etc. (JÚNIOR, 2023, p, 230).

Como aponta Aury Lopes, no Brasil ainda há uma má disciplina legal, ausência de protocolos de redução de danos, cultura inquisitória permeando as decisões de juízes e tribunais e, principalmente, práticas policiais errôneas, sem as cautelas devidas e, portanto, com altíssimo nível de contaminação e de geração de erro. (JÚNIOR, 2023, p, 230).

Denota-se que não se pode responsabilizar alguém pela exclusividade do reconhecimento sem ter provado em juízo a autoria delitiva do fato.

Portanto, a utilização do procedimento da lei é imprescindível para realização do reconhecimento, uma vez que possui uma garantia maior e eficaz de conferir uma segurança no tal procedimento. Em que pese não ser um procedimento absoluto, as exigências da lei tendem minimizar os erros cometidos na seara da justiça.

3.3 AS CONSEQUÊNCIAS PROVOCADAS PELO ERRO PERTINENTE AO RECONHECIMENTO DE PESSOA

3.3.1 DO ERRO JUDICIÁRIO

O erro do judiciário decai sobre o ato constituído a alguém por falsa percepção de um fato atingindo um bem jurídico tutelado. Neste viés, a privação da liberdade como já estudado decorre da atuação da autoridade judiciária.

Observa-se que o processo é composto pelas partes tais como o réu, defensor, promotor, vítima, testemunha, na qual todos são pessoas sujeitas a erros. Não obstante, não poderia ser diferente para o julgador, pois o mesmo também é uma pessoa sujeita a erro.

Com base nesse estudo, a responsabilidade do Estado é um tema relevante a ser tratado, diante das prisões injustas e equivocadas. Assim, como o Estado possui a responsabilidade de garantir o cumprimento das leis, é de igual responsabilidade que o tenha para reparar os danos causados perante más decisões do judiciário.

A Constituição Federal, prevê a responsabilidade do Estado quanto ao tema discutido no art 5º, LXXV, *in verbis*: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Conforme visto, o judiciário tem o dever de indenizar aquele que foi condenado injustamente. Em que pese haja o direito, para que o preso possa a vir à liberdade de modo a constatar o erro pelo judiciário, é necessário propor a ação de Revisão Criminal nos termos do art 621 do CPP.

Além disso, vale ressaltar ainda a responsabilidade objetiva do Estado dos danos causados pelos agentes públicos a terceiro nos termos do art 37, § 6 da CF:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Contudo, aquele que foi lesado pelo próprio Estado, poderá ser ressarcido por meio da esfera civil a fim de que seja indenizado por tais danos sofridos. Vejamos a seguir uma jurisprudência do Tribunal de Justiça e Territórios do Distrito Federal, enfatizando a responsabilização civil do Estado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS DA AUTORIDADE POLICIAL

NA CONDUÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE CRIMES QUE CULMINARAM EM INJUSTA CONDENAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. VIABILIDADE. ART. 37, § 6º, DA CF. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Evidenciada a falha no aparato estatal na prestação de serviço público, aqui identificada pelos equívocos da polícia judiciária na fase preliminar de persecução criminal, dando ensejo a uma série de equívocos que, por fim, induziram à injusta condenação penal do apelante, não há como afastar o reconhecimento do dano moral decorrente da responsabilização civil da Administração prevista pelo art. 37, § 6º, da CF. 2. Conquanto o art. 5º, LXXXV, da CF, em sua literalidade, reporte-se apenas às reparações pecuniárias por erro judiciário e excesso de prisão, os atos policiais também geram obrigação de indenizar quando constatada a culpa do serviço. 3. Diante dos critérios que norteiam a fixação do quantum devido a título de dano moral, sopesando-se, de um lado, a angústia e sofrimento experimentados em virtude da indevida privação de liberdade pelo significativo período de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses, bem como, a gravidade do prejuízo social e, de outro lado, a razoabilidade e proporcionalidade com casos semelhantes, considera-se que o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) se mostra mais adequado para a justa reparação na hipótese em exame. 4. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (Apelação cível, Acórdão 1394500, Relator: Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, Quinta Turma, julgado em 26/01/22. Apelante: Lucas Moreira de Souza. Apelado: Distrito Federal. Publicado no PJe : 09/02/2022)

Tendo em vista a jurisprudência supracitada, o Estado foi condenado a indenizar o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais)

ao inocente condenado, a título de dano moral pelo equívoco dos agentes públicos. Isso faz com que de alguma forma traga sensação de satisfação de justiça com aquele que teve sua liberdade cerceada indevidamente pelo poder estatal.

3.3.2 DO ERRO DE RECONHECIMENTO DA PESSOA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Frente a tudo acima estudado, cabe destacar as consequências por mero erro da justiça, condenando pessoas inocentes com base em reconhecimentos irregulares eivados de falsa memória.

No que concerne ao tema, o cárcere privado não é considerado a melhor solução possível para acabar com a criminalidade no Brasil e corrigir o ser humano.

É claramente desprezado perante a visão da sociedade, aquele que comete um crime monstruoso. Quando se priva a liberdade de um inocente, a sociedade não o verá como uma boa pessoa e terá a mesma percepção de um indivíduo culpado, que por algum motivo foi imputado tal conduta que não o fez.

A prisão injusta lesa o patrimônio moral do indivíduo, pois viola a liberdade e fere a sua honra.

Vale ressaltar, que o drama vivido por essas pessoas não é nada agradável, pelo contrário é angustiante ter que pagar por algo que não cometeu.

No Brasil, há um alto índice por condenações injustas, a qual foram fundadas em prova testemunhal, reconhecimentos decorrentes de irregularidades e também pela incidência da falsa memória.

A condenação de inocentes revela a fragilidade dos direitos e garantias constitucionais para alguns, uma vez que as decretações de prisão bem como os julgamentos são baseados em deduções e sugestões. Observa-se que a maioria das vítimas do sistema falho da justiça são os jovens negros e pobres decorrente de um reconhecimento irregular.

Para enfatizar, segue o caso demonstrativo:

Foram 14 anos para provar que era inocente. O pesadelo dele começou em abril de 2008.

Um carro a serviço do gabinete de uma juíza de São Gonçalo foi roubado na porta da casa do motorista dela, no bairro Barro Vermelho, também em São Gonçalo.

O motorista contou que saía de casa quando foi rendido por dois homens, que levaram o carro. Um mês depois, ele disse ter reconhecido um dos assaltantes no prédio do Tribunal de Justiça. Era Sidinei, que trabalhava como vigilante do TJ.

Quatro meses depois, ele fez o reconhecimento na delegacia. A esposa da vítima fez um reconhecimento apenas por foto. Todo o processo aconteceu a partir desses dois relatos, sem nenhuma outra prova.

O processo correu por 13 anos. E no final de 2021, Sidinei foi condenado pela 2ª Vara Criminal de São Gonçalo a 6 anos e meio em regime fechado por assalto à mão armada.

Ele foi preso e ficou até junho no Complexo de Bangu. Os recursos da defesa foram negados, até que a Defensoria Pública entrou com um pedido de revisão criminal.

No relatório da revisão, o desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira considerou que uma condenação tem que ser “lastreada de certeza sobre autoria e a materialidade do crime.” E que as provas apresentadas no processo demonstram que não existem condições seguras para a condenação. Segundo o relator, o Ministério Público não cumpriu o dever de comprovar a autoria do crime.

O desembargador citou ainda elementos que comprovam o álibi de Sidinei. Ele cita na decisão que o crime ocorreu no dia 11 de abril de 2008, uma sexta-feira, às 7h45, em São Gonçalo. E que a folha

de ponto de Sidinei comprova que ele chegou no trabalho, no TJ, no Centro do Rio, às 9h.

Há ainda a confirmação da Fetranspor de que Sidinei embarcou no trem da Supervia na estação de Queimados, onde morava, às 6h59, o que ressalta o relator, “torna impraticável” que ele estivesse em São Gonçalo às 7h45. A distância entre as duas cidades é de aproximadamente 70 km.

“Eu tenho a agradecer a Deus também que eu estava indo trabalhar e estava na minha rota. E se eu tivesse em outro local? E se fosse sábado, não tivesse trabalhando, como seria, como eu conseguiria provar?”, disse.

Por unanimidade, o Terceiro Grupo de Câmaras Criminais anulou a pena e Sidinei foi solto.

“Cara, foi uma emoção assim. Eu me senti... eu era um passarinho na gaiola. Era um passarinho que tava ali preso e não conseguia sair. E quando saiu, não sabia pra onde ir. ‘O que ele faria?’ Eu não sabia que dia que era, se tava chovendo, se tava sol, não sei, eu só queria ver meus filhos, minha família.”

“Não bastasse toda a situação que ele teve que enfrentar perante a sociedade, a família, as dificuldades, durante esses quase 6 meses em que ele ficou recluso, ao voltar para o local de trabalho ele foi demitido por abandono de emprego”, contou o advogado de Sidinei, Pedro Gonçalves Júnior.

“Meu nome ainda tá sujo, eu tenho medo de sair na rua, pedir emprego e as pessoas verem que eu já fui preso, ex-presidiário, até provar que eu sou inocente, é difícil.”

“O caso do Sidinei é mais uma hipótese de erro em reconhecimento, mais uma hipótese de condenação injusta, mais uma hipótese que merece a reflexão sobre o prisma da seletividade penal. Ou seja, sobre o viés racial”, fala Lúcia Helena Oliveira, coordenadora de Defesa Criminal da Defensoria do Rio. (G1, 2023).

No caso correlacionado ao tema, bastou um simples reconhecimento por fotografia para acusar o indivíduo condenando-o por tal fato. Verifica-se se o quão foi valorado o reconhecimento neste caso, invalidando totalmente as provas produzidas em contraditório pelo horário de chegada ao trabalho bem como o embarque no trem, sendo impossível o cometimento por este inocentado.

Denota-se que o indivíduo reconhecido como autor do crime é a própria vítima do Estado.

Nesse contexto, acrescenta mais um caso de condenação injusta eivado pela falsa memória:

Um inocente cumprindo pena de 18 anos de reclusão por estupro contra duas enteadas menores de idade. Essa é parte recente da vida do agricultor Genário Cândido Diniz, de 47 anos, que ganhou liberdade no dia 25 de setembro, mas só esteve livre de fato dois dias depois, após ficar dois anos preso na Cadeia Pública de Santa Luzia, na região de Patos, a mais de 300 km de João Pessoa (PB). Acostumado a trabalhar desde cedo, a vida de Genário mudou em 2017, quando ele foi condenado em decisão monocrática por estupro contra as enteadas, na época com 9 e 12 anos. O suposto crime foi denunciado pelas meninas e a mãe delas, que mantinha um relacionamento amoroso com Genário. Na denúncia formal, o Ministério Público da Paraíba (MPPB), levando em consideração o depoimento das vítimas e da mãe delas, relatou que os supostos abusos ocorreram entre 2015 e 2016 em uma casa onde a família morava, no município de Junco do Seridó. Levado à Justiça, Genário foi julgado culpado e começou a cumprir pena em agosto de 2017 na Cadeia Pública de Santa Luzia, ficando em uma ala dedicada a presos por crimes sexuais. Durante o período na prisão, sofreu por um crime que não cometeu e guardava esperança de voltar à liberdade. “As provas que o juiz usou para condenar Genário foram apenas os depoimentos das

menores. Não houve exames de conjunção, nada. Entramos com recurso, passamos dois anos de agonia tentando mostrar à Justiça que um homem inocente estava condenado e apelamos em recurso”, afirmou o advogado de Genário, João Martins. No recurso, a defesa conseguiu provar que a mãe induziu as filhas a mentir e acusar Genário de estupro. Tudo teria sido motivado por uma “disputa” pela casa onde eles moravam, que havia sido deixada pelo pai das garotas para elas. Conforme o advogado, as meninas não gostavam de Genário e começaram a dizer que ele estava namorando com a mãe delas e tinha ido morar na casa para tomá-la para ele, mesmo sem isso ter sido pensado por ele. Ao saber da reclamação das filhas, a mãe induziu as garotas a acusarem Genário de estupro. “A polícia tomou depoimentos, o Ministério Público denunciou e o caso foi parar nos tribunais, culminando com a condenação sem as devidas provas. Recorremos ao Pleno do TJ e conseguimos comprovar a inocência de Genário mostrando que tanto a mãe como as meninas prestaram falso testemunho na polícia e ao MPPB. Genário nunca encostou nas garotas. Felizmente, os desembargadores viram a injustiça que havia sido cometida e reformaram a sentença, agora em decisão definitiva”, relatou o advogado. (PORTAL CORREIO, 2019).

Diante do caso exposto, o acusado em questão foi condenado injustamente pelo estupro de vulnerável pelas falsas memórias induzidas pela mãe das crianças que foram as únicas depoentes suficientes para condená-lo.

Verifica-se que ambos os casos mencionados vislumbraram um grande impacto na vida dos inocentes sejam psicológicos ou pela honra de cada um perante a sociedade. Estes são apenas dois casos de inúmeros que acontecem por erro estatal baseado em prova frágil e viciada, sem respeitar as formalidades exigidas.

É prescindível o aprofundamento para saber quais são os danos decorrentes na vida dos inocentes por ser submetida a tal constrangimento. Os danos causados vão além das grades, o que afeta a moral do indivíduo. A vida após o encarceramento injusto é delicada diante da sociedade, isso porque a imagem do indivíduo foi manchada, que em verdade terá de recuperá-la.

Contudo, foi criada uma associação sem fins lucrativos em 2016 de nome Innocence Project Brasil. Este projeto visa reverter os erros judiciários, enfrentando as condenações de inocentes.

A maioria das condenações é feita sem provas”, diz Flávia Rahal, advogada que trabalha livrando presos condenados injustamente. Atuando na área criminal há mais 25 anos, Flávia é uma das fundadoras do Innocence Project Brasil, organização brasileira que tem objetivo de tirar da cadeia pessoas presas injustamente. (UNIVERSA, 2021)

Cabe destacar a importância da iniciativa desse projeto no Brasil, tendo em vista a busca por provar a inocência de um preso. Importante mencionar que esse projeto é totalmente gratuito, podendo englobar a população pobre e negra que são os mais afetados pelo Estado.

Conclui-se que há muitos inocentes condenados indevidamente, onde os magistrados pautam em provas frágeis e contaminadas. Para tanto deve ser observado o conjunto probatório de outros elementos que serão determinantes para evitar a acusação indevida.

CONCLUSÃO

Frente a presente pesquisa, podemos chegar à conclusão que a prova testemunhal no âmbito do processo penal é extremamente importante e que a palavra da vítima/testemunha é bastante valorada para os julgadores. Em que pese, haja princípios que norteiam a prova, temos o princípio do livre consentimento motivado do juiz em que o

magistrado possui a faculdade de agregar suas próprias convicções e experiências profissionais e de vida sobre tal fato. Mesmo com o dever de analisar conforme a prova dos autos, há uma consideração pessoal, que por vezes passam credibilidade à prova que não devia.

A realidade do sistema adotado no Brasil poderia ser considerada misto em razão da junção do sistema acusatório e inquisitório. Na verdade, o sistema adotado é o acusatório, pois existe a separação de funções entre juiz, defensor e promotor e a possibilidade da ampla defesa e do contraditório conferida ao réu pela Constituição Federal.

Ficou demonstrado que a coleta da prova testemunhal pode ser contaminada pela falsa memória, tendo em vista ser formada pela própria pessoa ou induzida por terceiro. A nossa memória é responsável por todos nossos atos da vida sendo capaz de armazenar os fatos, como também de esquecer. Nesse sentido, há estudos que revelam que a memória não é capaz de reconstituir conforme a realidade e a impossibilidade de lembrar de tudo.

Sendo assim, é indispensável que as autoridades e operadores do Direito verifiquem com cautela a prova testemunhal, sabendo que qualquer pessoa está sujeita a sofrer falsa memória, como também deve ser levado em consideração ao lapso temporal em que é colhido o testemunho, pois também pode gerar esquecimento.

Houve a explanação em que a falsa memória não pode ser confundida com a mentira, uma vez que a falsa memória a pessoa não tem consciência do relato ser inverídico já na mentira a pessoa possui plena consciência.

Quanto ao reconhecimento pessoal foi constatada a inobservância legal grave do procedimento onde pessoas são condenadas injustamente.

Foi visto requisitos para realizar tal procedimento que é um rol taxativo, devendo obrigatoriamente ser seguido, não cabendo a arbitrariedade da autoridade policial ou do magistrado.

Foram expostos casos recentes de pessoas condenadas por mero testemunho e pelo reconhecimento fotográfico, na qual vislumbrou a grande valoração em que é conferida pelos magistrados. O erro do

judiciário é sempre voltado para jovens e negros. Em que pese haja como responsabilizar o Estado, os prejuízos causados à vida de um inocente é irreparável quanto ao tempo perdido encarcerado bem como a moral perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 22 Out 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em 22 Out 2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 15 de Out 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2022.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3ª Edição. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

KAGUEIAMA, Paula. **Prova Testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. 1ª Edição. São Paulo: Almedina, 2021.

LOFTUS, Elizabeth. TED Global. **Quão confiável é sua memória?** Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?subtitle=pt-br Acesso em: 13 Out 2023.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

NOVO, Benigno. Empório do Direito. **O princípio do contraditório e ampla defesa**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa> Acesso em: 06 de Out de 2023.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O GLOBO, **Após 14 anos, vigilante condenado por crime que não cometeu consegue anular sentença**.

Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/08/25/apos-14-anos-vigilante-condenado-por-crime-que-nao-cometeu-consegue-anular-sentenca.ghtml> Acesso em: 05 de Nov 2023.

PORTAL CORREIO, **Condenado por estupro em PB é inocentado após 2 anos preso**. Disponível em: <https://portalcorreio.com.br/condenado-por-estupro-na-pb-e-inocentado-apos-dois-anos-preso/> Acesso em: 01 de Nov 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30ª Edição. Barueri-SP: Atlas, 2023.

STEIN, Lilian. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

UNIVERSA UOL. **“Sistema injusto e falho”: ela tem projeto para pessoas presas injustamente**. 01 de Ago de 2023. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/08/01/advogada-flavia-rahall-e-uma-das-fundadoras-do-innocence-project-brasil.htm> Acesso em 05 de Nov 2023.

A FUNÇÃO DO ESTADO E SEU PAPEL NA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE

Any Shayeny Siqueira Dias Silva¹⁵

Marcelo Pereira Cruvinel¹⁶

RESUMO: A presente pesquisa aborda a função crucial do Estado no contexto dos adolescentes que, após envolvimento em atos infracionais, são reintegrados à sociedade por meio de medidas socioeducativas. Busca-se evitar a recorrência desses jovens ao mundo criminoso, destacando-se a importância da ressocialização adequada. O estudo explora as responsabilidades e os papéis delineados pela legislação brasileira que o Estado deveria desenvolver, por meio de direitos e princípios fundamentais básicos. No entanto, revela-se a missão estatal na efetivação de alguns direitos dos adolescentes, destacando a lacuna entre as diretrizes legais e a prática governamental. A pesquisa examina como a realidade dos menores infratores impacta sua propensão a reincidir na criminalidade. Além disso, destaca-se a eficácia das medidas socioeducativas, ressaltando que sua aplicação adequada, alinhada às particularidades de cada caso, resulta em maior eficiência. Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de avaliação criteriosa e personalizada das medidas socioeducativas para garantir resultados mais positivos na ressocialização dos adolescentes infratores.

Palavras-chave: Estado. Ressocialização. Medidas socioeducativas. Adolescentes.

15 Bacharela em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

16 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como tema principal contextualizar as funções do Estado e seu papel na ressocialização do adolescente, trazendo uma análise histórica dos direitos fundamentais básicos que a criança e o adolescente adquiriram com o passar dos anos. Apresentando assim, a ressocialização e seu objetivo, ou seja, evitar a volta ao crime desses menores infratores.

Ressalta-se que a ressocialização é um processo pelo qual o indivíduo que estava afastado da sociedade será inserido nela de maneira controlada, com a intenção de diminuir a reincidência e promover a sua reintegração social, sendo assim expostas as medidas socioeducativas, que será o meio pelo qual o adolescente poderá voltar para a comunidade.

Entretanto, é apontada a dificuldade do Estado de garantir os direitos fundamentais básicos para que o adolescente em conflito com a lei possa ter uma ressocialização adequada, demonstrando a necessidade da ressocialização. Contudo, traz-se o questionamento: quais são as razões das medidas socioeducativas não serem eficientes?

O presente tema é relevante na sociedade pois com base nos estudos apontando pode-se ter uma reflexão de quais são as razões de se ter mais jovens reincidentes na sociedade brasileira. Podendo assim trazer atenção de como o Estado tem se apresentado omissivo para com os direitos fundamentais desses menores infratores.

Este trabalho tem como objetivo geral do estudo especificar os direitos fundamentais dos adolescentes, trazer uma reflexão sobre as medidas aplicadas e a contribuição das mesmas na ressocialização de adolescentes envolvidos em atos infracionais, a partir de uma compreensão histórica, ademais relata a importância de uma ressocialização adequada. Visando compreender como as políticas públicas e as práticas estatais moldam a trajetória desses adolescentes, influenciando diretamente sua reintegração à sociedade.

Com os objetivos específicos de analisar um conceito histórico do que seria o Estado, trazendo a ideia, o surgimento e objetivo da

ressocialização. Como também acerca do adolescente em conflito com a lei, pesquisas feitas com adolescentes que ao passar por uma medida socioeducativa, voltam para o mundo do crime. E por fim é relatado as funções do Estado para com o adolescente, com base na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também são descritas as medidas socioeducativas e posteriormente os seus efeitos

Nesse ínterim, a metodologia aplicada neste trabalho será o dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de fontes como livros, websites e leis Federais.

1. O PAPEL DO ESTADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE

1.1. O CONCEITO DE ESTADO E SUAS PARTICULARIDADES

Preliminarmente, vale adentrar no mérito do que seria o Estado em si. O termo Estado provém do latim *status* significado, de forma literal, estar firme. Segundo definição de Fernando de Azevedo (1953), o referido tema pode ser definido como “fixo, imóvel, decidido, regular e constante”, empregado para designar uma condição geral de estado, de ser, como por exemplo, *status libertatis*.

De acordo com Nina Ranieri (2023) a palavra Estado tem múltiplos sentidos no uso corrente da linguagem, sendo permitido que diferentes grupos em diversas épocas nela encontre suas necessidades de expressão.

A autora acrescenta que o emprego do vocábulo como unidade política de domínio é recente na história da humanidade, afirmando que o primeiro a o fazer foi Nicolau Maquiavel em sua obra *O príncipe* (1513) “todos os Estados, todos os domínios que têm poder sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”.

a convicção racional de que o uso indiscriminado da força gera um estado destrutivo de guerra de todos

contra todos, completando que a necessidade da renúncia ao uso privativo da força por parte de cada integrante de uma dada sociedade política em favor de um único indivíduo, e que o soberano a partir dessa renúncia, torna-se o único detentor do direito de comandar a sociedade política em um determinado território geográfico.

Para Nina Ranieri (2023) em sua obra é apresentado dois conceitos abstratos acerca do que seria o Estado, apresentado primeiro a ideia de que: “o estado é uma forma específica de sociedade política, organizada mediante regras e dotada de poder superior sobre os seus membros” para a autora o presente conceito indica qualquer tipo assumido pelo Estado em seu desenvolvimento no tempo e no espaço. Sendo que o segundo conceito apresentado é de que: “ o Estado é uma pessoa jurídica de direito público interno e internacional” sendo que este equipara-se ao Estado à conotação comumente atribuída à palavra “País”. Conforme apontado por Silva Junior (2009) o conceito de Estado:

na visão de diversas doutrinas pode ter modificações, mas o axioma que o bem comum sempre será mantido, ou seja, a criação do Estado visa realização do bem público e por isso detém autoridade (direito de mandar) e poder (força para obrigar).

De certo é que ao tentar definir o que seria o Estado, é apresentado diversas diretrizes, e além disso, o conceito de Estado pode variar segundo o tempo, o lugar e o momento político e social.

Pois, pode-se dizer que o Estado, como sociedade, sempre existiu mesmo que havendo uma mínima organização social nos grupos humanos.

Mas entende-se que o Estado é como uma unidade administrativa de um território, sendo formado pelo conjunto de instituições públicas

e jurídicas, ou seja, compõe a formação jurídica de um país. Sendo assim, é um conjunto de entes personalizados, apresentados como pessoas jurídicas com capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, tendo como características a imperatividade, a capacidade de auto-organização, a unidade e indivisibilidade do poder, o princípio de legalidade, e a soberania

Seguindo a visão de Montesquieu (1729), surgem a origem do que haveria de se transformar em princípios gerais do Estado moderno, com base nas seguintes palavras de Montesquieu:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil(..) chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Para Montesquieu (1729) era impossível um Estado onde aquele que quem faz as leis executá-las e, também, as julga, e por conta disso, apresenta a divisão de áreas de atuação e competência dos órgãos de um Estado. O autor completa que se por acaso na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo não teria como existir a liberdade, já que poderia ocorrer o risco de que o mesmo monarca ou senado exercesse o seu poder com base em leis tirânicas.

Dentro da concepção tripartite idealizada por Montesquieu, dentro de um Estado, são identificados três poderes distintos e harmônicos entre si: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esses poderes desempenham papéis essenciais para a obtenção de êxito no projeto de ressocialização.

A Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa os Poderes de Estado, veja: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º CF/88)”. Frisa-se que cada um dos Poderes tem a sua determinada função. Assim, ao

Poder Legislativo fora determinado que exercesse a função normativa; ao Poder Executivo fora determinada a função administrativa; e ao Poder Judiciário, a função jurisdicional.

Mas sabe-se que além de suas funções típicas, os poderes estatais exercem ainda as funções consideradas atípicas às suas funções de origem, pois não é uma regra que os mesmos exerçam apenas as funções a eles designadas, como acrescenta Carvalho Filho (2004):

As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.

Ideia apresentada também por Montesquieu, pois para ele era necessário a importância do equilíbrio de relação entre os poderes, pelo controle que um pode exercer sobre o outro (MONTESQUIEU, 1729).

Ademais, sabe-se que além dos Poderes de Estado, o Estado possui elementos constitutivos, como o povo, território e soberania, assim como apresentado Manuel Gonçalves Ferreira Filho(2004) ao o que estabelece que o Estado é uma “uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberania)”. Sendo que a falta de qualquer elemento descaracteriza a formação do Estado.

O primeiro elemento, o povo é caracterizado pelo conjunto de pessoas que se unem com intuito organizacional e fiscalizador, é o elemento humano na formação do Estado, posto que não há Estado sem população, sem pessoas. O segundo elemento constitutivo do Estado é o território, é o recorte espacial sendo fundamental para o estabelecimento de relações de poder expressas por meio de um governo central. O terceiro elemento, o poder, que é entendido como

unidade política e jurídica que administra o Estado, no geral, por meio de um governo central que compartilha ações com as demais entidades estatais. E por último, a soberania que é fundamental para a independência governamental local frente aos outros países e, ainda, ao controle do seu território de forma pacífica e unificada. A soberania também está atrelada ao conjunto de relações com outros países, em situações como conflitos bélicos e acordos econômicos.

Ante o exposto, conclui-se que o Estado além de ver os seus mais diversos significados exerce atos baseados em normas legais e tem por objetivo executar as tarefas de interesse público sendo realizado por meio da administração pública.

1.2 A FUNÇÃO DO ESTADO

Sabe-se que no Brasil, além de as características apontadas acima, tem como organização do Estado, o federalismo, que teve as suas origens nos Estados Unidos, surgiu como uma resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território, que ao mesmo tempo, assegura os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776 (MENDES, 2018).

A Constituição Federal confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal, com o propósito de traçar um compromisso entre as aspirações de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto. A Federação gira em torno da Constituição Federal, que é o seu fundamento jurídico e instrumento regulador.

A Constituição de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais. Assim, nos termos da atual Carta Constitucional, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância aos desamparados (BRASIL, 1988).

Atualmente, a Constituição Brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação, como também não

faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais, tanto em relação àqueles previstos no Capítulo II do Título II. (MENDES, 2018).

Dessa forma, os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (MENDES, 2018).

Os direitos fundamentais, contêm, além de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção. Para Gilmar Mendes (2018), os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que são aqueles direitos fundamentais que dependem na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

O autor acrescenta que, os direitos fundamentais são a uns só tempo direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais, outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais, - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais- formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático (MENDES 2018).

Diante disso, fica claro que o Estado tem a Constituição Federal como base para poder exercer as suas funções, e delimitar em que ponto poderá ter a suas atribuições.

Assim, como presente na Carta Magna previsto em seu artigo 3º e em seus incisos, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, são:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, por meio desses ideais previstos na Constituição Federal, através de seus poderes abordados em seu artigo 2º, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que o Estado irá exercer as suas funções e garantir os direitos fundamentais básico para o adolescente, como por exemplo: a vida, a honra, a liberdade, a segurança, entre outros.

1.3 RESSOCIALIZAÇÃO E SEU SENTIDO:

A ressocialização é um processo pelo qual os indivíduos que foram afastados da sociedade serão inseridos na sociedade de maneira controlada, sendo uma forma de diminuir a reincidência e promover a reintegração social, tendo o risco de ser ineficaz ou até mesmo prejudicial se não levar em consideração as necessidade e circunstâncias individuais e se não considerar os fatores externos que podem afetar o processo de ressocialização.

O sistema carcerário, a princípio, deveria cumprir uma função ressocializadora. Existem diversos modelos de iniciativas focadas na ressocialização. Como por exemplo, na Austrália, Canadá e alguns países da Europa, as medidas de ressocialização têm um foco cognitivo-comportamental. São ações que visam propiciar aos egressos um autoconhecimento que os possibilitem controlar seus impulsos de raiva e agressividade diante de situações adversas. Em outros países, há ainda iniciativas que têm por objeto fortalecer os laços do apenado com as suas famílias e com a comunidade. Outras medidas de ressocialização são focadas em prover aos egressos condições de subsistência, como moradia e emprego.

No Brasil, o dever do Estado consiste em auxiliar e orientar estes cidadãos para o seu retorno à convivência em sociedade. Na

lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984 estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena, tendo como finalidade atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do preso.

Em seu artigo 1º, a LEP deixa claro que sua orientação baseia-se em dois fundamentos: o estrito cumprimento dos mandamentos existentes na sentença e a instrumentalização de condições que propiciem a reintegração social do condenado.

Ademais, assim como apresentado no artigo 10º da Lei De Execução Penal:

A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (BRASIL, 1984)

Dessa forma, tem como o objetivo de conferir uma série de direitos sociais ao condenado, podendo assim possibilitar não apenas o seu isolamento e a retribuição ao mal por ele causado, mas também a preservação de uma parcela mínima de sua dignidade e a manutenção de indispensáveis relações sociais com a sociedade. Como entende Renato Marcão (2005, p.01):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado e do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo o qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

A legislação tem dupla finalidade, efetivar o que foi sentenciado e dá sentido para que se cumpra a pena de forma humanizada e, assim, o apenado volte a sociedade sem a intenção de praticar novos delitos. A ressocialização tem o propósito de oferecer dignidade, humanidade e honra ao apenado.

A lei deixa claro que é pressuposto da ressocialização do condenado a sua individualização, a fim de que possa ser dado a ele o tratamento penal adequado. Para que esse método funcione é preciso que o Estado exerça corretamente o seu papel, juntamente com a sociedade.

As medidas de ressocialização ajudam a reduzir a reincidência, mas é preciso que elas estejam contextualizadas em um cenário mais amplo de acesso aos direitos sociais básicos, como a saúde, a educação, a assistência social e o trabalho. Outra dificuldade encontrada nesse caminho da ressocialização é o próprio preconceito que a sociedade exerce em relação aos egressos. Uma vez estigmatizado, esses indivíduos, que já cumpriram sua pena, encontram muitas dificuldades para acessar novas oportunidades de emprego e participar ativamente da vida comunitário

2. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Adentrando em um contexto histórico constata-se que a justiça era inclemente com os menores infratores. Pelo Código Penal de 1890, criado após a queda do Império, as crianças podiam ser levadas aos tribunais a partir dos 9 anos da mesma forma que os criminosos adultos (SENADO FEDERAL, 2015).

Até o surgimento do Código de Menores, os pequenos delinquentes recebiam o mesmo tratamento que bandidos e mendigos. Uma vez capturados, todos eram atirados indiscriminadamente na cadeia. Em 1922, com a reforma do Código Penal ocorreu a maioria de 9 (nove) anos para 14 (quatorze) anos.

Somente com o surgimento do Código de Menores criado em 1927 realizou-se a mudança de que a prisão de crianças e adolescente fosse proibida, sendo a maioria elevada para 18 (dezoito) anos, e assim no lugar das prisões teriam de ser aplicadas medidas socioeducativas (SENADO FEDERAL, 2015).

O código se dividia em mais de 200 artigos, que iam além da punição dos pequenos infratores, padronizando a repressão do

trabalho infantil e dos castigos exagerados até a perda do pátrio poder e a criação de tribunais dedicados exclusivamente aos menores de 18 anos.

Em relação aos menores infratores entre 14 e 17 anos, eles seriam encaminhados para uma escola de reforma (ou reformatório), onde receberiam educação e aprenderiam um trabalho. Acerca das crianças menores de 14 anos que não tivessem família seriam mandados para a escola de preservação. Os mais novos com família poderiam voltar para casa, desde que os pais prometessem às autoridades que não permitissem que os filhos não voltassem ao mundo crime (SENADO FEDERAL,2015).

O Código de Menores trouxe avanços, mas não conseguiu garantir que as crianças sob tutela do Estado fossem efetivamente tratadas com dignidade, protegidas e recuperadas. Tendo como sucessor da lei de 1927 o Código de Menores de 1979, criado pela ditadura militar, e em seguida em 1990, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o surgimento da nova Constituição Federal 1988, que teve como princípio os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, tendo também a participação popular. Como consequência dos movimentos sociais que defendiam seus direitos, nasceu assim o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reúne normas para garantir a proteção ao menor.

A Constituição Federal estabeleceu a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela formação e estruturação dos indivíduos, conforme dispõe o artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Sendo entendido que a partir desse momento as crianças e os adolescentes seriam reconhecidos como sujeitos de direitos protegidos pela lei. Apresentando como necessário a criação de estatuto que representasse o menor em razão de reafirmar a proteção de pessoas que vivem em períodos de intenso desenvolvimento psicológicos físico, moral e social.

O ECA então surgiu para colocar a Constituição em prática, sendo que essa prática dá-se pelo Estado por meio de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem (SENADO FEDERAL, 2015).

Diante disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o documento que traz a doutrina da proteção integral dos direitos da criança, colocando a criança e o adolescente como sujeitos de direito com proteção e garantias específicas. Estruturou-se assim dois princípios fundamentais para que fossem alcançados os objetivos citados, o primeiro sendo o princípio do interesse do menor: todas as decisões que dizem respeito ao menor devem levar em conta seu interesse superior. Ao Estado, cabe garantir que a criança ou o adolescente tenham os cuidados adequados quando pais ou responsáveis não são capazes de realizá-los e o segundo, o princípio da prioridade absoluta: contido na norma constitucional (artigo 227), ele estabelece que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser tutelados com absoluta prioridade.

Portanto, somente com os direitos da criança e do adolescente reconhecido é que se pode distinguir o menor e seus direitos em relação ao adulto.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, os adolescentes começaram a ser vistos como sujeitos de direito, o que os possibilitou espaço social para que exercessem cidadania. Neste caso, se o adolescente cometer conduta tipificada como delituosa, passará a ser chamado de adolescente infrator, não de menor, como previsto nas legislações anteriores e ainda comumente utilizados pelos meios de comunicação. (Saraiva, 2002, p 88) esclarece que:

Pela nova ordem estabelecida, não se admitem manchetes de jornal do tipo “menor assalta criança”, de manifesto cunho discriminatório, onde a criança era o filho bem nascido, e o menor, o infrator. Esta espécie de manifestação, comum no Brasil, ainda hoje, ainda presente na linguagem dos próprios Tribunais, se constitui em legítimo produto de uma cultura excludente – norteador do anterior sistema – que distinguia crianças e adolescentes de menores; que fazia uma divisão entre aqueles em situação regular dos demais em situação irregular.

Segundo a legislação do ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º faz uma distinção entre criança e adolescente: “considera-se criança, para os efeitos da Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquele entre doze e dezoito anos de idade”. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Dessa forma, entende-se que a adolescência inicia-se, com os 12 (doze) anos de idade e termina aos 18 (dezoito) anos de idade, conforme apresentado no ECA.

Ademais, entende-se que ao disposto no Código Civil, torna-se adulto, para fins civis, o ser humano que atinge a idade de 18 anos. O Código Penal fixa em dezoito anos a idade da responsabilidade para fins criminais. O art. 228 da Constituição Federal diz que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante disso, aplica-se o conteúdo da Lei 8069/90, como regra, à pessoa com até dezessete anos completos. (GOUDINHO 2016).

Em seu Título III, mais precisamente em seu artigo 103, o Estatuto da Criança e do Adolescente, define ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Segundo Nucci (2015), o ato infracional, no cenário do Direito da Infância e Juventude, é a conduta humana violadora da norma. Em suma, infringir uma norma representa um ilícito, fato contrário ao ordenamento jurídico.

Para as crianças que cometem atos infracionais são aplicadas medidas de proteção. Já nos casos de atos infracionais cometidos por adolescentes, são aplicadas medidas socioeducativas. Por mais grave que seja o crime cometido por um menor de dezoito anos, o mesmo está imune integralmente à legislação penal comum. Segundo Laurindo (2013):

Essa distinção se faz necessária para fins de aplicação das medidas, visto que para tanto é de suma importância tão somente a idade, não importando o desenvolvimento da mentalidade do menor ou seu grau de periculosidade.

A adolescência é uma fase de amadurecimento: é um período de transição no desenvolvimento físico e psicológico, em que o ser humano deixa de ser criança e entra na idade adulta. Sendo caracterizada por mudanças e conflitos, estando em formação física e moral, desde o nascimento até a fase adulta em mutação dinâmica, diária e contínua.

Para Platão, em seus diálogos, retrata a personalidade de muitos adolescentes. Aristóteles, em sua retórica, descreve a natureza do adolescente como impulsiva, imprevisível e incapaz de tolerar críticas e frustrações. Sócrates inicia conceitos modernos sobre o comportamento do adolescente. Shakespeare, Saint-Pierre, Goethe e outros também descrevem personalidades dos adolescentes (CAMPOS, 1996). Rousseau, no século XVIII, pela primeira vez, faz a distinção clara entre infância, adolescência e idade adulta, considerando a adolescência como um “segundo nascimento, tendo sobre esta, bem como sobre a infância, um conceito idealista que partiria de uma capacidade inata para o bem” (DIAS; VICENTE, 1984, p.31). Apenas no século XX, com os estudos de Stanley Hall é que a adolescência ganha visibilidade do ponto de vista científico, ocupando lugar das teorias filosóficas e especulativas. A partir de então, a fim de explicar

a adolescência, inúmeras outras teorias surgem, em diferentes perspectivas sociológicas, psicológicas, antropológicas, entre outras.

Segundo D'Andrea (1994) a adolescência é dividida em três fases: a pré-puberdade, quando o desenvolvimento físico se acelera e busca maior proximidade com os adultos. O lado emocional é muito confuso, com oscilações de sentimentos como ódio e amor, na busca de identificar-se. A puberdade, que se inicia por volta dos treze anos, é marcada pela maturidade dos órgãos reprodutores. E a pós-puberdade, entre os quinze e vinte anos, fase em que deve demonstrar responsabilidade diante das cobranças do meio social, como a escolha profissional, estruturar as relações com o sexo oposto e a formação da identidade, necessitando cada vez menos da ajuda intelectual dos adultos.

Nesse sentido Aberastury (1981) afirma que, quanto mais a infância for bem resolvida, melhor será o desenvolvimento do adolescente e melhor estruturada será a sua vida adulta. Para o adolescente, esta etapa além de ser uma sofrida privação de reconhecimento e independência, é também uma fase de transição. É fundamental que haja um olhar da sociedade como um todo para contribuir de maneira que esta passagem da infância para a vida adulta aconteça de forma saudável. Fazem parte deste processo de amadurecimento e transição, os pais, professores, comunidade, autoridades, governantes e o próprio adolescente. Dentre esses agentes, o lado afetivo possui grande importância.

Segundo Wallon (1989), a adolescência, ainda que associada à ampliação da capacidade de representar mentalmente o mundo, é um estágio do desenvolvimento humano marcado pelas funções afetivas. O sujeito se estrutura pelas funções afetivas, a partir da capacidade de mobilizar o outro, visando o suprimento de necessidades próprias. Enquanto a criança passa por um período de imitação dos adultos, o adolescente busca a auto-afirmação em oposição à norma destes.

Entretanto, sob a ótica biopsicológica, os parâmetros não são determinados de acordo com uma data específica, mas de acordo com

mudanças psicológicas e fisiológicas variáveis que ocorrem em torno dessa idade (FIORELLI, MANGINI, 2012, p.151).

Portanto, entende-se que as mudanças psicológicas e biológicas não ocorrem paralelamente pois os comportamentos podem variar e um indivíduo pode amadurecer antes de outro. Quando o ambiente é adequado ao desenvolvimento deste adolescente, a passagem por esse período de transição torna-se mais fácil, evitando prejuízos para sua vida adulta.

Segundo Vieira (1999), os motivos que levam o adolescente a cometer atos infracionais vão desde a influência dos amigos, o uso de drogas, a evasão escolar, até a pobreza. Tal situação demonstra a fragilidade do adolescente à influência de terceiros e a íntima relação do ato infracional com o uso de drogas. Outra grande causa da delinquência juvenil no Brasil é a falta de instrução e a evasão escolar, uma vez que sem estar estudando, o adolescente acaba ocioso e mais propenso a praticar atos infracionais.

Um estudo de 1999 com 5.425 jovens infratores entre 12 e 17 anos, na cidade de São Paulo, no período de 1988 a 1991, resultou que o envolvimento de jovens com o crime violento seguiu o mesmo padrão observado na população geral. Para um segundo estágio da pesquisa, com 3.893 jovens infratores, no período de 1993 a 1996, resultou uma mudança no comportamento padrão desses jovens, com o surgimento do crime organizado e a formação de gangues. Quando o padrão de crime na população como um todo foi comparado com o correspondente no caso da delinquência juvenil, verificou-se um aumento da violência entre os jovens (PRIVLI 2007).

Também sob o enfoque do adolescente autor de atos infracionais, um estudo no município de Ribeirão Preto, São Paulo, cidade de médio porte do interior paulista, no período entre 1974 e 1996, revelou um grande aumento de delitos cometidos por adolescentes. Além disso, o homicídio foi a infração que mais apresentou crescimento, aumentando quarenta vezes no período estudado. Em seguida, apareceu o tráfico de entorpecentes, que aumentou 23,75 vezes e

a terceira infração que mais cresceu foi porte de arma (18,8 vezes). (PRIVLI 2007).

Ainda, dados fornecidos pela Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem/SP) em 02/12/2003 para o período de janeiro/2003 a outubro/2003 revelaram um incremento de 21,7% no número de adolescentes infratores internados naquela instituição.

Com a pesquisa Novas Configurações Redes Criminosas após a Implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), divulgada em 2018 pelo Observatório de Favelas, no Rio de Janeiro, que envolveu 261 jovens e adultos inseridos na rede do tráfico de drogas no varejo, a principal faixa etária em que os entrevistados afirmam ter entrado na atividade ilícita corresponde ao período entre 13 (treze) e 15(quinze) anos, com 54,4% das respostas. O estudo levanta ainda um dado preocupante: o aumento no número de pessoas que entraram para o tráfico entre 10 e 12 anos de idade. Esse percentual passou de 6,5% em 2006 para 13% em 2017 (PRIVLI 2007).

O principal motivo citado para justificar a entrada no tráfico é a questão financeira, 62% alegam que queriam ajudar a família e outros 47%, ganhar muito dinheiro. A busca por adrenalina, a ligação com amigos e a dificuldade em conseguir um emprego também estão entre as razões mais citadas. O relatório acrescenta que 66,3% dos entrevistados tiveram experiência profissional anterior à entrada no tráfico, mas encontraram condições de trabalho precárias, o que tornou a opção pela atividade ilícita mais atraente (PRIVLI 2007).

Ademais foi apontado o motivo que faz com os esses jovens infratores voltassem ao mundo do crime, tendo como resposta que 40% dos jovens já saíram voluntariamente em algum momento do crime, mas por conta de encontrarem as “portas fechadas” acabam retornando para o tráfico, eles ressaltam que alguma maneira as escolas e o mundo do trabalho não estão funcionando. (PRIVLI 2007).

O adolescente em conflito com a lei, é um problema histórico e que por mais que exista o ECA que especifica que para o menores infratores são aplicadas as medidas socioeducativas, existe uma grande lacuna entre o que é previsto na lei para o momento da execução da

medidas socioeducativas, podendo ser um dos motivos para que os jovens retornem a cometer os atos ilícitos.

Diante disso, com base nos estudos e nos dados apresentados, é perceptível um grande aumento de menores infratores na sociedade brasileira, que muitos dos adolescentes que estão no mundo do crime não optaram por esse caminho, porém é realidade que foram inseridos e por não ter o devido acesso, à educação ao trabalho, e outros direitos mínimos para qualidade de vida, acabam que cometem as atividades ilícitas como também retornam para essas ações por não terem opção.

3. OS DEVERES DO ESTADO COM O ADOLESCENTE

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a proteção integral do adolescente, atribuindo não só a família, mas também à sociedade e ao Poder Público a responsabilidade pelo seu desenvolvimento enquanto cidadão, com direito e deveres.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, adotou a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, atribuindo, além da família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar-lhes os direitos básicos individuais e coletivos. Com isso o ordenamento jurídico pátrio preocupa-se com a criança e os adolescentes principalmente de forma preventiva e protetiva, relegando a equivocada ideia de responsabilidade exclusiva dos pais, com participação do Estado – e também da sociedade, somente em situações irregulares (GOUDINHO 2016).

Segundo aponta Firmo (1999), compete ao Estado garantir à criança e ao adolescente as condições sociais para que seus direitos sejam exercidos, entre eles a criação de escolas, hospitais, abrigos, áreas de lazer, instituições públicas socioeducativas, sistema de segurança, etc.

É obrigação do Estado, segundo dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, garantir a satisfação das necessidades humanas e ainda a promoção da qualidade de vida. Consideram-se Direitos Fundamentais aqueles

indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual (GOUDINHO 2016).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 aborda alguns deveres que o Estado tem que ter em relação ao adolescente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com a absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O artigo 227 estabeleceu que a responsabilidade de garantir os direitos de crianças e adolescentes é compartilhada entre Estado, famílias e sociedade, significando que todos são responsáveis por todas as crianças e adolescentes. Ademais, o presente tema aduz sobre os métodos utilizados pelo Estado para que ajude na mudança do caráter e comportamento psicossocial do adolescente infrator. Frisando-se que todos adolescentes, independentemente de serem infratores ou não, devem ter seus direitos resguardados pelo Estado.

Para Firmo (1999, p 225), quando a criança e o adolescente são privados no exercício de seus direitos, “incorre ao respectivo responsável em crime ou infração, impondo-se ao Estado intervir para que seja restabelecido o exercício do direito infringido e, através de ação jurídica própria, responsabilizar o autor do delito”.

Assim, entende-se que não se admite o argumento de que a responsabilidade dos adolescentes é exclusiva somente dos pais, as crianças e os adolescentes fazem parte da sociedade, possuem direitos e deveres sociais, e além disso, constituem a perspectiva futura de uma nação justificando assim, o interesse de todos pela sua instrução e conseqüente desenvolvimento como cidadãos.

A doutrina da proteção integral visa contribuir para reforçar ainda mais os vínculos entre o adolescente e a sua família, todavia, sem eximir a sociedade e o Poder Público no auxílio da formação daqueles amparados pelo ECA.

Segundo Firmo (1999), a proteção integral, prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, compreende medidas de prevenção (anteriores às chamadas situações irregulares), bem como as de proteção ou reparação (quando já se encontra ameaçado ou violado o direito da criança e do adolescente). Para a efetivação dessa proteção integral, é necessária a atuação, de maneira independente e harmônica, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, das respectivas pessoas jurídicas públicas: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

A legislação visa reforçar a relação no âmbito familiar com o apoio da sociedade como um todo, além de políticas sociais inerentes do Poder Público. Essa cooperação necessária entre família, sociedade e Estado visa atender ao princípio maior que rege as regras do ECA: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prevalece em políticas públicas assistenciais preventivas, assim como quando de eventual utilização de medidas de proteção decorrentes de ameaça ou violação dos direitos previstos em lei, ou ainda da aplicação de medidas socioeducativas em razão da prática de ato infracional.

Sendo que o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente será concretizado, depois de já praticado o ato infracional, pela aplicação da medida socioeducativa mais adequada, sem dúvidas aquela de caráter pedagógico que terá como consequência a reflexão do infrator para sua formação como cidadão responsável por suas atitudes, consciente do seu papel na sociedade e dever de obediência às normas legais para o convívio social.

O próprio ECA estabelece uma regra geral primária ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em relação às medidas socioeducativas e específicas de proteção. A análise do artigo 100, caput, justifica essa assertiva. Assim dispõe o texto legal: “na

aplicação das medidas legais levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. E em razão disso foram criados os Conselhos Tutelares e de Direito da Criança e do Adolescente.

Vale ainda ressaltar que, é dever do Estado, de acordo com o artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II- progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV- atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI- oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII- atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático- escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer

lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola. (BRASIL, 1990).

Contudo, por mais que existam normas e preceitos fundamentais para garantir o mínimo de qualidade de vida ao adolescente, é evidente que no Brasil, o Estado não conseguiu alcançar meios eficazes para a não ocorrência da reincidência ou até mesmo da criação de um “adulto criminoso”. Não há de se falar na existência de um meio eficaz em que o Estado cumpre integralmente o descrito no artigo 227 da Constituição Federal em relação às execuções das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei, ou até mesmo em o previsto em outras legislações.

Conforme aponta GOUDINHO (2016), é de se notar que quando da execução, o adolescente é suscetível a se ver afastado de seu meio social quando da aplicação da medida socioeducativa de Internação, não sendo-lhe oferecido alguns dos direitos fundamentais descritos na CF/88, como saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, etc.

Ademais, como aduz Firmo (1999), é possível observar que a realidade do povo brasileiro é caótica, pois há um total descumprimento das atribuições do Estado em proteger essa camada frágil da sociedade, o adolescente, agredindo toda a população brasileira que sofre com as consequências da omissão do Estado. Nenhuma cobrança judicial é feita por aqueles que estão legitimados para propor as respectivas ações cíveis em garantia destes direitos difusos e coletivos violados.

Em vista disso, é necessário avaliar quais são os métodos utilizados pelo Poder Público para a não ocorrência de novo ato infracional por aquele adolescente. Uma vez que tal tema apresenta um momento de reflexão, pois será que mesmo com o grande índice de reincidência e o descaso para com o adolescente em conflito com a lei, o Estado ainda permanece omissivo, sem cumprir com os seus deveres elencados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

3.1 A RESSOCIALIZAÇÃO

Como já exposto, sabe-se que os adolescentes entram na vida da criminalidade cada vez mais cedo, e para que não haja a reincidência e terem acesso a uma vida saudável e darem continuidade a seu desenvolvimento psicológico e mental, é necessário ter acesso a uma certa reeducação. Sendo essa reeducação para os jovens, a ressocialização.

Entende-se por ressocialização, de acordo com o Dicionário Aurélio, o efeito de ressocializar, sendo entendido, ainda, que ressocializar é socializar-se. O principal objetivo é garantir o acesso do adolescente às oportunidades de superação de sua condição de exclusão e participação na vida social.

A ressocialização do adolescente em conflito com a lei é uma questão complexa de se discutir. Por um lado, existem as críticas que atacam a própria ideologia de readaptação, por outro lado, há todas aquelas dificuldades inerentes à possibilidade de se concretizar o ideal ressocializador (GOUDINHO 2016).

De certo é que, o adolescente antes de ter a sua liberdade privada, tem a oportunidade de se ressocializar, assim entende-se que a ressocialização é a devolução da pessoa que retirada do convívio em sociedade, por cumprimento de uma medida socioeducativa privativa de liberdade ou restritiva de direito, para que assim então consiga retornar para a coletividade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma série de medidas socioeducativas a serem aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, ou seja aqueles que cometeram atos infracionais.

Os atos infracionais, conforme o artigo 3º do ECA:

Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, ambos institutos são infrações penais, porém há uma diferenciação pois nos crimes há uma espécie de infração penal mais grave, com penas mais altas, por sua vez, as

contravenções são infrações mais leves, com penas menos relevantes, dessa forma quando um menor de idade pratica uma ação que é considerada crime ou contravenção penal, conforme as leis brasileiras é denominado um “ato infracional”. (BRASIL, 1990) .

Assim, se tratando de Ato Infracional o autor ao invés de ser penalizado com as espécies de penas especificadas no art. 32 do Código Penal, sejam elas: Privativas de Liberdade, Restritivas de Direitos ou Multa, serão impostas Medidas Socioeducativas ou Medidas de Proteção.

As medidas têm como objetivo promover a responsabilização, a ressocialização e a reintegração social desses adolescentes, levando em consideração sua condição e características, tendo como natureza socio pedagógica e destinam-se às adolescentes entre 12 e 18 anos. Essas medidas têm caráter educativo, visando proporcionar ao adolescente a oportunidade de refletir sobre suas ações, compreender as consequências dos atos praticados e adquirir habilidades e valores necessários para uma convivência saudável em sociedade. Elas buscam evitar a reincidência e oferecer outros meios ao jovem a fim de evitar a sua exclusão e promover a sua reintegração social.

As medidas socioeducativas estão previstas no Título IV do ECA, a partir do artigo 112. São elas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1o A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de

cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2o Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3o Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão

tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, 1990).

Conforme alude o supracitado dispositivo legal, somente a autoridade competente para atribuição poderá aplicar ao adolescente infrator medidas de caráter socioeducativo.

Observam-se detalhadamente cada uma das medidas socioeducativas:

A advertência: o artigo 115 da Lei n. 8.069/90 dispõe que “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. Medida perpetrada pelo juiz, é a mais leve e consiste em uma advertência formal ao adolescente infrator com o intuito de alertá-lo sobre os riscos que acarretam a prática de atos infracionais, visando evitar seu cometimento novamente, tem como objetivo a natureza educativa e não punitiva.

Segundo Liberati (2014, p.138), “a advertência é recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico criminal e para os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou consequências”.

A obrigação de reparar o dano:- O Art. 116 da referida lei, fixa a medida socioeducativa da obrigação de reparar o dano:

Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único.

Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.” (BRASIL, 1990)

O adolescente irá reparar o dano causado por meio de trabalho, serviço ou outra forma adequada. Medida aplicada em fatos em que há o envolvimento material da vítima, além de que a doutrina elenca três formas de reparar o dano, seja por meio da restituição da coisa, ressarcimento do dano, ou a compensação do prejuízo por qualquer outra forma (COSTA, 2004, p. 233).

O cumprimento da medida socioeducativa da obrigação de reparar o dano, segundo Liberati (2014, p. 139) “tem por finalidade educativa, devendo suscitar no adolescente, tanto pela restituição quanto pela indenização do dano, o desenvolvimento do senso por responsabilidade daquilo que não é seu”.

A prestação de serviço à comunidade, lhe é determinada a realização de tarefas gratuitas de interesse geral junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e em outros estabelecimentos equivalentes, desta forma não exercendo o período previsto em leis de seis meses e observando os requisitos do parágrafo único do artigo 117 do ECA.

Liberdade assistida: O caput do artigo 118 da Lei n. 8.069/90 dispõe sobre a medida socioeducativa da Liberdade Assistida, veja:

A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”. A medida socioeducativa de Liberdade Assistida é aplicada ao adolescente autor de ato infracional sujeito a orientação e assistência social por técnicos especializados ou associações

Eduardo e Thales (2009) explicam que se trata na obrigação de o adolescente infrator e seus responsáveis legais comparecerem a uma entrevista com os técnicos a fim de informar suas atividades, sendo

nessa modalidade o prazo mínimo de seis meses, podendo ser alterada a qualquer tempo.

Nogueira (1991, p. 153) afirma que a liberdade assistida:

deve ser aplicada aos adolescentes reincidentes ou habituais na prática de atos infracionais e que demonstrem tendência para reincidir, já que os primários devem ser apenas advertidos, com a entrega aos pais ou responsável”

Cury, Garrido e Marçura (1991, p. 63) dispõem que:

O encargo é pessoal, devendo recair sobre determinada pessoa. As entidades que mantenham programa de liberdade assistida deverão indicar as pessoas capacitadas para exercer a função de orientador, podendo a autoridade judiciária designar qualquer pessoa de sua confiança.

Nucci (2015, p. 827) acrescenta que:

A principal meta é selecionar e credenciar os orientadores, profissionais destinados a acompanhar e assistir ao adolescente, tanto na liberdade assistida quanto na prestação de serviços à comunidade.

Semiliberdade: - O artigo 120 do ECA traz a medida socioeducativa de Semiliberdade, veja: “O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial”. o adolescente tem a possibilidade de realizar atividades externas, como estudar e trabalhar, durante o dia, mas retorna a uma unidade de internação durante a noite.

Segundo Liberati (2014), existem dois tipos de semiliberdade:

A primeira é aquela determinada desde o início pela autoridade judiciária, através do devido processo legal; já o segundo caracteriza-se pela progressão de regime, o adolescente internado é beneficiado com a mudança de regime, do internato para a semiliberdade.

Internação: O caput do artigo 121 da Lei 8.069/90 traz a última medida socioeducativa a ser abordada neste tópico, a de internação. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É uma medida aplicada apenas em casos de atos infracionais cometidos com grave ameaça ou violência. O adolescente cumpre a medida em um centro socioeducativo, onde recebe assistência e é submetido a atividades educacionais, profissionalizantes e socioeducativas, porém, mantendo a observância do dispositivo ao qual determina o prazo por no máximo de três anos.

Liberati (2014) cita três princípios que orientam a aplicação da medida socioeducativa de internação, quais sejam: a) da brevidade; b) da excepcionalidade; c) do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ademais, o ECA em seu artigo 112 aduz que para a aplicação das medidas socioeducativas deve levar em consideração a gravidade do ato infracional, as circunstâncias do adolescente e sua capacidade de compreensão, além de respeitar seus direitos fundamentais. Vale ressaltar que, cabe aos juízes da infância e da juventude a decisão sobre a medida socioeducativa a ser aplicada, sempre buscando o melhor interesse do adolescente e visando à sua reintegração social.

Diante do exposto, é evidente que por mais que os adolescentes estejam amparados por todas as medidas socioeducativas abordadas, os jovens ainda se encontram sem o devido auxílio que deveria ser

prestado pelo Estado por meio das medidas já citadas. Entende-se que para que possa ocorrer a devida ressocialização do adolescente evitando a volta ao mundo do crime, necessita-se de um comprometimento por parte do Governo, sociedade e da família.

3.2 EFEITOS DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS:

A aplicação das medidas socioeducativas abrange diversos fundamentos. De modo análogo, a efetividade de tais medidas também depende de um caráter multidisciplinar, em que diversos agentes, tais como a família, o Estado e sociedade possuem um papel imprescindível para que haja a efetiva ressocialização do adolescente. Nesse sentido sobre as efetividades de tais medidas, de acordo com Rodrigues e Souza:

As medidas de caráter não privativo de liberdade, apresentam eficácia, como ocorre com a medida de advertência, obrigação de reparação do dano e prestação de serviços à comunidade, exceto a medida de liberdade assistida, embora meditada como a primordial, para alguns operadores do direito esta não vem alcançando sua legítima eficácia, pelo motivo de não haver preparação técnica que norteie o menor infrator, majorando, assim, a impunidade da população. Quanto às medidas de internação e a semiliberdade, ficou ratificado neste trabalho que, perante a ausência de uma estrutura física e operacional, a ressocialização dos menores permanece afetada e ineficaz (RODRIGUES; SOUZA, 2016).

Nesse sentido, Araújo e Daiuto (2017) destacam que as medidas aplicadas em meio aberto são mais eficazes em atender os objetivos propostos pelo ECA, entre eles a ressocialização:

De acordo com Matos (2011), Pereira (2004), Souza e Costa (2011) e também o SINASE (2006), tais medidas são mais indicadas do que as aplicadas em meio fechado (Semiliberdade e Internação), por atender de maneira mais ampla os objetivos propostos pelo ECA, ou seja, a ressocialização; inserção em ambiente profissional propiciando ao adolescente a ressignificação sobre seus atos praticados, possibilitando ainda a internalização das regras e contratos sociais que são tão necessários para conviver em sociedade, além de garantir a permanência no seio familiar (ARAUJO; DAIUTO, 2017, p. 216.)

Em consonância a isso, de acordo com Matos, é necessário priorizar as medidas de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) e a Liberdade Assistida (LA), visto que elas possibilitam uma melhora do perfil do adolescente autor de ato infracional. Segundo Matos, o adolescente que cumpre a medida no seu meio social tem mais oportunidade de ressocialização, já que continua em contato com a sociedade, podendo ainda refletir sobre os seus atos praticados. Ademais, salienta também que “para a realização da intervenção e ação socioeducativa da medida de liberdade assistida, é primordial que se considere a vida social do adolescente (família, escola, trabalho, profissionalização e comunidade)” (MATOS, 2011, ARAUJO, DAIUTO, 2017, p. 221).

Entende-se que é possível perceber que a medidas socioeducativas não privativas de liberdade possui uma maior probabilidade de ser efetivo na ressocialização do adolescente, principalmente porque visa educar e integrar. Ademais, também há indicadores de uma menor eficácia de medidas privativas de liberdade, tais como internação e a semiliberdade, principalmente devido à falta de estrutura que dificulta que tais medidas sejam efetivadas para ressocialização.

Cabe salientar a importância de uma rede de apoio multidisciplinar, composta principalmente pela Família, Estado e

Sociedade para que com as medidas socioeducativas possam auxiliar na ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Ao Estado, cabe a efetivação de políticas sociais que diminuam as desigualdades sociais. Nesse sentido:

O Estado também é responsável pela ressocialização dos jovens que escolheram o mundo do crime, através de políticas sociais voltadas para a reeducação, gerando assim, a prevenção e o amparo. Portanto, este é o principal responsável por prover infraestrutura nas ações de ressocialização, disponibilizando equipamentos necessários para gerar educação exemplar, e suporte às famílias. Ressalta-se que há diversas maneiras de modificar o caminho dos jovens infratores. A sociedade e a família precisam se juntar para amparar o jovem infrator falho, que apesar de suas condutas negativas, são indivíduos em formação, que precisam de cuidados especiais, atenção, dedicação e assistência (RODRIGUES; SOUZA,2016).

O Estado é o agente principal responsável pela ressocialização, contudo é necessário uma rede interdisciplinar aliada com essas medidas para garantir a sua efetividade. A família possui uma obrigação essencial para socializar o menor ao modo que o educa para uma formação de caráter condizente com a sociedade. É imprescindível que haja o apoio e assistência da família para que não ocorra o retorno do cometimento de atos infracionais (RODRIGUES; SOUZA; 2016). Em consonância a isso, de acordo com Rodrigues e Souza:

Apenas a execução da medida estabelecida é insuficiente para que tenha a reinserção do adolescente que cometeu ato infracional em seu meio social, sendo imprescindível a ajuda da família e que seja necessariamente estruturada, da sociedade, de uma educação apropriada, da inclusão no mercado

de trabalho e de políticas públicas para prevenção e acolhimento (RODRIGUES; SOUZA,2016).

Cabe à sociedade em geral acolher o adolescente infrator e reintegrá-lo ao meio social, demonstrando-se assim imprescindível a aplicação de políticas públicas relacionadas tanto à ressocialização, bem como àquelas que visam a prevenção da violência. Em consonância a isso:

A prevenção da criminalidade e a recuperação do delinquente se darão, como quer o Estatuto, com a efetivação das políticas sociais básicas, das políticas sociais assistenciais (em caráter supletivo) e dos programas de proteção especial (destinados às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social), vale dizer, com o Estado vindo a cumprir seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção social. Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas socioeducativas (portanto não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social (MAIOR, 2006, p. 559-560).

Espera-se que as medidas tragam benefícios e sejam eficazes não somente na vida do adolescente, mas também no ambiente em que ele está inserido. As medidas os ajudará no convívio em sociedade, nos diálogos, em como tratar o seu próximo, respeitando e aprendendo com a vida pode ir além do que simplesmente infrações e delitos.

A eficácia das medidas, variam de acordo com a mentalidade e comportamento de cada adolescente, para aqueles que abraçam a ideia e a tomam como um período de aprendizado e melhorias, tem aqueles que veem apenas como uma forma de perderem tempo,

e serem punidos, o que desvia a finalidade educativa das medidas socioeducativas. Tal variação comportamental e sentimental influencia diretamente no cumprimento das medidas, cada adolescente possui uma característica diferente que dificulta que uma aplicação faça efeito para um, e para outro fracasse. Machado (2003) diz em suas palavras que:

[...] crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos (há necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos) (Machado, 2003, p. 50).

Para se alcançar um resultado, e a eficácia desejada na aplicação de tais medidas, é importante lembrar das condições ao seu redor, tais como, alimentação, lazer, saúde, esportes, educação dentre outros, pois sem esses direitos fundamentais, apenas as medidas podem não ser suficiente para uma boa mudança de hábitos desses adolescentes.

Para Zavascki:

Entende por eficácia a aptidão da norma para produzir efeitos na vida da sociedade e a conduta dos indivíduos passa a ser moldada de acordo com as determinações estipuladas, ocorrendo a mudança no mundo dos fatos, que é eficácia social ou efetividade, logo, quanto mais a norma aproximar-se da realidade fática, mais eficaz será (p.291 -296, 1994).

Portanto, conclui-se que as para que as medidas socioeducativas possam ter a sua devida eficácia evitando assim o retorno do menor infrator para o crime, é necessário que o Estado, família e sociedade estejam juntas e em sintonia com o mesmo propósito, ou seja, a ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Ademais, como já apresentado, é de extrema importância que seja observado a realidade em que o jovem em questão convive, para que possa ser alcançada a eficácia desejada.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa proporcionou uma análise aprofundada sobre o papel do Estado na garantia dos direitos mínimos e fundamentais dos jovens, destacando a importância de sua atuação nesse contexto. O estudo não apenas abordou a função do Estado, mas também se aprofundou na realidade dos menores infratores, revelando a carência de opções que muitos deles enfrentam para evitar o envolvimento em atividades infracionais. Nesse sentido, ressaltou-se uma necessidade crucial de ressocialização para os jovens em conflito com a lei, evidenciando que o sucesso desse processo está intrinsecamente ligado à não omissão do Estado em suas responsabilidades.

Ao explorar a realidade dos menores infratores, constatou-se que muitos deles enfrentaram condições sociais desfavoráveis, limitando suas oportunidades de escolha e perpetuando um ciclo de delinquência. A ressocialização surge, assim, como uma alternativa essencial para interromper esse ciclo e proporcionar aos jovens infratores uma chance de reintegração à sociedade. Destaca-se a importância de programas e políticas específicas que visem a ressocialização, considerando não apenas a angústia, mas também a educação, a formação profissional e o suporte psicossocial.

Ficou evidente ao longo do estudo que a omissão do Estado em desempenhar suas funções de forma eficaz compromete diretamente os resultados positivos na ressocialização de adolescentes em conflito com a lei. A falta de investimentos em infraestrutura, programas

educacionais e de capacitação profissional, bem como a ausência de um sistema de acompanhamento eficiente, prejudicam a eficácia das medidas ressocializadoras.

Portanto, urge a necessidade de uma abordagem mais abrangente por parte do Estado, envolvendo não apenas a repressão, mas também a prevenção e a promoção de condições que possibilitem o desenvolvimento saudável dos jovens. A implementação de políticas públicas voltadas para a inclusão social, a oferta de oportunidades educacionais e profissionais, e o estabelecimento de parcerias entre o Estado, a sociedade civil e o setor privado são passos cruciais para transformar a realidade dos jovens em conflito com a lei.

Em suma, este estudo destaca a interconexão entre a atuação do Estado, a realidade dos menores infratores e a eficácia da ressocialização. A tomada de medidas assertivas por parte do Estado, aliada à conscientização da sociedade, é imperativa para romper o ciclo de delinquência juvenil e promover um ambiente propício à reintegração dos jovens na sociedade. O desafio é transformar essas lições em ações concretas, com a esperança de que, no futuro, o Estado atue de forma mais eficaz na construção de um caminho mais promissor para a juventude em conflito com a lei.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B, **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuição para a história da ciência política, São Paulo: Atlas S.A, 20002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal: Centro Gráfico, Brasília, n 2, Título 1, p 1, n 3, Título 1, p 1, n 5, Título 2, p 2, n 227, Capítulo VII, p 56, n 228, Capítulo VII, p 56.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848 de 7 dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, n 27, Título 3, p 20. n 32, Título 5, Capítulo 1, p 21.

BRASIL. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. de 1984, Brasília-DF. Diário Oficial da União, Brasília, n 1, Título 1, p1. n 10, Seção 1, p 2.

BRAVO, Mariana. **Aprender a dirigir aos 18 anos de idade: uma visão da psicologia nessa fase da adolescência**. São Paulo, V 65, n 143, p10, maio, Boletim de Psicologia, 2015.

BRASIL. **Lei n. 8069/90, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, n 2, Título 1, p 1. n 3, Título 1, p 1. n 103, Título III, Capítulo 1, p 58. n 100, Capítulo 2, p 53, n 54, Capítulo 4, p 36. n 112, Capítulo 4, Seção 1, p 112. n 115, Seção 2, p 61. n 116, Seção 3, p 61. n 117, Seção 4, p 61. n 118, Seção 5, p 62. n 120, Seção 6, p 62. n 121, Seção 7, p 63.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, n 5, Livro 1, Título 1, Capítulo 1, p 1.

BRASIL. MINISTÉRIOS DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, **O estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/>

publicacoes/o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente. Acesso em: 03 de out de 2023.

BRASIL ESCOLA. **Adolescência**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/educacao/periodo-de-transformacoes.htm> . Acesso em: 02 de out de 2023.

----- **Estado: o que é origem, função, tipos**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/estado.htm> Acesso em 09 de set. de 2023.

----- **Análise do processo de ressocialização com foco à reinserção do indivíduo na sociedade**. Disponível em https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/anAlise-processo-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm#indice_2 Acesso em:14 de set. de 2023.

----- **Ressocialização do adolescente após o cumprimento da medida socioeducativa de liberdade**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ressocializacao-do-adolescente-apos-o-cumprimento-da-medida-socioeducativa-de-semiliberdade.htm>. Acesso em 14 de set. de 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 36^a edição, Barueri- São Paulo: Atlas Ltda, 2022.

COSTA, Thiago Araújo. **A Eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente em conflito com a lei**. 2020. 53 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Direito UniEvangélica. Anápolis. 2020.

FIORELLI, Osmir José; MANGINI, Rosana C. R. **Psicologia Jurídica**. 4^a edição. São Paulo: Atlas, 2012. p 150-152.

GOUDINHO. Hawlison Carlos Santos. **A função do estado e seu papel na ressocialização do adolescente em conflito com a lei**. 2016.

45 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Universidade Iguazu. Itaperuna-Rio de Janeiro, 2016.

JUNIOR, Admilson José; SOUSA, Mickaela Cavalcante; GLASSNER, RhaysonHenryque; COSTA, Lucas Kaiser. **Análise Da Aplicação Das Medidas Socioeducativas e Sua Eficácia Diante Da Prática De Ato Infracional.** Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/analise-da-aplicacao-das-medidas-socioeducativas-e-sua-eficacia-diante-da-pratica-de-ato-infracional.pdf>. Acesso em: 06 de out. de 2023

JUNIOR, Erones Faustino da Silva. **A proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32622/a-protecao-integral-da-crianca-e-do-adolescente-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 04 de out de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva 2018.

OLIVEIRA, Renata Garcia de Oliveira, **A ressocialização do sistema prisional brasileiro**, Anápolis. Dissertação (Graduação em Direito). Faculdade Raízes. 2018.

PAES, Paulo D; AMORIM, Sandra Maria F. **Adolescentes em Conflito com a Lei.** Campo Grande-MS:UFMS. 2010. p 21-29.

RAMOS, Eduardo da Rosa Ramos. **Noções gerais sobre origem do estado e do estado moderno.** Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2012/Eduardo-da-Rosa-Ramos-Noco-es-Gerais-Sobre-a-Origem-do-Estado-Moderno>. Acesso em 09 de set. de 2023.

RANIERI Nina. **Teoria do Estado.** São Paulo - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, 2022.

RBA REDE BRASIL ATUAL. **Pesquisa aponta que jovens entram cada vez mais cedo no tráfico de drogas.** Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/pesquisa-aponta-que-jovens-entram-cada-vez-mais-cedo-no-trafico-de-drogas/> Acesso em: 03 de outubro de 2023.

SEMANA ACADÊMICA REVISTA CIENTÍFICA, **A execução penal e a ressocialização do preso.** Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/execucao-penal-e-ressocializacao-do-preso>. Acesso em 14 de set. de 2023.

SENADO NOTÍCIAS- **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a Década de 1920.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20de%20Menores%20apareceu,uma%20s%C3%A9rie%20de%20direitos%20trabalhistas>. Acesso em: 02 de out de 2023.

SCIELO 25 BRASIL- CIÊNCIA E SAÚDE COLETIVA, **Adolescentes em conflitos com a lei.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/kKzFZj8vdLxg8wKyRCVqnfz/>. Acesso em 03 de out de 2023.

A INEFICÁCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO COMO MEDIDA RESSOCIALIZADORA

*Daniel Henrique Araújo da Silva*¹⁷

*Marcelo Pereira Cruvinel*¹⁸

RESUMO: O presente trabalho busca discorrer sobre os vícios de execução presentes no sistema prisional brasileiro, assim como quais efeitos eles trazem à reincidência e ressocialização, a fim de expor os problemas atuais do cárcere como medida ressocializadora, em prol de um convívio social. Para tanto, inicialmente se aborda a relação entre o preso, a sociedade e o sistema prisional, a fim de gerar um panorama inicial, concatenado à visão de estudiosos da área. Posteriormente, são abordados os vícios diretamente relacionados ao cárcere, tanto internos quanto externos, dispondo de dados que apontam tais problemas sofridos no âmbito carcerário, como o principal obstáculo à ressocialização. Por fim, evidencia-se o modo firmado em lei para o cumprimento da pena, de forma a tornar claras as violações antes apresentadas. Ademais, é trazido à luz do conhecimento, programas sociais aplicados no território estatal e como eles auxiliam no objetivo final da pena, reintroduzir o indivíduo à sociedade.

Palavras-Chave: Vícios de execução. Reincidência. Ressocialização. Cárcere. Programas sociais. Sociedade

INTRODUÇÃO

Diante de uma convivência social é natural que surjam conflitos e divergências entre seus membros, então, para solucionar tais conflitos

17 Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

18 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

surge a necessidade de se criar normas para reger esse convívio e, quando essas normas são desrespeitadas, surge a necessidade das penas. Diante disso, o Direito Penal e a correta aplicação de suas penas são fatores essenciais para o bom funcionamento da sociedade, por isso demandam atenção como ferramenta de ordem pública.

Considerando o sistema punitivo aplicado no Brasil, com seu objetivo já determinado, não atinge seu fim de forma plena, como é perceptível com a reincidência delitiva, além da própria degeneração do indivíduo encarcerado, que enfrenta problemas como a falta de estrutura e superlotação. Nesse diapasão, o presente trabalho busca encontrar o real problema da aplicação da pena, onde analisará a estrutura do sistema carcerário, tanto física quanto institucional, além de avaliar a parte humana da questão, analisando quesitos variáveis subjetivos, como a relação entre os presos, além de avaliar a resposta social ao cárcere e as consequências que se protraem após o fim da pena.

Tal problema se estende como uma ameaça à sociedade em si, uma vez que não apenas viola direitos individuais de milhares de indivíduos, como também age de forma a excluir um grupo já marginalizado, fragmentando uma sociedade. Se partes da sociedade possuem tamanha aversão, se torna improvável que ajam em colaboração. Portanto, se ineficaz a ressocialização, a parte excluída age de forma avessa ao esperado, reincidindo à vida delituosa em vez de se tornar parte útil da sociedade. Em outras palavras, um indivíduo que comete um desvio de conduta não pode ser preso para sempre, devendo retornar à liberdade após cumprir sua sentença. Logo, se o indivíduo encarcerado necessariamente deve voltar ao convívio social, é necessário que ele volte melhor do que entrou, com possibilidade de reintegrar à sociedade e abandonar a prática delitiva, para o bem da própria sociedade.

Assim sendo, o presente trabalho busca questionar se o sistema penitenciário atual é um problema em sua essência ou apenas possui vícios em sua execução objetivando responder quais os efeitos resultantes da “A Ineficácia Do Sistema Carcerário Como Medida

Ressocializadora” . É recorrente ao público geral, transmitido por mídias sociais e jornais de alcance nacional, que diversos abusos ocorrem dentro do cárcere, violando diversos princípios que garantem os direitos dos indivíduos privados de liberdade. Tal fato age de forma contrária ao fim desejado, uma vez que para reintroduzir um indivíduo na sociedade primeiramente deve tratá-lo como um ser humano, para que ele se sinta parte da sociedade a qual se visa introduzi-lo.

Ciente de tal problemática, a presente pesquisa tem a finalidade de avaliar a capacidade ressocializadora do sistema carcerário através de uma análise das dificuldades sociais anteriores à privação de liberdade, como os problemas e violações sofridas dentro do âmbito carcerário. Não se limitando a isso, buscará também analisar os efeitos pós-cárcere e como a visão ou falta dela aos indivíduos saídos da prisão pode afetar sua ressocialização, além dos efeitos da falta de efetiva ressocialização.

Para tanto, o presente problema será abordado de forma hipotético-dedutiva, analisando os problemas apresentados, para, por meio de análise, abordar as consequências geradas por tais atos. Primeiramente deverá ser analisado como os indivíduos se comportam dentro de seus meios sociais, observando as interações entre os grupos marginalizados, tanto com a sociedade onde deveria estar inserido, quanto com outros grupos marginalizados.

Após essa análise, serão analisados os fatores sociais externos, não abrangidos pelo direito, e sua influência no direito penal, como a própria visão social sobre o preso. Ao fim, será abordado a forma como o direito deveria tratar dos casos e a visão legal das garantias firmadas, em contrapartida aos programas sociais já existentes para tal fim..

1. RESSOCIALIZAÇÃO EM PROL DA SOCIEDADE

Diante da própria natureza humana, em meio a constantes evoluções, o indivíduo se condicionou à convivência em sociedade e então, a fim de conseguir sobreviver com maior segurança sem

se preocupar com perigos externos, cedeu parte de sua liberdade individual, para fazer parte de um corpo maior. Segundo expõe em seu livro, BECCARIA (2015, p. 23) acredita que “Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança”, logo, a humanidade se une em um objetivo comum, garantir seus próprios direitos e liberdades, mesmo que para isso fosse necessário ceder parte dela.

Com uma convivência em sociedade tem-se como necessidade de ordem a criação de um código de conduta, para reger com leis o convívio humano, de forma que o direito de um não fira o direito de outrem, gerando assim a disciplina do Direito. Todavia, quando um indivíduo membro da sociedade infringe uma de suas normas de convivência, é necessária a aplicação de uma pena, para que seja possível puní-lo e posteriormente reeducá-lo, surgindo então o Direito Penal.

1.1 DA NATUREZA DA PENA

Em face dos indivíduos infratores, tem-se a necessidade de tratar dos atos delituosos, para que não aflijam mais a sociedade. Porém, muito se discute sobre qual a razão de sua aplicação, seria ela necessária para punição, ressocialização, neutralização ou até mesmo para gerar medo e sensação de segurança? A resposta para tal pergunta se encontra exposta no artigo 10, da Lei 7210/84, conhecida como Lei de Execuções Penais. Tal artigo preconiza que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”. (BRASIL, 1984)

Assim sendo, nota-se preocupação por parte dos legisladores no cuidado aos indivíduos infratores e a possibilidade de reintroduzi-los à sociedade, de forma que, teoricamente, as leis de execução penal

garantiriam os direitos fundamentais do encarcerado e permitiriam condições para que ele retornasse à sociedade como parte integrante.

Contudo, a existência de vícios em sua execução torna dificultosa tal ressocialização objetivada e, somado a influência geral da mídia, gera efeitos negativos no pós-cárcere, gerando inclusive casos de reincidência.

Ademais, a preocupação das normas é estabelecer ordem e proteger direitos, se baseando no “como” ocorreu e as circunstâncias do caso fático, baseando-se assim no contexto geral para que se proceda à dosimetria e determine a pena e punição. Contudo, com o intuito de prevenir e evitar novos casos, deve-se encontrar a raiz do problema, buscando encontrar os motivos que levaram o indivíduo a divergir contra o corpo social.

Como expresse anteriormente, a instauração da sociedade tem como função garantir a melhor vivência a todos, de forma que “(...) violado o pacto social, cada um recupere seus primeiros direitos e retome sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele renunciou” (ROUSSEAU, 2019, p. 28). Ou seja, se os indivíduos creem que tiveram sua parte do contrato social violado, tendem a retornar à natureza individual, abandonando a visão de integrar um todo, portanto não sentindo mais o dever de proteger uma sociedade da qual nem mesmo faria parte.

Nesse sentido, tem-se a importante missão de identificar em que momento e por qual razão se viram fora da sociedade como um todo e o quanto antes reintroduzi-lo a ela, pois, se as sociedades surgem em prol de um bem comum a seus membros, como exposto anteriormente, o grupo de indivíduos excluídos da sociedade pode acabar se juntando e criando uma comunidade própria para defender os direitos e subsistências de seus membros, formando então um Estado paralelo.

Um exemplo claro desse fenômeno é o Primeiro Comando da Capital (PCC), segundo a INTERNATIONAL POLICE ASSOCIATION (Associação Internacional de Polícia) – IPA, maior associação policial do mundo:

No início, o PCC era conhecido como “Partido do Crime”, afirmando que pretendia combater a opressão dentro do sistema prisional paulista e vingar a morte dos cento e onze presos mortos em 2 de outubro de 1992, no “massacre do Carandiru”, quando a Polícia Militar matou presidiários no pavilhão 9 da extinta Casa de Detenção de São Paulo. O grupo usava o símbolo chinês do equilíbrio yin-yang em preto e branco, considerando que era “uma maneira de equilibrar o bem e o mal com sabedoria”. (IPA, 2018)

Portanto, combater os vícios e violências dentro do cárcere se faz fundamental para atingir a ressocialização e tornar a sociedade uma novamente, em prol do coletivo e sem excluir do corpo seus membros.

1.2 O MEIO SOCIAL DO INDIVÍDUO INFRATOR

Com a função da pena delimitada e o entendimento da necessidade de se compreender o que excluiu o indivíduo infrator do meio social, parte-se então para uma análise aos indivíduos em cárcere.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) tem como uma de suas funções a criação de um relatório estatístico do âmbito penal brasileiro, apresentando estatísticas sobre a ocupação carcerária, de onde pode ser traçado um perfil social do indivíduo encarcerado. (SENAPPEN, 2023)

Abstraindo esses dados, atualizados até a data de 30/06/2023, nota-se que a população prisional no Brasil é de 644.305, sendo deste número 616.930 presos masculinos e 27.375 de presos femininos. Ou seja, esse é o número de indivíduos que ocupam vagas dentro de um estabelecimento prisional, seja em casos de regime fechado, ou mesmo casos em que o indivíduo apenas dorme no estabelecimento. Aprofundando-se nesse número, pode-se avaliar outros quesitos dos indivíduos.

A maior parte da população carcerária (160.321), atualizada em dados atualizados até a data de 30/06/2023, possui idade entre 35 a 45 anos, sendo 152.625 de presos masculinos e 7.696 de presos femininos. Em segundo lugar se encontra a faixa etária de 25 a 29 anos, com 145.980 presos no total, sendo 140.579 masculinos e 5.401 femininos. (SENAPPEN, 2023, p.87)

Quanto a cor de pele/etnia, nota-se que a população carcerária é em sua maioria autodeclarada parda, contando com 297.615 indivíduos, seguida pela autodeclarada branca, com 181.414, e em terceiro lugar a autodeclarada preta, com 99.812. Em números menores temos a autodeclarada amarela e indígena, com 6.346 e 1.226 indivíduos respectivamente.

Outra informação relevante, posteriormente abordada, é que a maior parte dos presos são solteiros, sendo 337.109 indivíduos nesse estado civil, sendo o segundo lugar ocupado por presos em união estável/amasiado (156.452), seguido dos casados (55.292), divorciados (10.635), separados judicialmente (5.565) e viúvos (4.279). (SENAPPEN, 2023, p.90)

Ponto relevante à análise social do indivíduo é o índice de escolaridade, que demonstra o acesso dos indivíduos à educação. Nesse quesito o grau de maior ocupação são os que possuem o ensino fundamental incompleto, com 288.694 indivíduos, seguido pelos que possuem o ensino médio incompleto, com 107.002 indivíduos. (SENAPPEN, 2023, p.91)

Diante de tais dados pode-se traçar uma análise de perfil da média carcerária, onde pode-se perceber que o cárcere brasileiro tem grande parte de indivíduos jovens, sendo os de 18 a 29 anos somados 264.866 indivíduos. Também ressalta-se que um número alto não teve seus estudos concluídos.

Quanto ao estado civil, este se vê importante para análise pois, segundo ROUSSEAU (2019, p.15) “A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a sociedade da família”, portanto, sendo a primeira convivência natural do indivíduo, essa se faz por consequência como a margem e visão dele sobre o funcionamento da sociedade e seu papel

dentro dela. Com isso, é notável que a estrutura familiar influencia na função social do indivíduo, de forma que até mesmo quanto a quantidade de filhos é notável a redução entre um critério e outro, onde o maior número de presos não possui filhos (115.304), diminuindo conforme a quantidade de filhos aumenta, sendo que com um único filho o número chega a cerca de 50,99% do anterior (58.799), a ponto que com 3 filhos se tem um valor de aproximadamente 16,26% do primeiro caso (18.750), mostrando a influência de um centro familiar nos indivíduos. (SENAPPEN, 2023, p.95)

Sendo assim, com a delimitação de um perfil social do indivíduo infrator, será possível delimitar um rumo para alcançar a ressocialização e assim evitar que surjam casos de reincidência delitiva.

1.3 DA REINCIDÊNCIA DELITIVA

Em momento posterior da análise da ressocialização, é necessário avaliar o índice de indivíduos que não foram efetivamente reintroduzidos na sociedade, ou seja, após saída do sistema carcerário, retornaram à prática delitiva, recaindo na reincidência delitiva. Esta se mostra uma informação crucial à análise de eficácia do sistema carcerário como meio de ressocialização, vez que demonstra a quantidade de ex-detentos que não obtiveram êxito em ser ressocializados. (IPEA, 2015)

Vale ressaltar que o artigo 63 do Código Penal Brasileiro conceitua a reincidência como o momento em que “(...) o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”. Ou seja, após transitado o fato anterior, momento em que o indivíduo é realmente considerado culpado, retorna à prática delitiva, algo que em prática não deveria ocorrer, vez que a Lei de Execuções penais delimita como objetivo, em seu artigo 1º, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1941)

Diante disso, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em conjunto com a Universidade Federal do Pernambuco, realizou uma pesquisa sobre a reincidência delitiva dentro do Brasil, analisando dados, para os fins almejados, dos anos de 2010 a 2021. Os resultados por eles obtidos são utilizados para realizar uma estimativa do índice de reincidência, usando como equação o número de internos que reincide após saída, dividido pelo total de internos que saem da prisão, multiplicado por 100, para que se chegue a uma porcentagem de reincidência. (DEPEN, 2022, p. 15)

Diante desta pesquisa cumpre destacar as reincidências que ocorrem após a saída da prisão, seja por reincidência ou fuga, com o retorno para cumprimento de nova pena quanto para reentradas gerais ao sistema prisional, que alcançam porcentagens de reincidência de 37,6% e 42,5%, respectivamente.

Com essa percepção quantitativa, nota-se que uma parcela significativa da população de internos que cumpriu sua pena tende a retornar à vida pretérita, indicando veementemente a falha em sua efetiva ressocialização.

Ademais, dentro da reincidência ocorrida, grande parte retorna aos crimes cometidos inicialmente, além de serem predominantemente crimes relativos à drogas ou patrimônio. Nesse sentido vemos que as duas principais reincidências são relativas a crimes envolvendo uso e tráfico de drogas (17%) e roubos (17%), seguidos por furtos (16%), além dessa informação, delimitam uma proporção entre os tipos penais mais rescindidos para cada um dos cinco tipos quem mais reincide, como pode ser visto na tabela abaixo.

Primeiro crime	Crimes posteriores				
Drogas	Drogas (24%)	Roubo (7%)	Furto (5%)	Armas (3%)	Homicídio (3%)
Roubo	Roubo (27%)	Furto (8%)	Drogas (6%)	Receptação (3%)	Armas (3%)
Furto	Furto (35%)	Roubo (9%)	Drogas (5%)	Ameaça (4%)	Receptação (3%)
Ameaça	Ameaça (21%)	Lesão (10%)	Furto (7%)	Roubo (5%)	Drogas (4%)
Lesão	Lesão (18%)	Ameaça (16%)	Furto (6%)	Roubo (6%)	Drogas (4%)

Fonte: DEPEN, 2015, p. 19

É importante enfatizar as palavras trazidas em artigo de TAVARES, ADORNO e VECHI (2020, p.3) que caracteriza esse a ressocialização como um direito à liberdade, pois “[...] se a liberdade é um dos direitos mais essenciais da vida humana, a ideia da ‘ressocialização’ perpassa a possibilidade de o indivíduo privado de liberdade se transformar a partir da reflexão dos atos praticados”, de forma que fica evidente na reincidência que “A crise no sistema penal demonstra a utopia das funções declaradas da pena e, por consequência, coloca em questão a própria forma de punir denominada ‘prisão’”.

Assim sendo, índices tão expressivos de reincidência delituosa acabam trazendo atenção aos vícios que ocorrem no sistema prisional e que desta forma impedem a efetiva ressocialização, além de gerar indignação dentre os internos o que, conseqüentemente, resulta em um efeito contrário, como visto no Primeiro Comando da Capital.

Se a reincidência é um problema tão grande, na medida que afeta a segurança pública e gera gastos com a manutenção da estrutura penal, os projetos de ressocialização devem por consequência receber atenção à pauta.

Nesse sentido, como será abordado mais detalhadamente nos capítulos a seguir, é necessário entender os vícios sistemáticos, que perpassam desde a estrutura do ambiente prisional, com precariedade estrutural, superlotação, mínima estrutura para garantir direitos básicos, além de vícios relativos à convivência do indivíduo encarcerado, tanto em relação aos demais presos, quanto em relação aos agentes prisionais.

No primeiro ponto, esses vícios agiriam na parte ressocializadora devido ao fato de sua existência atingir direitos básicos de cada cidadão, que o detento ainda mantém, pois, conforme artigo 3º da Lei de Execuções Penais, “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”, pois a simples violação a tais direitos traz a ideia de que não estariam sendo tratados conforme os direitos básicos de todos os membros da sociedade, como se dela não fizessem parte. (DULLIUS e HARTMANN, 2016)

Portanto, se não fazem parte da sociedade em questão, por ela não nutrem visão de obrigação, pois na relação de direitos e deveres, se veem apenas com deveres, sem receber nada em troca por sua observância às normas a ele impostas. Então, se não se sente como parte eficaz da sociedade, não nutre por ela dever de proteção, regredindo às práticas anteriores.

Além desse fator estrutural, também é necessário tratar da aceitação da sociedade de seu regresso como membro efetivo, com a visão social, projetos de reinserção e até mesmo efeito da mídia nesses casos, pois, se um indivíduo tenta retornar à sociedade, é necessário que ela o aceite, caso contrário, será novamente excluído e acaba retornando à sua vida pregressa.

Logo, se um indivíduo não é tratado como membro da sociedade, com os direitos a ele inerente, e não tem seu ingresso permitido pela própria sociedade que ele deseja fazer parte, é consequente sua exclusão

e assim retorno aos costumes antigos, o que pode ser percebido pela reincidência ocorrer, em grande maioria, com crimes semelhantes aos quais o indivíduo fora preso inicialmente, demonstrando que a falta da ressocialização traz a eles a ideia de retorno à vida pregressa. (SILVA ALENCAR e UHNG HUR, 2017)

Assim sendo, a própria reincidência expressiva é um alerta à falha do sistema prisional como medida ressocializadora, devendo então ao meio das ciências criminais buscar uma forma de trazer eficiência a esse ponto fundamental.

Nesse ponto cabe ressaltar que o Brasil está um passo à frente no quesito normativo, com uma constituição garantista, que não distingue seus membros, e códigos que não geram punições indevidas e buscam sempre preservar os direitos do preso que não forem alvo direto da pena. Além disso, possui medidas estatais que visam reintegrar o sujeito delinquente à sociedade, após o cumprimento de sua pena.

2. VÍCIOS NA EXECUÇÃO DA PENA

Dentre os problemas encontrados na execução da pena, pode-se destacar os que trazem real prejuízo a ressocialização e como esses prejuízos se concretizam dentro do cenário social, para tanto, dever-se-á abordar tanto o aspecto físico da prisão, por meio de análise dos vícios estruturais, quanto os aspectos pessoais e sociais, constatados na violência sofrida pelo indivíduo dentro e fora do cárcere.

Segundo reunião da Comissão De Direitos Humanos, Minorias E Igualdade Racial(2006),

A outra premissa é ter o princípio da dignidade humana como condição indispensável para que o sistema prisional exerça sua função. O que se pode esperar de um ser humano — que não perde essa condição a despeito de ter cometido crime, amontoado em masmorras fétidas, submetidos à tortura, à toda sorte de humilhações e maus-tratos, transformado

em refém do crime organizado? Que exemplo a sociedade e o Estado estamos dando aos presos se não respeitamos seus direitos fundamentais e lhe negamos acesso à justiça? O presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, deputado Geraldo Moreira, ilustrou essa situação de forma dramática ao afirmar que “a sociedade, por meio do Estado, está financiando o embrutecimento, fabricando monstros”.

Portanto, o cometimento de um crime por parte de um indivíduo não torna justificados os sofrimentos e desrespeito a direitos proporcionados pelo cárcere atual. Sendo necessária atenção da sociedade para esse assunto.

2.1 PROBLEMAS DE INFRAESTRUTURA CARCERÁRIA

Inicialmente, analisa-se o cenário físico do ambiente carcerário, levando em consideração a infraestrutura e os problemas decorrentes da inobservância de sua qualidade, que são muitas vezes esquecidos ou negligenciados pela sociedade, devido a visão que o público possui em relação ao indivíduo encarcerado. Diante de conferência realizada pela Comissão De Direitos Humanos, Minorias E Igualdade Racial, o Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh (2006), afirma que “Na sociedade predomina o desprezo aos internos no sistema prisional. Não há sensibilização suficiente para provocar a mobilização eficaz face às condições de saúde deploráveis, os ambientes superlotados, a ausência de atividades laborais e educativas.”

Conforme dados levantados pela SENAPPEN (2023, p.19), atualizados até 30/06/2023, o Brasil possui um déficit de vagas em celas físicas de 162.470, ou seja, dentre os 644.305 presos apresentados anteriormente, o cárcere brasileiro só possui capacidade para comportar 481.835 deles, resultando em uma superlotação dentro dos presídios existentes.

A superlotação enfrentada pelo preso traz consigo a ideia de ineficácia do sistema carcerário como medida socializadora, demonstrando “(...) a tradição punitivista do Estado, e sua ineficácia na solução dos conflitos sociais. Mostra também a ineficácia na aplicação de penas alternativas e a ampliação do poder punitivo Estatal”(PEREIRA e MIRANDA, 2018, p. 31).

Entretanto, o problema da superlotação enfrentada nos ambientes prisionais brasileiros deve trazer a atenção do público à necessidade de eficaz ressocialização e reeducação, tratando do problema em sua origem, em vez de tratar apenas seus sintomas. Diante disso, o Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh (2006) se posiciona sobre tal assunto na conferência supramencionada, onde afirma que

É preciso investir mais no enfrentamento das causas e menos nas consequências do ato criminal. Sabe-se que construir uma escola sempre evitará a construção de muitas prisões. Assim, a perspectiva de erguer mais e mais cárceres deve ser substituída pela decisão de atuar prioritariamente na prevenção do crime e na aplicação de penas alternativas.

Portanto, o foco não deve ser apenas na criação de novos presídios e vagas, mas sim em formas de ressocializar os indivíduos que ali dentro se encontram, além de evitar que novos fatos ocorram, saindo do ciclo vicioso de apenas remediar as consequências.

Ademais, os vícios estruturais do cárcere se estendem além da simples superlotação e a falta de algumas estruturas básicas necessárias para bom funcionamento do sistema prisional.

De tal forma esses vícios se demonstram um problema tão grave que por vezes se faz necessária a intervenção do próprio judiciário para evitar que ocorram, diante de omissão estatal, determinando transferência de presos entre outras medidas, a fim de evitar tais vícios de superlotação e violação de direitos, como pode ser visto no Recurso

Ordinário em Mandado De Segurança de número 46701, originário de Minas Gerais, onde ficou decidido que

ADMINISTRATIVO. DECISÃO LIMITANDO A CAPACIDADE DE PRESÍDIO LOCAL COM FUNDAMENTO NO ART. 66, VII E VIII, DA LEP. SUPERLOTAÇÃO DE PRESÍDIO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais contra decisão judicial que limitou o acautelamento de detentos no presídio local, sejam eles definitivos sejam eles provisórios, e determinou que fossem transferidos para outros presídios do Estado.

2. O Tribunal a quo afirmou que, **“da análise minuciosa dos autos, verifica-se a situação precária do presídio de Poços de Caldas, visto que o local possui capacidade para acautelar 126 (cento e vinte e seis) presos, sendo que à época do ato exarado pelo d. juiz a quo, a unidade prisional contava com 293 (duzentos e noventa e três) detentos, o que implica, inevitavelmente, situação de risco, propensa à atos de indisciplina, rebeliões e motins”**, que **“no relatório de inspeção à unidade prisional juntado às fls. 76/82, consta que um dos retratos da precariedade em face da superlotação é a cela destinada à triagem, que tem capacidade para 15 (quinze) detentos e, na data da inspeção, comportava 58 (cinquenta e oito) presos, com leitos insuficientes, má ventilação e iluminação, mau cheiro e umidade”**, que **“como se não bastassem os vários outros absurdos informados no relatório, tais como a ausência de ambulatório e de médico no estabelecimento prisional, consta, às fls. 72, ofício do Comandante da 2ª CIA do Batalhão da Polícia Militar, Capitão Edirlei Viana da Silva,**

dando conta de que ‘a edificação não possui o Processo de Segurança Contra Incêndio e Pânico (PSCIP), bem como não possui o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), contrariando a Lei Estadual 14.130/01 regulamentada pelo Decreto Estadual 44.746/08, que trata sobre a Segurança Contra Incêndio e Pânico nas edificações do Estado de Minas Gerais’. Ainda, que ‘não dispõe dos dispositivos de combate a incêndio adequados, somado a dificuldade de desocupação da edificação para os pátios externos, pela presença de grades existentes nos corredores de acesso’, informações essas confirmadas pelo BO de fls. 73/75” e que “às fls. 86/90, consta, ainda, ofício do diretor do presídio informando que nos últimos anos, são constantes os registros de tumultos internos, alguns deles demandando, inclusive, o acionamento do Grupo de Intervenção Rápida (GIR), e que em setembro de 2013 **houve o falecimento de uma detenta.**

Foi informado, também, que são constantes os atos de disciplina em desfavor dos agentes penitenciários, os quais são insuficientes para as condições de superlotação do presídio” (fls. 191-193, e-STJ).

3. Conforme dispõe o art. 5º, LXIX, da CF/1988, é garantida a impetração do Mandado de Segurança “para proteger direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público”. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. O entendimento do STJ se firmou no sentido de que o ato judicial de interdição de presídio está amparado

pela legislação (art. 66, da LEP), não havendo falar em invasão de competência administrativa.

Nesse sentido, os seguintes julgados do STJ: RMS 44.537/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 24.6.2014; AgRg no RMS 41.445/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.6.2014, além das decisões monocráticas proferidas no RMS 23.181/ES, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 8.4.2011 e no RMS 31.602/ES, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 6.5.2010.

5. Recurso Ordinário não provido.

(RMS n. 46.701/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/5/2016, DJe de 25/5/2016.) (Grifo nosso)

Assim se observam além da superlotação anteriormente mencionada, a ausência de estruturas básicas no ambiente prisional, gerando tumulto, insegurança, agitação e conturbações no ambiente que deveria ter a função de reintroduzir o indivíduo à sociedade.

Outro claro exemplo de falta de estrutura básica é o déficit de celas-seguro, evidenciado na pesquisa realizada pela SENAPPEN (2023). Segundo o Art. 84, § 4º, da Lei de Execuções Penais, “O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.”(BRASIL,1984), sendo esse local conhecido como “cela-seguro” ou “seguro”.

Diante disso, o levantamento feito pela SENAPPEN (2023, p. 159) demonstra que dentre os 1.384 estabelecimentos prisionais, 418 deles não possuem cela-seguro, cerca de 43% do número total. Tal informação é alarmante, vez que a cela-seguro tem como função a proteção de presos em risco, diante da convivência com outros detentos.

Outro ponto importante que se encontra ausente é o espaço adequado à visitação, tanto convencional quanto íntima. A pesquisa citada anteriormente traz a informação que dentre o número total de

estabelecimentos prisionais, 418 não possuem um local específico para a visitação, enquanto um número ainda mais expressivo, 818 não possui local específico para a visitação íntima.

Entende-se que tal direito mantém os laços do preso com o mundo externo, auxiliando a ressocialização eficaz, segundo o pensamento de NUCCI (2023, p. 85)

Quanto ao direito de visita, o acompanhamento da execução da pena por parentes, amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro(a) é fundamental para a ressocialização. Feliz do preso que consegue manter, de dentro do cárcere, estreitos laços com sua família e seus amigos, que se encontram em liberdade. O Estado deve assegurar esse contato, estabelecendo dias e horários determinados para o exercício desse direito.

Logo, tal direito deve ser amparado pela execução penal, garantindo que ele seja realizado da melhor maneira, buscando preservar e até mesmo incentivar os laços familiares do indivíduo privado de liberdade, garantindo assim um mínimo convívio com a sociedade externa, por meio de seus familiares, tornando-se assim algo que o vincule à sociedade, colaborando então com a ressocialização. Todavia, é necessária atenção ao número expressivo de ambientes prisionais que não possuem um local específico para a visitação, pois sem a estrutura adequada para tanto é esperado que ocorram vícios em sua execução.

Por fim, deve-se abordar um vício presente na alimentação servida aos indivíduos privados de liberdade, abrangida na assistência material que deve ser fornecida ao preso. Tal direito é garantido pelo art. 12 da Lei de Execuções Penais, que afirma que “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.” (BRASIL, 1984), contudo, nem sempre a alimentação fornecida aos encarcerados se

mantém conforme os padrões minimamente exigidos para consumo, o que pode ser visto em estudo realizado pela IPEA (2015, p. 32), que abordou o caso da seguinte forma

Quanto à alimentação, a que era fornecida, segundo o juiz da VEP, não atendia aos critérios nutricionais para a manutenção da saúde do preso e nem era preparada de acordo com as normas básicas de higiene, apesar da existência de nutricionista no sistema. Diante desse quadro, o magistrado havia autorizado as famílias a levar alguns itens de higiene e alimentação, constantes de uma lista afixada na entrada da Casa de Custódia.

Com isso, mesmo diante de direitos garantidos pela Lei de Execução Penal, que deveriam ser protegidos e amparados em prol do preso e da sociedade, vícios surgem em meio a própria execução de tais medidas necessárias, encontrando dificuldades em proporcionar direitos mínimos à dignidade do preso como um ser humano, de modo que essas violações constante se tornam um risco à efetiva ressocialização dos indivíduos privados de liberdade, o que deveria ser o objetivo final do próprio cumprimento da pena.

2.2 VIOLÊNCIA DENTRO DOS PRESÍDIOS

Passada a estrutura física dos estabelecimentos prisionais, os indivíduos encarcerados também sofrem diante de suas relações cotidianas, tanto em relação aos detentos com os servidores do sistema prisional, quanto em relação à convivência cotidiana entre internos. O fator de grande preocupação é que em ambos os contextos as violências são sofridas, impactando então na efetiva ressocialização, por trazer ao sujeito alvo uma imersão em um cenário violento e cruel onde o encarcerado poderá ao fim de sua pena, após sua saída do cárcere, replicar o sofrimento por ele vivenciado, retornando à sociedade sem

dela fazer parte. ALVES (2017) possui entendimento sólido quanto ao efeito da violência corriqueira sofrida pelo preso, onde pensa que:

Se o preso não for tratado com respeito, retornará à sociedade (após cumprida a pena ou mesmo foragido) com a mesma régua que aprendeu no cárcere. Ele tenderá a prosseguir com o ímpeto de violência que impera nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Violência gera violência. Conquanto possam existir discussões quanto à melhor ou mais viável fórmula de execução penal, não há dúvidas sobre o raciocínio de que uma política que admita a violência contra o apenado incutirá ou aprofundará nele os instintos mais violentos. (ALVES, 2017, p.39)

Portanto, um dos efeitos da violência recorrente nos ambientes onde deveria haver medidas de socialização, traz danosos prejuízos, tanto ao indivíduo encarcerado quanto à própria sociedade, que receberá ao fim do cumprimento da pena, ou mesmo em decorrência de eventual fuga, um indivíduo disposto a replicar o sofrimento por ele vivenciado, sendo assim um risco social, em vez de um membro ressocializado. De forma alinhada a tal pensamento, FERRAZ (2018) traz visão semelhante sobre a situação do indivíduo dentro do cárcere e as violências por ele sofridas nesse cenário, muitas vezes desolador, onde frisa a situação, com a ideia de efeito consequente da violência carcerária:

Se o preso não for tratado com respeito, retornará à sociedade (após cumprida a pena ou mesmo foragido) com a mesma régua que aprendeu no cárcere. Ele tenderá a prosseguir com o ímpeto de violência que impera nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Violência gera violência. Conquanto possam existir discussões quanto à melhor ou mais viável fórmula de execução penal, não há dúvidas sobre o raciocínio de que uma política que admita a violência contra o

apenado inculcará ou aprofundará nele os instintos mais violentos. (ALVES, 2017, p; 39)

Não se limitando a isso, FERRAZ traz à luz questão controversa, onde apresenta a violência entre internos, com o domínio de facções criminosas e a omissão do Estado perante tal cenário. É inconcebível sequer imaginar que um ambiente gerido pelo Estado permita que ocorram práticas violentas, todavia, ainda é recorrente os casos de violência sofrida dentro do cárcere, como a exemplo da própria origem do PCC, narrada ao início. Contudo vale ressaltar a visão de Ferraz sobre o tema, onde caracteriza:

Entregue ao estabelecimento penal, o preso fica sujeito àquilo que a administração penitenciária decidir e, em diversos presídios, àquilo que os líderes do crime organizado permitirem, já que o Estado a eles, não raro, entrega a gestão de fato das unidades. Apenas excepcionalmente outros agentes do sistema de justiça intervirão, via de regra após a perpetração de violência.(FERRAZ, 2018, p. 19)

Nesse mesmo sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal teve de analisar casos em que se encontravam presentes tais violências, como exemplo do Habeas Corpus 97271, que determinou

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AS CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS DA PACIENTE NÃO OBSTAM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRECEDENTES. I - O decreto de prisão preventiva, na espécie, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. II - Mesmo diante das

prisões e apreensões realizadas, os denunciados, entre eles a paciente, continuavam a exercer as suas atividades dentro da organização criminosa. III - A conveniência da instrução penal está devidamente justificada no fato de haver notícia, nos autos da ação penal, de que pessoas estavam sendo ameaçadas, e até mesmo sofrendo violência física, com a finalidade de manter-se a incolumidade da associação criminosa. IV - As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. V - Habeas corpus denegado. (HC 97271, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18-05-2010, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00456)

Logo, o autor traz a ideia de omissão do Estado perante o controle das facções, que agem como um estado paralelo punindo aos que avaliam ser merecedores do castigo, seja por rivalidades, seja por atitudes divergentes às esperadas pela facção que controla. Até mesmo em casos de presos jurados de morte dentro do presídio.

Adentrando mais profundamente na violência entre presos, podemos mencionar as celas-seguro, já apresentadas anteriormente em razão de sua ausência. Tais celas que teriam a função de proteger a integridade de um interno que se encontra em risco, encontra sentido de aplicação diverso do esperado, sendo usado como uma cela de castigo pelo Estado, para punir presos de mau comportamento, ou até mesmo utilizada por outros presos para punir suas desavenças, o que encontra novamente amparo na omissão do Estado e desinteresse do povo. Novamente FERRAZ (2018) se manifesta sobre o tópico em questão, apontando à existência de abusos, permitidos pela Administração, um risco evidente ao processo ressocializador, como visto em seu texto:

Na mesma linha, a critério da direção do presídio, funcionam as celas de seguro ou isolamento, para onde são destinados por períodos nem sempre determinados aqueles considerados sem convívio na unidade prisional ou que praticaram faltas. Esses são usualmente privados do banho de sol e das visitas dos parentes. Até que um juiz decida sobre a ocorrência e a gravidade da falta, eles permanecem segregados. Quando são os próprios internos que decidem isolar um companheiro de cela ou pavilhão, fala-se no cantinho do pensamento, espaço reservado à tortura, onde o Estado, não raro, dispensa-se de entrar e intervir. (FERRAZ, 2018, p. 19)

Portanto é evidenciado que além da infraestrutura precária dos estabelecimentos prisionais, os indivíduos encarcerados também se deparam com constante violência, o que acaba gerando um grande impacto na efetiva ressocialização, de forma que o indivíduo fica condicionado a replicar a violência por ele sofrida, recaindo então na reincidência delitiva e retornando à sociedade sem dela fazer parte.

Deixar de jogar luz sobre essa situação, no entanto, não apenas contribui para que ela persista e se torne a cada dia mais infame, mas também alimenta, naqueles que são obrigados a sobreviver privados das mais singelas condições materiais, sujeitos a toda a espécie de violência e opressão, o sentimento de perda da própria condição humana. O preso não tem espaço para dar testemunho do seu sofrimento, não tem por onde canalizar seus traumas, obrigando-se a internalizá-los (FERRAZ, 2018, p. 26)

Ademais, a situação se perpetua diante da omissão do Estado e da “cegueira” da população acerca de tais vícios, fazendo com que o sofrimento se prolongue sem dar atenção a seus resultados.

2.3 VISÃO PÓS-CÁRCERE

A última das violências sofridas pelo indivíduo uma vez encarcerado é a exclusão e repressão social resultantes de sua situação como detento, de forma que essa tem início enquanto dentro do próprio cárcere, mas tende a se prolongar e acompanhar a vida do sujeito que foi privado de sua liberdade, mesmo após cessar-se a situação punitiva. Logo, o olhar social acompanha o preso desde sua entrada no sistema prisional até muito após sua saída dele.

Tal visão social sobre os presos torna possível que os vícios anteriormente mencionados ocorram e se prolonguem, vez que mesmo diante de evidências e cientes da ocorrência de tais crueldades, a população se abstém de intervir ou posicionar-se sobre a situação, agindo de forma deliberada a se omitir do fato e assim permitir tamanha violência. Nesse sentido, FERRAZ (2018) aborda esse fator como uma cegueira deliberada ou própria incapacidade do Direito de tratar de tais assuntos, onde frisa que:

As celas superlotadas e a violação de direitos estarão, porém, à vista de todo aquele que entrar em um presidio. Por vezes o quadro é até mesmo estampado pelos meios de comunicação, em documentários, o que conduz à conclusão de que se trata de uma cegueira deliberada ou de que o Direito não é capaz ou não quer absorver o trauma a que são submetidas as pessoas privadas de liberdade no País.(FERRAZ, 2018, p. 20)

Ponto crucial é que tal pensamento derivaria de uma ideia punitivista do povo que vê o cárcere como uma medida de neutralizar o agente infrator, como uma necessidade punitiva, em virtude de evitar possíveis riscos à sociedade em si. outrossim, “A ideia de exclusão está também fortemente vinculada à eliminação do risco. Vive-se na crença de que ‘a prisão funciona’ ao conter o criminoso violento e o

reincidente.” (FERRAZ, 2018, p. 23). Portanto, a visão social primária é de que o efeito da prisão seria conter um criminoso que traga risco ao povo, sem se atentar a possibilidade de trazê-lo novamente ao convívio social.

Todavia, a visão punitivista e pessimista contra o indivíduo privado de sua liberdade o acompanha e muitas vezes é retratada até mesmo pela cultura popular do país. A situação recorrente passada pelos detentos em sua busca por ressocialização foi abordada de forma crítica na composição *Homem na Estrada*, de Pedro Paulo Soares Pereira, popularmente conhecido como Mano Brown. A canção por ele criada aborda os dramas de um indivíduo após sua saída do cárcere, onde se pode citar, primeiramente, um trecho que aborda a saída do cárcere, onde expõe:

Desempregado então
Com má reputação
Viveu na detenção
Ninguém confia não
E a vida desse homem para sempre foi danificada
Um homem na estrada
(HOMEM NA ESTRADA, 1993)

Dentre os problemas anteriormente tratados, a falta de aceitação e a visão pessimista da sociedade em face do preso é diretamente prejudicial à sua ressocialização, vez que para ser introduzido em uma sociedade é necessário ser aceito por ela. Dando continuidade a mesma linha, contida na composição, também tem-se menção ao estigma carregado pelo indivíduo privado de liberdade, que mesmo após a saída do cárcere o acompanha, trazendo dificuldades em suas interações, onde vemos

A justiça criminal é implacável
Tiram sua liberdade, família e moral
Mesmo longe do sistema carcerário

Te chamarão para sempre de ex-presidiário
(HOMEM NA ESTRADA, 1993)

A exclusão social se torna evidente, de forma que “Por vezes o quadro é até mesmo estampado pelos meios de comunicação, em documentários (...)” (FERRAZ, 2018, p. 20), presente de forma evidente e inclusive representado em obras culturais, como a anteriormente mencionada, o que traz a questão abordada por Ferraz (2018), da ideia de uma cegueira deliberada, onde apenas se preocupam com os problemas sofridos pelo cárcere os que nele se encontram, ou aqueles que compreendem o efeito necessário da ressocialização em prol da sociedade.

Pode-se entender também que a visão tida do ex-detento também se coaduna na ideia punitivista da sociedade que busca um castigo punitivo aos desviantes, contudo, tal punição exacerbada e deliberada, somada às violências individuais acabam por gerar no indivíduo um efeito contrário ao que deveria, desumanizando-o. Como mencionado na composição, anteriormente, Ferraz (2018) traz linha de raciocínio semelhante, onde mostra o efeito moral da pena e a perda da dignidade do indivíduo pelo sistema carcerário, evidenciando a ideia de uma “justiça criminal implacável”, fazendo uma comparação entre o sofrimento físico e moral sofrido no cárcere.

Ainda que não mais se recorra ao mesmo tipo de castigo, é do sofrimento impingido ao corpo que se trata. Quanto à alma, é também atingida de forma indelével. O preso no Brasil é um indivíduo roubado de sua cidadania, de sua dignidade e alienado de si, da sua história e da sua sociedade. (FERRAZ, 2018, p. 22)

Entretanto, se encontra complexidade em vincular a repressão sofrida especificamente à influência cultural, vez que o efeito da cultura sobre o sujeito é subjetiva. Desta forma, atrelar a prática de exclusão à própria cultura se torna uma tarefa complexa, pois os

efeitos gerados por seu efeito são inconscientes, de forma que se encontram condicionados a pensar de tal forma. Não é irreal a ideia de que aqueles que são influenciados pela cultura não veem necessidade em afirmar tal efeito assim como os que não sofrem de sua influência, na maior parte das vezes não percebem tal efeito. Ferraz (2018) traz tal ideia à luz, quando afirma que:

A cultura é aquilo que é dado, o “já presente” na mente dos membros de um mesmo povo e não apenas dos juristas. Por agir inconscientemente sobre as pessoas, é difícil delimitar o efeito da cultura. Os que a compartilham não sentem a necessidade de afirmá-lo. Os que não pertencem ao mesmo contexto muitas vezes não a percebem. (FERRAZ, 2018, p. 24)

Nesse sentido, tal efeito gerado na sociedade afeta diretamente a vida pós cárcere, limitando a vida do ex-presidiário a uma imagem de desconfiança, pois em seu âmago punitivista, a sociedade retira, ou permite que se retire, a dignidade e humanidade do indivíduo privado de liberdade, sob uma cegueira condicionada a ideia de que o sofrimento do preso seria algo justo e merecido, como um suplício para expiar seus crimes e erros, partindo de uma ótica onde a prisão apenas serviria para reprimir, punir e neutralizar.

Tal mentalidade social apresenta grave perigo à efetiva ressocialização, pois ao sair do cárcere, encontra uma sociedade desconfiada, que o vê como um possível marginal, gerando uma repressão em torno de sua recepção à sociedade.

A visão social punitivista também pode gerar consequências trágicas, um exemplo nacional e de grande repercussão sobre a violência policial foi o popularmente conhecido Massacre do Carandiru, ocorrido no dia 2 de outubro de 1992, em uma operação que resultou na morte de “111 mortos, todos detentos, fez com que o episódio entrasse para a história com o nome de Massacre do Carandiru” (VEIGA, E., WELLE, D.). Tamanha violência sofrida

resultou em grande repercussão midiática, com músicas sendo criadas em protesto, como “Diário de um Detento”, do grupo Racionais MCs, séries e filmes sendo produzidos, como o filme Carandiru: O filme, que estreou em 2003, sob direção de Héctor Babenco, baseando-se em um livro escrito sobre o tema.

Um caso de tamanha relevância traz a imagem de ineficiência do Estado perante aos direitos que deveria proteger, trazendo a necessidade de sua responsabilização, com pode ser visto no acórdão proferido no Recurso Extraordinário 841526, do Supremo Tribunal Federal, que reforça que

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. **É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral** (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar

a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

(RE 841526, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30-03-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (grifo nosso)

Assim sendo, o Estado podendo ter evitado tal tragédia, seria então responsável por repará-la, entretanto, melhor seria se pudesse a partir de então evitar novas violações como as sofridas.

Todavia, mesmo com tamanha repercussão midiática, ainda é um tema esquecido ou mesmo apoiado, de forma a ser possível ver cenário desolador se repetir novamente no mundo moderno. Na atualidade houve um caso em específico que gerou grande repercussão, em um

pequeno país de El Salvador, o presidente local instituiu uma política de guerra à criminalidade, contudo, adotou para isso uma política punitivista, violando no processo diversos direitos humanos.

O caso em questão tomou repercussão mundial, devido às proporções tomadas pelo presidente Nayib Bukele. Um dos feitos que gerou enorme repercussão foi a decisão de criar julgamentos coletivos aos presos, tirando a individualidade de cada um e tomando medidas extremas no combate ao crime. “A decisão permite sessões conjuntas com até 900 detentos, nas quais defensores públicos teriam apenas “três a quatro minutos” para apresentar os casos dos acusados, de acordo com as Nações Unidas.” (VEJA, 2023). As demais notícias sobre tal regime punitivista não se diferenciam, onde apontam “dezenas de presos morreram vítimas de tortura, espancamento ou falta de cuidados de saúde.”(BBC, 2023).

Tais relatos se tornam preocupantes, pois violam diretamente direitos humanos sob a justificativa de preservar a ordem e a sociedade, argumentos utilizados tanto para justificar o massacre no presídio do Carandiru, quanto pelo presidente Nayib Bukele para justificar sua política anti-criminal. Tal repetição de justificativas ao longo de 30 anos traz um cenário preocupante, demonstrando que a visão social sobre os apenados, além da visão punitivista da função dos presídios, ainda se mantém vívida em uma ideia social de luta contra o crime, adotando então práticas reprováveis que desumanizam o indivíduo que deveria ser ressocializado.

Diante disso é fundamental que haja preocupação do povo à situação do preso, vez que ele retornará à sociedade de todo modo ao fim do cumprimento de pena, contudo, não é raro se encontrar obstáculos em sua exposição, pois é certo

(...) que há uma doutrina e institutos voltados à análise do problema da população carcerária (como o Fórum Nacional de Segurança Pública), porém ou não são suficientemente ouvidos ou não há um interesse

midiático em fomentar seus importantes trabalhos.
(ALVES, 2017)

Portanto, não basta que a sociedade se comprometa a defender os direitos firmados em lei com o objetivo de proteger todos os cidadãos brasileiros, mesmo os que cometem crimes, como é também necessário maior interesse da mídia em divulgar os trabalhos feitos pelos institutos voltados à área carcerária, de modo a evitar a existência da “cegueira deliberada” conceituada por FERRAZ (2018)

De tal forma se manifesta a cegueira social que diante de diversas violências, que o efeito e a luz trazida pela mídia é breve a ponto de não se aprofundar às mazelas sofridas dentro do cárcere, buscando um alvo fácil para culpar pela causa, sem atingir essencialmente a raiz do problema, apenas mascara-o com um discurso de ódio, retirando então a atenção de onde deveria estar. Nesse sentido Zackseski e Ramos (2017) entendem de forma semelhante a cegueira deliberada exposta por Ferraz (2018), contudo, traz à tona o discursos moralistas que acompanham a mídia, onde ele afirma que:

São muitas as ilegalidades em torno das prisões, para além do que se consegue ver na cobertura midiática ou ouvir dos “empresários morais”, em geral, políticos e jornalistas com discursos moralistas e/ou de ódio contra as minorias, falas travestidas de “lei e ordem”. A ênfase desses atores nada tem a ver com origem do problema(...)
(ZACKSESKI E RAMOS, 2017)

No mesmo sentido argumenta Ferraz(2018) sobre o papel da mídia na perpetração da imagem negativa do indivíduo encarcerado, uma vez que age em sentido contrário ao esperado, onde, em vez de usar o poder social que possui para dar espaço à exposição dos vícios e violações presentes no sistema carcerário, se limita a divulgar de forma midiática e sensacionalista episódios de rebelião, de forma a

ampliar a visão punitivista já existente. Em palavras de Ferraz(2018) é conceituado a influência da mídia de forma que:

A mídia, por seus diversos meios, não empresta espaço à divulgação de tais violações. Ao contrário, em verdadeiro bombardeio de informações, divulga com detalhes dantescos os episódios em que os “sem expressão” se rebelam, revelando o caminho para onde leva a negativa de reconhecimento da condição de seres humanos.
(FERRAZ, 2018)

Outrossim, o sofrimento vivenciado dentro dos ambientes prisionais se revela uma soma de fatores, onde o Estado age de forma omissa quanto às mazelas sofridas pelos indivíduos encarcerados, somada a infraestrutura precária proporcionada por eles. Em contrapartida, a sociedade adota uma postura de cegueira condicionada, permitindo que a situação se protraia no tempo. Com isso, tem-se como resultado o retorno à sociedade de indivíduos condicionados a replicar toda a crueldade sofrida, sendo um efeito oposto ao desejado. Portanto, sanar tais vícios deve ser uma preocupação crucial da sociedade, para seu próprio benefício.

3. PRISÃO LEGALMENTE IDEALIZADA

Se foi possível constatar tantos vícios e violações sofridas, por óbvio se deve ter um meio que propicie uma visão da forma minimamente aceitável de aplicação da pena privativa de liberdade, além mesmo das doutrinas e jurisprudências sobre o tema, os direitos defendidos até agora se encontram presentes e garantidos tanto na Carta Maior quanto em Leis.

A princípio, segue-se a Constituição Federal, que determina os direitos do preso em seu artigo 5º, onde afirma de forma sucinta que

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(BRASIL, 1988)

Desta forma a própria constituição garantiu os direitos que posteriormente seriam firmados e expostos de forma mais clara e específica dentro de códigos específicos para tanto. O primeiro deles é o código penal, que em seu artigo 38, com redação atualizada no dia 11 de julho de 1984, determina que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. Na mesma época se tem o marco que garante os direitos e delimita como deve ser executada a pena, a Lei 7.210/84, conhecida como Lei de Execuções Penais.

3.1 LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E ADPI 347

O fato de tais violências e supressões de direitos existirem no regime carcerário atual se torna algo quase impensável, vez que “Vive-se pretensamente em um Estado de leis; as garantias contra essas violências estão positivadas na lei maior. O sistema de Justiça está estruturado, tendo autonomia assegurada para a atuação por seus diversos órgãos.” (FERRAZ, 2018). Todavia, mesmo com tais direitos

assegurados, diversas injustiças se protraem contra os que dependem do Estado para garanti-los.

Como já apresentado, conforme artigo 3º da Lei de Execuções Penais, “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” (BRASIL, 1984), portanto é de se esperar que excepcionando-se o direito à liberdade ao qual se encontra privado, outros direitos sejam aos presos garantidos e resguardados, no mundo ideal proposto pela lei, que busca o dever ser das coisas. A lei de execução brasileira foi de tal forma elaborada que se deu ao cuidado de garantir minuciosamente cada detalhe dos direitos de garantias do indivíduo encarcerado, mesmo após informar que nenhum deles seria atingido, com exceção ao alvo da pena. Desse modo, o código se preocupa em delimitar a forma como o Estado assiste ao preso, introduzindo tal assunto em seu artigo 10, onde afirma que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.(BRASIL, 1983)

Não se limitando a isso, garante acesso aos demais direitos que o preso tem, por meio de seus artigos 10 ao 27, delimitando especificamente cada um dos direitos garantidos e como o Estado deverá proporcioná-lo aos internos de forma eficaz, com direito a instalações habitáveis e dignas exposto em seus artigos 12 e 13, contudo evidentemente violados, conforme exposto anteriormente, além de outros direitos como saúde, educação e acesso à justiça.

Dentre direitos garantidos que deve-se atenção são os previstos nos artigos 17, 22, 25, I e 27, que expõem formas que o Estado deve proporcionar ao preso a fim de reintroduzi-lo à sociedade. Vez que coadunam com a ideia de função ressocializadora do cárcere.

O primeiro dos artigos mencionados no parágrafo anterior se refere à assistência educacional, a fim de garantir aos indivíduos encarcerados uma instrução suficiente para melhor se enquadrar à vida em sociedade, garantindo que “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.”(BRASIL, 1984), o que condiz com os direitos

sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal. Ademais, os artigos 22, 25 e 27 trazem os meios de se introduzir novamente o indivíduo privado de liberdade à sociedade, guiando os meios que proporcionarão seu efetivo egresso.

Todavia, mesmo com direitos positivados e gravados em lei, presentes até mesmo na constituição Federal, conforme evidenciado anteriormente, ainda são perpetradas violações a eles, de forma já afirmada anteriormente, então é necessário entender o motivo da aplicação da lei diverge de forma clara da própria lei. Dessa forma temos a deliberação inicial da sociedade desvincular a prisão ao ambiente jurídico, como se o resultado da ordem de prisão não tivesse qualquer ligação com a decisão que o delimitara. Diante disso Ferraz (2018) expõe a ideia de desvinculação à

Entretanto, quando uma pessoa é lançada ao cárcere, por decisão judicial fundamentada na lei e nas circunstâncias do caso, aceita-se a ideia de que a escolha sobre como essa pessoa merece ser tratada é alheia ao espaço de deliberação que levou à prisão. Ao delegado, ao promotor cabe apenas apontar aquele que deve ser preso. O juiz decidirá sobre a necessidade ou o momento da prisão e sobre até que momento ela deve perdurar. O que ocorre entretantes, durante a prisão, porém, não é percebido como algo vinculado ao pedido e ao decreto de prisão.
(FERRAZ, 2018, p. 18-19)

Com isso, ao efetivar a prisão, o indivíduo que nela irá habitar é abandonado pelos olhos da sociedade e até mesmo dos juristas, ficando sujeito ao que for definido pela administração do sistema em que se localiza, ou mesmo sujeito às decisões de outros internos que com ele coabitam, por efeito de hierarquia interna. Tal raciocínio é traçado de forma a pontuar até mesmo o efeito de facções criminosas, assunto já abordado como uma sociedade paralela resultante da omissão do Estado, onde se vê

Entregue ao estabelecimento penal, o preso fica sujeito àquilo que a administração penitenciária decidir e, em diversos presídios, àquilo que os líderes do crime organizado permitirem, já que o Estado a eles, não raro, entrega a gestão de fato das unidades. Apenas excepcionalmente outros agentes do sistema de justiça intervirão, via de regra, após a perpetração de violência.

(FERRAZ, 2018, p. 19)

Logo, o indivíduo que entra no sistema prisional passa a viver em um limbo jurídico social, longe dos olhos da sociedade e dos juristas, ou melhor dizendo, diante da cegueira condicionada, a ponto de serem abandonados perante violações diretas a seus direitos garantidos nas leis, importando apenas na ideia de prender os criminosos sem de fato preocupar-se com a estrutura necessária para tanto, “(...) como se o sistema prisional fosse uma espécie de universo paralelo, uma dimensão inacessível ao Direito, onde haveria vagas virtuais para tantos presos quantos fossem os decretos de prisão.”(FERRAZ, 2018, p. 19)

As constantes violações ao instituto carcerário estabelecido em lei resultaram por fim na necessidade de regularização uniforme, que alcançasse o Brasil de forma a delimitar a real situação do sistema prisional. Tal situação chegou então ao Supremo Tribunal Federal, a corte maior e guardião da constituição, que analisou a situação do cárcere brasileiro por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 PC/DF, que definiu que

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional (STF - MC

ADPF 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Petição 80865/2018, p. 3),

De tal modo se prolongaram os vícios anteriormente mencionados, que houve a necessidade de intervenção por meio da corte constitucional brasileira, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 PC/DF, que em seu corpo processual trouxe à luz do direito as questões antes por ele ignoradas, onde apresentou em seu relatório a questão passada dentro do ambiente carcerário, de forma a eliminar a “cegueira deliberada” conceituada por Ferraz (2018) e afastar a distância entre os vícios sofridos e a visão do judiciário, também por ele expostas.

Nesse ponto se torna relevante trecho do relatório apresentado no interior do processo, onde é apresentado que:

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.
(STF - MC ADPF 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Petição 80865/2018, p. 8)

Diante de apresentação concisa do pleno desrespeito aos direitos fundamentais que a constituição deveria então proteger, tem-se relatório com argumento importante, evidenciando e reconhecendo os vícios e violências sofridas no interior do sistema carcerário, que muito eram ignoradas pela sociedade, agora se tornando evidentes ao direito e ao mundo jurídico. Tal relatório, expõe os vícios na execução sobre a argumentação de que:

Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

(STF - MC ADPF 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Petição 80865/2018, p. 9)

De forma coerente ao relatório, resulta-se um voto que ratifica as afirmações, dando a elas razão de ser e, assim sendo, traz a imponência e relevância ao tema, advindas de uma corte superior com a função de ser a guardiã da lei basilar do país, definindo já apresentado como um “estado de coisas inconstitucional”(ADPF 347, 2018)

A justificativa de tal decisão tem como um de seus fundamentos a grande violência sofrida aos direitos fundamentais, onde o relator afirma que:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por

organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (STF - MC ADPF 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Petição 80865/2018, p. 23)

Assim sendo, ocorre a uniformização judiciária através do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo os vícios e a necessidade de serem resolvidas e corrigidas, sem que haja nova omissão.

3.2 APLICAÇÃO DOS PROGRAMAS DE RESSOCIALIZAÇÃO

Levando em consideração os códigos legais que determinam a ressocialização e as formas como devem ser garantidas e incentivadas, já mencionadas anteriormente, em adição às teses firmadas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 PC/DF, tem-se a necessidade de incluir incentivos por parte do Estado, para efetivamente gerar resultados.

Mesmo as leis vigentes e a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal tendo caráter e aplicação nacional, os projetos efetivamente utilizados para incentivar e proporcionar hábil ressocialização tem uma aplicação estadual, onde cada estado da federação possui programas próprios para incentivo social, baseados nas leis vigentes.

Diante da extensão geográfica do país, natural seria a existência de programas distintos em cada estado da federação, a fim de se adequar de forma propícia a cada situação social. O primeiro programa abordado é referente ao estado do Mato Grosso do Sul, que possui um caráter abrangente atendendo à assistência prevista no artigo 11 da Lei de Execuções Penais, buscando proporcionar auxílio material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (BRASIL, 1984).

Com acesso através de site governamental, a AGEPEN, informa ao público que:

Os trabalhos vão desde atendimentos psicossociais diários a projetos voltados a emissão de documentos; combate à dependência química; ações específicas voltadas a mulheres, público LGBTQI+, idosos, estrangeiros e indígenas; entre outras iniciativas. No caso de óbitos de internos, é realizado todo o processo, desde a busca por familiares até os procedimentos para sepultamento.
(AGEPEN/MS, 2022)

Outro estado com um programa social relevante é o Paraná, que possui o programa “Mãos Amigas” onde estabelece uma relação mutualística entre o indivíduo encarcerado e a sociedade, proporcionando a ele trabalho que o dignifique e em troca recebendo mão de obra para obras estatais, beneficiando conseqüentemente a própria sociedade.

Em site governamental de alcance público, a Agência Estadual de Notícias do estado do Paraná, expõe o funcionamento do projeto, informando que:

O Mãos Amigas, que utiliza a mão de obra de pessoas privadas de liberdade na execução de serviços de conservação, manutenção e reparos em escolas estaduais e em patrimônios públicos do Estado, completa dez anos de funcionamento. Com início em setembro de 2012, o programa está presente em oito regionais do Paraná, abrangendo 74 municípios e já colaborou com 642 colégios.
(AGÊNCIA ESTADUAL DE NOTÍCIAS PR, 2022)

Até a época noticiada, tal programa estava em fase de crescimento, buscando atingir mais indivíduos privados da liberdade, possibilitando a eles um trabalho em favor da sociedade que iriam integrar. Em complemento informam sobre o alcance que possuíam e pretendiam expandir, narrando:

Atualmente, são mais de 80 detentos participando do programa. A estimativa da Divisão de Produção e Desenvolvimento da Polícia Penal do Paraná é que até o final de 2022 o programa esteja com 100 presos trabalhando em prol da sociedade no Estado. (AGÊNCIA ESTADUAL DE NOTÍCIAS PR, 2022)

Com uma abordagem levemente diferente às anteriores, o estado do Espírito Santo incentiva a contratação de indivíduos em situação de cárcere ou mesmo após terem dele saído, todavia, busca parcerias com instituições privadas. Nessa relação tida por eles, o estado oferece ao preso capacitação profissional, além de inseri-lo no mercado de trabalho. Novamente se tem uma relação mutualística, onde o preso consegue ser reintegrado, a instituição privada recebe mão de obra menos onerosa e a sociedade recebe um novo membro.

A definição da Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo conceitua seu projeto social com base na realidade da prisão, onde se vê:

Para transformar essa realidade, o Governo do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS), vem investindo em projetos de resgate da cidadania das pessoas presas.

O principal deles é o programa “Responsabilidade Social e Ressocialização”, que busca despertar e desenvolver competências e habilidades dos detentos, ofertando educação, qualificação profissional e inserindo-os no mercado de trabalho.

E, para realizar a inserção do detento no mercado de trabalho, o Governo do Estado conta com a parceria do setor privado. Hoje, cerca de 200 empresas dão oportunidade de trabalho a quase 3 mil detentos, dentro e fora dos presídios. É uma oportunidade para o detento, que se ressocializa e recupera sua dignidade. E para o empresário, que recebe vários benefícios.(SEJUS/ES)

No mesmo sentido, caminha o estado de São Paulo, que em seus projetos de ressocialização objetiva inserir o indivíduo privado de liberdade à sociedade por meio de sua profissionalização e capacitação, além de incentivar o seu ingresso ao mercado de trabalho, encaminhando-o às novas oportunidades.

Em sua divulgação, a Secretaria de Administração Pública de São Paulo justifica seu processo de ressocialização no projeto que originou-o, expondo que:

O Decreto nº 55.126 de 07 de dezembro de 2009 institui o programa que atua em duas frentes bem específicas: no encaminhamento de egressos do sistema penitenciário paulista ao mercado de trabalho e na qualificação profissional dos sentenciados que cumprem pena em unidades prisionais de regime semiaberto, de egressos e de pessoas em cumprimento de penas ou medidas alternativas.
(SÃO PAULO, s.d.)

Por fim, dentre as escolhas de projetos relevantes, tem se o processo realizado pelo estado da Paraíba, em que o processo “Cidadania é Liberdade”, se ramifica para atingir as diversas áreas com vícios expostos e ratificados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 PC/DF, de forma que baseia o projeto social em cinco pilares fundamentais a serem tratados, como exposto em sua página de divulgação:

Neste sentido, tendo como estandarte o programa de ações “Cidadania é Liberdade”, a Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, através da Gerência Executiva de Ressocialização, começou a implementar, no ano de 2011, uma série de iniciativas estratégicas com vistas à criação de oportunidades para a população privada de liberdade, que se

fundamentam em cinco pilares, sendo eles: a educação, o trabalho, a saúde, a família, a cultura. (NETO, s.d.)

Em cada um dos pilares é determinado um eixo, focado em garantir o direito principal que cada uma delas aborda. Na educação o estado incentiva e divulga o direito previsto no artigo 17 da Lei de Execuções Penais, para que atinja o maior número de presos e assim eles alcancem uma maior capacitação e inclusão social.

No eixo do trabalho buscam a inserção do indivíduo encarcerado no mercado de trabalho, através de capacitação profissional e incentivo à mão de obra por parte do preso, com auxílio direto da

Lei Estadual nº 9.430 de 14 de julho de 2011, a qual afirma que 5% das vagas de emprego nas obras executadas por empresas vencedoras de licitações no Estado são destinadas à mão-de-obra prisional, bem como, o Decreto Estadual nº 32.384/2011, que regulamenta procedimentos para celebração de convênios, com vista a inserção da mão-de-obra privativa de liberdade no mercado de trabalho. (PARAÍBA, 2019)

Assim se nota uma colaboração entre os projetos sociais e a legislação estadual.

Quanto aos eixos de saúde, família e cultura, o estado busca incentivar o resguardo de tais direitos, no primeiro caso inclui-se equipes especializadas para atendimento da saúde nos presídios, assim melhor atendendo os indivíduos que ali residem (PARAÍBA, 2019). Já no segundo caso, o governo presta assistência às famílias dos presos, notada sua importância na efetiva ressocialização do indivíduo (PARAÍBA, 2019). Por fim, relativo ao último dos eixos, esse fomenta atividades culturais para os internos do sistema prisional, além de

incentivar atividades artísticas e atividades produtivas por parte dos presos (PARAÍBA, 2019).

A existência de tais projetos, somado a tantos outros também presentes na grande extensão do país, demonstra o efeito positivo gerado pela posição firme e exposição recente dos vícios de aplicação da lei penal, todavia, ainda há muito o que se realizar para chegar ao objetivo determinado na lei de execuções penais, como pode ser constatado no alto déficit de celas físicas e ausência de pressupostos estruturais. Assim sendo, a fomentação de projetos sociais é de suma importância para efetiva ressocialização do preso, por incluí-lo ou iniciar sua introdução à sociedade.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, o ambiente carcerário se mostra diretamente associado à vida na sociedade, pois se trata de uma condição temporária para um indivíduo que insurgir contra as normas vigentes, seja por quais motivos fossem. Nesse sentido, vale ressaltar a importância da efetiva socialização de indivíduos que, uma vez que se encontravam marginalizados na própria sociedade, nem mesmo faziam parte dela para poder ser reinseridos. Contudo, tal efeito encontra diversos obstáculos em sua eficaz aplicação.

Inicialmente, nota-se que a realidade social do indivíduo faz questionar se o fator principal seria uma ressocialização ou uma socialização, vez que muitos dos indivíduos advém de uma realidade marginalizada. Outro ponto ainda no âmbito social é o efeito positivo de uma relação familiar aos detentos, que possibilita melhor inclusão social.

A segundo plano, percebe-se a profundidade dos danos internos no sistema carcerário, com infraestrutura precária, superlotação e violência, o que insere os sujeitos privados de liberdade em uma realidade de violência e sofrimento, que acaba gerando um ciclo de repetição dos padrões aprendidos nesse cenário aplicados na sociedade.

Além desses pontos, a cegueira social ao sofrimento vivenciado pelos indivíduos encarcerados faz com que os vícios se mantenham e ocorram novamente, gerando até mesmo casos graves como o massacre do carandiru, ou mesmo a guerra contra as gangues vivenciadas em El Salvador.

Diante disso, também ressalta-se o efeito social sobre o indivíduo recém saído, pois, não bastassem todas as violações de direitos sofridas no cárcere, tem de suportar a própria reclusão social e um estigma a ser carregado com a ideia de ser um criminoso não confiável. Portanto, sofrem tanto fisicamente quanto socialmente, sendo privados de muitos outros direitos além da liberdade e em alguns casos resultando em revolta e em um Estado Paralelo.

Nesse sentido, nota-se um tema de grande importância, pois, com a omissão do Estado em garantir a segurança dos presos, os indivíduos privados de liberdade se unem, gerando uma sociedade paralela, que não apenas os afasta da sociedade comum, como também traz risco a ela, com práticas violentas e retaliações seguindo um código de justiça próprio

Ademais, as garantias de preservação de tais direitos se encontram amparadas em normas, inclusive na própria Constituição Federal, de forma que devem ser preservadas pela própria integridade do Direito, garantindo que as normas fixadas sejam cumpridas, pois tais violações trazem, ou deveriam trazer, um sinal de alerta à sociedade, por representar uma violação advinda de quem deveria preservá-la, o Estado. Com isso, o posicionamento do Judiciário perante a omissão do Executivo se mostra necessário, para garantir o cumprimento das normas, na ausência de quem deveria garanti-las.

Outrossim, o efeito da sociedade é algo de extrema importância, agindo como um fiscalizador do devido cumprimento por parte do estado, questionando os vícios e apoiando o regresso dos indivíduos à sociedade. Somado a isso, é de grande importância que o Estado proporcione meios de reingressar os indivíduos ao seu meio social, possibilitando que tenham uma forma de se sustentar e viver sem a

dependência do meio criminoso e, concomitantemente, introduzi-los em meios sociais que os façam progredir dentro de seus grupos sociais.

Assim sendo, com uma colaboração entre Estado e sociedade, pode-se progredir à efetiva função do cárcere, para evitar vícios em sua execução e proporcionar os meios para que se concretize, algo que beneficia não apenas o indivíduo encarcerado, como também a sociedade, vez que se efetivamente ressocializados, os indivíduos que foram um dia encarcerados retornam à sociedade como uma parcela útil e funcional, tendo uma vida digna e, em contrapartida, proporcionando um serviço que agregue à sociedade.

REFERÊNCIAS

AGEPEN, De atendimentos diários a programas de ressocialização, ações de promoção social transformam vidas em presídios de MS, **AGEPEN**, 14 jan 2022. Tratamento Penal, disponível em <<https://www.agepen.ms.gov.br/de-atendimentos-diarios-a-programas-de-ressocializacao-acoes-de-promocao-social-transformam-vidas-em-presidios-de-ms/>>. Acesso em 17 out 2023

ALVES, Francisco Glauber Pessoa, **A Custosa Questão Carcerária Brasileira e as Inverdades Convenientes**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 37 - 60, Setembro/Dezembro 2017

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**; tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes - 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11/07/1984. Seção II.

BRASIL, [constituição (1988)], **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 out. 2023

BBC News, **‘Eletrocutados de joelhos’: os duros relatos das prisões em massa decretadas em El Salvador**, G1, 4 de jun. 2023. Mundo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2023/06/04/eletrocutados-de-joelhos-os-duros-relatos-das-priso-es-em-massa-decretadas-em-el-salvador.ghtml>>. Acesso em 17 out. 2023

Comissão De Direitos Humanos, Minorias E Igualdade Racial, **SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. Câmara dos deputados. Brasília, jul. de 2006. Disponível em <<https://www2.camara.leg>

br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/prisional>Acesso em 17 out. 2023

IPA, Brasil. **O Primeiro Comando da Capital - PCC**. IPA Brasil. 16 ago. 2018. Imprensa. Disponível em: <<https://www.ipa-brasil.org/-/o-primeiro-comando-da-capital-pcc>> Acesso em 17 out. 2023

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. IPEA, Governo Federal, 2015, disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>> Acesso em 17 out. 2023

FERRAZ, Taís Schilling. **O Silêncio dos Presídios Brasileiros: um Mecanismo de Legitimação do Quadro de Violação de Direitos Humanos**. RDP no 110 – Jun-Jul/2018 – ASSUNTO ESPECIAL – DOUTRINA

PEREIRA, Henrique Viana ;MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. **AS ILEGALIDADES IDENTIFICADAS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO BRASIL E A FLEXIBILIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE***. JURIS PLENUM - Ano XIV - número 84 - novembro de 2018 - Destaque

NETO, João Sitônias Rosas. **A Gerência Executiva de Ressocialização e as políticas de assistência aos reeducandos do Estado da Paraíba**, GOVERNO da Paraíba, s.d. Programas/Projetos. Disponível em: <<https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-administracao-penitenciaria/programas-projetos>> . Acesso em 17 out 2023

NUCCI, Guilherme de Souza, 1963- **Curso de execução penal / Guilherme de Souza Nucci**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, Pedro Paulo Soares (compositor). **HOMEM na estrada**. Intérprete: Racionais MCs. In: RAIO X Brasil. Intérprete: Racionais MCs. São Paulo: Zimbabwe Records, 1993. LP, faixa 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **O Contrato Social: (Princípios de direito Político)** / Jean-Jacques Rousseau; tradução por Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2019.

SECRETARIA de administração Penitenciária, **Programas Pró-Egresso**, Governo do Estado de São Paulo. Capacitação. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/pro_egresso.php> Acesso em 17 out 2023

SEGURANÇA Pública, **Programa Mãos Amigas promove a ressocialização de presos e traz economia para o Estado**, AGÊNCIA ESTADUAL DE NOTÍCIAS PR, 18 out 2022. Disponível em: <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Programa-Maos-Amigas-promove-ressocializacao-de-presos-e-traz-economia-para-o-Estado>>. Acesso em 17 out 2023

SEJUS, **Abra as portas da sua empresa para o trabalho de um detento**, SEJUS, s.d. Disponível em: <<https://sejus.es.gov.br/abra-as-portas-da-sua-empresa-para-o-trabalho-de-um-detento-2>>. Acesso em 17 out 2023

SENNAPEN, Secretaria Nacional de Políticas Penais. **RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES PENAIS -RELIPEN 1º SEMESTRE 2023**. Brasília, 2023, disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>> Acesso em 17 out. 2023.

SILVA ALENCAR, Anna Karollina; UHNG HUR, Domenico. **DISCURSOS SOBRE A REINCIDÊNCIA PENITENCIÁRIA: PATOLOGIZAÇÃO, INSTITUCIONALIZAÇÃO E EXCLUSÃO SOCIAL**. Ayvu, Rev.

Psicol., v. 03, n. 02, pp. 111-140, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/ayvu/article/view/22220/13119>> Acesso em 17 out. 2023

VEIGA, E., WELLE, D., **Massacre do Carandiru: 30 anos da maior chacina numa prisão brasileira**, G1, 2 out 2022. Política, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/10/02/massa-cre-do-carandiru-30-anos-da-maior-chacina-numa-prisao-brasileira.gh.html>>. Acesso em 17 out. 2023

VEJA, Revista, **Em guerra a gangues, El Salvador adota julgamentos coletivos de 900 presos**, VEJA, 28 jul 2023. Mundo, disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/em-guerra-a-gangues-el-salvador-adota-julgamentos-coletivos-de-900-presos>>. Acesso em 17 out. 2023

ZACKSESKI, Cristina; RAMOS, Beatriz Vargas. **Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 139. ano 26. p. 143-170. São Paulo: Ed. RT, jan. 2018.

A IMPORTÂNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA

*Ana Flávia Nascimento da Silva*¹⁹

*Marcelo Pereira Cruvinel*²⁰

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo principal analisar a atual crise do sistema carcerário brasileiro e os impactos causados por ela em relação a ressocialização do apenado após o cumprimento da pena. O trabalho em questão tem como metodologia utilizada, uma compilação bibliográfica, ou seja, retiram-se de fontes primárias, secundárias e terciárias os desenvolvimentos abordados nos capítulos do presente trabalho. Ademais, o ensaio está dividido em três capítulos, facilitando o aprendizado do leitor. Inicialmente, o tema discutido foi o papel do Estado para evitar a condenação do indivíduo. Este primeiro capítulo tem como foco primordial entender a função do Estado perante a sociedade e o sistema penitenciário brasileiro. O segundo capítulo ocupa-se em verificar a crise do sistema carcerário, juntamente com os principais problemas que ensejam a reincidência dos apenados. Apontam-se ideias como a inserção do preso ao trabalho e condições de saúde, educação e assistência ao detento durante o tempo em que se mantém encarcerado. Por fim, o terceiro capítulo trata da importância do trabalho e da educação para que haja a ressocialização do apenado e o papel fundamental que a sociedade tem durante todo este processo.

Palavras-chave: Apenado. Estado. Sociedade. Ressocialização.

19 Bacharela em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

20 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo terá como tema principal discutir sobre a ressocialização do apenado após o cumprimento da pena, e será posto em análise também a realidade enfrentada pelos ex-detentos após uma sentença condenatória. O intuito da ressocialização é a reintegração dos apenados ao convívio coletivo, requerendo a cooperação entre o Estado e a sociedade para atingir esse objetivo. É de suma importância a ressocialização do apenado após o cumprimento da pena, razão pela qual dará uma nova oportunidade para o indivíduo de reconstruir a sua vida.

Acentuar-se-á ainda que o processo da ressocialização visa reeducar as pessoas que cometeram crimes para se adequarem às condições e leis da sociedade. Entretanto, ao saírem da prisão, os ex-detentos tem que lidar com o preconceito da sociedade quanto a sua ficha criminal. Diante desse fato, será apontado a importância de trabalhar a conscientização da população quanto ao acolhimento dessas pessoas, porque acaba que se torna uma dupla condenação, haja vista que o apenado já foi punido pelo Estado e após a saída será punido pela sociedade.

Outro desafio que será apontado é a falta de iniciativas governamentais na qualificação dessas pessoas, tendo em vista que mais da metade dos encarcerados no Brasil possuem baixo grau de escolarização. Dessa forma, conseguir um meio de sustentar a si próprio e aos familiares se torna difícil, uma vez que não se tem alguma habilidade laboral específica.

O presente trabalho tem como problemática tratar sobre as possibilidades da ressocialização do apenado após o cumprimento da pena e qual é o papel da sociedade e do Estado perante os egressos. Partindo deste pressuposto, será posto em análise a ótica da sociedade, que demonstrará que muitos detentos que cometem crime possuem uma estrutura familiar precária, onde muitas das vezes o apenado cresce em um lar onde desde pequeno já vivencia momentos que

conforme o tempo vai passando acabam tornando-se momentos normais.

O objetivo geral do presente ensaio será examinar o que deverá ser feito pelo Estado e pela sociedade para que aconteça a inclusão do apenado novamente na sociedade, evitando a ocorrência da dupla condenação. Ademais, será exposto um dos ramos da criminologia que é o fator social para melhor entender a conduta do apenado; serão apresentados aspectos da conduta a serem analisados no momento da ressocialização do apenado e por fim será demonstrada a importância do Estado para a prevenção do crime e a orientação do retorno á convivência em sociedade.

Por fim, insta salientar que o trabalho em questão irá basear-se no método dedutivo, pois é utilizado o raciocínio lógico para chegar a conclusões que são mais restritas.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO AO CRIME

1.1 CONCEITO DE ESTADO

Pode-se entender como Estado o ordenamento jurídico de determinado território, incluindo todas as instituições política e jurídica que compõe a formação de um país, como as leis, os decretos, entre outros. Entretanto, o conceito de Estado é muito subjetivo, tendo vários conceitos definidos por vários filósofos diferentes, como por exemplo, para Durkheim o Estado é um agente social e não uma instituição engessada distante da realidade. Já para Karl Marx, o Estado seria originário da necessidade de um grupo, ou classe social, manter seu domínio econômico a partir de um domínio político sobre outros grupos ou classes.

É de extrema importância entender que o Estado é a forma de como a sociedade se organiza politicamente, é o ordenamento jurídico que regula a convivência dos habitantes de um país. Tendo conhecimento deste conceito é válido levar em consideração que

o Estado divide-se em três poderes, sendo eles: o Legislativo, tendo como função legislar, ou seja, propor leis e fiscalizar as ações tomadas pelo Poder Executivo; o Executivo, que é o poder destinado a executar, fiscalizar e gerir as leis de um país, e o Judiciário que tem como função garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. (BODART, 2020)

Para trazer um novo conceito de governo vinculado ao sistema legal, o constitucionalista Lenza (2011) trouxe a incorporação do termo “Democrático” ao termo “Estado de Direito”, resultando com que as leis continuassem sendo respeitadas pelo governo e seus três poderes: Judiciário, executivo e Legislativo, entretanto elas deveriam respeitar a vontade do povo.

Em razão do Estado Democrático de Direito temos por definição o seguinte:

A organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal, voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos (MENDES, 2009, p. 171).

É válido ressaltar que antes da incorporação do termo “democrático”, as leis eram impostas sem que houvesse a opinião da população. Essa incorporação trouxe uma inovação de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o termo democrático acrescentou que o poder deve ser emanado do povo.

1.2 O PAPEL DO ESTADO PARA A SOCIEDADE

O Estado possui vários papéis importantes perante a sociedade, sendo um deles a administração de determinado território por meio

de ações governamentais. Entretanto, o papel mais importante que o Estado realiza é o de promover um constante diálogo com a sociedade, para que tenha como finalidade o bem-estar da população.

Desse modo, levando em consideração a importância do Estado perante a sociedade, pode-se afirmar que o Estado tem um papel fundamental na prevenção do crime, tendo em vista que exerce uma função importante na determinação daquilo que será posto para a sociedade.

1.3 A ATUAÇÃO DO ESTADO PERANTE A CRIMINALIDADE

É válido ressaltar que o Estado exerce uma função perante a sociedade de segurança pública, tendo como principal objetivo buscar a defesa dos direitos fundamentais, a defesa dos interesses nacionais, prezar pelas leis, a manutenção da ordem pública e a vida do cidadão.

O primeiro ponto é que antes que haja a atuação do Estado para que ocorra a prevenção do crime deve primeiramente ser analisado o método mais adequado para tal realização. Nesse caso, contará com a participação dos três poderes para a aplicação do método mais adequado. Poderá ser o método legislativo, que é a atuação baseada na criação das leis, ou seja, o Estado tenta prevenir o crime impondo leis, para que com isso a sociedade sintam-se intimidada e não arrisque de pôr a sua liberdade em prova, em razão disso, o método judicial torna-se eficaz na maioria das vezes, por se tratar do cumprimento das leis impostas pelo legislativo, e por fim, o método administrativo que envolve o papel dos policiais. (MAGNO, 2020)

Desse modo, o legislador traz na norma o mandamento legal; e, diante de sua violação, surge para o Estado a oportunidade de exercer o seu poder punitivo com exclusividade, aplicando a pena. O Direito Penal cria as condutas proibidas a partir da sua descrição. O processo penal é o modo como o Estado busca a punição da pessoa que realizou o comportamento proibido.

1.4 FATORES SOCIAIS

Os fatores sociais baseiam-se em uma série de aspectos da vida de um indivíduo que contribuem para a construção da sua identidade, do seu comportamento para com a sociedade e de seus desejos pessoais. Estes aspectos estão submetidos as questões familiares, profissionais, econômicas, e regionais, por exemplo. Sendo assim, existem três fatores que derivam dos sociais: os fatores culturais; os fatores pessoais e os fatores psicológicos.

Em relação aos fatores culturais, esse está atrelado à cultura, ao conjunto de comportamentos, valores, referências, tradições e percepções que cada pessoa adquire através da vida em sociedade. Os fatores sociais estão ligados diretamente com as características pessoais de cada indivíduo. Por fim, os fatores regionais que trata das diferenças do uso da língua em diferentes partes do país ou até mesmo de uma mesma região. (GOMES, 2020)

Pode-se afirmar os fatores sociais tem grande influência na conduta de qualquer cidadão. Atualmente a solução da criminalidade é vista pelo Estado como um problema que pode ser resolvido com apenas a criação de novas penas ou penas mais graves para que com isso o indivíduo possa evitar a vir cometer algum crime. Entretanto, a um entendimento baseado em Rousseau, que afirma que deveria procurar a causa do delito na sociedade e não de fato no indivíduo, pois ele acredita que deve-se buscar a fundo toda a essência criminal para posteriormente desenvolver técnicas de política criminal. (GOMES, 2020)

Segundo esse entendimento de Rousseau, é notória a importância do estudo da criminologia para melhor o entendimento do Estado na hora de prevenir o crime. Ademais, a Criminologia é uma ciência que estuda as raízes dos problemas para tentar entender o real motivo de da conduta delituosa do indivíduo. Ela entende que o problema da criminalidade não será resolvido somente com a aplicação das penas, e sim com o entendimento da natureza do problema. Ademais,

a criminologia é uma ciência empírica, ou seja, se importa com a formação do conhecimento a partir da observação de fatos e de relações sociais.

Há entendimentos de que o empirismo está para a Física, quando analisa os fenômenos naturais, assim como está para a Criminologia, quando analisa os fatores geradores da criminalidade, os chamados fatores criminógenos. Diante desse conceito, é válido expor que existem os fatores criminais exógenos e os endógenos.

O fator criminal endógenos está diretamente ligado aos fatores biológicos que levam o indivíduo a cometer crimes, conforme entendimento de Cesare Lombroso. Já o fator criminal exógeno também conhecido como fatores sociais, está ligado diretamente ao entendimento de que a realidade social desencadeia um fator criminógeno, ou seja, é um fator que desencadeia o favorecimento do cometimento de crimes e que muitas das vezes é ausente no homem, mas encontrado no meio em que o indivíduo vive. (BIONE, 2021)

Shecaira (2008, p. 253) considera que os fatores exógenos ou sociais mais comuns são:

- a) Fatores sociofamiliares: menores carentes, violência intrafamiliar, crianças órfãs de pais e/ou mães, falta de planejamento familiar;
- b) Fatores socioeconômicos: pobreza, desemprego, subemprego, fome desnutrição, migração;
- c) Fatores sócio-ético-pedagógicos: falta de ensino-aprendizagem, evasão escolar, falta de formação moral;
- d) Fatores socioambientais: más companhias, senso de impunidade, desordenado crescimento populacional, péssima divisão de renda.

A criminologia difere do Direito porque é uma ciência que tem como base de estudo o crime, o criminoso, a vítima e os controles sociais. Com base nessa informação, é importante entender que ela tenta aproximar-se do fenômeno criminal com o intuito de entender

sua origem, suas causas sendo elas individuais e sociais. Já o Direito ele é uma ciência que impõe comportamentos a serem seguidos e em caso de violação desses comportamentos o indivíduo sofre consequência, que é a sanção penal.

A sanção nada mais é do que a resposta do Estado ao responsável pela prática de um crime cometido, ela comporta duas espécies: a pena (destinada aos imputáveis) e a medida de segurança (destinada aos semi-imputáveis e aos inimputáveis). Ademais, a criminologia é dividida em criminologia clássica e a criminologia moderna. (RIBEIRO, 2017)

A criminologia clássica concluiu que o humano é livre, desse modo, tem condições plenas para escolher entre o bem e o mal. De forma resumida, ela entende que o ser humano quando comete um crime, ampara-se em uma escolha pessoal, não cabendo nenhuma outra explicação para tal conduta. Diferente da criminologia moderna que entende que não deve compreender apenas o crime e o criminoso, mas também a vítima e o controle social. (RIBEIRO, 2017)

Diante o exposto, é válido ressaltar que a criminologia trabalha de forma diferente da do direito, deixando claro que ela não se presta a determinar o que deve ser feito e nem a esclarecer qual é o procedimento para aplicação de sanções penais. De forma mais sucinta, a criminologia não age na razão do cometimento do crime e nem na punição, ela analisa os fatores que podem ensejar a prática criminosa a partir da análise do delinquente, da vítima e das regras de controle social.

1.5 TIPOS DE PREVENÇÃO CRIMINAL

A Criminologia Clássica enxerga o crime como um enfrentamento feito pelo criminoso contra a sociedade, porém a Criminologia Moderna observa o crime como uma conduta que necessita de várias ações interativas para sua erradicação ou mitigação. (JÚNIOR, 2019)

Doutrinariamente, a prevenção divide-se em primária, secundária e terciária, vejamos: A prevenção primária tem o intuito de agir diretamente na raiz do problema, colocando como meta ações que possa prevenir a criminalidade a médio e em longo prazo. Pode mencionar como exemplo de prevenção: Lazer, moradia, trabalho, estudos, entre outros. A prevenção secundária age como uma intervenção diretamente dentro do problema criminal e dentro da sociedade. É considerada uma prevenção tardia, pois age após o crime, diferente da prevenção primária. Por fim, a prevenção terciária que tem como principal objetivo evitar a reincidência. (COELHO, 2022)

Em meio a estes exemplos, o desemprego, a falta da educação e a pobreza são uns dos principais causadores do aumento na criminalidade. Tendo em vista essas afirmações, é válido ressaltar que em pesquisa realizada, mais de 50% dos presos em flagrante não completaram o ensino fundamental e, do total analisado, mais de 75% sequer concluiu o ensino médio. Diante o exposto, é possível analisar que a maioria das pessoas presas em flagrante e que respondem a uma ação penal, não possuiu o mínimo estudo e conseqüentemente não terão oportunidades no mercado de trabalho.

Os jovens pobres e negros são a maioria entre os presos, desse modo, para evitar ou diminuir a criminalidade, o Estado precisa agir com Políticas sociais voltadas para os jovens, com foco na redução da evasão escolar e no Investimento em educação e redução das desigualdades, mesmo em longo prazo, tal medida tem sido considerada redutora da criminalidade. (VARGAS, 2020)

Em relação a prevenção primária, são hipóteses viáveis para a redução da criminalidade a investidura do Estado com estratégias da recuperação de jovens que abandonaram a escola, além de criar programas de acompanhamento de jovens tidos como problemáticos e daqueles egressos do sistema de medidas socioeducativas. Desse modo, se o Estado programar essas medidas irá evitar com que esses jovens abandonem as escolas e com isso, conseqüentemente irão inserir-se nos mercados de trabalho, erradicando ou mitigando outro causador da criminalidade que é o desemprego e a pobreza.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos a prevenção criminal passa por todos os setores do Poder Público, e não apenas pelos órgãos que compõem a Segurança Pública ou pelo Poder Judiciário. Tal entendimento está resguardado pelo artigo 144 da Constituição Federal, que estabelece que os três níveis do ente Público, (federal, estadual e municipal), assim como o cidadão comum, são responsáveis para a melhoria da Segurança Pública, já que esta é dever do Estado e, além de um direito, é também de responsabilidade de todos.

Penteado Filho entende por prevenção um conjunto de ações que tem o objetivo de evitar a ocorrência de uma conduta ilícita, com o intuito de proporcionar a manutenção da paz e a harmonia social. Desse modo, cabe ao poder público proporcionar a paz e a harmonia social por meio de projetos culturais, incentivo na educação e emprego, fornecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem que nenhuma classe seja posta a margem da sociedade. (SILVA, 2017)

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Ademais, é de extrema importância entender que no Brasil existem diversas classes econômicas, sendo algumas delas classes de baixa renda. No Brasil, infelizmente essas classes não tem muito o apoio do Estado, além de já viverem em situações precárias o Estado ainda colocam essas classes a margem da sociedade como se não fizessem parte, formando algumas comunidades em que o Estado não garante nem os direitos mínimos, como por exemplo, o saneamento básico. Tal conduta do Estado revolta os moradores dessas comunidades e fazem com que alguns que vivem nesta situação não tenham nenhuma

perceptiva de vida melhor. Assim é vista a prevenção primária. (GANEM, 2018)

Na prevenção secundária, o Estado deve agir na sociedade e dentro do problema criminal. Esse tipo de prevenção age diretamente na vulnerabilidade criminal da sociedade, pois a doutrina acredita que quanto mais o indivíduo estiver vulnerável, mais propícios estão para delinquir. Desse modo, fica evidente que o Estado tem que trabalhar em prol da diminuição da vulnerabilidade das sociedades carentes, para que com isso possa evitar o aumento da criminalidade.

É comprovado que quando o jovem cresce em uma realidade onde o crime é a regra, o futuro dele já está previsto, como por exemplo, existe casos em que os pais são viciados em drogas e moram em lugares onde o jovem tem fácil acesso para a criminalidade, com isso, as chances dele seguir o mesmo caminho dos pais são grandes. Em razão disso, o Estado deve agir de modo em que possa resgatar essas famílias vulneráveis da criminalidade, é procurar a raiz do problema e não apenas punir quando houver um delito praticado. (LIXA, 2019)

Em 24 de Outubro de 2019, foi criada a lei de Política Estadual de Prevenção a Criminalidade – Lei 23.450, desenvolvida pela Subsecretaria de Prevenção à Criminalidade (SUPEC) que tem como objetivo principal ser um conjunto de novas ações envolvendo o campo de Segurança Pública, com foco direto na mitigação e erradicação dos fatores sociais que relacionam-se com a violência e a criminalidade. A SUPEC tem como objetivo programar ações sociais seguras, alterar trajetórias criminais envolvendo a questão familiar e territorial e romper os processos de criminalização a partir da implementação de ações integradas e de intervenções diretas sobre fatores geradores de violência, com a participação da sociedade, de modo a prevenir a criminalidade e aumentar a sensação de segurança. (SILVEIRA, 2007)

Prevê o artigo 32 da Lei 23.450/2019, as competências da Subsecretaria de Prevenção à Criminalidade. Eis o teor:

Art. 32 – A Subsecretaria de Prevenção à Criminalidade
– Supec tem como competência planejar, intervir,

promover e monitorar ações de prevenção e redução de violências e criminalidades incidentes sobre determinados territórios e grupos mais vulneráveis e colaborar para o aumento da segurança, ressalvadas as competências e atribuições dos demais órgãos de segurança pública e coordenar o monitoramento das ações judiciais e institucionais relacionadas à apreensão e perdimento de bens em favor da União decorrentes de processos judiciais em matéria de tráfico de drogas, com atribuições de:

- I - formular, coordenar e supervisionar ações e programas de prevenção à criminalidade;
- II - promover e favorecer articulações intergovernamentais e multissetoriais, em âmbito técnico, para intervir nos fatores sociais relacionados à incidência de crimes e violências identificados nos territórios de atuação e nos atendimentos ao público;
- III - promover o registro, a análise e as intervenções nos fatores sociais relacionados a crimes e atos de violências incidentes sobre os territórios e públicos atendidos pelos programas de prevenção à criminalidade, de forma a qualificar as estratégias de enfrentamento desses fenômenos;
- IV - monitorar a execução e os indicadores da política de prevenção à criminalidade, inclusive com informações referentes às parcerias firmadas com os municípios visando à produção de informações que orientem a tomada de decisões;
- V - planejar, elaborar e orientar diretrizes para implantação e funcionamento das unidades de prevenção à criminalidade;
- VI - contribuir para a redução da violência letal a partir de práticas de resolução pacífica de conflitos nos territórios com alto índice de homicídios e outros crimes violentos;
- VII - contribuir para a prevenção e redução de homicídios dolosos de adolescentes e jovens moradores de áreas em que esses crimes estão concentrados, a partir da articulação entre a

proteção social e a intervenção estratégica, como eixos de atuação convergentes; VIII – contribuir para o fortalecimento e a consolidação das alternativas à prisão no Estado, pautando ações de responsabilização em liberdade; IX – favorecer o acesso a direitos e promover condições para inclusão social de egressos do sistema prisional, de modo a minimizar as vulnerabilidades decorrentes de processos de criminalização e agravadas pelo aprisionamento; X – promover ações de participação e responsabilização social nas discussões relacionadas à segurança pública cidadã; XI – favorecer a articulação institucional, em âmbito técnico, da política de prevenção à criminalidade entre a sociedade civil e o Estado, com o objetivo de aprimorar essa política e promover o encaminhamento do público atendido às instituições parceiras; XII – coordenar as atividades de monitoramento das ações judiciais e institucionais relacionadas à apreensão e perdimento de bens em favor da União decorrentes de processos judiciais em decorrência do tráfico de drogas, assim como dos trâmites em relação a processo de cessão, alienação e doação. (BRASIL, 2019)

Diante o exposto, é notório observar que o Estado possui políticas de prevenção da criminalidade, mas que não é executado com êxito, motivo pelo qual acaba por deixar à população mais vulnerável a margem da sociedade, fazendo com que elas automaticamente se revoltam com o Estado e não analisem uma vida melhor, se entregando de cabeça para a criminalidade, pois em muita das vezes nas favelas do Brasil quem presta o apoio para essas comunidades são os próprios criminosos e não quem deveria prestar por lei que é o Estado.

2. A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO

Primeiramente, é válido ressaltar que este assunto está sendo abordado para explicar sobre a atual situação do sistema carcerário brasileiro. A crise nos presídios está cada vez maior em razão da precariedade extrema que envolve várias questões como, por exemplo, a falta de infraestrutura e a superlotação, motivo pelo qual acarreta em problemas nas condições adequadas para saúde básica, para o bom funcionamento da segurança em celas e para alimentação básica dos detentos (MACHADO, GUIMARÃES, 2022). Todos esses motivos citados ocasionam uma grande crise prisional, tendo como o atual maior problema do sistema carcerário a violação dos direitos fundamentais por parte do Estado. Para melhor entendimento, haverá o desmembramento desse tópico, iniciado pela composição da população carcerária no Brasil.

2.1 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

É de extrema importância entender que o quadro de custodiados no Brasil é composto por 664.794 detentos em celas físicas e 190.080 detentos em prisão domiciliar, totalizando a quantidade de 854.874 detentos, conforme aponta o jornal Folha de São Paulo (MACHADO, 2022)

Após os dados citados, é válido analisar dentre os detentos o perfil de cada um que compõe o sistema carcerário brasileiro. Em pesquisa realizada no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, que é o sistema que compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, a auto declaração dos presos era composta por: 49,88% pardos; 32,29% brancos; 16,81% negros; 0,8% amarelos; 0,21 indígenas. (NASCIMENTO, 2022).

Já em relação à formação acadêmica, o mesmo estudo aponta que, entre eles: 317.542 não completaram o Ensino Fundamental; 101.793 não completaram o Ensino Médio; 18.711 são analfabetos;

66.866 completaram o Ensino Médio; 4.181 têm Ensino Superior completo

2.2 A PRECARIIDADE DOS PRESÍDIOS

Ao ser criado o Estado Democrático de Direito, foram instituídos os direitos humanos juntamente com alguns princípios constitucionais fundamentais. Os Direitos Humanos devem ser considerados como aqueles valores fundamentais que se encontram expressamente ou implicitamente descritos na Constituição do Estado ou são oriundos de Tratados internacionais. Pode-se citar o artigo 5º, caput, da CD que traz um princípio importante que é a igualdade de todos perante a lei. Eis o teor:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988).

Junto a esse artigo que traz este princípio de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, é válido ressaltar o inciso XLIX que compõe o mesmo artigo que expressa o seguinte: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Levando em consideração as estatísticas trazidas pelo G1, atualmente os presídios que pertencem ao Distrito Federal estão em situações de superlotação, sendo que tem 15,4 mil presos para 8,6 mil vagas déficit de 6.787 vagas coloca o DF como o 4º pior do país no quesito superlotação. Tendo a informação de superlotação, junto a ela aumentou também as denúncias de violações aos direitos humanos dentro do sistema carcerário. As principais causas das violações desses

direitos são as questões da violência, da superlotação e as condições de vida dos detentos. (YAMAGUTI, 2023).

O ponto em que trata da violência é um assunto muito delicado em razão dos casos existentes de torturas. Conforme dados colhidos, os casos de tortura no sistema prisional brasileiro aumentaram 37,6% de janeiro de 2021 a julho de 2022 na comparação com igual período de 2019 e 2020, aponta relatório da Pastoral Carcerária Nacional, da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB, 2020).

Infelizmente, a agressão física é a mais frequente dentro dos presídios, tendo em vista que as denúncias mais frequentes giram em torno dessa questão, referindo-se a socos, tapas, chutes, tiros, pauladas, entre outras agressões físicas que os detentos sofrem por parte dos policiais penais. Outra amostra de violação dos direitos fundamentais é a questão do tratamento humilhante que os presos sofrem, como por exemplo: manter pessoas presas sentadas no chão debaixo de sol quente, ou impedir o banho de sol por vários dias, semanas e até meses, manter as pessoas presas dormindo no chão, aplicar castigo coletivo, entre outras violações.

Ademais, também é muito comum as violações contra os familiares ou os visitantes. Ao chegar o dia da visita ou o da entrega da Cobal, os policiais penais usam da sua autoridade para negar o direito a visita, ou o direito da entrega de itens básicos de sobrevivência, o direito de envio de cartas e a entrada de determinados alimentos. Há um entendimento que expressa a realidade, quanto ao sofrimento dentro dos presídios, e afirma que é muito diverso do que a lei estabelece. Eis o teor:

Dentro da prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter os motins e rebeliões carcerárias somente por meio da

violência, cometendo vários abusos e impondo aos presos uma espécie de disciplina carcerária que não está prevista em lei, sendo que na maioria das vezes esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes. (DAMASCENO, 2013)

Já a questão da superlotação do sistema carcerário brasileiro engloba vários aspectos referentes aos direitos humanos, pois é visível as condições precárias que os presídios passam em razão da superlotação. Uma das condições precárias é a questão da higiene, pois a falta dela acaba proliferando várias bactérias, fungos, entre outras coisas, resultando em doenças respiratórias.

Em pesquisa realizada no jornal O Globo, é notório que devido à superlotação, às péssimas condições de higiene, o excesso de umidade e à falta de ventilação, as mortes por doença representaram 61% das 1.119 registradas nas prisões do país no primeiro semestre de 2017, último período com registros nacionais. O Brasil tinha, na época, 24.633 presos diagnosticados com doenças transmitidas ou agravadas nas celas: 7.211 com HIV, 6.591 com tuberculose, 4.946 com sífilis, 2.683 com hepatite e 3.232 diagnosticados com outras enfermidades. (O GLOBO, 2019)

É válido ressaltar, que o excesso de umidade pode causar quadros alérgicos e de rinite, casos de agravamento da asma, tosse seca, dores de cabeça e transmissão de bactérias que causam infecções. O Conselho Nacional de Justiça também realizou pesquisa que afirma que a chance de os presidiários contraírem tuberculose, por exemplo, é 30 vezes maior que a do resto da população. No caso da tuberculose, a incidência dentro da cadeia é 4.500% maior do que fora dela. Além disso, o risco de morte por enfraquecimento extremo é 1.350% maior para esses indivíduos. Para a pesquisadora, esses dados podem ser explicados pelas condições insalubres que são oferecidas e pela superlotação das celas, que influenciam diretamente a transmissão de doenças. (BARTOS, 2023)

Outro ponto importante da precariedade dos presídios é a questão da alimentação dos detentos. De acordo com relatório do “Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura” (MNPCT), atualizado em 16/082021, o órgão ligado ao Ministério dos Direitos Humanos, uma das principais reclamações relatadas pelos presos é a má qualidade dos alimentos. De acordo com informações prestadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mostrou que atualmente o Brasil ocupa o posto de terceira maior população carcerária do mundo, totalizando mais de 800 mil detentos, ficando atrás dos Estados Unidos que possui 2,1 milhões de detentos e da China que possui 1,7 milhões de detentos.

Com base nessas informações, é notório que em razão da quantidade de presos existe a superlotação e com ela vem várias questões de violações de princípios e direitos fundamentais como já aduzidos. Segundo o estudo realizado pela defensoria pública de São Paulo, os presídios adotam a pena de fome no sistema carcerário brasileiro, pois aponta que a situação que essas pessoas passam é a de má nutrição, fome, falta de água e condições sub-humanas em relação à saúde alimentar, em especial, durante a pandemia de Covid-19. Em razão dessas condições sub-humanas trazidas pela DPSP, os detentos adoecem com frequência, resultando em contaminação em massa dentro das celas em razão de todos estarem juntos na mesma situação precária. (LÉON, 2023)

Por meio de pedidos de acesso à informação realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) às secretarias de administração penitenciária em todos os estados do país, foi possível identificar que houve negligência por parte do poder público na garantia do fornecimento de água e alimentação adequada durante a pandemia.

Por fim, para finalizar os assuntos que englobam a crise no sistema carcerário, é de extrema importância analisar a questão das condições de vida dos detentos. Esse assunto é bastante delicado, pois envolve todos os assuntos já tratados nesse tópico, como por exemplo, a violência e a superlotação. É evidente que as condições de vida dos detentos estão atreladas a esses assuntos, entretanto, as condições

de vida dos detentos abraçam um campo muito maior do que quem está de fora dessa realidade possa imaginar. Infelizmente todos os detentos sofrem por permanecerem em terríveis condições de vida nos presídios brasileiros. (PRETA, 2022)

Devido à superlotação, muitos deles dormem no chão de suas celas, às vezes na porta do banheiro próximo ao buraco do esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe espaço livre nem no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em redes. A maior parte dos estabelecimentos penais conta com uma estrutura física deteriorada, alguns de forma bastante grave.

Em entrevista feita com um ex-detento foi exposto que as redes eram feitas por eles mesmos de forma artesanal, afirmou que eles pegavam o forro que vinha no colchão por ser um tecido bem resistente e trançavam para formar a rede e por fim pegavam a bola que vem no desodorante rolon para conseguir prender a rede nas pilastras da cela. Em relação a cama, cada detento tem que comprar a sua com o dinheiro que é enviado pela família e quem não tem o apoio familiar fica sem como comprar um lugar para dormir. Em razão da superlotação nas celas, o chão não tinha como andar direito, sendo necessário que o detento que levantasse para ir ao banheiro durante a noite teria que sair pulando as pessoas que dormem no chão para não correr o risco de pisar em ninguém.

Em seguida disse que a questão da estrutura física é muito degradante, em razão da falta de manutenção e da falta de higiene. Ademais, os detentos são forçados a conseguir seus próprios colchões, roupas de cama, vestimentas e produtos de higiene pessoal, muitos presos dependem do apoio de suas famílias ou de outros fora dos presídios. Afirmou também que a luta por espaço e a falta da assistência básica por parte do Estado leva a união dos detentos que permanecem na mesma cela, pelo motivo de que é dado de um interno para o outro aquilo que lhe sobra e em troca recebe aquilo que lhe falta. Essa troca é feita em relação a quaisquer objetos pessoais de higiene e até mesmo o compartilhamento de comida. (GUILHERME, 2023)

Está previsto na Lei de Execução Penal as imposições que são feitas para as autoridades a respeito da integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Eis o teor:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - Alimentação suficiente e vestuário; (BRASIL, 1984)

Infelizmente, é notório que há muitas violações na legislação em relação aos direitos humanos dos detentos vindo por parte do Estado. Em razão desta falha, foi atribuída para o Estado a responsabilidade objetiva por qualquer dano que o detento venha a sofrer. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, conforme prevê o artigo 37, §6º, da Constituição Federal. “Negar ao povo os seus direitos humanos é pôr em causa a sua humanidade. Impor-lhes uma vida miserável de fome e privação é desumanizá-lo.” Nelson Rolihlahla Mandela (1918 – 2013).

Diante de todo o exposto neste tópico é evidente que existe uma crise no sistema carcerário precária em razão de todas as questões abordadas, como o excesso de violência, a superlotação, a falta de manutenção, entre outros. Para que seja um assunto possível de resolução, o Estado deve agir em prol dos detentos para evitar que essas situações degradantes permaneçam acontecendo, para que os direitos fundamentais de todos os que compõem o sistema carcerário sejam respeitados e resguardados.

2.2 O PAPEL DO PODER PÚBLICO DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Ao estudar o dever do Estado perante a população, não se pode deixar de fora a matéria do Direito Administrativo, que tem

como principal função a coibição da atuação abusiva do Estado, responsabilizando-o por aquilo que desrespeita a legislação. Em resumo, o Estado tem como função assegurar a integridade física e moral de cada detento, avocando para si a responsabilidade civil em relação a cada um dos presidiários. O Supremo Tribunal Federal adotou a teoria do risco administrativo ao julgar o recurso extraordinário com relação a morte de detentos, afirmando que é uma teoria a qual a responsabilidade civil do Estado é objetiva, sendo suficiente demonstrar o dano decorrente da atuação do Estado. Ou seja, a falta de cuidados do Estado com o detento. (Min. Luiz Fux, 30/03/2016).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilidade do nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para

evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g. , homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Quando uma pessoa é detida por cometer algum crime, será o Estado responsável por aquela pessoa, tendo como principal função garantir os seus direitos fundamentais. De acordo com a Constituição Federal de 1988, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, também está assegurado o respeito à integridade física e moral dos presos, como pode notar no artigo 1º da CF que expõe o seguinte:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

É constitucional que todos os encarcerados no Brasil tenham garantia de direitos fundamentais. Atualmente, já existem normas nacionais e internacionais que visam estabelecer o papel proteção do Estado em relação ao apenado, como por exemplo, as Regras Mínimas para tratamento de reclusos, instituída no I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes (1955, Genebra – Suíça) e a Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, criada em 11/07/1984, com o intuito de organizar os regimes e os estabelecimentos prisionais.

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, a CF prevê 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais dos detentos. (GUIMARÃES, 2019).

O poder público vê o sistema carcerário como uma punição para que haja a ressocialização após o cumprimento da pena, pois ele acredita que estando isolado o detento, não haverá mais a prática do crime, pois ao ser preso ele deixa de ser um risco para a sociedade. Ao ser privado de sua liberdade, o apenado começa a cumprir a sua pena dentro de um sistema carcerário, momento em que passa ser responsabilidade do Estado a garantia dos direitos fundamentais desse indivíduo.

Diante o exposto, fica evidente que é de extrema importância a necessidade do Estado cumprir as normas estabelecidas na lei,

ressaltando o que a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu art. 10 dispõe:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Desse modo, fica como dever do Estado a proteção do preso para que esse possa ter todos os seus direitos e princípios fundamentais protegidos.

Ademais, o Estado tem como dever incentivar e apoiar o preso para o retorno da vida em sociedade, como também, se for necessário, a concessão de alojamento e alimentação durante o período de dois meses, podendo ser prorrogado uma única vez, se ficar comprovado mediante declaração do assistente social que o ex-detento está se esforçando na busca de um emprego. Tais informações podem ser vista no art. 25 caput e seus incisos, juntamente com o parágrafo único da Lei de Execução Penal, nº. 7210/84. Eis o teor:

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Por fim, é válido ressaltar que além da Constituição Federação e da LEP, a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) dispõe 65 artigos que estabelecem regras

mínimas para o tratamento do preso, adaptadas de normas editadas pela Organização das Nações Unidas (ONU). Considerando importante para o assunto em questão os artigos:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 4º. O preso terá o direito de ser chamado por seu nome.

Art. 5º. Ninguém poderá ser admitido em estabelecimento prisional sem ordem legal de prisão. Parágrafo Único. No local onde houver preso deverá existir registro em que constem os seguintes dados: I – identificação; II – motivo da prisão; III – nome da autoridade que a determinou; IV – antecedentes penais e penitenciários; V – dia e hora do ingresso e da saída.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Conforme o exposto é evidente que os detentos possuem vários direitos que infelizmente não são resguardados pelo poder público, motivo pelo qual foi estabelecida a lei que o torna responsável solidário pelos danos causados aos detentos.

2.3 O CRIME ORGANIZADO DENTRO DOS PRESÍDIOS

Esse tópico traz consigo todos os problemas da crise no sistema carcerário já citado durante os tópicos apresentados no texto, problemas tais como a superlotação, a falta de infraestrutura adequada e a violação de direitos básicos, tendo em vista que esses problemas são os principais fatores que estimulam e interiorizam o enfrentamento às organizações criminosas. Como já exposto, o Estado tem como dever zelar pela integridade do preso, entretanto, diante da realidade dos presídios, onde existem muitas facções, o número de violência e mortes é alto em razão dos conflitos existentes entre elas.

É de extrema importância entender que os problemas existentes dentro do sistema carcerário alimentam a criação das facções, tendo em vista a falha no suporte por parte do governo. Desse modo, em razão da violação dos direitos fundamentais, os presos se unem contra o estado e criam organizações criminosas com o objetivo de bater de frente com o sistema e dar suporte aqueles que necessitam, entretanto, alguns dos detentos se tornam reféns dos chefes das facções. E essa conclusão de que as deficiências do cárcere alimentam a criação das facções e garantem a sua sobrevivência restou amplamente demonstrada pelos dados apresentados no relatório final da CPI do Sistema Penitenciário Nacional, realizado em 2009, pela Câmara dos Deputados. Eis o teor:

O tratamento desumano dado aos presos e seus familiares é uma realidade histórica, que não teve nenhuma alteração com a aprovação da Lei de Execução Penal, em julho de 1984, que, caso fosse efetivamente aplicada, garantiria aos presos e seus familiares uma outra perspectiva de futuro. Todavia, nas últimas três décadas, o problema se agravou. Além da ampliação das dificuldades já existentes (como superlotação, tortura e assassinatos), houve a expansão do narcotráfico e o aumento significativo da população carcerária e os estabelecimentos prisionais brasileiros passaram a ser dominados por facções criminosas.

Apesar dos esforços envidados pelas autoridades no sentido de reprimir tais práticas delituosas, as organizações criminosas continuam a atuar nos presídios, posto que as condições que deram origem a elas e ajudaram a disseminá-las ainda persistem. Dos depoimentos colhidos por esta CPI sobre o tema, merece destaque o prestado pela jornalista e escritora Fatima Souza, primeira repórter a denunciar a existência da facção, em 1995, e autora do livro PCC A FACÇÃO, sobre o surgimento da organização. De maneira bastante objetiva, relata que o PCC e outras organizações criminosas tomaram os presídios brasileiros. Para tanto, corromperam e ainda corrompem diversas autoridades, em todos os níveis e esferas de poder. Os tentáculos do PCC alcançam, inclusive, o meio político. (SOOUZA, 2023)

Para melhor entendimento, o Primeiro Comando da Capital mais conhecido como PCC, é a maior organização criminosa do Brasil, com atuação principalmente no Estado de São Paulo, mas também em todo o território brasileiro, além de países próximos como Paraguai, Bolívia, Colômbia e Venezuela. Possui cerca de 30 mil membros, sendo 8 mil apenas em São Paulo.

Conclui-se que a situação degradante atual do sistema prisional brasileiro alimenta as facções existentes e o surgimento de novas.

O cenário atual é gravíssimo e requer medidas eficazes, pois o Estado corre o risco dos problemas atuais se tornarem irreversível. Conforme exposto no julgamento da ADPF nº 347, é necessário que as autoridades brasileiras saiam do estado de paralisia em que se encontram e enfrentem essa difícil problemática de frente. Ademais, é necessário que a sociedade entenda a importância do bem-estar dos detentos para que possa cobrar as medidas necessárias para garantir as condições dignas do encarceramento como forma de combate à força das organizações criminosas (SILVA, 2022).

3. A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Atualmente no Brasil vivemos em um Estado que adota o sistema punitivista, ou seja, é um sistema que usa o direito penal para impor penas como, por exemplo, a restritiva de direito ou a privativa de liberdade com o objetivo de punir aquele que vem a cometer um crime. No direito penal, a pena restritiva de direito é uma pena alternativa à prisão e tem como função limitar alguns direitos daquele que cometeu algum crime como forma de cumprimento da pena. Já a pena privativa de liberdade consiste na proibição do direito de ir e vir, recolhendo o detento em um sistema carcerário com a finalidade reinseri-lo na sociedade e evitar com que haja a reincidência.

Após entender o objetivo da pena privativa de liberdade é importante analisar como ela é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. Cada crime tipificado no código penal tem uma pena estabelecida, podendo ela ser considerada mínima ou máxima. Ao ser estabelecido o crime cometido juntamente com a pena a se cumprir, o Juiz togado irá calcular a dosimetria da pena respeitando as três fases conforme prevê o artigo 68 do Código Penal, que são: A fixação da pena-base, a análise dos atenuantes e agravantes e por fim a análise das causas de diminuição ou de aumento da pena. (LIMA, 2021)

De início, cumpre evidenciar a função da pena segundo o Código Penal brasileiro que dispõe em seu artigo 59, a consagração do referido

princípio da proporcionalidade, determinando ao juiz a aplicação de pena não mais do que necessária e suficiente aos fins da reprovação e da prevenção do crime. De modo que a pena não ultrapasse o limite da culpabilidade punitiva do agente pelo fato. Eis o teor:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A origem do princípio da proporcionalidade surge ainda no Séc. XVIII, na obra de Beccaria (2002, p.89), no qual afirmava que:

Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

É válido ressaltar que a ideia do Estado em punir aquele que venha a cometer um crime com uma pena privativa de liberdade é um plano que se fosse executado corretamente resultaria em bons resultados para a sociedade, tendo em vista que é uma forma de afastar o apenado das práticas criminais. Entretanto, é importante enfatizar mais uma vez a crise no sistema carcerário, razão pela qual torna a prisão mais prejudicial do que benéfica para a ressocialização do apenado, tendo em vista os problemas que ocorrem dentro do sistema carcerário como já expostos.

Há o entendimento do filósofo Nucci (2009), onde destaca que um sistema carcerário precário acarreta em uma sanção muito pior, pois os detentos são inseridos em celas com superlotação, e em condições completamente insalubres, razão pela qual em vários casos os detentos se unem com outros que já pertencem a facções para poder ter um apoio maior durante o cumprimento da sua pena, pois o que deveria ser dado pelo governo é dado em alguns casos pelos próprios detentos. Nucci (2009) acredita que o preso deveria ser colocado em uma cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e mais recursos básicos para incentivar a ressocialização do apenado.

Para que a ressocialização cumpra o seu papel de reinserir o apenado na sociedade, é de extrema importância apontar várias questões que necessitam ser reanalisadas. A comissão de juristas criadas para estudar e propor mudanças na Lei de Execução Penal elaborou um anteprojeto com o intuito de trazer incentivos para uma boa ressocialização, como por exemplo, a redução do número de detentos por cela, além do plano de educação para presos e o incentivo a penas alternativas.

É de extrema importância que haja um bom tratamento para o apenado durante o cumprimento da sua pena, para que ele possa se sentir amparado pelo Estado e incentivado a reinserção na sociedade. Quando o apenado tem a sua vida privada de liberdade pela prática de algum crime tipificado no código penal, primeiramente deve-se analisar todo o contexto social que o envolve.

É válido apontar que infelizmente boa parte que compõe o sistema carcerário brasileiro atualmente não é bem estruturalmente, tendo como base os fatores sociais bem degradantes. Em muitos casos onde ocorre a prática de crime o individuo tem problemas familiares envolvendo vícios em drogas, questões financeiras, entre outros problemas precários. Não se pode ignorar que existem casos aonde o jovem é forçado pelos pais a roubar, matar, traficar, entre outros, para que com isso possa ter dinheiro para que os pais sanem a sua vontade pelo vício da droga. Há uma música composta pela banda

facção central, onde o vocalista narra a sua história e aponta todos os momentos em que sua mãe o torturava para poder pegar o seu dinheiro para poder se drogar. Eis o teor de uma parte da música:

Minha goma é suja, louça sem lavar seringa usada, camisinha em todo lugar Cabelo despenteado, bafo de aguardente é raro quando ela escova os dentes Várias armas dos outros moqueadas no teto na pia mosquitos, batatas disputam os restos Cenário ideal pra chocar a UNICEF habitat natural onde os assassinos crescem Eu não queria Playstation nem bicicleta, só ouvir a palavra filho da boca dela Ouvir o grito da janela "a comida tá pronta" não ser espancado pra ficar no farol a noite toda Qualquer um ora pra deus pra pedir que ele ajude dê dinheiro, felicidade, saúde Eu oro pra pedir coragem e ódio em dobro pra amarrar minha mãe na cama, por querosene e meter fogo O seu papel devia ser cuidar de mim, Não me espancar, torturar, machucar, me bater Eu não pedi pra nascer. (PALHANO,2015)

Diante o exposto, é notório que existem casos em que o jovem não tem nem escolha, pois nascem em um ambiente onde a prática de crime é a regra. Desse modo, é claro que há a necessidade da intervenção do Estado para ajudar na ressocialização de uma pessoa que passa por essas questões, porque se não houver a intervenção, o apenado após cumprir sua pena irá voltar diretamente para o "mundo do crime" novamente, pois para ele o normal é isso já que passou a vida inteira vendo os pais, vizinhos, amigos e familiares se envolvendo neste meio criminoso. Em razão disso, para ele não há outra opção a não ser voltar a cometer crimes. (SOARES, 2020)

Desse modo, para que ocorra a ressocialização segundo as práticas gerenciais atuais do Departamento Penitenciário Nacional, é necessária a formação educacional e profissional dos apenados e egressos do sistema carcerário brasileiro, pois essas questões irão

trazer a elevação da escolaridade e educação profissional, para que com isso ocorra o acesso ao trabalho e conseqüentemente a obtenção de renda, de maneira a inseri-lo no mercado de trabalho após o cumprimento da sua pena.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DO TRABALHO NAS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS

Primeiramente, é de extrema importância apontar que é através da educação que as pessoas conseguem adquirir conhecimentos, culturas, e trajetórias de objetivos futuros. Os Estudos possibilitam a convivência com pessoas diferentes e educações diferentes das quais recebem em casa, desenvolvendo dessa forma o senso crítico, o qual é importantíssimo para a formação do ser humano. Ademais, a educação é um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral que tem como objetivo principal promover a integração individual e social. (FACULDADE GRAU, 2023). Em relação a esses dois assuntos que tem papel fundamental para que ocorra uma boa ressocialização, primeiramente será pontuada a importância da educação dentro do sistema carcerário.

A ressocialização do apenado por meio da educação traz uma questão a se pensar, pois é evidente que há uma falha gigantesca na educação no Brasil. Segundo dados colhidos ofertados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dos mais de 700 mil presos no país, 8% são analfabetos, 70% não chegaram a concluir o ensino fundamental e 92% não concluíram o ensino médio. Mesmo com um nível de escolaridade baixo, apenas 13% dos presos têm acesso à educação nos presídios.

Diante o exposto, fica evidente que mais de 50% da população do sistema carcerário não possui o ensino básico, sendo uma falha que acontece antes mesmo dos apenados cometerem o crime. A questão dos estudos é um ponto que deve levar em consideração desde a infância até a completa formação do indivíduo, devendo o Estado intervir nas relações familiares daqueles pais que não motivam os

filhos nos estudos e nem incentivam a uma vida melhor. O estado deve se esforçar mais na criação de planos com propostas a fim estimular os estudos para que essas pessoas consigam enxergar os benefícios que a educação traz e com isso, possam sair da realidade do crime e se motivarem a construir um futuro com base na formação acadêmica. Essa é uma questão de competência única e exclusiva do Estado, devendo ele amparar, incentivar e proteger todas as pessoas que necessitam desse suporte (NOVO, 2023).

Há casos em que um jovem estuda em um colégio bom e logo depois de concluir o ensino médio ingressa na faculdade e assim vai construindo o seu currículo acadêmico e profissional de uma forma “fácil”, sem se preocupar em trabalhar para poder comprar o necessário. Entretanto, é de extrema importância entender que infelizmente esta não é a realidade de todos os brasileiros, sabe-se que a necessidade de trabalhar é o principal motivo apontado por jovens de 14 a 29 anos para o abandono dos estudos, de acordo com a pesquisa nacional por amostra de domicílios (Pnad). Segundo o IBGE, ao todo, no Brasil, 20,2% dos jovens de 14 a 29 anos não completaram o ensino médio, seja porque abandonaram a escola antes do término dessa etapa, seja porque nunca chegaram a frequentá-la. Isso equivale a 10,1 milhões de jovens. A maior parte é homem, o equivalente a 58,3%, e preta ou parda, o equivalente a 71,7% de todos que não estavam estudando (TOKARNIA, 2020).

O Estado deveria agir nesse caso de modo a corrigir essa falha, dando a essas pessoas outras oportunidades de vida, relacionando o tempo de cumprimento de pena com o aperfeiçoamento dos estudos para que possam sair do sistema carcerário com uma nova visão de vida. Entretanto, conforme apontado em pesquisa, apenas 13% da população carcerária tem acesso à educação dentro dos presídios, sendo que alguns ainda necessitam pagar para ter acesso a cursos dentro da penitenciária. Esse dado aponta a quão precária está a questão da educação dentro dos presídios, razão pela qual mostra que o Estado não investe muito na educação como forma de ressocialização. (Benigno Núñez Novo). Para Beccaria (2001), é melhor prevenir o

crime do que ter que punir quem cometeu, e que todo legislador sábio deve procurar o motivo que está causando e tenta-lo impedir ao invés de ter que repará-lo.

Diante o exposto, vê-se que a crença atual é o apoio a um sistema de caráter preventivo e não punitivo, ou seja, ele acredita que é mais fácil agir antes do problema com o objetivo de tentar entender o que leva a pessoa a cometer aquele crime do que ter que simplesmente puni-la e infelizmente existe uma falha do Estado e dos familiares em relação aos detentos, pois a maioria não possui um incentivo de uma vida melhor. (BITTENCOURT, 2011).

Conforme expresso no artigo 205, da Constituição Federal, é dever do Estado e dos familiares promoverem o incentivo à educação. Eis o teor:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Desse modo, é notório que a educação tem um papel fundamental na formação de cada indivíduo, possibilitando a capacidade de buscar informações para que consiga construir um futuro promissor e enxergar outras formas de melhora de vida com base na educação.

Adentrando na questão do trabalho como forma de ressocialização, é válido apontar que um dos principais objetivos da Lei de Execução Penal é colaborar com a reinserção do detento através do trabalho, tornando-os aptos a viverem em sociedade exercendo uma função laboral lícita, que os proporcione renda para que possam garantir o seu sustento e de sua família. Rogério Gesta Leal entende por definição de trabalho o seguinte:

O trabalho é toda e qualquer atividade que transforma coisas naturais em coisas artificiais, como exemplo pode-se citar a

transformação da madeira em objetos e utensílios, isso é uma forma de trabalho. É válido enfatizar que o trabalho não está intrínseco ao homem, não faz parte de sua essência, mas foi imposto à espécie humana, é um resultado cultural (LEAL, 2014).

Infelizmente, a falta de qualificação profissional é o maior motivo que leva as pessoas a cometerem crime. O entendimento de ressocialização deve levar em consideração o tempo em que o indivíduo está cumprindo a pena com o intuito de prepara-lo para a vida em sociedade e não apenas puni-lo pelo crime cometido.

Ademais, a ressocialização pode não ser conseguida apenas com a prisão daquele que venha a cometer um crime, tendo em vista a crise no sistema carcerário e o comportamento da sociedade para com essas pessoas. Infelizmente, a ressocialização na maioria das vezes acaba por não ressocializar o preso, em razão da falta de assistência com o preso e os egressos. (CARVALHO, 2011).

Dessa forma, faz-se necessário averiguar as principais formas para a melhoria das condições de vida dos encarcerados, objetivando sempre pela ressocialização do apenado por meio da área profissional durante o tempo em que cumpre a sua pena com o intuito de capacitá-los profissionalmente para a vida após o cárcere, tendo em vista que muitos não tiveram esta oportunidade antes de se envolverem no crime.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Esse tópico engloba várias questões sociológicas e filosóficas, tendo em vista a necessidade da análise dos fatores sociais de cada apenado e egresso. Para Marquês de Beccaria, é importante entender o criminoso antes de tentar entender o crime praticado, pois é uma questão que envolve diretamente os meios sociais.

Há uma teoria desenvolvida cuja o nome se da por teoria das zonas concêntricas, que consiste na análise das áreas de delinquência.

Afirma a teoria que, quanto mais perto do crime, maior a degradação e as taxas de criminalidade dos bairros. Ademais, nas áreas criminais o controle social informal é pouco eficiente na formatação do comportamento dos jovens, já que familiares amigos e vizinhos geralmente aprovam condutas antissociais. (MADEIRA, 2003)

Esta teoria não afirma que quem mora em uma zona com alto índice de criminalidade se tornará um criminoso, apenas aponta que o fato de estar localizado em uma área da cidade é um vetor criminógeno, ou seja, um fator que pode contribuir com a prática de um delito. (SHAW, 1895)

Diante o exposto, é notório que os fatores sociais podem contribuir para as condutas criminosas, tendo em vista o convívio diário no meio da criminalidade. É claro que tem grandes possibilidades de uma pessoa que cresce em um ambiente denominado perigoso seguir os mesmos passos de sua comunidade, e quando isso acontece infelizmente o indivíduo acaba cumprindo pena em razão da prática de delitos. Ao se tornar egresso, o mesmo volta para o mesmo ambiente em que vivia antes e convive novamente com as mesmas pessoas e volta a ver diariamente as mesmas condutas criminosas, razão pela qual a volta para o crime torna o caminho mais fácil, tendo em vista que a sociedade fecha as portas para os ex-detentos.

Atualmente, qualquer inscrição para uma vaga de emprego necessita da apresentação da certidão de nada consta, o que acarreta automaticamente na exclusão dos ex-presidiários das listas de participantes para a vaga. Infelizmente acontece que a própria sociedade opta por afastar essas pessoas em razão do seu passado sustentando a questão da segurança para a empresa e os funcionários. Entretanto, o que ninguém analisa é o fato de que se não tem emprego o caminho mais fácil para a obtenção do sustento é a volta para o crime. (PESSOA, 2022)

Desse modo, é importante que a sociedade tente analisar todo o fator social para que possa ter outro julgamento em relação aos egressos. O que ocorre na realidade é a dupla condenação do indivíduo, ou seja, ao cometer um crime a pessoa é condenada pelo Estado e ao

sair do sistema carcerário ela é condenada pela sociedade, razão pela qual faz com que eles não tenham muitas opções de reintegração social. O preconceito, muitas vezes, condena o egresso do sistema penitenciário a outro tipo de prisão, moral e ética, numa sentença de pena perpétua, impedindo-o de retomar a normalidade de suas vidas. Tal preconceito é aceitável, tendo em vista que a violação da lei é um desrespeito não só com o Estado, mas também com toda a sociedade.

Diga-se de passagem, seguindo o que determina a lei e compreendendo a lógica do sistema, que afasta o infrator do convívio social por um período variável de tempo para que seja reeducado, o retorno à liberdade significa a quitação da pena e, também, a capacidade de voltar viver em sociedade. É triste dizer que a sociedade raramente dá uma segunda chance para aqueles que necessitam, tornando a vida do egresso muito difícil após o cumprimento da sua pena. (PESSOA, 2022)

Por fim, a todos os ex-detentos é necessário ter paciência até que possa encontrar uma nova oportunidade para reconstruir a vida após o cárcere. É de extrema importância que a sociedade entenda que a reinserção evitaria em muitos casos, a reincidência do erro.

CONCLUSÃO

Após uma análise minuciosa do conteúdo apresentado, é inquestionável a urgência de uma reforma abrangente no sistema carcerário brasileiro, que se encontra imerso em uma crise de magnitude alarmante. Essa crise vai muito além das meras deficiências estruturais, revelando-se como um complexo desafio que permeia as entranhas do sistema, atingindo diretamente os fundamentos dos direitos individuais dos detentos, conforme estabelecido pela Constituição Federal Brasileira.

A situação crítica em foco não se limita apenas às falhas físicas das instalações prisionais. Ela descortina negligências profundas por parte do Estado em áreas vitais, como educação, saúde, higiene, segurança e, acima de tudo, na preservação da dignidade humana. Essa

abordagem negligente traduz-se em um funcionamento precário dos sistemas penitenciários, comprometendo gravemente a capacidade de cumprir o verdadeiro propósito da pena privativa de liberdade: a reintegração do indivíduo à sociedade e a sua ressocialização efetiva, afastando-o do ciclo criminoso.

Lamentavelmente, a crise não apenas obsta a consecução desses objetivos fundamentais, mas também destaca a necessidade iminente de prover recursos adequados aos detentos, facilitando sua reintegração plena na sociedade, sobretudo no contexto do mercado de trabalho. Esse aspecto torna-se uma etapa crucial para interromper o ciclo de reincidência e promover uma ressocialização genuína, onde os ex-detentos possam contribuir de forma construtiva para a sociedade.

A conclusão da análise aponta para a inescapável necessidade de uma abordagem holística. Isso não apenas para corrigir os problemas imediatos, mas também para construir um sistema carcerário que esteja em consonância com os princípios fundamentais da Constituição e que contribua para a promoção da justiça social. A reforma, portanto, deve abranger não apenas questões físicas, mas também se comprometer com uma revisão profunda dos processos e políticas que regem o sistema carcerário brasileiro.

É vital destacar que, antes de abordar as questões específicas do sistema carcerário, é imperativo um investimento significativo na educação em nível nacional por parte do Estado. Essa abordagem preventiva se apresenta como um pilar fundamental para mitigar o aumento da criminalidade no Brasil, estabelecendo as bases para uma sociedade mais justa, equitativa e inclusiva. É notório que a reforma necessária deve contemplar não apenas a infraestrutura, mas também políticas que promovam a ressocialização efetiva e garantam condições humanas de detenção e respeitem os princípios da justiça e igualdade.

Assim, a pesquisa não apenas conclui que a solução para os desafios enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro requer uma abordagem abrangente, mas também ressalta a importância crucial de prevenir futuros problemas por meio do fortalecimento do sistema

educacional. A reforma do sistema penitenciário emerge, portanto, como uma parte essencial de um esforço mais amplo para promover a justiça e a ressocialização efetiva dos indivíduos que passaram pelo sistema carcerário.

Por fim, é imperativo ressaltar que a urgência da reforma no sistema carcerário transcende a mera abordagem estrutural; trata-se de um clamor por uma transformação substancial e abrangente. O objetivo primordial é a construção de um sistema penitenciário que não apenas atenda aos requisitos físicos, mas que também se comprometa com princípios fundamentais de justiça, humanidade e eficiência. Essa chamada para a reforma não se resume apenas a reparos superficiais, mas representa um convite à reinvenção dos alicerces do sistema carcerário. O foco está na criação de um ambiente que não apenas puna, mas que, acima de tudo, se dedique à ressocialização e reintegração efetiva dos indivíduos na sociedade.

Em última análise, a urgência da reforma no sistema carcerário não apenas reflete a necessidade de corrigir falhas evidentes, mas também representa uma aspiração por um sistema que atenda aos princípios mais elevados de justiça e dignidade. É uma oportunidade para redefinir a narrativa em torno do encarceramento, buscando não apenas a punição, mas também a reabilitação e a construção de um caminho para uma reintegração significativa na sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marcos. **A ressocialização do apenado como fator determinante para aplicação do princípio da humanização**, 2022. . [S.I : s. n.] Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/377773/a>. Acesso em 09 de set. de 2023.

BARTZ, Helena. **As diversas faces da Ressocialização do Preso no Brasil**, 2023. [S.I : s. n.]

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [S.I : s. n.]

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 841.526. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro-Luiz Fux. Brasília, 30 de Março de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Lei n. 23.450 de 24 de Outubro de 2019**. Dispõe sobre a política estadual de prevenção social à criminalidade.

BRASIL. **Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal.

Código Penal. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Wíndt e Lívia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva 2001.

CRUZ, Ronaldo. **A prevenção do delito no estado democrático de direito**. Revista ordem Pública, 2013. [S.I : s. n.]

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HERCULANO, Vanessa. **O domínio das facções criminosas nos presídios brasileiros e o caso da chacina de Altamira/PA como reflexo dessa realidade**. 2021. [S.I : s. n.]

LOMBROSO, C., *The criminal man*. **Durham/Londres: Duke University Press**, 2006.

PRATES, Nathália. **A Crise do Sistema Carcerário Brasileiro: Como Isso Afeta no Projeto de Ressocialização dos Presos?**, 2023. [S.I : s. n.]

SCANDOLEIRO, Thiago. **Atuação do Estado na prevenção do crime segundo a Criminologia**, 2023. [S.I : s. n.] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/> Acesso em 10 de set. de 2023.

SEPÚLVEDA, Bruna. **Alimentação nas prisões: A realidade do “Jumbo” e o dia a dia dos detentos**, 2023. [S.I : s. n.] Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/>

SILVA, Walther. **O sistema carcerário brasileiro: desafios e soluções para a reabilitação e ressocialização dos detentos**, 2023. [S.I : s. n.] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/> Acesso em 14 de set. de 2023

SPAGNA, Julia. **Sistema carcerário brasileiro: entenda a situação dos presídios no país. Guia do estudante**, 2023. [S.I : s. n.] Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/>. Acesso em 20 out. 2023.

TEIXEIRA, Germano. **A Educação nas Instituições Prisionais e a Ressocialização do Preso**, 2023. [S.I : s. n.]

ZAFFARONI, Eugenio, *et al.* **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

LEGITIMA DEFESA E SEUS EXCESSOS PERANTE A INEFICÁCIA ESTATAL

*Marcos Adriano Alves Barreto*²¹

*Marcelo Pereira Cruvinel*²²

RESUMO: Este projeto possui a temática na seara Penal, sendo requisito parcial de avaliação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso de Direito, o qual retratará o instituto da Legítima de Defesa, bem como sua aplicação diante da ineficácia estatal. Este projeto possui o objetivo de verificar os limites das excludentes de ilicitude, em especial a legítima defesa, frente o aumento da criminalidade e da violência no país, em razão da ineficácia estatal, delimitando tais direitos frente aos seus excessos. Desde as primeiras civilizações, tornou-se necessária a garantia do convívio harmônico entre os indivíduos de uma sociedade, surgindo então as normas reguladoras, com o objetivo de regular as condutas indesejadas no meio social, visando assim proteger a comunidade das transgressões que eventualmente possam lesionar bens jurídicos essenciais à manutenção da vida em convívio. Dentre essas normas reguladoras, nasce a Legítima defesa, um instituto de antijuridicidade natural e inerente, cujo intuito é de garantir a manutenção da harmonia, onde um indivíduo que repele uma injusta agressão deve compactuar com os direitos previstos em lei, devendo valer-se de seu direito de defesa, uma vez ameaçados seus bens, sua propriedade, família ou vida, atuando justamente de modo a se proteger do ato agressor. O estudo em questão, também expõem a figura dos excessos, suas classificações e consequências para aquele que o pratica, sendo este indivíduo julgado por seus atos. Para a

21 Bacharel em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia (UNIEURO).

22 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

formulação deste estudo, foram utilizadas fontes secundárias, tendo o seu embasamento argumentativo formado através de doutrinas e artigos científicos relacionadas ao tema proposto.

Palavras-chave: Excludentes de Ilicitude. Excesso. Injusta Agressão. Legítima Defesa.

INTRODUÇÃO

Este projeto, se pautará por realizar uma revisão bibliográfica sobre a legítima defesa à luz do direito penal no Estado democrático de direito, onde no contexto da sociedade contemporânea, a discussão sobre a legítima defesa ganha grande relevância, especialmente quando analisada à luz da ineficácia estatal na proteção dos cidadãos, tendo em vista as ondas de violências que vem crescendo exponencialmente em todo território brasileiro, em contrapartida com a baixa efetividade do Estado, o qual não pode atuar em todos os lugares ao mesmo tempo.

Assim sendo, este trabalho se delimitará a problemática da ineficácia estatal no combate à criminalidade, o qual gera um ambiente propício para diversas situações em que um indivíduo se vê compelido a agir amparado pela legítima defesa, surgindo assim questões complexas relacionadas aos limites do referido instituto, tanto na reação a lesividade atual ou eminente, bem como na necessidade de buscar alternativas à violência como forma de autodefesa. Desta forma, será questionado: Até que ponto a legítima defesa poderá ser concebida de forma legítima como uma salvaguarda dos direitos individuais ?. A legítima defesa é entendida como uma causa de exclusão de ilicitude, e tem espaço em cenário de destaque, uma vez que excluída a ilicitude, não há crime. Os elementos caracterizadores deste instituto estão descritos expressamente em sua definição legal, e sem os mesmos, a Legítima Defesa será afetada, haja visto que qualquer excesso por parte do agente poderá resultar em sua própria responsabilização, diante o dano causado.

Ao longo deste trabalho serão abordados aspectos teóricos e práticos relacionados à legítima defesa, onde serão destacados

exemplos emblemáticos que evidenciam a interação entre a fragilidade do sistema de segurança pública e as escolhas individuais de autodefesa. Por meio dessa análise, se pretenderá contribuir para a reflexão sobre a legitimidade da legítima defesa em um contexto diante da ineficácia estatal, o qual promoverá uma compreensão mais abrangente e aprofundada desse instituto jurídico, em face dos desafios contemporâneos da sociedade. Neste sentido, este trabalho terá por objetivo geral pautar sobre a correta utilização deste importantíssimo instituto em consonância com seus limites, terá ainda por objetivos específicos, discutir a respeito das espécies legítima defesa, seus elementos e características, bem como discutir sobre as possíveis modalidades de excessos em que poderá incorrer um indivíduo, onde será demonstrado que, valendo-se de seus direitos da maneira conforme dispõe o ordenamento jurídico, qualquer indivíduo estará integralmente amparado por tal instituto.

Para uma melhor compreensão, o trabalho em questão utilizará o método de abordagem dedutiva, onde serão utilizadas técnicas de pesquisa o qual tem por modalidade uma pesquisa teórica, haja visto que esta pesquisa buscará conscientizar e dar resposta à problemática vigente, a qual não se utilizará das diretrizes do conhecimento científico aplicado. Quanto ao seu nível, este projeto irá se propor a ser uma pesquisa que analisará, debaterá e interpretará as leis vigentes, junto à sua aplicação em casos hipotéticos, onde procurará esclarecer e determinar a aplicabilidade de tal instituto e suas possíveis penalidades e majorantes, em seu nível explicativo. Quanto à tipologia da pesquisa, este projeto irá se delimitar sobre fontes secundárias como livros, doutrinas, jurisprudências, índices e artigos científicos, para que a sua problemática seja sanada.

Sendo assim, no primeiro capítulo deste trabalho serão abordados o conceito de excludentes de antijuridicidade, suas características e elementos, previstas no art. 23 do Código Penal, estas que excluem a culpabilidade de condutas ilegais praticadas por um agente em determinadas circunstâncias.

No segundo capítulo, serão abordadas com maior profundidade a conceituação da legítima defesa, em especial a definição de injusta agressão (Atual ou eminente), bem como a aplicação deste instituto na defesa de direito próprio ou alheio. Ainda neste capítulo, serão abordadas as modalidades de legítima defesa e suas características, bem como a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, serão tratados sobre os limites da legítima defesa, como também serão apresentadas as hipóteses de excessos por parte do agente, suas modalidades e sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, serão abordados o uso de ofendículos diante a aplicabilidade do instituto da legítima defesa e seus excessos.

1. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

1.1 CONCEITO DE ANTIJURIDICIDADE

O conceito de antijuridicidade, conhecida também como ilicitude, baseia-se nas condutas do agente em contrariedade ao ordenamento jurídico, sendo a ilicitude não somente baseada na seara penal, bem como em todas as áreas do direito, sendo assim, se a conduta de um agente colidir com uma conduta tipificada no ordenamento jurídico penal, a mesma será considerada penalmente ilícita, assim funcionando para todos os outros ramos do direito. (GRECO, 2023, p.375)

Conforme mencionado inicialmente, o conceito de ilicitude é limitado a verificar a existência de uma norma anterior à conduta do agente, e se esta contraria aquela, deixando assim transparecer uma natureza meramente formal da ilicitude, sendo a natureza material transparecida na viabilidade da conduta de produzir uma lesão ou colocar em risco um bem jurídico.

No aspecto geral, para que se possa falar em ilicitude, é necessário que o agente contrarie uma norma jurídica, pois sem

essa contrariedade, a conduta do agente não poderá ser considerada ilícita, uma vez que tal conduta não contraria qualquer ordenamento jurídico-penal, transparecendo então o princípio da legalidade. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, (2011, p. 496): “A antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica.”

Diante o exposto, conclui-se que o conceito de antijuridicidade está atrelado à existência da anterioridade da norma em relação à conduta do agente, e se há contrariedade entre ambas, sendo então transparecida a natureza meramente formal da ilicitude. Desta forma, a antijuridicidade é elemento do crime, sendo o mesmo caracterizado por ser um fato típico, antijurídico e culpável. Assim, a exclusão da antijuridicidade redundará na exclusão do crime e, conseqüentemente, da responsabilidade penal.

1.1.1 ILICITUDE FORMAL E MATERIAL

Em aspectos gerais, REALE JÚNIOR (2000, p. 91) em sua obra, preleciona a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico, onde um fato é considerado formalmente antijurídico quando há contrariedade a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador.

Ao se observar a distinção entre ilicitude formal e ilicitude material, pode-se concluir que a mera contradição entre a conduta típica e o ordenamento jurídico não é suficiente para se concluir pela antijuridicidade, sendo necessária, além da relação de contrariedade entre a conduta do agente e a norma (ilicitude formal), é necessário que essa conduta possa, de alguma forma, causar lesão ou expor a

perigo de lesão um bem juridicamente tutelado (ilicitude material). Neste sentido, Assis Toledo (1984, p.8) conceitua a ilicitude como: “A relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.”

Diante o conceito apresentado por Assis Toledo, observa-se que além da relação de contrariedade entre a conduta do agente e a norma (ilicitude formal), é necessário que essa conduta possa, de alguma forma, causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado (ilicitude material), conforme mencionado anteriormente. Ainda neste aspecto, se a norma penal proíbe determinada conduta sob a ameaça de uma sanção, é porque aquela conduta causa lesão ou expõe a perigo de lesão o bem juridicamente protegido, e se o agente insiste em praticá-la, pode-se concluir pela sua ilicitude, desde que não atue amparado por uma causa de justificação.

1.2 CAUSAS DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Quando se trata de excludentes de ilicitude, se apresenta uma conduta típica praticada por um agente, que em regra, também se caracteriza como antijurídica. Tendo em vista tal apontamento, deve-se observar que mesmo que tal situação seja tipificada no ordenamento jurídico, se faz necessário observar se a mesma é antijurídica ou não, haja visto que o Código Penal, em seu art. 23 (BRASIL, 1940) , prevê expressamente quatro causas que afastam a ilicitude da conduta praticada pelo agente, fazendo assim, com que o fato praticado por ele seja considerado lícito, sendo elas: O Estado De Necessidade (Art. 23, I, e 24), A Legítima Defesa (Art. 23, II, e 25), O Estricto Cumprimento de Dever Legal (Art. 23, III) e o Exercício Regular De Direito (art. 23, III), sendo a Legítima Defesa o palco principal deste trabalho.

Estas excludentes também podem ser denominadas de causas de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude, como também podem ser denominadas como causas “Justificantes”. Quando isso ocorre,

o fato permanece típico, mas não há crime, uma vez que se exclui a ilicitude, e sendo ela requisito do crime, fica excluído o próprio delito, tendo por consequência a absolvição do agente. Além das causas de justificação contidas no Código Penal, em sua parte geral, há outros casos contidos na parte especial do Código, bem como em outros estatutos jurídicos, como por exemplo no Código Civil. Essas causas de exclusão da antijuridicidade também são conhecidas como justificantes específicas ou causas supralegais de exclusão da ilicitude.

1.2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Cada causa que tem por finalidade excluir a ilicitude da conduta praticada pelo agente, que vem, obrigatoriamente, impregnada de elementos que para a sua efetiva caracterização, devem se fazer presentes, sendo tais elementos de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro são aqueles expressos, ou explícitos, sempre determinados pela lei penal, devendo se observar que, referente as excludentes de ilicitude, o legislador somente cuidou de definir os conceitos de legítima defesa e estado de necessidade, demonstrando todos os seus elementos de natureza objetiva, ficando o estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito, a cargo da doutrina e da jurisprudência em elaborar suas definições, tendo de extrair deles os elementos que entendemos indispensáveis à sua caracterização, mesmo que a lei não os tenha dito de maneira expressa. (GRECO, 2023, p. 379)

Além dos elementos objetivos, deve o agente saber que atua amparado por uma causa que exclua a ilicitude de sua conduta, sendo este, portanto, o indispensável requisito de ordem subjetiva. O elemento subjetivo do agente é indispensável à caracterização das excludentes de ilicitude. Conforme conceitua Prado (PRADO, 2007, P. 394- 397), o elemento subjetivo deve estar presente em todas as causas de justificação, ou seja, o agente deve ter consciência, animus

e a vontade de praticar tal conduta. A exclusão de ilicitude, portanto, depende do conhecimento do agente ao praticar um ato que é típico, mas mediante tal situação, se torna justificável e lícito.

Toda ação típica é ilícita, salvo quando justificada. Com acerto se distingue que as causas justificantes têm implícita uma norma permissiva ou autorizante que, ao interferir nas normas proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou não-realização da conduta ordenada seja lícita ou conforme ao Direito. (PRADO, 2007, p. 394)

Como exemplo, suponhamos que A dirija-se até a casa de B, com o fim de matá-lo, em virtude de uma desavença. Lá chegando, ao olhar por uma janela escura, consegue ter a visão somente de B, que se encontrava em um quarto. Nesse instante, aponta a sua arma e efetua o disparo mortal, fugindo logo em seguida. Sem que A soubesse, no exato momento em que atirou em B, este estava prestes a causar a morte de C, que encontrava-se deitado em uma cama.

Em resumo, A atirou em B e, mesmo não sabendo, salvou a vida de C.

Dependendo da posição doutrinária em que se coloque o intérprete, tal problema poderá ser analisado de duas formas:

A) Se não se exigir o elemento subjetivo do agente, para que lhe possa ser aplicada a causa de exclusão da ilicitude, no exemplo fornecido, teria o agente atuado em legítima defesa de terceiros, uma vez que, ao atirar em B, salvou a vida de C, que por aquele seria morto;

B) Se, para a aplicação da causa de justificação, for preciso apurar o elemento subjetivo do agente, ou seja, chegar à conclusão de que, ao atirar em B, não sabia ele que agia com animus de defender terceira pessoa, no caso em tela não seria possível a aplicação da excludente da legítima defesa (de terceiros).

As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se deem os elementos objetivos de justificação, senão que o autor deve conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante), o autor deverá conhecer os elementos objetivos de justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter a vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos elementos objetivos de justificação. (WELZEL,1976, p.100)

Portanto, conclui-se que para que haja o efetivo amparo do instituto da legítima defesa, se faz necessária não somente o efetivo emprego dos requisitos objetivos, bem como é de extrema importância que seja atendida o efetivo emprego do requisito subjetivo, onde conforme aduzido anteriormente, caracteriza-se pela efetiva consciência, animus e a vontade do agente em praticar tal conduta amparado por tal instituto, pois sem o atendimento de tais requisitos, não há a justificação do ato praticado, tornando o ato ilícito.

1.2.2 LEGITIMA DEFESA VERSUS ESTADO DE NECESSIDADE

Quando se trata das excludentes de ilicitude, também conhecidas como excludentes de antijuridicidade, e faz necessário a diferenciação entre elas, uma vez que alguns destes institutos, em especial o estado de necessidade e a legítima defesa, possam gerar certas dúvidas quanto à sua aplicabilidade, haja visto suas grandes semelhanças, sendo tais institutos previstos nos Artigos 23 ao 25 do Código Penal.

No artigo 24, o legislador cuidou por explicar o instituto do Estado de Necessidade, bem como no artigo 25 explanou sobre o instituto da Legítima Defesa. Neste sentido, diferente da legítima defesa, onde o agente atua repelindo uma injusta agressão, no estado de necessidade

a regra é que ambos os bens em conflito estão amparados pelo mesmo ordenamento jurídico, tendo este conflito de bens a prevalência de um sobre o outro. Simplificadamente, o ordenamento jurídico, de forma figurada, coloca os bens em conflito em uma balança de modo em que haverá a prevalência de um bem sobre o outro de menor peso. (BRASIL, 1940)

Em razão dessa diversidade de valores entre os bens em conflito, ao serem colocados nos “pratos da balança”, surge a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante, distinção somente existente para os adeptos da teoria diferenciadora, sendo estado de necessidade justificante caracterizado pelo afastamento da ilicitude e o estado de necessidade exculpante caracterizado pela a eliminação da culpabilidade, considerando-se os bens conflitantes, sendo a teoria unitária, justificante, a aderida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para Greco, a utilização da legítima defesa em casos de estado de necessidade é absolutamente impossível, uma vez que a legítima defesa é expressamente uma ação que repele conduta ilícita, tipificada pelo código penal, sendo as condutas pautadas no estado de necessidade permitidas por lei, portanto, sendo considerada uma conduta aceita legalmente, assim impossibilitando a utilização da legítima defesa em caso de ação contrária (GRECO, 2023, p.413).

Em suma, frisa-se como a regra do estado de necessidade, a colisão de bens juridicamente protegidos, ao contrário da legítima defesa, onde um dos agentes atua de maneira contrária ao ordenamento jurídico e o outro atua amparado as excludentes de ilicitude. Assim sendo, para que se caracterize o estado de necessidade, se faz necessário a presença de todos os elementos objetivos previstos no tipo do art. 24 do Código Penal, bem como os elementos de natureza subjetiva, que se configura no fato de saber ou pelo menos acreditar que atua nessa condição.

Por fim, para que se possa alegar o estado de necessidade, o ordenamento jurídico exige que o agente além de praticar fato para se salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, não tenha

tido possibilidade de, no caso concreto, evitar o dano produzido pela sua conduta.

Conforme preceitua Assis Toledo:

Na situação de conflito entre bens juridicamente protegidos, o sacrifício de um deles somente está autorizado quando a salvação do outro só possa fazer-se à custa desse sacrifício. Se houver alguma possibilidade razoável de salvação do bem ameaçado, de modo que evite ou que, pelo menos, reduza o dano a bem de outrem, a inevitabilidade do dano causado, ou do dano maior, desaparece. Quem mata ou fere, para salvar-se, quando podia fugir do perigo, mesmo com desprestígio para sua fama de homem corajoso, não se ampara na excludente de ilicitude em exame, que não se confunde, neste aspecto, com a legítima defesa. (TOLEDO, 2002, p.183)

Diante tal ensinamento, conclui-se que aquele que age em estado de necessidade, na verdade, não tem opção a escolher, pois sempre deverá seguir o caminho menos gravoso, ao contrário do que ocorre com a legítima defesa. Por fim, nota-se como distinção entre os institutos da legítima defesa e o estado de necessidade, em que este último se baseia em virtude da circunstância emergencial em que se encontra o agente, permitindo que este ofenda outros bens na defesa dos seus interesses, que estão devidamente abrangidos por essa causa de exclusão da ilicitude.

1.2.3 LEGITIMA DEFESA *VERSUS* ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Conforme citado anteriormente, o Código Penal não se preocupou em definir o conceito de estrito cumprimento de dever legal, tal como procedeu com o estado de necessidade e a legítima defesa. Contudo,

seus elementos caracterizadores podem ser visualizados pela só expressão “estrito cumprimento de dever legal”, exigindo-se ainda a presença de seus elementos objetivos e subjetivos assim como as demais causas de justificação.

Neste sentido, entende-se por estrito cumprimento do dever legal a um dever imposto a um agente que faz parte da administração pública, tais como os policiais e oficiais de justiça, sendo necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ultrapassá-los. Diante o exposto, conforme preleciona Juarez Cirino dos Santos:

O estrito cumprimento de dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc. (SANTOS, 2005, p.187)

Suponhamos que por exemplo, um oficial de justiça, cumprindo um mandado de busca e apreensão de um veículo automotor, que por sua conta resolva também fazer a apreensão de um aparelho de som, já antevendo um pedido futuro, não terá agido nos limites estritos que lhe foram determinados, razão pela qual, com relação à apreensão do aparelho de som, não atuará amparado pela causa de justificação.

Diante tal instituto, há uma grande discursão entre os doutrinadores no sentido das forças policiais que repelem agressão injusta, sendo tal fato não incomum, haja vista que é de grande recorrência que policiais sejam vítimas de agressões injustas e, repelindo essas agressões, venham a causar lesões ou mesmo a morte de seus agressores. Diante tal temática, a doutrina minoritária entende que, equivocadamente, a existência do estrito cumprimento do dever

legal nas situações em que as forças policiais repelem uma injusta agressão, neste sentido Greco entende que:

Não existe, para as forças policiais, um dever legal de causar lesões ou mesmo de matar seus agressores. É a situação de agressão injusta que permitirá essas alternativas, quando os policiais agirão em defesa de suas próprias pessoas, ou mesmo na defesa de terceiros. (GRECO, 2023, p.423).

Neste sentido, pode se concluir que o agente de segurança pública que reage à agressão injusta atual ou iminente atua em legítima defesa e não em estrito cumprimento do dever legal, pois ninguém tem o dever legal de matar seu semelhante, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, inciso XIX da Constituição Federal de 1988. Para uma melhor compreensão e diferenciação entre tais institutos, por exemplo, suponhamos que um policial prive a liberdade de um indivíduo que se encontrava foragido, prendendo-o em cumprimento a uma ordem judicial, o policial agirá no estrito cumprimento do dever legal, porém, se esse mesmo fugitivo resolve atacar o policial e o mesmo reage à injusta agressão, este agirá sob o manto da legítima defesa.

2. CONCEITO DE LEGITIMA DEFESA E SUAS ESPÉCIES

2.1 CONCEITO GERAL

Tratando-se de legítima defesa, entende-se que ela é a defesa necessária empreendida contra uma agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, utilizando-se moderadamente dos meios necessários de forma proporcional e razoável. Tal instituto é considerado o mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos, uma vez que o indivíduo

se valendo da legítima defesa, consegue repelir agressões injustas a direito próprio ou de terceiros, substituindo a atuação direta do Estado, o qual não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes estatais.

Neste contexto, é de conhecimento de todos, que o Estado, por meio de seus representantes, em especial os agentes de segurança pública, não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual o ordenamento jurídico permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa.

Diante tal permissão, deve salientar que a mesma não é uma permissão ilimitada, sendo suas regras de aplicabilidade encontradas na lei penal, mais especificamente no Art. 25 do Código Penal. Sendo assim, para que se possa falar em legítima defesa, o qual de forma alguma pode ser confundido com vingança privada, se faz necessário que o agente esteja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente pela segurança pública, e, só assim, uma vez presentes todos os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, poderá agir em defesa própria ou de terceiros, amparado por tal instituto. Diante tal entendimento, Miguel Reale Júnior, aduz que:

A natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados. (REALE JÚNIOR, 2000, p.76)

Perante a aplicabilidade da referida excludente de ilicitude, o código penal preocupou-se em fornecer o conceito de legítima defesa, trazendo no tipo permissivo do art. 25 todos os seus elementos caracterizadores, procurando evitar que tal conceito fosse entregue pela doutrina ou pela interpretação dos Tribunais, conforme fora feito

nos institutos do estrito cumprimento de dever legal e no exercício regular de direito.

2.1.1 BENS AMPARADOS PELA LEGITIMA DEFESA

Após entender o conceito geral e antes de adentra nos requisitos e espécies do referido instituto, se faz necessário entender quais são os bens passíveis de serem defendidos por tal excludente. Neste contexto, Zaffaroni e Pierangeli, prelecionam que:

A defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo uma certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.
(ZAFFARONI, 2011, p.582)

Desta forma, conclui-se que o instituto da legítima defesa tem aplicação na proteção de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei. Assim, desde que presentes todos os seus requisitos, pode-se alegar a legítima defesa no amparo daquelas condutas que defendam seus bens, materiais ou não. Contudo, deve - se frisar que o bem somente será passível de defesa se não for possível socorrer-se do Estado para a sua proteção. Ainda neste contexto, a doutrina apresenta uma exceção, conforme preconiza Muñoz Conde e Bitencourt, o qual assevera que: “Os bens jurídicos comunitários não podem ser objeto de legítima defesa.”(BITENCOURT, 2004, p.247)

Portanto, pode-se concluir que em regra, todos os bens são passíveis de defesa pelo ofendido, à exceção daqueles considerados comunitários, desde que, para a sua defesa, o agente não tenha tempo

suficiente ou não possa procurar o necessário amparo das autoridades constituídas para tanto.

2.2 ELEMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Antes de compreender as espécies da legítima defesa, se faz necessário entender os elementos objetivos necessários para aplicabilidade do referido instituto, o qual se subdividem em 5 categorias, que obrigatoriamente devem estar presentes, uma vez que diante da falta de um destes requisitos, não se poderá cogitar na exclusão da ilicitude de sua conduta.

Salienta-se que, para que se possa estar amparado pelo instituto da legítima defesa, não basta somente a presença de seus elementos de natureza objetiva, elencados no art. 25 do Código Penal. Também torna-se necessário que, além destes, saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredite agir amparado por tal, pois, caso contrário, não se poderá cogitar na exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, em contrariedade ao ordenamento jurídico.

2.2.1 INJUSTA AGRESSÃO

Em se tratando do elemento da injusta agressão, esclarece Maurach que, “ Por agressão deve entender-se a ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido” (Maurach, 1962, p. 440) ou, ainda, na lição de Welzel, “ Por agressão deve entender a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana.”(WELZEL, 1976, p. 101).

Conforme preceitua os doutrinadores, deve-se observar que a legítima defesa é um instituto destinado à proteção de bens que estejam sendo lesados ou ameaçados de lesão por uma conduta proveniente do homem. Agressão, aqui, é entendida como um ato do homem, sendo ser impossível cogitar-se em legítima defesa contra o ataque de animais, uma vez que somente o homem pode praticar uma agressão.

Além do fato de somente o homem poder cometer essa agressão, ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode, de qualquer modo, ser amparada pelo ordenamento jurídico.

Deve-se frisar que, por agressão injusta somente podemos identificar aquela que tenha sido cometido dolosamente, pois, conforme salienta Muñoz Conde, “tanto a ação como a omissão devem ser agressões dolosas, quer dizer, o ataque ao bem jurídico deve ser intencional; pelo que, frente a lesões ou colocação em perigo simplesmente imprudentes não cabe legítima defesa, embora, sim, o estado de necessidade” (MUÑOZ e BITENCOURT, 2004, p. 121)

Ainda neste sentido, deve se ressaltar que, animais podem atacar servindo de instrumentos de uma pessoa para ferir outra, de modo que, nesse caso, a sua eliminação não constituirá estado de necessidade, mas sim, legítima defesa contra o ser humano, tendo em vista que eles serviram apenas de “arma” para a agressão.

2.2.2 ATUAL OU EMINENTE

Tratando-se de injusta agressão atual ou eminente, entende-se por atual aquilo que está acontecendo no presente, enquanto iminência é o que está em vias de acontecer, futuro imediato. Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa admitem-ambas as formas de agressão, atual ou iminente.

Ao se tratar de injusta agressão iminente, mesmo que a agressão futura que se tenha por certa e inevitável, o caminho correta não é a invocação imediata do instituto da legítima defesa, mas eventualmente, é necessário a inexigibilidade de conduta diversa. Neste contexto de eminência, deve-se levar em conta a situação de perigo gerada sob o olhar de quem se defende. Seria demais exigir que alguém, visualizando uma agressão eminente, tenha que aguardar algum ato de hostilidade manifesto, pois essa espera lhe poderia ser fatal.

Diante deste contexto, para melhor explicação dos referidos elementos, suponhamos que A, policial a civil, de folga, caminhava pela

praça e de repente, B, seu desafeto, aparece em seu caminho desferindo diversos xingamentos e ameaçando-o de morte, carregando ainda um volume estranho em sua cintura. A, com medo de que as ameaças se concretizassem, em razão estado de raiva que se encontrava B e da ação do agente que a todo momento colocava a mão sobre o volume em sua cintura, dando a entender que a qualquer momento sacaria uma arma, A, saca sua arma e neutraliza B, sendo posteriormente confirmado que B portava na cintura uma arma de fogo.

No contexto apresentado, observa-se a aplicabilidade do instituto da legítima defesa diante uma injusta agressão eminente, uma vez que diante o cenário apresentado, observa-se a impossibilidade de conduta diversa, uma vez que aguardar que o agressor saque da arma e dê o primeiro disparo é contar com a sorte, já que o único tiro dado pode ser certo e mortal.

Se no caso em questão, B apenas o insultasse verbalmente ou provocasse A, e este sacasse sua arma e neutralizasse B, A, não poderia alegar legítima defesa, uma vez que somente a agressão injusta abre a possibilidade ao agredido de se defender legitimamente nos limites legais, o mesmo não acontecendo com aquele que reage a uma provocação, devendo responder pelo seu dolo, haja visto que era possível tomar uma conduta diversa, como por exemplo ignorar e retirar-se do local a fim de evitar conflito.

2.2.3 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO (TERCEIROS)

Diante o elemento da defesa de direito próprio ou alheio, observa-se as possibilidades, de o agente não só defender a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima, como por exemplo em casos de parentesco ou amizade. Tais elementos são denominados legítima defesa própria e legítima defesa de terceiros.

Diante a legítima defesa de terceiros, Greco entende que:

O animus do agente é que deverá sobressair, a fim de que possamos saber se, efetivamente, agia com a finalidade de defender sua pessoa ou de auxiliar na defesa de terceiros. Dessa forma, destaca-se o elemento subjetivo da legítima defesa. (GRECO, 2023, p.406).

Neste sentido, conclui-se que a elementar da legítima defesa de terceiros baseia-se no animus do agente em agir em defesa do direito de terceiro, sabendo que incorreu em uma excludente de ilicitude, elemento subjetivo da legítima defesa. Desta forma, se o agente age sem tal consentimento, o mesmo não estará amparado por tal instituto.

Como por exemplo, suponhamos que A, percebendo que o seu maior inimigo B está prestes a matar alguém e, aproveitando-se desse fato, o elimina sem que tenha a vontade de agir na defesa de terceira pessoa, mesmo que tenha salvado a vida desta última, responderá pelo delito de homicídio, porque o elemento subjetivo exigido nas causas de justificação encontrava-se ausente, ou seja, querer agir na defesa de terceira pessoa. No caso em questão, a agressão injusta que era praticada pelo desafeto do agente contra terceira pessoa foi uma mera desculpa para que pudesse vir a causar a sua morte, não se aplicando a ele, portanto, a causa excludente da ilicitude.

Ainda neste contexto, em regra, não é necessário o consentimento do terceiro para que o agente aja em defesa de direito alheio quando se trata de direito indisponível, como por exemplo o direito à vida, conforme preconiza Guilherme de Souza Nucci: “ Tratando-se de bem indisponível, como a vida, é natural que o consentimento seja desnecessário.” (NUCCI, 2023, p.235).

Assim como toda regra, há uma exceção, e na legítima defesa de terceiros não seria diferente. Nesta modalidade de defesa, conforme preconiza Guilherme de Souza Nucci: “Caso se trate de algo disponível, como o patrimônio ou mesmo a integridade física, quando se tratar de lesões leves, parece-nos importante conseguir o consentimento da vítima, caso seja possível.” (NUCCI, 2023, p.235).

Diante o exposto, em regra, não há aplicabilidade de defesa de terceiros quando o bem for considerado disponível, uma vez que concluímos anteriormente que todos os bens são passíveis de ser legitimamente defendidos, com a ressalva feita aos bens jurídicos comunitários. Contudo, tal regra também sofre exceções quando o agente não defende bem ou interesse próprio, mas, sim, de terceira pessoa. Se for disponível, o bem de terceira pessoa, que está sendo objeto de ataque, o agente somente poderá intervir para defendê-lo com a autorização do seu titular. Caso contrário, sua intervenção será considerada ilegítima.

2.2.4 UTILIZAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

Diante tal elemento, considera-se meios necessários da legítima defesa, conforme preconiza Nucci em sua obra, como: “ Meios necessários são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante.” (NUCCI, 2023, p.237). Neste sentido, entende-se por meios necessários, no contexto da legítima defesa, como o enfrentamento da investida injusta, usando, para isso, os meios que possuir ao seu alcance, sejam eles quais forem, não se exigindo a fuga do agredido, tal como se faz no estado de necessidade, já que a agressão é injusta.

Na ótica de Roxin:

A necessidade da defesa não está vinculada à proporcionalidade entre o dano causado e o impedido. Assim, pois, quem somente pode escapar de uma surra apunhalando o agressor, exerce a defesa necessária e está justificado pela legítima defesa ainda que a lesão do bem jurídico causado pelo homicídio seja muito mais grave do que a que teria sido produzida pela surra. (ROXIN, 2006, p. 632).

Ainda neste contexto, é crucial, mencionar a correta ressalva feita por Bento de Faria, no sentido de que “em casos excepcionais, a fuga se impõe sem acarretar vergonha, mas, ao contrário, elevando os sentimentos de quem a pratica. Assim, o filho que, embora possa reagir, prefere fugir a agressão injusta de seu pai, para não matá-lo ou molestá-lo” (FARIA, 1961, p. 205).

Segundo Greco (GRECO, 2023, p.403), os princípios reitores, destinados à aferição da necessidade dos meios empregados pelo agente, são o da proporcionalidade e o da razoabilidade. A reação deve ser proporcional ao ataque, bem como deve ser razoável. Caso contrário, devemos descartar a necessidade do meio utilizado e, como consequência lógica, afastar a causa de exclusão da ilicitude. Neste sentido, conclui-se que quando o agente tiver à sua disposição vários meios aptos a ocasionar a repulsa à agressão, deverá sempre optar pelo menos gravoso, sob pena de considerarmos como desnecessário o meio por ele utilizado.

2.2.5 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA REAÇÃO

Quando se trata de moderação e proporcionalidade na defesa de uma injusta agressão, tem-se que o agente deva selecionar o meio mais adequado à repulsa, sendo preciso que, ao agir, o faça com moderação e proporcionalidade, sob pena de incorrer nos chamados excessos. Diante disso, conforme dito anteriormente, a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos de aferição da utilização dos meios necessários. Diante o exposto, nota-se que o ordenamento jurídico por meio destes instrumentos de aferição, tem por objetivo impedir que o agente, agindo inicialmente numa situação amparada pelo direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, ultrapassando aquilo que efetivamente seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.

Neste sentido, Assis Toledo preconiza que:

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo. (TOLEDO, 1984, p.204)

Diante o exposto e para um melhor entendimento, suponhamos que A esteja sendo agredido injustamente por B. Com a finalidade de fazer cessar a agressão, A saca uma pistola que trazia consigo e efetua oito disparos em direção a seu agressor. Mesmo atingido por oito vezes, o agressor ainda caminha em direção ao agente, pois os disparos não foram suficientes para fazê-lo parar. Somente no nono disparo é que o agressor é derrubado e a agressão cessada.

Neste contexto, para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é necessário que tenhamos um marco, qual seja, sendo neste o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada. Tudo o que fizer após esse marco será considerado excesso. Sendo assim, não é o número de golpes ou disparos, por exemplo, que caracteriza a imoderação, levando o agente a atuar em excesso, uma vez que para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente tenha de efetuar, mais de oito disparos, conforme o exemplo dado, sem que isso possa conceituar-se como uso imoderado de um meio necessário.

2.3 ESPÉCIES DE LEGITIMA DEFESA

2.3.1 LEGITIMA DEFESA REAL

Nas palavras de Greco:

Diz-se autêntica ou real a legítima defesa quando a situação de agressão injusta está efetivamente

ocorrendo no mundo concreto. Existe, realmente, uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais. (GRECO, 2023, p.398)

Neste sentido, entende-se por legítima defesa real como a efetiva neutralização de uma injusta agressão atual, em direito próprio ou alheio, utilizando-se o agente os meios necessários e disponíveis de forma proporcional e razoável, tendo ainda o agente o conhecimento de que age amparado pelo instituto legal, caso contrário, o mesmo não estará amparado pela excludente de ilicitude.

Para um melhor entendimento, suponhamos que A esteja saindo do mercado junto com sua família, quando de repente B, armado e de forma truculenta, os aborda a fim de roubar seus pertences. Ao concluir seu plano, B mira em direção de A e efetua diversos disparos, errando todos eles. De forma rápida, A saca uma arma e neutraliza B de forma imediata e ao conferir que B realmente fora neutralizado, A liga para as autoridades competentes.

No exemplo dado, observa-se que A de forma imediata sofrera uma injusta agressão a ter seus bens atingidos por B, agindo moderadamente e razoavelmente, tendo em vista que poderia ter alvejado B de imediato, em razão de como se deu o ato, porém, resolveu não o fazer uma vez que poderia tomar outra atitude, em um dos melhores cenários. Com a conclusão do objetivo de B, e a posterior escalada da situação, observa-se que A, utilizou-se dos meios necessários de forma razoável e proporcional, se igualando a B, tendo o pleno conhecimento de que agia em defesa própria e de sua família, assim neutralizando B, estando totalmente amparado pelo instituto da legítima defesa.

2.3.2 LEGITIMA DEFESA PUTATIVA

Nas palavras de Greco (GRECO, 2023, p.398), “Fala-se em legítima defesa putativa quando a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente.” Neste sentido, entende-se por legítima defesa putativa, como o cerceamento de uma iminente ou atual injusta agressão, em direito próprio ou alheio, utilizando-se o agente os meios necessários e disponíveis de forma proporcional e razoável, tendo ainda o agente o conhecimento de que age amparado pelo instituto legal, caso contrário, o mesmo não estará amparado pela excludente de ilicitude.

Para um melhor entendimento, suponhamos que A esteja saindo do mercado junto com sua família, ao anoitecer, quando de repente B, mal vestido e com uma pochete embaixo da blusa, causando certo volume na linha da cintura, os aborda truculentamente a fim de pedir dinheiro. Antes mesmo de B dar início a sua fala, o mesmo coloca a mão em direção a sua cintura e se aproxima truculentamente. De forma rápida, A saca uma arma e neutraliza B de forma imediata e ao conferir que B realmente fora neutralizado, A observa que embaixo da cintura havia apenas uma pochete.

No exemplo dado, observa-se que A, dentro do contexto em que se encontrava, ágil moderadamente e razoavelmente diante a eminente ameaça o qual sofreria em seu imaginário, tendo em vista que o ambiente e a maneira em que B o abordou, em seu imaginário reportou-se como uma ameaça eminente, não havendo outra forma de como agir sem que colocasse em perigo sua vida e de sua família, desta forma, observa-se que A encontra-se amparado pelo instituto da legítima defesa, uma vez que ágil entendendo estar amparado por tal instituto, dentro de todos os parâmetros legais, tomando por conhecimento de seu erro somente após ter neutralizado a ameaça.

2.3.3 LEGITIMA DEFESA SUCESSIVA

Conforme visto nos capítulos anteriores, para que se possa alegar a legítima defesa, se faz necessário que o agente atue nos exatos termos previstos pela lei, sem qualquer excesso. Neste sentido, a legítima defesa sucessiva baseia-se numa agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, porém que se transformou em agressão injusta quando incidiu no excesso, dando a aquele que viu repelida a sua agressão, considerada injusta inicialmente, o direito de agir amparado pelo instituto da legítima defesa. Neste contexto, Greco (GRECO, 2023, p.420), preconiza que “ nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial.”

Para um melhor entendimento, suponhamos que A, em uma partida de futebol entre amigos, injustamente, agride B. Este último, pretendendo se defender da agressão que estava sendo praticada contra sua pessoa, saca uma pistola e atira em A, fazendo-o cair na grama. Quando A já não esboçava qualquer possibilidade de continuar a agressão injusta por ele iniciada, B aponta a arma para A e ameaça atirar em sua cabeça. Nesse instante, quando B ia efetuar o disparo, já atuando em excesso doloso, A saca seu revólver e o neutraliza.

No caso apresentado, A, agiu em legítima defesa, uma vez que a agressão que seria praticada por B já não mais se encontrava amparada pela excludente da ilicitude prevista no art. 25 do Código Penal, uma vez que começaria a se exceder, e o excesso, como se percebe, é considerado uma agressão injusta, tendo em vista que o agredido passou a ser considerado agressor, em virtude de seu excesso.

2.3.4 LEGITIMA DEFESA RECÍPROCA

Quanto a aplicabilidade da legítima defesa recíproca e seu conceito, entende-se como aquela que ocorre quando não há injusta

agressão a ser repelida, uma vez que a conduta inicial do agente é ilícita. É a hipótese de legítima defesa contra legítima defesa, que não é admitida no nosso ordenamento jurídico. Nas palavras de Greco (GRECO, 2023, p.411), “Somente poderá ser aventada a hipótese de legítima defesa se um dos agentes agredir injustamente o outro, abrindo-se ao ofendido a possibilidade de defender-se legitimamente.”. Neste sentido, pelo fato de as duas agressões serem injustas, não se pode cogitar em legítima defesa, pois nesta hipótese, ambas as condutas são contrárias ao ordenamento jurídico. Pela simples leitura do art. 25 do Código Penal verificamos a total impossibilidade de ocorrer a chamada legítima defesa recíproca (autêntica versus autêntica).

Neste contexto, se o agente atua em legítima defesa, é porque há injustiça na agressão. O injusto agressor não pode, em seu favor, alegar legítima defesa se repelir o ataque lícito do agente. Para um melhor entendimento, um exemplo comum é o do agente que, pretendendo matar injustamente seu oponente, e à vista da lícita reação deste, defere-lhe tiros sob o pretexto de salvar sua vida.

2.3.4.1 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA VERSUS LEGÍTIMA DEFESA AUTÊNTICA (REAL)

Conforme exposto anteriormente, demonstra-se impossível a alegação de legítima defesa recíproca quando ocorre simultaneamente, duas agressões injustas, porém como toda regra, há uma exceção, diante a aplicabilidade de tal instituto, sendo ele aplicado na possibilidade de uma legítima defesa putativa e uma legítima defesa real.

Para um melhor entendimento, suponhamos que A ameaça seu vizinho B dizendo que o mataria assim que o encontrasse de uma próxima vez. B, amedrontado com a ameaça, adquire uma arma para sua defesa. Dias depois, A se encontra com B e, ao avistá-lo, leva uma das mãos à cintura, dando a entender que iria sacar uma arma, oportunidade em que B, supondo que seria morto por A, saca seu revólver e o aponta contra aquele e efetua o disparo. A, que naquela

oportunidade havia ido ao encontro de B para desculpar-se, e não para cumprir a promessa de morte, vendo que seria ferido ou morto por B, agora, realmente, saca a arma que trazia em sua jaqueta e atira neste último. Ambos saem feridos do fatídico encontro.

2.3.5 LEGÍTIMA DEFESA E ABERRATIO ICTUS

Quando se trata em erro de execução na aplicação do instituto da legítima defesa, deve se ter em mente que a mesma é perfeitamente viável, uma vez que o Art.73 do Código Penal diz que:

Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (BRASIL, 1940)

Neste sentido, observa-se que pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir uma agressão injusta, agindo com animus de defesa, acabe ferindo outra pessoa que não seja o seu agressor, ou até mesmo a ambos. Neste caso, embora tenha sido ferida ou mesmo morta outra pessoa que não o seu agressor, o resultado advindo da aberração no ataque (aberratio ictus) estará também amparado pela causa de justificação da legítima defesa, não podendo, outrossim, por ele responder criminalmente, conforme preconiza Greco (GRECO, 2023, p.420).

Diante o exposto, deve-se mencionar que, com relação ao terceiro inocente, permanece a responsabilidade civil do agente, conforme preleciona Assis Toledo, quando afirma:

Não se aplica, pois, ao terceiro inocente a norma do art. 65 do Código de Processo Penal, já que, quanto a ele, a lesão, apesar da absolvição do agente, não pode ser considerada um ilícito civil. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a exclusão da responsabilidade penal não impede a afirmação da responsabilidade civil, restrita é claro ao terceiro inocente. (TOLEDO,2002, p.199)

Deste ensinamento, pode se aduzir que se porventura, na defesa de uma injusta agressão, o agressor vier a sofrer danos, não lhe caberá o direito de pedir indenização contra aquele que, defendendo licitamente seu bem ou interesse, fazendo cessar a injusta agressão que era levada a efeito, e com sua atitude causou danos no agressor, porém, para aquele terceiro inocente em que lhe vier os resultados de efeito colateral deste ato de defesa, cabível é a reparação civil.

3. OS LIMITES DA LEGITIMA DEFESA

3.1 DAS MODALIDADES DE EXCESSO

Conforme visto nos capítulos anteriores, o instituto da legitima defesa encontra-se prevista no artigo 23 do Código Penal brasileiro, sendo caracterizada como uma excludente de antijuridicidade ou de ilicitude, entendida como uma defesa necessária diante uma injusta agressão, atual ou eminente, contra direito próprio ou alheio, pelos meios necessários de forma proporcional e razoável. Deste modo, quem atua em legitima defesa, não comete crime algum, uma vez que se trata de uma ação necessária contra uma injusta agressão, amparado pelo o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, quando o indivíduo age repelindo uma agressão injusta em favor de seu direito ou de outrem, o mesmo atua em substituição ao dever do Estado, o qual não consegue agir em vários lugares ao mesmo tempo, em razão de sua baixa efetividade diante

a grande proporcionalidade territorial. Desta forma, para que haja a substituição do dever estatal, deve o indivíduo agir dentro dos ditames legais, uma vez que ao praticar o exercício deste direito, o indivíduo pode incorrer em excesso, sendo por meio da repulsa imoderada, a possibilidade da inversão de papéis, tornando o lícito, ilícito.

Quando se fala em excesso, em especial no instituto da legítima defesa, se tem por raciocínio lógico um ato de um agente, inicialmente, agindo amparado por uma causa de justificação, ultrapassando, contudo, o limite permitido pela lei. Neste sentido, o excesso ocorre quando há diferença, para mais, entre as duas ações, ou seja, quando após o agente repelir a ação que estava sofrendo a contínua e passa dos limites necessários para sua defesa (NORONHA, 2001).

Conforme visto anteriormente, antes de se falar em excessos, deve-se observar se encontram-se presentes todos os requisitos exigidos pela legítima defesa, uma vez que a falta de algum destes, torna ilegítima a alegação de tal instituto. Segundo Greco, “deve-se ter em mente que o agente o fez, em um primeiro momento, amparado por uma causa de justificação, e, por fim, se ultrapassou o limite permitido pela lei. Em uma segunda análise está o animus que motivou esse ultrapassar.” (GRECO, 1999, p.321).

Como preleciona Cavaleiro de Ferreira, “ a legítima defesa constitui uma causa de justificação. O excesso de legítima defesa é um excesso ilegítimo de defesa. Subsiste, portanto, o crime que a legítima defesa não justifica.” (FERREIRA, 2010, p. 196)

Conforme descreve Greco (GRECO, 2023, p.414), geralmente, o excesso tem início depois de um marco fundamental, qual seja, o momento em que o agente, com a sua repulsa, fez cessar a agressão que contra ele era praticada. Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos. Os resultados que dizem respeito às condutas praticadas nos limites permitidos pela legítima defesa estão amparados por esta causa de justificação; os outros resultados que surgiram em virtude do excesso, por serem ilícitos, serão atribuídos ao agente, que por eles terá que ser responsabilizado.

Diante disso, mesmo que configurado o excesso no caso concreto, cabe ao magistrado se resguardando pelo acervo probatório para o justo julgamento, tanto de forma objetiva quanto subjetiva em relação a conduta praticada pelo indivíduo naquele momento, uma vez que ele pode ter cometido o excesso até de maneira acidental, não percebendo a gravidade de seus atos, a justificar sua ação em vista do momento psíquico em que se encontra. (DELMANTO, 2011, p. 177).

Portanto conclui-se que, deve o magistrado examinar minuciosamente toda a ação no caso concreto, uma vez que é absolutamente necessário para que seja determinar a ocorrência da legítima defesa, devendo ser verificada todas as circunstâncias da situação fática, quais sejam aspectos da vida pessoal do agente, sua personalidade, vivência social, educação e cultura, além dos requisitos da excludente, como a proporcionalidade e razoabilidade, para então assim chegar o mais próximo possível da justiça.

3.1.1 EXCESSO DOLOSO

De acordo com o art. 23, parágrafo único, do Código Penal, haveria apenas duas espécies de excesso, o doloso e o culposo. Entretanto, a doutrina acrescenta o excesso exculpante. Tratando-se do excesso doloso, Greco (GRECO, 2023, p.414) aduz que o mesmo ocorrerá quando o sujeito, depois de iniciar sua conduta defensiva, amparado pelo instituto da legítima defesa, agindo com vontade e consciência, ultrapassa os limites da conduta, almejando, dolosamente, um resultado antijurídico desnecessário ou não permitido por lei, com a finalidade de causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial, devendo então, responder pelo excesso doloso. (GRECO,1999, p. 321 - 325)

Para um melhor entendimento, suponhamos que A, dentro de um restaurante, é injustamente agredido por B, jogador profissional de futebol. Repelindo aquela agressão, A, fisicamente mais fraco, saca seu revólver e atira em B, que tomba com um ferimento no tórax. A,

agora, mesmo depois de ter interrompido a agressão que contra ele era cometida e sabendo que não mais poderia continuar a repulsa, diz a B: “A partir de hoje, você nunca mais jogará futebol!” – e efetua o segundo disparo no joelho esquerdo de B.

Diante o exemplo apresentado, observa-se que há prática de um excesso, especificamente o excesso doloso. O agente já tinha percebido que não havia mais qualquer ameaça de agressão à sua pessoa, porém agindo com vontade e conscientemente, quis causar uma lesão grave em seu agressor inicial, devendo responder por essa infração cometida em excesso.

Portanto, observa-se a aplicabilidade do excesso doloso quando de forma proposital e conscientemente, o agente ao se defender de uma injusta agressão, usa de um meio desproporcional, desnecessário ou o faz, aproveitando-se, conscientemente, de sua situação de defesa para imprimir contra o agressor lesão mais grave do que a necessária, agindo divergentemente à legítima defesa.

3.1.2 EXCESSO CULPOSO

Segundo Nucci (NUCCI, 2023, p.258), “ O excesso culposo é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão.” Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa. No contexto do excesso culposo, podem ser aplicadas, ainda, as mesmas regras atinentes aos erros de tipo e de proibição, neste último caso, quando o agente se equivoca quanto aos limites da excludente.

Para um melhor entendimento, suponhamos A, lutador profissional, começa, injustamente, a agredir B. Este último, agindo com animus de defesa, querendo fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, saca um revólver e atira em seu agressor, que cai, ferido gravemente. B, ainda supondo que A daria continuidade ao ataque, mesmo ferido, por avaliar erroneamente a situação de fato

em que estava envolvido, efetua o segundo disparo, quando já não se fazia mais necessário.

Diante o caso em questão, em primeiro momento, quando fez cessar a agressão, efetuando o disparo em direção a A, B, agiu amparado pela excludente da legítima defesa autêntica (ou real); no segundo momento, quando imaginou que ainda seria agredido por B, quando este já não esboçava qualquer possibilidade de continuar o ataque inicial, A atuou motivado por uma situação imaginária, que somente ocorria na sua cabeça, levando-o a agir em legítima defesa putativa.

Como a hipótese de legítima defesa putativa diz respeito a erro, deve-se aferir se o erro em que incorrera o agente era vencível ou invencível. Se invencível, será considerado isento de pena, conforme determina a primeira parte do § 1º do art. 20 do Código Penal; se vencível, embora tenha agido com dolo ao levar a efeito a conduta de atirar, responderá pelo resultado advindo dessa conduta com as penas correspondentes às de um crime culposos.

Diante o exposto, entende-se por excesso culposos como uma causa objetiva do crime, o qual ocorre em consequência de um erro vencível, com resultado mais grave que o necessário. Em suma, é resultante da culpa, isto por haver um erro de cálculo em relação à gravidade do perigo, ou mesmo sobre a intensidade reativa para evitá-lo, sendo o erro ligado à diligência de observação de um cidadão comum, agindo assim com culpa. Em outras palavras é aquele em que o agente atua de forma imprudente, a ação é por imprudência, mas sem o desejo do resultado. O resultado advém de conduta culposa.

3.1.3 EXCESSO EXCULPANTE

Segundo Nucci (NUCCI, 2023, p.258), “ Trata-se de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, onde essa modalidade é decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentados na inexigibilidade de conduta diversa.” De modo geral,

a modalidade de excesso intensivo ocorre quando o agente pratica um excesso também após a ação legítima, todavia, o agredido está num momento de extremo abalo psicológico/emocional.

Neste contexto, na precisa lição de Alberto Silva Franco:

A locução 'excesso exculpante' define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de penação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa, mas a uma atitude emocional do agredido. (FRANCO, 2007, p. 348)

Conclui-se que no excesso exculpante, o estado emocional em que se encontra envolvido o agente é tão grande que não lhe permite avaliá-la com perfeição, fazendo com que atue além do necessário para fazer cessar a agressão. Desta forma, esta sua perturbação mental o leva, em alguns casos, a afastar a culpabilidade. Diante a análise do caso concreto, deve o julgador observar atentamente ao caso, uma vez que, como regra, uma situação de agressão que justifique a defesa traz certa perturbação de espírito, natural para aquela situação. Sendo assim, diante ao caso concreto, haja visto os requisitos desta exculpante, se faz necessária a rigorosa avaliação de tais sentimentos, sendo requisito que estes sejam exacerbados a ponto de não permitirem um raciocínio sobre a situação em que estava envolvendo o agente, o qual posteriormente terá por consequência a exclusão de sua culpabilidade, sob a alegação do excesso exculpante.

3.1.1.1 EXCESSO INTENSIVO E EXTENSIVO

Com a conseqüente distinção entre o excesso doloso e o culposo, observa-se a clara evidencia dos meios intensivos e extensivos nas espécies de excesso. Nas palavras de Greco, poderíamos diferenciar as duas modalidades de excesso da seguinte forma:

há excesso intensivo se o agente, durante a repulsa à agressão injusta, intensifica-a imoderadamente, quando, na verdade, para fazer cessar aquela agressão, poderia ter atuado de forma menos lesiva; o excesso extensivo ocorre quando o agente, tendo atuado nos limites impostos pela legítima defesa, depois de ter feito cessar a agressão, dá continuidade à repulsa praticando, assim, neste segundo momento, uma conduta ilícita. (GRECO, 2023, p.417)

Em outras palavras, entende-se por excesso extensivo, como aquele em que o agente erra na continuidade da agressão, portanto, ele continua agredindo após cessar a injusta agressão, ou seja, ocorre um excesso após o início da ação legítima. Já o excesso intensivo, aborda a questão da intensidade dos meios utilizados, onde há uma desproporcionalidade, para reagir à injusta agressão.

A título de exemplo, suponhamos que alguém, ao ser atacado por outrem, em razão do nervosismo em que se viu envolvido, espanca o seu ofensor até a morte, pois não conseguia parar de agredi-lo, como o fato ocorreu numa relação de contexto, ou seja, não foi cessada a agressão para, posteriormente, decidir-se por continuar a repulsa, o excesso, aqui, será considerado intensivo. (GRECO, 2023, p.417)

Neste sentido, caso alguém tenha sido injustamente agredido, e repele essa injusta agressão, e mesmo depois de perceber que o agressor havia cessado o ataque, pois a sua defesa fora totalmente eficaz, e resolve prosseguir com os golpes, pelo fato de não mais

existir agressão que permita tal repulsa, o excesso será denominado extensivo.

3.1.1.2 EXCESSO CAUSAL OU CRASSO

Quanto ao excesso crasso, conhecido também por excesso causal, nas palavras de Greco é quando há “inferioridade do valor do bem ou interesse defendido, em confronto com o atingido pela repulsa.” (GRECO, 2023, p. 468). Em outras palavras, é quando o agente sequer está em legítima defesa, ou seja, o excesso é completamente absurdo e configura ilícito desde o início.

A título de exemplo, suponhamos que A, proprietário de uma mercearia, o qual vinha sofrendo grande quantidade de furtos no mês, cansado de ser furtado, adquiriu uma espingarda cartucheira. Em certo dia, ao ver duas crianças se aproximando do caixa, onde era armazenado diversos tipos de doces, A, ficou certo período observando a atitude suspeita de ambas. Após certo período, arriscando a serem pegos no flagra, as duas crianças decidiram pegar alguns doces e saírem correndo, ao fazerem, A, proprietário do estabelecimento saca a espingarda, o qual tinha comprado para repelir os furtos que vinha sofrendo e dispara contra as crianças.

Assim sendo, não se há dúvidas de que todos os bens são passíveis de defesa quando atacados por outrem. Contudo, essa afirmação não pode nos levar a situações absurdas, igual a abordada no exemplo. Diante ao caso em questão, a primeiro questionamento a ser feito é se o bem poderia ser legitimamente defendido pelo agente? O segundo questionamento a ser feito, é se o bem a ser protegido é, inferior ao atingido com a repulsa? Com relação à primeira indagação, conforme abordado inicialmente, todos os bens são passíveis de proteção, mesmo de ínfimo valor, desde que atendido os requisitos exigidos pela excludente. Entretanto, o bem ofendido com a repulsa do agente era infinitamente maior do que aquele a que visava proteger. Sendo assim, em situações como essas ocorrerá o excesso na causa, fazendo

com que o agente responda pelo resultado, tendo em vista a gritante desproporção entre o bem ou interesse que se quer proteger em confronto com aquele atingido pela repulsa.

3.1.1.3 EXCESSO ACIDENTAL

Tratando-se da modalidade acidental, nas palavras de Nucci:

É o exagero que decorre do caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar onexo causal. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente acidental. Não se pode dizer ter havido moderação na defesa, pois o dano provocado no agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito. (NUCCI, 2023, p.258).

Neste sentido, considera-se excesso acidental quando o agente ao se defender de agressão injusta comete o excesso de forma acidental. Nessa hipótese não há moderação, uma vez que a reação excedeu o necessário para impedir o ataque. Entretanto, o excesso cometido está relacionado ao caso fortuito.

Sobre essa modalidade, Nucci menciona o seguinte exemplo:

Exemplo: disparos de arma de fogo são dados contra o autor de uma agressão, que cai sobre um gramado, sobrevivendo. Os mesmos disparos podem ser desferidos e o agressor cair sobre o asfalto, batendo a cabeça na guia, situação que, associada aos tiros sofridos, resulta na sua morte. (NUCCI, 2023, p. 258)

No exemplo apresentado pelo doutrinador, é provável que o juiz entenda que houve excesso apenas na segunda situação, em razão do evento morte. Contudo, esse excesso seria acidental, em virtude da

presença do caso fortuito, sendo um excesso penalmente irrelevante em que o agente não responderia por dolo ou culpa.

3.2 OFENDÍCULOS

Com as espécies de legítima defesa e seus excessos, observa-se grande divergência doutrinária sobre a natureza jurídica dos ofendículos, havendo três posições. Sendo a primeira caracterizada pela configuração do exercício regular do direito, sob o prisma de que os obstáculos instalados constituem o uso legítimo de um direito. Já a segunda posição, caracteriza-se pela configuração da chamada legítima defesa preordenada, sendo entendido que o aparato instalado é colocado em uma propriedade para que funcione quando o bem fosse invadido ou violado contra a vontade do morador. Já a terceira teoria, a adotada pelo ordenamento jurídico, diz respeito a junção das teorias anteriores, onde diante a instalação de tais obstáculos, concretiza-se o uso legítimo de um direito, e quanto ao seu funcionamento ou a efetiva defesa, concretiza-se o uso do instituto da legítima defesa, uma vez que há uma injusta agressão ou violação do bem por parte do agressor.

Diante tal divergência, por conseguinte, se faz necessário a apresentação do conceito doutrinário da legítima defesa preordenada, sendo ela uma defesa antecipada a uma agressão injusta, futura e certa. Conhecida também como legítima defesa prévia, predisposta ou preventiva. Este instituto não está elencado ao ordenamento jurídico, considerando-se uma excludente de ilicitude supralegal. Como requisito, a mesma requer que a agressão sofrida seja humana, sendo o instrumento utilizado para defender este ataque, não necessariamente de força humana, podendo ser outro instrumento.

Entendido o conceito de legítima defesa preordenada, se faz necessária a conceituação de ofendículos, que nas palavras de Mirabete são:

São aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros etc.) visíveis e a que estão equiparados os ‘meios mecânicos’ ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos etc.). (MIRABETE, 2021 p.190)

Neste sentido, entende-se por ofendículos, como obstáculos ou impedimentos colocados em grande parte para proteger um patrimônio. Em outras palavras, são aparatos utilizados para proteger o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça, como por exemplo, cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, corrente elétrica na cerca, luzes de presença e sistemas de segurança que automaticamente fecham portas.

Quanto a divergência doutrinária, cinge-se a natureza jurídica do meio utilizado, havendo duas posições, conforme preconiza Nucci, (NUCCI, 2023, p.241):

a) exercício regular de direito, sob a ótica de que os obstáculos instalados na propriedade constituem o uso legítimo de um direito. Enfoca-se, com isso, o momento de instalação do ofendículo e não de seu funcionamento, que é sempre futuro.

Aliás, como alerta Marcello Jardim Linhares, quando a armadilha entra em ação, não mais está funcionando o homem, motivo pelo qual não se pode admitir esteja ocorrendo uma situação de legítima defesa, mas sim de exercício de direito. E mesmo quando atinja um inocente, como uma criança que se fira em pontas de lança de um muro, atua o exercício de direito, pois não se pode considerar uma reação contra quem não está agredindo (Estrito cumprimento de dever legal – Exercício regular de direito, p. 256-257). Assim: Bento de Faria (Código Penal brasileiro comentado, v. 2, p. 217), Aníbal Bruno (Direito penal, t. 2, p. 9),

Mirabete (Manual de direito penal, v. I, p. 187), Jair Leonardo Lopes (Curso de direito penal – Parte geral, p. 142), Paulo José da Costa Jr. (Direito penal – Curso completo, p. 105), Bustos Ramírez, Obras completas, v. I, p. 927;

b) legítima defesa preordenada, voltando-se os olhos para o instante de funcionamento do obstáculo, que ocorre quando o infrator busca lesionar algum interesse ou bem jurídico protegido.” Posicionamo-nos nesse sentido, como o fazem Hungria (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 293), Noronha (Direito penal – Parte geral, p. 197), Assis Toledo (Princípios básicos de direito penal, p. 206), Frederico Marques (Tratado de direito penal, v. II, p. 151), Flávio Augusto Monteiro de Barros (Direito penal – Parte geral, p. 307); Fernando de Almeida Pedroso (Direito Penal – Parte geral, p. 372); Jiménez de Asúa (Lecciones de derecho penal, p. 193).

Diante de tal explanação, conclui-se que na primeira posição envolve o momento de instalação, montagem ou inserção do ofendículo na propriedade, afirmando ser direito do seu detentor. Sem dúvida, colocar cercas, pontas de lança, fechaduras e cães agressivos é direito do proprietário se tais barreiras restarem inertes. Elas seriam pouco mais que um elemento decorativo. Entretanto, no exato instante em que uma delas atinge um ser humano, ferindo-o, já se está distante do exercício regular de direito, uma vez que o ordenamento jurídico não dispõem diretamente o direito de ferir alguém . Quando a situação danosa emerge no presente, segundo nos parece, o que está acontecendo diz respeito a uma reação preordenada ou programada contra agressão injusta a direito próprio, sendo considerando-se uma típica legítima defesa.

Além dos aparelhos e instrumentos destinados à proteção dos bens, considera-se, também, como ofendículos a utilização de cães ou de outros animais de guarda. Finalizada conceituação e a apresentação da divergência doutrinária, observa-se que independentemente de sua

natureza jurídica, isto é, se tratados como espécie de legítima defesa preordenada, ou se analisados como exercício regular de direito, o fato é que os ofendículos são aceitos pelo nosso ordenamento jurídico. Contudo, embora aceitos, deverá o agente tomar certas precauções na utilização desses instrumentos, sob pena de responder pelos resultados dela advindos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratando-se da temática da legítima defesa, foco deste trabalho, assunto amplamente discutido por diversos doutrinadores, observa-se sua grande importância para o Direito Penal Brasileiro, uma vez que o Brasil é palco de elevados índices de violência.

Neste sentido, demonstra-se inquestionável a importância do estudo e análise deste importantíssimo instituto, uma vez que o mesmo protege qualquer bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, sendo abrangido desde o patrimônio à vida, sendo qualquer pessoa sujeita a ele, seja ela como autor ou como vítima. Conforme preconizado neste estudo, tal instituto trata-se de uma excludente de ilicitude, que se dá em razão do Estado não possuir garantia suficiente para prover a plena segurança pública da população, sendo assim, cria-se mecanismos de modo a dificultar ações ilícitas, promovendo aparatos que permitam ao indivíduo se defender sem que necessite da ação direta por parte do Estado, não sendo considerada a terceirização do poder estatal, mas sim o pleno exercício de um direito.

O Código Penal brasileiro, mais precisamente em seu artigo 23, discorre sobre as excludentes de ilicitude, trazendo em seu texto que não comete crime, o sujeito que atua em qualquer modalidade das excludentes de antijuridicidade, desde que atendido os seus requisitos, sendo a legítima defesa palco do atual estudo. Ainda neste contexto, no artigo 25 deste mesmo código, o legislador cuidou por especificar que quem encontra-se diante uma agressão injusta, atual ou eminente, valendo-se moderadamente dos mecanismos necessários a seu próprio direito ou de terceiros, encontra-se amparado pela excludente

de ilicitude da legítima defesa. Sendo ainda, analisado no atual estudo que, para que haja o efetivo amparo por este instituto, se faz necessário que o agente aja com consciência, animus e a vontade de praticar tal conduta, pois não sendo atendido este importante requisito subjetivo, bem como qualquer outro requisito objetivo, não haverá a justificação e exclusão da ilicitude.

Ainda neste estudo, fora aduzido as modalidades e espécies de excesso, dentro do instituto da legítima defesa e suas consequências, valendo ressaltar que, conforme dispõe o artigo 23 do CP, parágrafo único, se impõe a possibilidade de o sujeito que se exceder dentro de qualquer uma das hipóteses, seja de forma culposa ou dolosa, de maneira extensiva ou intensiva, além das espécies e modalidades trazidas pela doutrina, como por exemplo o excesso exculpante, devendo responder penalmente por esse excesso. Ainda neste estudo, fora discorrido sobre a figura dos ofendículos, aparatos utilizados por pessoas para proteção residencial ou patrimonial, sendo um assunto de grande divergência entre os doutrinadores, onde uma parte entende pela aplicabilidade destes instrumentos como e no exercício regular de um direito e, outra parte, entende como forma de legítima defesa, sendo a teoria terciária adotada, o qual dispõem que momento da instalação demonstra-se tratar de um exercício regular de um direito, sendo no momento da sua efetiva utilização ou defesa do patrimônio, a sua demonstração na forma de legítima defesa.

Por fim, conclui-se que o objetivo deste trabalho é complexo e necessita de muita cautela, pois é necessário o preenchimento de inúmeros requisitos, sendo eles objetivos e subjetivos, para que se configure a aplicação deste instituto. Sendo assim, tratando-se deste importantíssimo instituto, se faz necessária a minuciosa análise do caso em questão, para que haja a correta aplicação deste instituto, sendo ele um benefício para o agente que se encontra em uma determinada situação, o qual somente poderá ser invocada tão somente quando estabelecidos todos pressupostos mencionados.

O estudo em questão fora feito de modo aprofundado para alcançar o pressuposto das espécies mais comuns de legítima defesa,

trazendo em seu conteúdo diversas explicações, conceitos e discussões de grandes doutrinadores da área penal, bem como ricos exemplos, sendo salientado ainda a importância de o julgador fundamentar sua decisão, diante a cada caso concreto, sempre em conformidade com a análise do acervo probatório e pela perspectiva do agente que está respaldado pela legítima defesa, observando ainda a importância dos fatos quando houver qualquer tipo de excesso.

Deste modo, concluímos que a legítima defesa desempenha um papel crucial na justiça criminal, ao permitir que indivíduos se protejam em situações de risco legítimo, evitando punições injustas para aqueles que agem em autodefesa, diante a ineficácia estatal. No entanto, é fundamental que a interpretação e a aplicação da legítima defesa sejam feitas de maneira responsável, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, de maneira indireta, a pesquisa demonstra a importância da educação e conscientização sobre a legítima defesa, tanto para os cidadãos quanto para as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei, a fim de garantir que esse princípio seja aplicado de maneira justa e equitativa, sendo a legítima defesa, quando usada adequadamente, de grande valia para contribuir com a segurança e a proteção dos indivíduos, mantendo o equilíbrio entre a necessidade de autodefesa e a preservação da ordem pública.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO FILHO, José Hygino De Azevedo Filho, **Do Excesso Na Legítima Defesa**. 48 f. – Brasília- DF – Centro Universitário De Brasília - UNICEUB - Monografia. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Definição das excludentes de ilicitude. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, Antônio Bento de Faria. **Código Penal brasileiro comentado**, v. 2. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal – Parte geral**. Coimbra: Almedina, 2010.

GRECO, Rogério Greco. **Curso de direito penal: artigos 1º a 120 do código penal**. 25. ed. Barueri - SP: Atlas, 2023.

GRECO, Rogério Greco. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999

JUS. DISCUSSÕES SOBRE A LEGÍTIMA DEFESA PRÉ ORDENADA. **Acesso em:** <https://jus.com.br/artigos/104663/discussoes-sobre-a-legitima-defesa-pre-ordenada>.

JUSBRASIL. O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA | JUSBRASIL. **Acesso em:** <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-excesso-na-legitima-defesa/729355759>

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal – Parte general**. Barcelona: Ariel, 1962.

MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. Coimbra: Almedina, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal – Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2021

MIRANDA, Caio Miranda Da Cruz, **A Legítima Defesa**. 38 f. – São Paulo - Universidade São Judas Tadeu – USJT – Monografia. 2022.

NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal : Volume Único** - 19. ed.- Rio de Janeiro : Forense, 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus Roxin, Derecho Penal. Parte General. **La Estructura De La Teoría Del Delito**. Thomson Avitas – 2006

RESUMO ILICITUDE - DIREITO PENAL I.**Acesso em:** <https://www.passeidireto.com/arquivo/51490715/resumo-ilicitude>

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Imprensa: Curitiba, ICPC, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial** – Parte geral. Cidade: Revista Dos Tribunais; 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (tjdft.jus.br)- **Acesso em:** <https://www.tjdft.jus.br/consultas/>

jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/excesso

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude Penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ANÁLISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA: INCLUSÃO DO HOMEM COMO SEU BENEFICIÁRIO

*Felipe Areamiro Franklin Teles de Mesquita*²³

*Marcelo Pereira Cruvinel*²⁴

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar, de maneira crítica, as Medidas Protetivas de Urgência (MPUs), um aparente mecanismo de proteção em prol das mulheres, instituído pela Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, bem como de criticar a exclusão do homem como seu beneficiário. Em proêmio, é oferecida uma breve retrospectiva histórica da violência contra a mulher no Brasil. Em sequência, promove-se uma conjuntura histórica da Lei nº 11.340/2006, inclusive com abordagem aos diferentes tipos de violência doméstica e familiar definidos por essa legislação. Adiante, através de transcrições de relatos, o trabalho destaca versões que questionam tanto a eficácia das MPUs quanto a narrativa comum das agressões à Sra. Maria da Penha – é retratada a versão do suposto agressor, o Sr. Marco Antonio Heredia Viveros. Na última seção, por meio de dados, são apresentadas críticas em relação à (in)eficácia das Medidas Protetivas de Urgência, as inseguranças jurídicas que podem surgir com elas e a necessidade de incluir o homem como seu beneficiário. Em derradeiro, é feita uma correlação entre as MPUS e os princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Medidas Protetivas de Urgência. Lei Maria da Penha. Violência contra a mulher. Inseguranças Jurídicas.

23 Advogado. Graduado em Direito pelo Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia – UNIEURO. Pós-graduando Lato Sensu em Direito Imobiliário pela Legale.

24 Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela AVM. Historiador. Servidor Público Federal. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

Este estudo apresentará um tema do Direito Penal cuja perspectiva é regularmente negligenciada pela mídia, autoridades legislativas e judiciárias, que consiste na análise crítica da aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha, com menção à inclusão do homem como seu beneficiário.

Considerada a ferramenta primordial no enfrentamento e prevenção da violência doméstica, a Lei Maria da Penha apresenta uma série de medidas protetivas que ser aplicadas pelo juiz quando constatada a ocorrência de alguma previsão legal. Tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público desempenham papéis na concessão dessas medidas, que visam assegurar às mulheres o desfrute de seus direitos fundamentais livres de qualquer forma de violência doméstica. Acontece que os homens, apesar de também sofrerem a mesma violência, não gozam de tal prerrogativa.

Diante a existência de contenda referente a esta legislação, mormente por ir contra princípios e direitos fundamentais, como da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, do devido processo legal, e da dignidade da pessoa humana, expõe-se a fragilidade destes predicados legais que também são dos homens. A polêmica exsurge justamente por se tratar de violência doméstica, realidade cada vez mais repudiada pela sociedade, assim, ao se abordar aspectos negativos dessa lei acaba por suscitar conflitos.

Outra contribuição para essa falta de tolerância às críticas é a falsa acepção difundida de que só mulheres são vítimas de violência doméstica e familiar, enquanto homens raramente experimentam esse mal. Perpetrada essa narrativa na coletividade, facilitou-se o surgimento da lei, ainda que misândrica, cujo condão punitivo alcança todos os acusados, independentemente da existência de provas ou de culpa.

No presente trabalho, pretende-se responder à seguinte problemática: se é razoável privar os homens do acesso às MPUs e

retirar suas garantias constitucionais, a fim de que apenas as mulheres se beneficiem desse dispositivo legal no combate à violência doméstica.

A relevância acadêmica deste estudo reside em apurar os substanciais impactos causados pelas Medidas Protetivas de Urgência e na consideração de como sua delimitação sexista coloca os direitos inerentes aos homens em uma posição secundária, o que deveria ser considerado inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral desse trabalho será criticar a (in)eficácia das Medidas Protetivas de Urgência.

Condizente aos objetivos específicos, estes serão aventados nos respectivos capítulos, traçando uma linha detalhada de cada aspecto proposto. Por conseguinte, no primeiro capítulo o objetivo é enfatizar a parte histórica da Lei nº 11.340/06, a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, os tipos de violência previstos na Lei Maria da Penha, as causas e fatores de risco dessa violência e, por fim, sua repercussão.

Já no segundo capítulo o objetivo é demonstrar uma ótica mais direcionada às Medidas Protetivas de Urgência, sua definição, os tipos de MPUs vigentes, as alterações trazidas pela Lei nº 14.550/23, e o intuito da aplicação destas medidas.

O terceiro capítulo tem como objetivo explicar acerca do uso indevido das Medidas Protetivas de Urgência, inclusive com a versão do ex-marido de Maria da Penha Maia Fernandes, que sustenta, até hoje, ser inocente.

O quarto e último capítulo vem para criticar a (in)eficácia das Medidas Protetivas de Urgência, bem como a inobservância de princípios constitucionais, conjectura fática que afasta do homem seus direitos e princípios mais básicos.

Com o desiderato de alcançar os objetivos delineados, este trabalho adotará o método de pesquisa dedutivo. O método dedutivo parte de uma generalização e dados concretos para, daí, apresentar concepções próprias. Para estudo das Medidas Protetivas de Urgência serão utilizados os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ambos detalhados no Anuário

Brasileiro de Segurança Pública de 2022. A pesquisa bibliográfica que embasará tal abordagem implica no exame de doutrinas, artigos, publicações, relatos, leis e a interpretação de dados já existentes. Dessa forma a construção lógica e embasada deste trabalho será devidamente estruturada.

Oportunamente, será empreendido um estudo acerca da (in) eficácia das Medidas Protetivas de Urgência como mecanismo coercitivo no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. Para isso, serão utilizados dados fornecidos pelo CNJ com o intuito de evidenciar o aumento nos casos de violência doméstica. Concomitante, serão enfatizadas informações do Fórum Brasileiro de Segurança Pública que destacam o crescimento do número de MPUs em cotejo ao alarmante aumento nos casos de feminicídio.

Em suma, não serão menosprezados os genuínos progressos trazidos pela Lei Maria da Penha e pelas MPUs. Contudo, será arrazoada a inafastabilidade de uma discussão mais aprofundada e uma proteção legal mais robusta para as mulheres, pois a vigente não é efetiva, além da necessidade de incluir o homem como vítima de violência doméstica.

1. ASPECTOS DA LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/06

1.1 CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha foi instituída com o propósito fundamental de coibir atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste viés, possui dispositivos para salvaguardar a integridade física e psicológica do grupo feminino. É notável salientar a intenção desse preceito legal, bem como das Medidas Protetivas de Urgência, pois buscam proteger as mulheres da crescente onda de violência perpetrada no âmbito familiar e doméstico.

Para compreender a dimensão e contexto da lei em questão, é imprescindível versar, ainda que brevemente, a história da mulher

considerada o símbolo de luta por uma vida livre de violência. A nomenclatura utilizada para batizar a Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, foi adotada para homenagear a farmacêutica bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, agredida durante muitos anos pelo marido, que em duas ocasiões no ano de 1983, tentou assassiná-la. No primeiro caso, o agressor utilizou uma arma de fogo e disparou enquanto ela dormia; o projétil acertou suas costas e ocasionou paraplegia. Passados quatro meses, houve o segundo incidente: quando Maria da Penha retornou para casa, depois de realizar tratamentos e cirurgias, o criminoso recorreu à eletrocussão para tentar matá-la enquanto tomava banho. (FERNANDES, 2012, p. 175).

Cabe esclarecer que o Instituto Maria da Penha aborda o relacionamento inicial da vítima e do seu agressor da seguinte maneira:

Maria da Penha conheceu Marco Antônio Heredia Viveros, colombiano, quando estava cursando o mestrado na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo em 1974. À época, ele fazia os seus estudos de pós-graduação em Economia na mesma instituição. Naquele ano, eles começaram a namorar, e Marco Antônio demonstrava ser muito amável, educado e solidário com todos à sua volta. O casamento aconteceu em 1976. Após o nascimento da primeira filha e da finalização do mestrado de Maria da Penha, eles se mudaram para Fortaleza, onde nasceram as outras duas filhas do casal. Foi a partir desse momento que essa história mudou. (IMP, 2023)

Dezenove anos e seis meses do martírio, a justiça finalmente se pronunciou com dois julgamentos distintos e, conseqüentemente, duas sentenças aplicadas. Na primeira, prolatada oito anos após o crime, o agressor foi condenado a quinze anos de prisão, todavia, com os recursos interpostos pela defesa, conseguiu sair em liberdade.

Em 1996, foi realizado o segundo julgamento, que culminou com a sentença de dez anos e seis meses de prisão, contudo, frente às alegações de irregularidades processuais, não houve seu cumprimento. (FERNANDES, 2012, p.175).

Frente a leniência da lei aplicada à época, em 1998, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) formularam denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

O Brasil, em meio da contenda judicial de escala internacional que envolvia sérias questões de violações a direitos humanos e deveres protegidos por acordos assinados pelo próprio Estado brasileiro, optou por se manter silente ao longo do processo. Apenas em 2001, após a recepção de quatro ofícios da CIDH/OEA, entre 1998 e 2001, nos quais não se manifestou frente às denúncias, o país foi imputado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra mulheres em seu território. (IMP, 2023).

Superado o enredo relatado, verificou-se a necessidade de enquadrar a violência sofrida por Maria da Penha como direcionada à mulher, em razão do gênero, ou seja, essa característica fortalece a recorrência da violência e escancara e impunidade dos ofensores.

Entre 2002 e o ano da criação da Lei n° 11.340/06, foram criadas ONGs e Centros de Apoio Feministas com intenção de auxiliar mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. (IMP, 2023).

Após o Projeto de Lei, que contou com a realização de “audiências públicas, consultas, convenções, seminários, fóruns de debates, com ampla participação da sociedade civil, a partir de encontros em todas as unidades da federação” (CHAKIAN, 2020, p.259), ser aprovado por unanimidade nas Casas do Congresso Nacional, ainda no início de agosto de 2006, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei n° 11.340.

1.2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL

1.2.1 O CONCEITO DE VIOLÊNCIA

A violência pode ser conceituada como um impulso de fúria cujo objetivo é subjugar uma terceira pessoa a vontade do agressor, assim denominado porque toda violência constitui uma forma de agressão, haja vista atingir a integridade física e/ou psicológica. Ressalta-se que a violência pode se manifestar de diversas formas, das mais severas, como agressões físicas (chutes, socos etc.), até as mais sutis, como a violência psicológica e emocional (intimidação, humilhação etc.). Conforme o historiador francês Muchembled (2012, p.7):

Tendo surgido no início do século XIII em francês, a palavra “violência”, que deriva do latim vis, designando a “força” ou o “vigor”, caracteriza um ser humano com um caráter colérico e brutal. Ela define, também, uma relação de força visando a submeter ou a constringer outrem. Nos séculos seguintes, a civilização ocidental lhe conferiu um lugar fundamental, seja para denunciar profundamente seus excessos [...], e caracterizá-la como legítima, para validar a ação do cavaleiro, que derrama o sangue para defender a viúva e o órfão, ou tornar lícitas guerras justas mantidas pelos reis cristãos contra os infiéis, os provocadores de tumultos e os inimigos do príncipe.

Essa força agressora pode ser direcionada a pessoas, entidades, instituições, objetos, enfim, existe uma infinidade de vítimas. Entretanto, nessa etapa do trabalho nossa atenção estará direcionada na violência praticada contra a mulher, especialmente no ambiente doméstico familiar.

1.2.2 A SUJEIÇÃO DA MULHER NO RELACIONAMENTO ABUSIVO

Dentre os aspectos da violência doméstica e familiar contra a mulher, destaca-se a sujeição (ir)racional de algumas mulheres aos atos de agressividade. Essa atitude contestável está relacionada à insegurança que muitas mulheres enfrentam devido a fatores emocionais, financeiros, entre outros, que as levam a não procurar o amparo legal. A advogada e ex-magistrada Maria Berenice Dias (2018, p.25) aduz:

[...] Talvez o mais terrível deles seja: “mulher gosta de apanhar”. Trata-se de uma ideia enganosa, certamente gerada pela dificuldade que a vítima tem de denunciar seu agressor. Seja por medo, por vergonha, seja por não ter para onde ir, ou receio de não conseguir se manter sozinha e sustentar os filhos. O fato é que a mulher resiste em buscar a punição de quem ama ou, ao menos, amou um dia.

Mister ressaltar que o agressor não é o responsável exclusivo pela violência, pois a sociedade cultua princípios impulsadores e que acobertam esta prática abominável.

O respeito à intimidade conjugal pode ser uma explicação para essa tolerância social, pois as pessoas não costumam se intrometer em brigas de casal. Como a discussão de relacionamento é normal aos casais, e os envolvidos geralmente permanecem juntos após a desavença, é formado um “acordo coletivo” que é firmado e assegurado tacitamente, com desígnio de encobrir, e até mesmo negar, esses episódios tão corriqueiros de violência.

A ideia da família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez que a violência se tornasse invisível, protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um verdadeiro

pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de um freio só faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação, a agressividade é exacerbada. Para conseguir dominar, para manter a submissão, as formas de violência se multiplicam. (DIAS, 2018, p.30).

Do excerto supracitado, na parte “o homem testa seus limites de dominação”, entende-se que a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, costuma ignorar sinais que antecedem as agressões e, inclusive, procura justificar as atitudes do companheiro. Pode acontecer dela se afastar dos amigos, familiares e deixar de trabalhar para agradar o agressor. Após o cometimento da violência, o causador das agressões transporece um falso arrependimento que, cumulado com pseudo promessas de mudanças, desperta na vítima uma atitude de complacência que renovará o ciclo de agressões.

Uma perspectiva comumente ignorada é da formação social do homem. Desde a tenra idade, o homem é ensinado a ser forte, corajoso, não demonstrar emoções e saber lidar sozinho com seus sentimentos. Acontece que essas imposições acabam por embrutecer os meninos que, ao crescerem, poderão se tornar agressores como reflexo dos ensinamentos anteriormente aplicados.

Nessa prospeção, surge uma curiosa dicotomia: na sociedade brasileira, a figura imbuída pela criação e educação dos filhos é, principalmente, a materna. Portanto, muitos agressores foram criados por mulheres.

A socialização dos filhos, por exemplo, constitui tarefa tradicionalmente atribuída às mulheres. Mesmo quando a mulher desempenha uma função remunerada fora do lar, continua a ser

responsabilizada pela tarefa de preparar as gerações mais jovens para a vida adulta.” (SAFFIOTI, 1987, p. 8).

O intuito dessa exposição não é delegar às potenciais vítimas o encargo das agressões, porém, serve para evidenciar que até elas têm certa participação na formação dos agressores, visto a criação e convivência cotidiana entre homens e mulheres, facto que resulta em uma troca de influências.

1.3 TIPOS DE VIOLÊNCIA PREVISTOS NA LEI MARIA DA PENHA

Antes de adentrar nos tipos de violência elencados na legislação específica em apreço, insta versar, dentro da perspectiva legal, a respeito do que é considerado violência doméstica e familiar contra a mulher. Para o intento, é indispensável apresentar o artigo 5º da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Ao visar o coeso entendimento do texto legal, é fundamental abordá-lo de maneira pormenorizada. Do enunciado do artigo 5º, percebe-se que a violência, advinda de conduta comissiva ou omissiva, deverá acometer pessoa do gênero feminino. Esse fato gera uma celeuma discutida por muitos pesquisadores, dentre eles a Metrada Rosa Benites Pelicani:

A Lei Maria da Penha consagra, em verdade, políticas públicas de proteção à vítima da violência doméstica e familiar, nas relações íntimas de afeto, no convívio da família e no âmbito da unidade doméstica (art. 5º). Não há, portanto, conexão lógica à limitação de a vítima ser apenas a mulher quando, em verdade, também o homem pode ser vítima da violência doméstica e familiar. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá infringência constitucional. Insista-se que ambos – homem ou mulher – podem ser vítimas da violência doméstica e familiar. Portanto, situações idênticas que os coloca em posição de igualdade a merecer tratamento igual. Melhor seria a proteção ao cônjuge e ao companheiro, sem especificar homem ou mulher. (PELICANI, 2007, p. 259-260)

Em seguida, o inciso “I” define e delimita a unidade doméstica, isto é, o espaço abrangido pela normativa; não contente, faculta a existência de vínculo familiar. Já o inciso “II” expõe o conceito de âmbito familiar, que é composto por pessoas com parentesco, seja ele familiar, por afinidade ou vontade expressa das partes. Não menos importante, o inciso “III” contextualiza a relação íntima como não

dependente da coabitação, mas exige um convívio pretérito ou atual do agressor com a vítima. (BRASIL, 2006).

Apesar do artigo 5º instruir os requisitos para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, o poder legislativo, ao editar o artigo 7º da Lei 11.340/06, criou o norteador para a definição das formas dessa violência.

Essa previsão legal é crucial para enquadrar, adequadamente, a conduta comissiva ou omissiva do dito agressor na tipificação específica, tendo em vista a existência de várias espécies de violência.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

É primordial realçar que as derradeiras palavras do artigo, “entre outras”, servem para exprimir a existências de outras formas de violências não referenciadas em lei, pois apesar de abranger uma ampla variedade de ações descritas como violência doméstica e familiar, o legislador optou por não tornar o rol taxativo. Explica a autora Bianchini (2014, p.48):

Como exemplo de forma de violência não expressamente mencionada pela Lei, pode ser citada a violência espiritual (destruir as crenças culturais ou religiosas ou obrigar a que se aceite um determinado sistema de crenças), sempre que ela se basear em um a questão de gênero. Exemplo clássico é o do marido que exige que a mulher professe determinado credo, entendendo que ela, por conta de sua situação de casada, não pode escolher a sua religião.

Noutras palavras, significa que existem outras condutas que podem ser enquadradas nesse diapasão, além das mencionadas de forma explícita na lei, isto é, a utilização dessa expressão visa garantir a abrangência da proteção legal às vítimas, independentemente das particularidades das situações de violência que possam surgir. (BIANCHINI, 2014, p. 48)

No entanto, essa abrangência exacerbada pode resultar em uma insegurança jurídica para os acusados do cometimento da dita

violência, pois dentre os princípios do Direito Penal, ocupa estridente relevância o da legalidade e o da taxatividade. Sem a observância desses predicados, exsurge uma fragilidade na aplicação da justiça.

1.3.1 VIOLÊNCIA FÍSICA

Conforme expresso na disposição legal, esse tipo de violência exige o uso de força física com o propósito de causar lesão à incolumidade física da agredida, independentemente de haver ou não vestígios. A título de exemplo, podemos mencionar atos como socos, chutes, puxões de cabelo e estrangulamento, dentre outras condutas agressivas, inclusive aquelas capazes de levar a danos mais sérios, resultantes em incapacidade permanente ou até mesmo no óbito da agredida. (MANITA, 2009, p.17).

Importante frisar que para a caracterização dessa violência não é necessária a incidência de vestígios, ou seja, na ausência de provas tangíveis para justificar o deferimento das Medidas Protetivas de Urgência, a declaração da suposta vítima é suficiente, pois é presumidamente verdadeira. Nessa conjuntura recai a inversão do ônus da prova, ou seja, cabe ao acusado demonstrar o não cometimento da agressão. Na doutrina, essa espécie de prova é conhecida como diabólica, tendo em vista ser muito difícil ou mesmo impossível de ser elaborada, visto ser prova de fato negativo. (LEONELLI, 2015).

Na prática, essa maneira precipitada de conceder credibilidade ao relato da vítima sem antes exigir um respaldo probatório resulta em situação passível de ser explorada por mulheres mal-intencionadas, pois permite que elas gerem falsas acusações, até mesmo com a produção de hematomas, com o objetivo de prejudicar seus parceiros.

1.3.2 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Também referida como violência emocional, é a forma mais subjetiva das espécies de agressão elencadas no artigo 7º da Lei

11.340/06, haja vista não deixar vestígios aparentes, ser de difícil comprovação e se pautar na palavra da vítima. A violência psicológica envolve uma gama comportamental danosa que inclui ameaças, humilhações, isolamento social, controle excessivo, e outros atos que minam sistematicamente a autoestima e o bem-estar emocional da vítima.

Esse tipo de violência possui maior dificuldade de ser demonstrado, pois é uma ofensa transeunte, que não deixa vestígios. Em outras palavras, cometer violência doméstica psicológica contra a mulher não produz resultado naturalístico. São exemplos dessa modalidade de violência: abuso mental consistente em distorção de fatos, deixando a vítima em dúvida acerca de sua sanidade mental; cometimento de atos de humilhação contra a vítima, com menosprezo pela sua pessoa, por exemplo. (OLIVEIRA, 2021, p.7)

Noutras linhas, as vítimas dessa espécie de agressão costumam não notar a extensão do impacto em suas vidas e mantêm a esperança na mudança comportamental do agressor. A principal distinção da violência psicológica é a ausência de lesões visíveis, pois é perpetrada por meio de várias vertentes, como insultos, ciúmes patológicos, e até mesmo olhares carregados de hostilidade.

A abstração conceitual da violência psicológica a coloca em escala global, já que todos nós, de uma forma ou de outra, a praticamos e somos suas vítimas. Isso é possível devido a sua subjetividade, ou seja, a nossa manifestação pode ser interpretada de forma prejudicial e, em contrapartida, as falas, gestos ou ações de alguém com boas intenções podem ser interpretados por nós como uma ofensa. Para elucidar, é cabível citar uma frase do cineasta e poeta chileno Jodorowsky (2013, tradução nossa) que diz: “Entre o que eu penso, o que quero dizer, o que digo e o que você ouve, o que você quer ouvir e o que você acha que entendeu, há um abismo”.

O problema central reside na avaliação desses comportamentos em termos legais, pois a subjetividade envolvida na interpretação das ações torna desafiadora a caracterização precisa dessa modalidade de violência e deixam brechas para sua utilização indevida.

1.3.3 VIOLÊNCIA SEXUAL

A princípio, existe certa relutância em conceber a Violência Sexual no campo conjugal, visto a intimidade intrínseca ao casal. Porém, ao entendermos que a violência é oriunda de ações lesivas contra alguém que não as deseja, essa hipótese se torna mais cristalina e demanda maior sensibilidade para ser detectada.

Prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei 11.340/06, a Violência Sexual possui sua tipificação bem detalhada e abrange uma série de comportamentos que envolvem a imposição de práticas sexuais contra a vontade da vítima. Isso pode se manifestar de diversas maneiras, por exemplo, forçar ou expor a vítima a ter relações sexuais com terceiros, a prostituição forçada pelo companheiro e assim por diante. Em numerosos casos, a violência sexual é perpetuada por meio de ameaças, coerção ou até mesmo pelo uso da força física para obrigar a vítima a ceder. (OLIVEIRA, 2021, p. 8).

Concomitante, a violência sexual pode incluir práticas menos óbvias, como o uso de amarras e danos aos órgãos sexuais da vítima. Lamentavelmente, crimes sexuais, como estupro e coerção sexual, acontecem em relacionamentos abusivos e muitas vítimas não reconhecem essas situações devido a crenças errôneas, como acreditar que dentro do casamento não há estupro, justificando tais atos como necessidades do parceiro.

Em face do dever de manutenção de vida em comum, bem como da possibilidade de anulação do casamento por ausência de contato sexual, não era reconhecida a prática de estupro pelo marido, sob o absurdo argumento de que se tratava de exercício

regular de um direito inerente ao casamento, por conta da relação civil existente entre eles. Assim, o adimplemento de tal obrigação poderia ser exigido inclusive sob violência. Ora, esta é uma postura de quem, seguindo preceitos religiosos quase medievais, entende a prática do sexo como algo destinado puramente à procriação, o que configura um posicionamento preconceituoso e atual. mente insustentável. Felizmente a doutrina já evoluiu no que se refere ao tema “débito conjugal”. (DIAS, 2018, p. 96).

Nesse excerto, a jurista Maria Berenice Dias pontua a antiga aceção dos chamados “deveres conjugais”, mormente o dever sexual, que costumava ser considerado um direito inalienável do matrimônio. Ao contrastar essa antiga visão ao vigente texto legal previsto na Lei Maria da Penha, com ênfase ao inciso III do artigo 7º, notamos consubstancial melhora dos limites do casamento.

1.3.4 VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

Definida no artigo 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, a Violência Patrimonial é uma manifestação de violência doméstica e familiar com singulares características. Esta forma de agressão muitas vezes passa despercebida, mas têm implicações profundas na vida das agredidas. Envolve o controle ou a destruição de bens, recursos financeiros e propriedades da vítima, resultando não apenas em danos materiais, mas também em uma série de consequências psicológicas e emocionais.

Com a Lei Maria da Penha a violência patrimonial foi reconhecida como violência doméstica, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Cabe ser tipificado como violência patrimonial quando a subtração ocorre com a finalidade de causar dor ou **dissabor** à mulher,

pouco importando o valor dos bens subtraídos. Nessas situações, a jurisprudência tem, inclusive, afastado o princípio da bagatela. São situações muito comuns, mas infelizmente pouco levadas à esfera jurisdicional. A violência patrimonial está nucleada em três condutas: subtrair, destruir e reter. A Lei Maria da Penha não alterou a tipologia e as disposições materiais relativas aos crimes patrimoniais, apenas ampliou o rol das condutas que caracterizam a violência doméstica e familiar. (DIAS, 2018, p. 99). (grifo da autora).

A falta de autonomia financeira pode gerar uma dinâmica de poder desigual na relação, especialmente nos relacionamentos onde o homem é tradicionalmente visto como o provedor financeiro da família e a mulher como responsável pelas tarefas domésticas. Nessas situações, o homem se sente no direito de controlar as finanças da esposa, incluindo o que ela pode comprar e consumir. Esse comportamento também se configura como abuso quando há pressão financeira deliberada, com o objetivo de diminuir o poder e a independência da mulher.

Contudo, é mister destacar um revés quando interpretamos cuidadosamente a tipificação da chamada Violência Patrimonial. Ora, diferentes casos geram gravidades distintas e a linha entre o debate financeiro e a violência pode ser tênue. Nesse aspecto, surgem situações que não deveriam ser consideradas abusivas, mas acabam sendo enquadradas como tal.

Isso resulta em medidas judiciais negativas direcionadas ao suposto agressor que refletirão danos permanentes em sua vida. Outro contraponto é a complicação na aplicação da lei, sobretudo quando o casal compartilha as finanças e/ou ativos. A divisão de bens e o acesso aos recursos podem ser questões sensíveis, e a tipificação da Violência Patrimonial pode acirrar conflitos nessa área.

É essencial reforçar que as críticas aqui trazidas não estão na existência da lei, mas na precisão de uma abordagem cuidadosa para

garantir que a violência patrimonial seja identificada e tratada de maneira justa e proporcional, de maneira a evitar o uso inadequado de ações judiciais, principalmente como ferramenta de retaliação ou vingança.

1.3.5 VIOLÊNCIA MORAL

No derradeiro inciso do artigo 7º da Lei Maria da Penha, a violência moral é tipificada como uma forma de violência doméstica contra a mulher. É constatada quando há incidência de calúnia, difamação ou injúria, crimes contra a honra já definidos no Capítulo V do Código Penal Brasileiro e previstos, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140.

Na calúnia e difamação, o objeto jurídico protegido é a honra objetiva da vítima, ou seja, sua reputação perante a sociedade. Esses delitos envolvem a divulgação de informações falsas que prejudicam a imagem da vítima. Quanto à injúria, o foco recai sobre a honra subjetiva da vítima, ou seja, sua dignidade e autoestima. A injúria envolve ofensas pessoais que atingem a dignidade da pessoa, independentemente de serem verdades ou mentiras. (MASSON, 2020).

A desembargadora aposentada Maria Berenice, na obra “A Lei Maria da Penha na Justiça” (2018, p.101), ao versar acerca do assunto, leciona:

Na calúnia, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime. Na injúria não há imputação de fato determinado, mas na difamação ocorre a atribuição de fato ofensivo à reputação da vítima. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da afirmativa; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação.

Portanto, o inciso V, do artigo 7º da Lei 11.340/06, abrange a violência moral como relevante categoria de violência doméstica, pois reconhece os danos causados à honra das mulheres e estabelece medidas de proteção para esses casos. O desafio aqui é determinar quando essas ações são realmente prejudiciais e quando são apenas desentendimentos ou conflitos interpessoais normais.

1.4 CAUSAS E FATORES DE RISCO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

1.4.1 DESIGUALDADE DE GÊNERO

A desigualdade de gênero é um tema complexo que envolve não apenas questões de igualdade de oportunidades, mas também reconhecimento das diferenças naturais entre homens e mulheres. Urge compreender que homens e mulheres desempenham papéis igualmente essenciais na sociedade, mas esses papéis nem sempre podem, ou devem, ser idênticos devido às diferenças biológicas e sociais que existem entre os sexos.

Homens e mulheres são, inegavelmente, diferentes em muitos aspectos, desde a biologia até as experiências de vida. Essas diferenças naturais não devem ser vistas como hierarquias, mas como complementaridades. A sociedade se beneficia quando reconhece e valoriza as contribuições únicas que homens e mulheres podem oferecer.

Historicamente, os homens desempenham funções mais voltadas à proteção e a provisão, enquanto as mulheres assumem uma função mais maternal, central na criação dos filhos e na gestão das questões familiares.

A autora Laura Mota Dias (2007, p. 128), ao se debruçar acerca da temática, discorre:

O gênero é um dos fatores medulares na construção de desigualdades. Para além das diferenças biológicas, foram estruturadas distinções sociais e culturais entre homens e mulheres, dentro das quais se estabelecem hierarquias de poder, de status e de rendas. Finalmente, os atributos individuais constroem-se socialmente como resultado de processos históricos. Sua aquisição depende de condições e processos coletivos que atribuem, a cada indivíduo, uma posição dentro das estruturas econômica, política e social.

Essas atribuições são, em parte, uma resposta às diferenças biológicas, isso é, a questão maternal/familiar da mulher está atrelada à gravidez e a amamentação; enquanto o fator protecional do homem é adstrito a sua vontade em dar continuidade a sua prole.

Por conseguinte, a igualdade de gênero não implica uniformidade de comportamento entre homens e mulheres, mas sim que todos devem ser tratados com equidade, tendo acesso igualitário a oportunidades e direitos. Outro fator é a criação de ambientes propensos ao combate de todas as formas de violência e discriminação de gênero. (UNIFACS, 2021).

Reconhecer as diferenças naturais entre homens e mulheres não deve justificar a desigualdade ou discriminação de gênero. A igualdade de gênero implica valorizar e respeitar as escolhas e habilidades individuais de todas as pessoas, independentemente do sexo. Isso promove uma sociedade onde todos têm a liberdade de seguir seus interesses e objetivos, sem restrições por estereótipos de gênero.

Logo, a desigualdade de gênero representa um obstáculo que afeta não apenas as mulheres, mas toda a sociedade. Ela resulta em disparidades econômicas, sociais e políticas que prejudicam o desenvolvimento pleno das potencialidades humanas. No caso das mulheres, essa desigualdade limita o acesso às oportunidades educacionais e profissionais, e restringe sua participação em diversas áreas da vida pública. Abordar e superar a desigualdade de gênero é uma questão de buscar uma coexistência mais justa e equitativa.

1.4.2 CAUSAS E FATORES DE RISCO DA VIOLÊNCIA

A violência contra a mulher possui várias diretrizes, desde a questão histórico-cultural até a fragilidade biológica do gênero feminino. A sociedade, ao longo de muitos anos, construiu disparidades entre homens e mulheres, a exemplo temos a lei que vigorava no Brasil Colônia, o Código Filipino, o qual permitia o marido matar a própria mulher em caso de adultério: “E toda mulher, que fizer adultério a seu marido, morra por isso.” (PCDF, 2022, p. 1).

Outrossim, o sufrágio do voto só foi concebido a mulher em 1932, por meio do Decreto nº 21.076, o qual originou o Código Eleitoral Brasileiro. O artigo 2º, do aduzido decreto, preconiza: “E’ eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na fórmula deste Código.”.

Esses breves fatos históricos já exteriorizam fortes contribuições para a normalização e perpetuação da violência praticada contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar, pois o sexo feminino há muito é visto pela coletividade como “personagem coadjuvante” na nossa história.

Urge mencionar algumas experiências individuais do dia a dia classificadas como violência: o controle e a vigilância excessiva; manifestações de ciúmes; assédio; restrições à escolha de roupas. Esses são alguns dos exemplos de “hábitos” adquiridos pela objetificação da mulher e já enraizados na sociedade. Essa inserção cultural foi oriunda da desigualdade de gênero.

Assim, a desigualdade de gênero serve como a fundação na qual todas as variadas manifestações de violência e privação direcionadas às mulheres se constroem, obtêm legitimidade e perduram.

A desigualdade de gênero é uma relação de **assimetria de poder** em que os papéis sociais, o repertório de comportamentos, a liberdade sexual, as possibilidades de escolha de vida, as posições de liderança, a gama de escolhas profissionais são

restringidas para o gênero feminino em comparação ao masculino. **As causas, portanto, são estruturais, históricas, político-institucionais e culturais.** O papel da mulher foi por muito tempo limitado ao ambiente doméstico, que, por sua vez, era uma propriedade de domínio particular que não estava sujeita à mesma legislação dos ambientes públicos. Sendo assim, **a própria mulher era enxergada como uma propriedade particular**, sem direito à vontade própria e sem direito à cidadania forjada nos espaços públicos, não à toa o sufrágio feminino e os direitos civis para mulheres são conquistas recentes em muitos países e ainda não completamente efetivadas em nenhum lugar do mundo. (REZENDE, 2023) (grifos nossos).

Nessa dicção, a violência familiar e doméstica contra a mulher está adstrita à desigualdade de gênero, mas não limitada a ela. Fatores como o preconceito xenofóbico, racial e social agravam a violência. Essa combinação de elementos cria uma realidade onde as mulheres mais marginalizadas socialmente enfrentam uma vulnerabilidade exacerbada pela violência de gênero.

Em suma, é preciso tratar não apenas a desigualdade de gênero, mas também suas interseções com outros fatores sociais para haver um efetivo enfrentamento à violência familiar e doméstica contra a mulher.

1.5 REPERCUSSÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

O fenômeno social do cometimento de violências dirigidas às mulheres na esfera doméstica e/ou familiar é uma das mais graves violações dos Direitos Humanos no cenário global contemporâneo, traz severas repercussões que transcendem o dano individual e alcançam múltiplas facetas da sociedade, visto não afetar apenas

as vítimas diretas, mas suas famílias, comunidades e, em última instância, o corpo social.

Ao luzir de outrora, ressalta-se que a violência doméstica não se restringe às agressões físicas; ela abrange abusos emocionais, psicológicos, sexuais e econômicos. Essa pluralidade de ofensas significa consequências variadas, mas em um plano geral as vítimas de violência doméstica enfrentam problemas de saúde física e mental. Os danos físicos incluem lesões, traumas e, até a morte. Já os impactos emocionais e psicológicos podem se manifestar como ansiedade, depressão, transtorno de estresse pós-traumático e, em casos mais extremos, o suicídio. (OPAS, 2023)

O custo social advindo com essa violência ao gênero feminino é exacerbado, pois pode resultar em quebra de laços familiares e comunitários; essa etapa gera prejuízos graves à sociedade. Outra ótica é das crianças que testemunham a violência em casa, testemunho que proporcionam traumas duradouros e afetação no seu desenvolvimento emocional. Os impactos advindos acarretam a perpetuação da violência à medida que essas crianças crescem com uma compreensão distorcida dos relacionamentos saudáveis. (KITZMANN, 2007).

Em simultâneo, a violência doméstica produz uma sobrecarga no sistema judicial, tendo em vista ser a via formal de combate a essa nefasta agressão. A aplicação das leis de proteção às vítimas e a perseguição aos agressores demandam recursos substanciais obtidos mediante a esfera judicial.

Ademais, a escassez de denúncias e a relutância das vítimas em procurar ajuda ocasiona a menor eficácia do sistema em lidar com esses casos, pois a subnotificação afasta a devida atenção à problemática e encobre a ineficácia do atual meio de enfrentamento desses ataques ao sexo feminino. (BRANDÃO, 2020).

Existe também o impacto econômico. Uma considerável parcela de mulheres que sofrem abusos enfrenta dificuldades em manter empregos e renda estável, por causa de faltas no trabalho decorrentes de ferimentos físicos ou esgotamento emocional. Essa realidade é uma estratégia dos agressores, porque gera a dependência econômica das

vítimas e concorre na continuação da violência contra as mulheres, conforme elucidado pela Organização Pan-Americana da Saúde:

A violência por parte do parceiro na gravidez também aumenta a probabilidade de aborto espontâneo, morte fetal, parto prematuro e nascimento de bebês com baixo peso. Essas formas de violência podem levar à depressão, estresse pós-traumático e outros transtornos de ansiedade, dificuldades de sono, transtornos alimentares e tentativas de suicídio. O mesmo estudo descobriu que as mulheres que sofreram violência por parte do parceiro eram quase duas vezes mais propensas a desenvolver depressão e problemas com álcool. (...) Entre os efeitos para a saúde também estão dores de cabeça, dor nas costas, dor abdominal, fibromialgia, distúrbios gastrointestinais, mobilidade limitada e problemas de saúde em geral. A violência sexual, particularmente na infância, pode levar a um aumento no tabagismo, consumo de drogas e álcool e comportamentos sexuais de risco na vida adulta. Também está associada à perpetração da violência (para homens) e sofrimento da violência (para mulheres). (OPAS, 2023).

Sob a perspectiva do avertado, os efeitos da violência contra as mulheres são melindrosos, englobam o âmbito familiar, o mercado de trabalho e até a saúde pública. Para expor apropriadamente essa questão é crucial a adoção de medidas de prevenção, educação e intervenção que visem proteger as vítimas, responsabilizar os agressores, bem como promover uma mudança cultural que rejeite qualquer forma de violência de gênero, o que resultará em uma sociedade mais justa e igualitária para todos.

2. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – MPUS

2.1 DEFINIÇÃO

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) disponibiliza as Medidas Protetivas de Urgência como instrumentos legais indispensáveis no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

O artigo 22, da referida lei, busca assegurar que as punições para esse tipo de violência sejam de aplicação imediata e adequadas à gravidade do crime; evita medidas que envolvam apenas pagamento financeiro, para tanto define essas medidas como:

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

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

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

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

- VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;
- VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (BRASIL, 2006)

Destarte, as Medidas Protetivas de Urgência estão intrinsecamente ligadas à necessidade de resguardar, imediatamente, a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

O magistrado tem a capacidade de empregar uma variedade de dispositivos de diferentes ramos do direito, pois a Lei Maria da Penha incorpora, em suas medidas protetivas de urgência, instrumentos provenientes das áreas civil, trabalhista, previdenciária, administrativa, penal e processual. Assim, a Lei Maria da Penha é caracterizada como heterotópica, e abrange em seu conteúdo disposições de distintas naturezas jurídicas. (BIANCHINI, 2014)

Elas são aplicadas quando há indícios, constatação ou até mesmo mera explanação de suposta prática desse tipo de violência, pois visa garantir a integridade física e psicológica da vítima, assim como a prevenção de novos episódios de agressão. As medidas têm caráter preventivo e podem incluir o afastamento do agressor do convívio com a vítima, a proibição de se aproximar dela ou de seus familiares, além de outras medidas que assegurem a segurança da mulher agredida.

É proveitoso evidenciar que as MPUs são aplicadas de forma célere e, em muitos casos, sem a necessidade de audiência prévia com o suposto agressor. Essa celeridade é justificada pela urgência em resguardar a vítima e prevenir a repetição dos atos de violência. (ROCHA, 2020).

Embora a celeridade seja justificada pela urgência em proteger as vítimas, essa abordagem compromete o princípio do contraditório e do devido processo legal, pois priva o acusado de exercer o direito de defesa e abre espaço para potenciais abusos do sistema, conforme melhor exposto no último capítulo.

2.2 TIPOS DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Na dicção do artigo 22, da Lei Maria da Penha, nota-se setes incisos que descrevem as medidas protetivas de urgência que o juiz pode aplicar imediatamente, em conjunto ou separadamente, em desfavor do dito agressor após a constatação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O primeiro inciso traz a suspensão da posse ou restrição do porte de armas (de fogo, cortantes ou perfurantes), onde o agressor pode ter sua capacidade de portar armas restringida, com comunicação às autoridades competentes, de acordo com a Lei nº 10.826/2003.

Já o inciso dois remete a uma medida mais comumente aplicada, a do afastamento do lar, domicílio ou local da convivência com a ofendida, ou seja, abre precedentes para afastar o ofensor do local onde a vítima costuma conviver ou reside.

O inciso terceiro é igualmente aplicado e relevante, pois preconiza a proibição de determinadas condutas, vejamos: 1) aproximação do agressor com a vítima, de seus familiares e das testemunhas, com a definição de uma distância mínima a ser mantida; 2) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, em resumo, o agressor não pode contatá-los; 3) Frequentação de determinados lugares, que visa preservar a integridade física e psicológica da vítima. (BELLOQUE, 2011).

Quando há dependentes menores, o quarto inciso assevera a restrição ou suspensão de visitas. Neste caso, a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar é ouvida para decidir a respeito da visita. O agressor, mesmo que tenha sido judicialmente afastado de casa ou detido temporariamente, ainda pode manter o direito de visitar seus filhos menores. Se estiver sob custódia, esse direito de visitação pode ser exercido se os avós paternos ou um parente próximo estiverem dispostos e forem capazes de levar a criança regularmente à prisão onde o agressor está detido. (AMARAL, 2013).

O quinto inciso do artigo 22, da Lei Maria da Penha, refere-se à possibilidade de o juiz impor ao agressor a obrigação de prover alimentos provisionais ou provisórios à vítima. Isso significa que o agressor pode ser legalmente obrigado a fornecer recursos financeiros, chamados de “alimentos”, à vítima. Essa obrigação é temporária (provisória) e visa assegurar que a mulher agredida e, possivelmente, seus dependentes (como filhos menores de idade), tenham o suporte financeiro necessário para atender às suas necessidades básicas, como alimentação, moradia e outras despesas essenciais. Na fixação do valor, deve ser observado o binômio possibilidade do alimentante (agressor) e necessidade da alimentada (vítima), consoante o artigo 1.694 do Código Civil. (BELLOQUE, 2011).

Com vistas na ressocialização, aperfeiçoamento moral e desenvolvimento pessoal, o sexto inciso prevê o “comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação”. Essa medida implica que o agressor, quando sujeito a uma decisão judicial, pode ser obrigado a frequentar programas ou sessões destinados à sua reabilitação e reeducação, geralmente relacionados ao controle de comportamentos violentos e ao desenvolvimento de relações saudáveis. Essa intervenção visa não apenas punir o agressor, mas também oferecer uma oportunidade para que ele reconheça e confronte seus padrões de comportamento prejudiciais e, idealmente, se reintegre na sociedade como um indivíduo não violento. (MASCOTTE e BALBINO, 2020).

Assemelhando-se ao inciso anterior, o “VII” foi incluído pela Lei nº 13.984, de 2020. A seu turno estabelece o “acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio”. Em síntese, quando se aplica essa medida o agressor é obrigado a participar de sessões de acompanhamento psicossocial. A polícia judiciária precisa ter acesso integral aos registros de participação nos programas de reflexão e reabilitação, bem como no acompanhamento psicossocial. Caso o agressor falte sem justificativa a esses programas, a polícia deve ser imediatamente informada. Em situações de flagrante delito, o agressor pode ser

detido de imediato pela autoridade policial. Se for constatado que o agressor não está cumprindo as condições e seja pego em flagrante, a prisão é confirmada com base no artigo 24-A da Lei 11.340/06, e não é permitido conceder fiança ao detido, conforme estabelecido no artigo 24, §2º, da Lei 11.340/06. (MASCOTTE e BALBINO, 2020).

O artigo 22 da Lei Maria da Pena representa a dissecação das MPUs, um instrumento legal utilizado no combate à violência doméstica no Brasil. Ao esmiuçar seu conteúdo em sete incisos, estabelece diretrizes que visam a proteção integral das mulheres e garantir medidas mais específicas e efetivas contra os agressores.

2.3 ALTERAÇÕES DA LEI Nº 14.550/23 NAS MEDIDAS PROTETIVAS URGÊNCIA

Em 20 de abril de 2023, entrou em vigor a Lei nº 14.550/2023, a qual promoveu alterações na Lei Maria da Pena. Em suma, acrescentou, ao artigo 19 da mencionada Lei, os parágrafos 4º, 5º e 6º, além de incluir o artigo 40-A. Para melhor ilustração é precípuo visualizar as referidas modificações:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

[...]

§ 4º As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

§ 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal

da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

§ 6º As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023)

Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida. (Incluído pela Lei nº 14.550, de 2023) (BRASIL, 2023).

Estas atualizações tiveram como escopo regular as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência, assim como a condição do agressor ou da vítima, não excluem a aplicação da referida lei. A autoria desta legislação é da ex-Senadora Simone Tebet, cujo anteprojeto foi elaborado em colaboração com o Consórcio de ONGs que desempenhou um papel fundamental na concepção da Lei Maria da Penha. Dessa maneira, a nova lei representa a concretização das legítimas aspirações dos movimentos de mulheres e feministas, que buscavam o fim da tolerância diante de qualquer forma de violência contra as mulheres. (BIANCHINI e ÁVILA, 2023).

A Defensora Pública do Rio de Janeiro, Bruna Martins Amorim Dutra, ao arrazoar acerca das alterações, explica:

A alteração legislativa mostra-se harmônica com o entendimento de que as medidas protetivas de urgência possuem a natureza jurídica de tutela inibitória, porquanto satisfativas e autônomas, visando proteger a mulher em situação de risco de violência doméstica, sem qualquer instrumentalidade a um processo principal e sem que estejam atreladas

a um tipo penal. (...) A rigor, como a Lei Maria da Penha possui cunho eminentemente protetivo, e não meramente punitivista, as modalidades de violência doméstica contra a mulher estão elencadas em rol não taxativo do artigo 7º da Lei nº 11.340/06, sem que seja necessário um correspondente tipo penal. Por isso, é indevido o condicionamento da concessão de medida protetiva de urgência a prévio registro de ocorrência, podendo o requerimento ser formulado de forma autônoma com base em declaração escrita da mulher vítima de violência doméstica, seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, e até mesmo independentemente de representação processual por advogado ou defensor público. No que tange aos requisitos legais, por se tratar de decisão em sede de juízo de cognição sumária, inerente às tutelas de urgência (artigo 300 do CPC), devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. (DUTRA, 2023).

A autora aborda positivamente a alteração legislativa relacionada às medidas protetivas de urgência. Argumenta que essas medidas são de natureza inibitória, ou seja, destinam-se a prevenir a ocorrência de violência doméstica contra as mulheres, sendo independentes de processos criminais ou tipificações específicas de delitos. A essência da Lei Maria da Penha é proteger as mulheres em situações de risco, e essa proteção não deve depender necessariamente de um registro prévio de ocorrência policial. Isso significa que as vítimas podem solicitar essas medidas com base em sua declaração por escrito, mesmo sem a representação de um advogado, mas claro, com cumprimento dos requisitos inerentes às tutelas de urgência, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2.4 O INTUITO DA APLICAÇÃO DAS MPUS

No panorama jurídico brasileiro, as Medidas Protetivas de Urgência representam um instrumento jurídico com o intuito de salvaguardar os direitos e de promover a segurança das pretensas vítimas de violência doméstica e familiar, notadamente, caso se enquadrem nas previsões dispostas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). As preceituações desse mecanismo coercitivo não se limitam aos artigos 22 a 24 da aduzida lei, mas se espalham por toda a legislação específica. (DIAS, 2018, p.171).

Nesse limiar, as medidas protetivas de urgência foram criadas com o propósito de mitigar os riscos imediatos enfrentados pelas mulheres que sofrem violência de gênero no ambiente familiar e doméstico; elas proporcionam a proteção necessária e, simultaneamente, estabelecem limites à conduta e liberdade do agressor (pelo menos em teoria).

Ao versar a respeito da aplicação das MPUs, a escritora Maria Berenice Dias (2018, p.172) afirma que a autoridade policial e o Ministério Público têm o dever de tomar medidas legais para proteger vítimas de violência doméstica, conforme estipulado na Lei Maria da Penha. O juiz, no entanto, só pode agir quando provocado pela vítima, mas uma vez solicitada a proteção, ele pode tomar medidas adicionais para garantir a segurança da mulher, *in verbis*:

A autoridade policial deve tomar as providências legais (LMP, art. de episódio que configure violência doméstica. Igual compromisso tem o Ministério Público de requerer a aplicação de medidas protetivas ou revisão das que já foram concedidas, de modo a assegurar proteção à vítima (LMP, art. 18, III e art. 19 e § 3º). Para agir o juiz necessita ser provocado. A adoção de providência está condicionada à vontade da vítima. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção por meio de medidas protetivas. Só assim é formado expediente para deflagrar a concessão de tutela

provisional de urgência. Mas, a partir do momento em que a vítima requer medidas protetivas, pode o juiz agir de ofício, adotando medidas outras que entender necessárias para tornar efetiva a proteção que a Lei promete à mulher. (DIAS, 2018)

Do fragmento, é precípua compreender que a concessão e manutenção das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) não exigem que a parte contrária, ou seja, o suposto agressor, seja ouvida ou se oportunize sua defesa frente às acusações atribuídas. A decisão sobre a aplicação dessas medidas fica a cargo do magistrado, fundada na urgência em proteger a vítima. É pertinente realçar que esse processo só se inicia após a vítima demonstrar seu interesse em buscar a proteção das MPUs e o Ministério Público formalizar o pedido, que pode incluir a simples revisão das medidas previamente estabelecidas.

Na acepção do artigo 20 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), é tratada a questão da prisão preventiva do acusado: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

Do preceito legal concluímos que para haver a prisão preventiva na esfera da Lei 11.340/2006, basta o Ministério Público ou autoridade policial requerer e o juiz decretará de ofício. Em contraste, o Pacote anticrime (Lei 13.964/19) alterou o artigo 311 do Código de Processo Penal (CPP): Vejamos o atual texto legal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (BRASIL, 2019).

Em síntese, a mudança está atrelada na irrazoabilidade da decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado. Então exsurge a dúvida de qual dispositivo será aplicado pelo juiz no caso concreto.

Em conformidade com o Instituto Fórmula (2021), ao confrontar o artigo 20 da Lei Maria da Penha e o artigo 311 do Código de Processo Penal, pode-se utilizar do ideal que a primeira lei visa proteger a mulher em si, ou seja, devido o princípio da especialidade ela iria se sobrepôr ao previsto no CPP. Em compensação, o mesmo instituto explica que doutrinadores como Rogério Sanches Cunha asseveram que o artigo 311, do CPP, precisa ser integralmente empregado, inda que seja em circunstância de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois cabe ao Poder Judiciário ser provocado pelos legitimados para ser possibilitada a prisão preventiva. Nessa tangente, o magistrado apresentará os motivos embasadores da decisão que segregará o acusado da sociedade, realidade que lhe trará maior respaldo jurídico.

3. USO INDEVIDO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Para melhor explicar a respeito do uso indevido das MPUs é preciso arrazoar sobre um relato curioso. O psicanalista, cientista comportamental, palestrante, escritor e especialista em linguagem silenciosa Ricardo Ventura (2023), em uma entrevista publicada em uma plataforma de compartilhamento de vídeos, descreve um panorama onde as Medidas Protetivas de Urgência, originalmente destinadas à proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, são exploradas indevidamente.

Segundo o relato, uma mulher, por vários motivos, entra em contato com um homem e descreve situações como de um relacionamento abusivo anterior. Após o homem se solidarizar com a situação, começar um relacionamento com ela, e levá-la para morar com ele, a mal-intencionada solicita uma medida protetiva alegando ser vítima de violência, e o delegado ordena que o homem deixe a própria residência. A mulher, por sua vez, vende os pertences do homem, muitas vezes a preços muito baixos, e, após obter dinheiro, vai embora. (cf. GOLPE APLICADO com LEI MARIA da PENHA, 2023).

Esta prática evidencia a fragilidade das MPUs, que podem e são concedidas *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir o acusado. (PASQUAL, 2023).

Ante o enredo, a exploração indevida das Medidas Protetivas de Urgência, conforme relatado por Ventura, é uma temática delicada e exige uma crítica rigorosa. A manipulação dessas medidas, originalmente concebidas para guarnecer vítimas de violência doméstica, com o intuito de aplicar golpes em homens, é inaceitável e desafia a integridade do sistema legal.

3.1 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES: ATIVISTA OU MENTIROSA? – A VERSÃO DE MARCO ANTONIO HEREDIA VIVEROS

No documentário “Investigação Paralela” (2023), produzido e disponibilizado pela plataforma “Brasil Paralelo”, o ex-marido de Maria da Penha, Marco Antonio Heredia Viveros, apresenta sua versão dos eventos que culminaram nas acusações contra ele. Heredia relata ser o filho homem mais velho dentre três, e ter sete irmãs. Entre os onze e doze anos era o melhor amigo dessas sete mulheres. Explica seu histórico como estudante de economia e administração em Bogotá, Colômbia, e como veio ao Brasil após receber uma bolsa de pós-graduação na Universidade de São Paulo (USP).

Marco Antonio narra que em 1976 conheceu Maria da Penha Maia Fernandes, em uma festa da república, ela era muito gentil, simpática, bonita e não gostava de se maquiar. Fizeram amizade, trocaram telefonemas e começaram a namorar. Expõe a jornada dos dois até o casamento que, nos primeiros anos se mudaram para Fortaleza, onde estabeleceram sua família. Menciona a compra de um rifle de pressão na Colômbia, que trouxe para o Brasil e a situação de naturalização brasileira, contra sua verdadeira vontade, para atender a um convite para se tornar professor titular da Universidade Federal do Ceará. Referente a esse período Maria da Penha alega que as

violências surgiram após o nascimento de suas filhas e a obtenção da naturalização brasileira de Marco. (cf. INVESTIGAÇÃO..., 2023).

Em março de 1983, Marco recebe um convite da USP para participar de um congresso que aconteceria em setembro daquele ano, na Bélgica, em Bruxelas. Após envio, o projeto de Marco é aprovado. Então ele decide levar uma acompanhante, pois a fundação permitia e custeava. Para tanto decide levar Maria da Penha. Marco explica que combinaram, ela ficou feliz com a notícia e até chegou a espalhar que iam viajar para a Europa. Acontece que o casal jamais embarcaria nessa viagem. No dia 24 de maio de 1983, Marco vai a São Luís do Maranhão a trabalho; recebe 375 mil cruzeiros por uma consultoria e volta para Fortaleza no dia seguinte. Ele recorda que ao chegar no aeroporto, Maria da Penha tinha ido, junto com as filhas, recebê-lo. Um gesto que considerou de amor e de bom relacionamento, pois ele não pediu, foi iniciativa dela. Ficaram em um parquinho que havia no local, onde as crianças brincaram. (cf. INVESTIGAÇÃO..., 2023).

Em seguida, Herédia descreve a noite do incidente, onde foi atacado em sua casa, sofrendo ferimentos a bala, com uma grande riqueza de detalhes. Recorda que a cadela da família começou a latir, estranhou e, portando uma lanterna e armado com um revólver foi verificar. Viu que a entrada do forro estava sem a tampa de madeira e lá havia uma sombra. Nesse momento ele foi laçado pelo pescoço, gritou, disparou e escutou outro tiro, tudo no mesmo instante. Buscou se defender do estrangulamento, ocasião em que um outro criminoso chegou para ajudar o comparsa. Marco disse ter sido desarmado, escutou, duas ou três vezes, uma voz feminina do lado de fora informando para os criminosos irem embora, pois o crime tinha “sujado”. Marco recordou que o “negão” soltou a corda, o jogou para frente e o outro lhe deu um tiro, e ele caiu no chão. Em seguida um dos criminosos recolheu as armas e se evadiu do local. Segundo seu relato, ele não tinha conhecimento do estado de Maria da Penha na época do incidente, pois ela não mencionou para a empregada que estava ferida. Apenas depois da chegada de médicos vizinhos foi identificado

que Maria da Penha estava ferida, e o socorro foi providenciado. (cf. INVESTIGAÇÃO..., 2023).

Entre os dias 29 e 30 de maio de 1983, foram solicitados os peritos criminais para irem ao local. Os profissionais identificaram e atestaram que: *“verificando-se o terreno baldio notou-se que por ali, elementos escalararam o muro lado poente e conseguiram chegar até a parte que serve de garagem [...]”*. Dias depois foi apresentada na Delegacia um cartucho de espingarda, calibre “20”, que é o mesmo calibre a atingir Maria da Penha. Os peritos também notaram vestígios de arrombamento na porta principal. Foi identificado que a ferramenta “macaco” do veículo da família foi utilizada nas pérgulas para uma pessoa entrar na casa. Foi notado que no porta-malas do veículo, aberto com uma chave de fenda, tinha vários objetos possivelmente subtraídos pelos criminosos. Marco informa que os criminosos levaram sua arma e os 375 mil cruzeiros. (cf. INVESTIGAÇÃO..., 2023).

O documentário continua. Marco Antonio Heredia Viveros detalha sua versão dos fatos, aborda as múltiplas acusações que lhe foram dirigidas por Maria da Penha, inclusive as alegações sobre uma alegada tentativa de homicídio por eletrocussão. Diante do questionamento acerca das possíveis razões que levariam Maria da Penha a conceber ou deduzir essa narrativa, Heredia alega que tais eventos ocorreram após a descoberta, por parte dela, de sua infidelidade conjugal.

No desfecho de sua narrativa, Marco conclama Maria da Penha a revelar a verdade, sem receios perante a sociedade ou mesmo perante suas próprias filhas, ainda que a sinceridade se revista de dolorosas consequências. Heredia afirma não possuir palavras suficientes para exprimir o sofrimento enfrentado, mesmo mantendo-se alheio a qualquer culpa, preservando sua integridade, dignidade e honra. Aduz que suas palavras, julgadas como inverossímeis, são uma representação genuína da verdade. Declara que um dia foi um homem pleno, sem conhecer as agruras que o futuro lhe reservaria. A retirada das filhas de sua vida representou a perda de sua própria alegria de existir. Esse fato lhe custou a oportunidade de vivenciar a infância,

adolescência, formação acadêmica, e o casamento das filhas, bem como a chance de vivenciar a alegria de conhecer seus netos. No entanto, Marco insiste que seu amor por suas filhas permanece inabalável. (cf. INVESTIGAÇÃO..., 2023).

Diante da narrativa em análise, percebe-se que o Sr. Heredia não teve a oportunidade de formalizar ou tornar pública sua própria versão dos eventos. Somente no corrente ano de 2023, uma plataforma de divulgação manifestou interesse em apresentar a perspectiva do mencionado indivíduo ao público. É patente que a prerrogativa da defesa, um princípio basilar do sistema jurídico, possivelmente foi negligenciada no caso de Marco, que sofreu todas as consequências atribuídas a delitos que afirmava categoricamente não ter cometido. Outrossim, Heredia enfrentou um acentuado ostracismo social, pois a sociedade, sem ouvir o lado do acusado, prontamente acolheu a versão apresentada por Maria da Penha e pela mídia da época. Ressalta-se ainda que as filhas do casal podem ter sofrido severos prejuízos em decorrência desses eventos. Desde a infância até a fase da adolescência, passando pela sua formação acadêmica e culminando em seus casamentos, essas etapas vitais de suas vidas não puderam contar com a presença e acompanhamento de seu pai, Marco. Este lamentável desdobramento decorreu das possíveis e infundadas acusações feitas por Maria da Penha, as quais lançaram uma sombra sobre a relação paterno-filial.

Em contubérnio, é sempre imperativo salientar a relevância do devido processo legal, assim como da presunção de inocência, égides da justiça que visam assegurar aos indivíduos acusados a oportunidade de apresentar sua defesa e que o veredito seja fundado em provas e argumentos válidos, não apenas em relatos unilaterais e pressão midiática.

4. A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Apesar do notável progresso na esfera civilizatória e nas políticas de paridade de direitos entre homens e mulheres, a população

brasileira permanece com os preocupantes índices de violência contra as mulheres, mormente na esfera doméstica e familiar. Essa realidade sinaliza que os caminhos trilhados pelos representantes do povo não foram eficazes e o Brasil carece de avanços reais nesse ponto. Ante o enredo, torna-se questionável a efetividade dos atuais métodos de enfrentamento dessa violência que, concordante ao dissertado adiante, evidencia a ineficácia das Medidas Protetivas de Urgência.

Ao discorrer sobre o assunto, a Juíza Renata Gil de Alcântara Videira (2022, p.4) esclarece que as MPU's são aplicadas em resposta direta a situações de violência enfrentadas pelas vítimas. Seu propósito primevo reside na prevenção da escalada e progressão dos atos violentos contra as mulheres, que muitas vezes começam com agressões verbais, evoluem para agressões físicas e, em casos extremos, culminam em feminicídios.

Nesse diapasão, ao considerarmos o aumento substancial da violência doméstica, especialmente durante o período desafiador da pandemia de COVID-19, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançaram uma iniciativa que traz uma luz de esperança para as mulheres que sofrem em silêncio. A Campanha Sinal Vermelho é um gesto de solidariedade e apoio, um mecanismo simples e eficaz que permite que mulheres em situação de violência peçam socorro discretamente. Tudo o que elas precisam fazer é desenhar um singelo "X" na palma da mão ao entrar em qualquer estabelecimento comercial. Eles, por sua vez, assumem a responsabilidade de notificar prontamente as autoridades policiais, dando início a um processo de proteção e justiça. (VIDEIRA, 2022, p. 4)

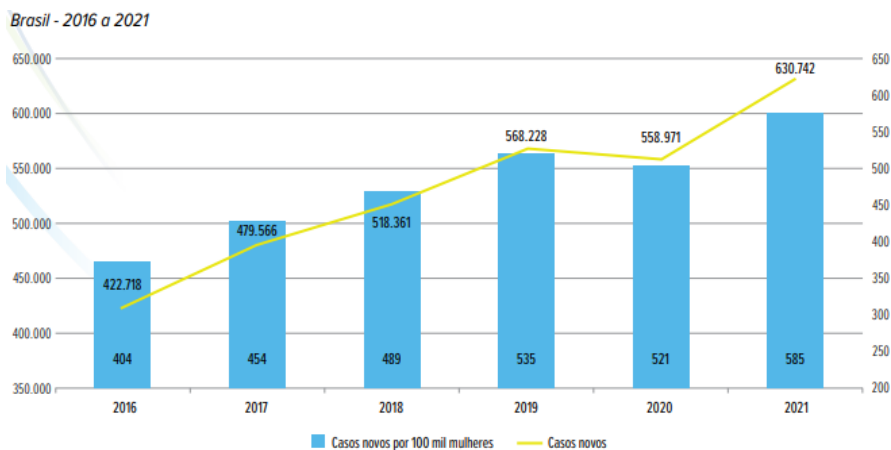
A referida empreitada reveste-se de uma importância incontestável, haja vista conferir notoriedade a um dilema crônico, proporcionando, simultaneamente, um canal de assistência mais solícito e seguro às vítimas de violência doméstica que, por circunstâncias adversas, se veem impossibilitadas de recorrer às instâncias especializadas, a exemplo da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM) ou ao Ministério Público, com o fito de requerer as medidas cautelares cabíveis. Todavia, ela ressalta, de

modo enfático, a premente demanda de ações ininterruptas na luta contra os agressores mais extremados, os quais obstruem o acesso das vítimas aos mecanismos de socorro.

Outrossim, congruente às informações extraídas do 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, atualizado até a 02 de agosto de 2022, temos que os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, e registrados no Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à violência contra as mulheres, externam um crescimento alarmante nos casos de violência doméstica no período compreendido entre 2016 e 2021. Resumidamente, houve um significativo acréscimo de 45% na incidência de novos casos de violência doméstica a cada 100 mil mulheres. Para contextualizar numericamente, em 2016, foram registrados 404 casos por cada 100 mil mulheres, enquanto esse número aumentou para 585 casos por 100 mil mulheres em 2021. (VIDEIRA, 2022, p. 7).

O crescimento alarmante nos casos de violência doméstica, conforme supra evidenciado, indica a complexidade do problema. Essa tendência preocupante também lança luz sobre a ineficácia das MPU, pois a violência doméstica continua a crescer. Assim, o mecanismo coercitivo, materializados nas medidas cautelares, evidencia-se inapropriado para enfrentar o progressivo número anual de novas vítimas.

Gráfico 1: Número de casos novos de violência doméstica



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

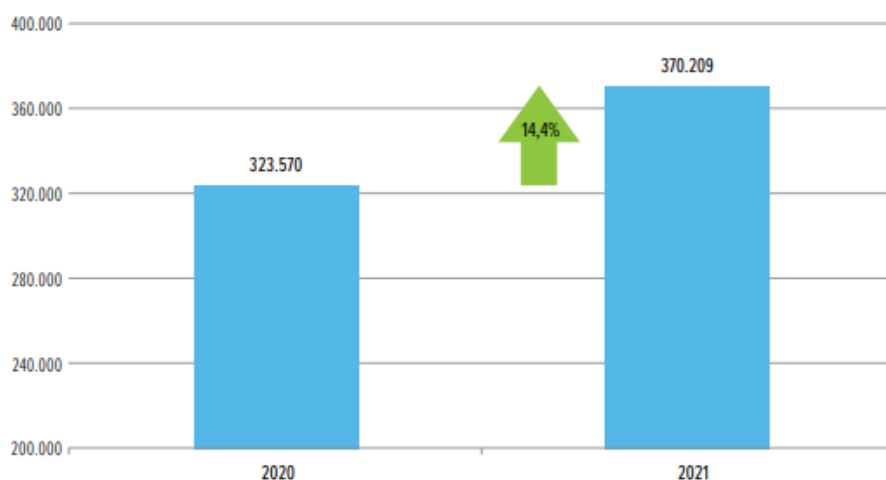
O Gráfico supracitado esquematiza, de maneira clara, esse aumento acentuado dos casos de violência doméstica ao longo desse íterim. Os dados evidenciam que, embora tenham ocorrido avanços notáveis na legislação e nas políticas de proteção às mulheres, ainda subsiste a imperiosa necessidade de prosseguir com medidas mais robustas. Essas ações visam, de forma determinante, reverter a alarmante tendência de crescimento dos casos de violência doméstica. (VIDEIRA, 2022, p. 7).

Os avanços legislativos, notadamente refletidos na Lei Maria da Penha, e as políticas públicas dedicadas à proteção das mulheres são marcos importantes na luta contra a violência de gênero. Todavia, a persistência do crescimento nos registros de violência doméstica destaca que tais medidas não foram capazes de conter efetivamente essa problemática social. Para corroborar com essa afirmação, frisa-se que mesmo com a prática cada vez mais usual de concessão de MPUs, os episódios de agressões contra o sexo feminino só escala, juntamente com o número de feminicídio, como será melhor visto doravante.

Salienta-se que o Poder Judiciário, no âmbito de suas atribuições constitucionais, empenha-se ativamente na contenção do crescimento da violência doméstica e familiar perpetrada contra o gênero feminino, evidenciado pelo crescimento do número de Medidas Protetivas de Urgência concedidas no comparativo entre os anos 2020 e 2021, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

Gráfico 2: Número de Medidas Protetivas de Urgência (MPUs)concedidas.

Entre 2020 e 2021



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

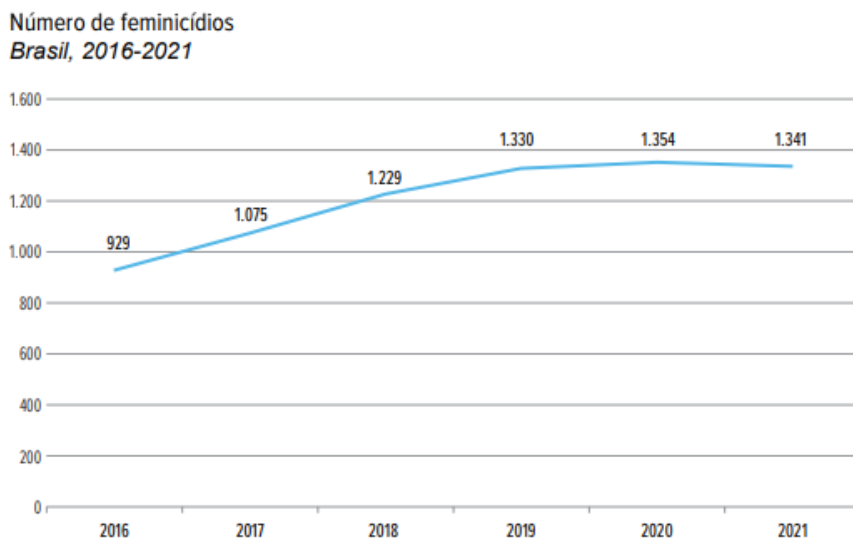
Da análise atenta do gráfico exposto, percebemos uma tendência importante entre 2020 e 2021: o acréscimo de 14,4% na concessão de Medidas Protetivas de Urgência. Ao conjugar as informações tabuladas pelo Gráfico 1, emerge com clareza que, durante o biênio 2020-2021, se verificou um incremento de 12,84% nos registros de novos casos de violência doméstica.

Não obstante a notória determinação e a abordagem vigorosa empreendidas pelo Poder Judiciário no enfrentamento da violência doméstica, subsistem preocupantes indicadores que requerem atenção especial. Sobretudo, as estatísticas relacionadas ao feminicídio emergem como um foco de inquietação. No período compreendido

entre 2016 e 2021, os casos de feminicídio apresentaram um acentuado incremento de cerca de 44,3%, passando de 929 casos em 2016 para 1.341 em 2021, conforme claramente demonstrado nos dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (VIDEIRA, 2022, p. 8).

Esta conjuntura insta a uma reflexão profunda sobre a eficácia das estratégias de prevenção e combate ao feminicídio, que apesar da implementação das medidas cautelares, está em uma expansão alarmante. A crítica vislumbra uma análise mais holística, com o envolvimento não apenas o Poder Judiciário, visto não se tratar de uma questão meramente jurídica, mas também a coordenação eficaz entre os diversos órgãos e serviços públicos, como as forças de segurança, serviços sociais e de saúde. Destarte, o número de feminicídios poderá ter real redução.

Gráfico 3: Número de feminicídios.



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

A trágica quantidade de feminicídios aponta para uma deficiência do Estado no que diz respeito à garantia de eficácia das medidas protetivas de urgência. Como destacado anteriormente, a violência

doméstica é uma progressão que começa, muitas vezes, com agressões verbais, humilhações e constrangimentos, e evolui para agressões físicas e, em casos extremos, culmina em feminicídio. Assim, antes de perder a vida, a vítima provavelmente passou por diversas formas de abuso e até pode ter buscado uma ajuda deficitária do Estado, o qual, lamentavelmente, demonstrou-se incapaz de proporcionar a proteção necessária. Apesar dos esforços do Poder Judiciário para atender às necessidades por MPUs, o Estado como um todo ainda não demonstrou plena capacidade de garantir que essas medidas sejam verdadeiramente eficazes. Como resultado, a proteção dos direitos fundamentais da vítima continua sendo insuficiente. (VIDEIRA, 2022, p. 9).

A tendência de aumento nos casos de violência doméstica, conforme evidenciada pelos dados do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com o crescimento nos casos de feminicídios, informação do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, é motivo de preocupação e destaca a necessidade urgente de medidas eficazes para prevenir e combater essa forma de violência. A análise estatística reforça a urgência de ações coordenadas envolvendo o sistema de justiça, órgãos de segurança e instituições governamentais, com o propósito de assegurar a proteção das mulheres e a efetiva aplicação da Lei Maria da Penha.

4.1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1.1 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Na ótica das MPUs, alguns dos princípios basilares do sistema jurídico, inclusive previsto na Constituição Federal, é o da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, materializados nos incisos LIV, LV e LVII do artigo 5º da Carta Magna de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988)

Concomitante ao respaldo constitucional citado, esses princípios assumem uma peculiaridade. Enquanto representam pilar inquestionável do devido processo legal em nosso ordenamento, nas situações em que são concedidas tais medidas em virtude de casos de violência doméstica, há uma aparente supressão desses princípios em prol da imediata proteção da vítima. Esta contradição merece um exame mais detalhado, visto ser, em um primeiro momento, irrazoável sacrificar tão valorosos preceitos em prol de acusações que podem ser inverídicas.

O Supremo Tribunal Federal (1969), por meio da Súmula 523, ratificou a relevância da defesa e contraditório no processo penal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”.

No prisma do já abordado no capítulo 2 do corrente trabalho, a Lei Maria da Penha trouxe as Medidas Protetivas de Urgência que representam um meio jurídico para interromper, e até prevenir, a violência doméstica e familiar.

Em um artigo publicado na Revista Processus Multidisciplinar, Dantas (2021, p. 3) explica que o uso inadequado ou leviano dessas

medidas é inaceitável e constitui um desrespeito tanto às mulheres, que verdadeiramente necessitam de proteção, quanto aos direitos dos supostos agressores, que veem sua honra, patrimônio, liberdade e moral em risco. Nesses cenários, muitas vezes, um simples relato da vítima é suficiente para embasar petições vagas e genéricas, cuja intenção é a concessão de Medidas Protetivas de Urgência.

O magistrado, de acordo com os artigos 18 e 19, § 1º da Lei n.º 11.340/2006, concede essas medidas em até 48 horas, sem a necessidade de audiência entre as partes ou da manifestação do Ministério Público, o qual deve ser prontamente comunicado. Porém, é essencial que, mesmo sob o abrigo da lei, essas medidas respeitem o Princípio da Presunção de Inocência, o qual assegura o estado de inocência de qualquer acusado até que sua sentença transite em julgado definitivamente. Afinal, sem o ônus da prova, a aplicação da justiça se tornaria inviável, uma vez que pedidos e acusações não precisariam de provas para sustentação. (DANTAS, 2021, p. 3)

O renomado Lima (2020, p. 940), leciona sobre a importância da constatação da materialidade delitiva para a concessão das medidas cautelares:

Por conseguinte, quanto à materialidade delitiva, é necessário que haja prova, isto é, certeza de que o fato existiu, sendo, neste ponto, uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que, para a caracterização do *fumus boni iuris*, há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade.

Extrai-se do trecho a essencialidade de ter evidências sólidas que comprovem a existência da materialidade delitiva. Para justificar a concessão das Medidas Protetivas de Urgência é preciso ter convicção da ocorrência do fato, não sendo suficiente depender apenas de suposições. Em suma, todas as medidas cautelares devem

ser fundamentadas em provas sólidas do ocorrido, sem margem para dúvidas.

Dantas (2021, p. 4) faz menções pertinentes aos possíveis usos indevidos dessas medidas, possibilidade só tangível devido ao afastamento do princípio da ampla defesa e contraditório, assim como da presunção de inocência, *in verbis*:

A substituição da vontade originária do legislador pelo Ativismo Judicial instala o risco para a liberdade de inocentes, sujeitos aos abusos e falsa imputação de crimes por mulheres em estado de desequilíbrio emocional ou má-fé. A negligência paradigmática da violência contra o homem, emanada das afrontas na aplicação da Lei Maria da Penha impede a elucidação da violência doméstica e provoca outras formas de violência ao negar direitos.

Do enunciado, é primordial perceber que as MPUs não devem ser instrumentalizadas para atender a interesses pessoais, sejam eles de natureza patrimonial, relacionados à guarda de filhos, ou mesmo movidos por intenções vingativas. Ainda, os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência precisam ser respeitados, a fim de garantir o direito inalienável do acusado de defender-se das imputações lhes atribuídas, e de ser considerado inocente até que se prove o contrário.

4.1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Para entendermos os princípios éticos e morais que lastreiam nossa sociedade é indispensável realizar a distinção entre a dignidade da espécie humana e a dignidade da pessoa humana. Ao aludir a respeito do tema, Sarmento (2020, p. 36) elucida:

A dignidade da espécie humana consiste no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo. Distintas razões foram empregadas para justificar essa superioridade, sendo as mais frequentes o uso da razão, o livre arbítrio e, no âmbito religioso, a criação à imagem de Deus. Já a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração. [...] A primeira ideia – a dignidade da espécie humana – é muito mais antiga do que a segunda. A faceta igualitária da dignidade só veio a se afirmar institucionalmente na Modernidade, após o advento do Iluminismo. Muito antes disso, porém, já era corrente a afirmação do valor ímpar do ser humano no mundo natural. Contudo, não se extraía dessa valorização da humanidade a exigência de reconhecimento de uma igualdade intrínseca entre as pessoas. Muito pelo contrário, ela convivia lado a lado com a afirmação da desigualdade natural entre os indivíduos.

Em sucinto, a dignidade da espécie humana refere-se à valorização inerente de nossa espécie como um todo, é o reconhecimento da humanidade como detentora de características únicas, como a capacidade de raciocínio e a criação de cultura. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana reconhece o valor intrínseco de cada indivíduo, independentemente de suas capacidades, circunstâncias ou contribuições à sociedade. É a dignidade advinda apenas pelo fato da pessoa ser humana.

No cenário da Lei Maria da Penha e, por extensão, das Medidas Protetivas de Urgência, observa-se uma ponderação na promoção da dignidade humana do homem para atender uma dignidade vista como mais vulnerável: a da mulher. Ora, um pai que perpetrar atos de violência contra seu filho poderá, eventualmente, se beneficiar

das medidas despenalizadoras preconizadas na Lei nº 9.099/95, a qual contempla tratamento jurídico diferenciado, ao passo que, se a agressão for dirigida à filha, as mesmas prerrogativas tendem a não se aplicar, dado a incidência de violência doméstica contra a mulher. Indivíduos acusados de delitos como furto, peculato, apropriação indébita, ou receptação podem, em determinadas circunstâncias, gozar do benefício da substituição da prisão por sanções pecuniárias ou multas. Entretanto, no caso de condenação por injúria ou ameaça direcionadas a uma mulher no contexto familiar, a referida prerrogativa de substituição não será concedida, sendo aplicável o enquadramento na Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha. (CANDIDO, 2022, p. 50).

Em contraste, não é razoável existir Medidas Protetivas de Urgência apenas para as mulheres, tendo em vista que a própria Constituição Federal (1988), em seu artigo 226, § 8º, apregoa: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Em verdade, a Constituição brasileira de 1988 estabelece a obrigação do Estado de prestar assistência a todos os membros da família, não se restringindo exclusivamente às mulheres. Paradoxalmente, a Lei Maria da Penha (2006), em diversos de seus dispositivos, notadamente no artigo 7º, ao elencar as diversas formas de violência, faz menção a “são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras”. Esse rol suscita questionamentos legítimos sobre o porquê dos homens não podem igualmente ser vítimas das formas de violência descritas no referido artigo. A pertinência da norma em relação ao artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, que aborda a proteção da família, não exclui os homens como beneficiários da referida proteção e levanta questionamentos quanto à sua constitucionalidade nesse aspecto. (CANDIDO, 2022, p. 51).

O enfoque da Lei Maria da Penha, ao direcionar sua atenção exclusiva à violência doméstica contra a mulher e não incorporar a perspectiva masculina como vítima, suscita legítimas inquietações

concernentes à igualdade de gênero e à dignidade da pessoa humana do homem. Essa diretriz legal, inadvertidamente, perpetua estereótipos de gênero e negligencia situações em que os homens também são vítimas de violência doméstica, e, em último exame, coloca em risco o progresso na busca pela equidade entre os sexos.

CONCLUSÃO

O corrente trabalho propõe uma análise crítica das medidas protetivas de urgência, sem desconsiderar os árduos direitos conquistados pelas mulheres. A Lei Maria da Penha foi promulgada como revide à frequente displicência estatal diante da violência doméstica e familiar, marcada por punições escassas e sem amparo adequado às vítimas.

O inescusável enfrentamento à violência contra as mulheres não justifica que o cabedal normativo vigente possa se sobrepor a direitos e desrespeite princípios essenciais como a ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Destaca-se a significância do cumprimento desses preceitos frente às novas leis, a fim de evitar que sirvam para criar problemas em nome do combate a outros, especialmente quando fundamentados em compensar, historicamente, as mulheres em detrimento dos direitos igualmente partilhados pelos homens.

Ao contrário do previsto na Constituição Federal, a concessão *inaudita altera pars* das MPUs evidencia a presunção de culpa do acusado sem a necessidade de provas convincentes, acompanhada por indiciamentos carentes de instrução probatória adequada. A recepção de falsas acusações, a trivialização do afastamento do suposto agressor do próprio lar e a abrangência indiscriminada do que é considerado violência doméstica, são alguns dos desafios apontados.

O texto argumenta contra o desequilíbrio do atual método de acusação e alude que, para além do veredito judicial, os alegados agressores frequentemente enfrentam condenação social ao serem publicamente identificados como criminosos. Ademais, reconhece a

importância da legislação na proteção das vítimas, enquanto destaca a inafastabilidade de um exame crítico de seus aspectos ignóbeis – são pontuadas as formas de violência e a fragilidade do reconhecimento prático de cada uma.

Ato contínuo é proposta uma reflexão sobre as MPUs. Questiona-se a predominante narrativa de que apenas as mulheres padecem com a violência familiar e/ou doméstica. A sugestão recai sobre uma progressão no sentido de fortalecer a legislação contra os reais agressores, enquanto visa atender seus direitos fundamentais, pois os homens também devem ser considerados vítimas de violência doméstica e familiar.

Dessume-se não ser razoável privar os homens do acesso às MPUs e retirar suas garantias constitucionais, a fim de que apenas as mulheres se beneficiem desse dispositivo legal no combate à violência doméstica. Ao contrário, infere-se que os homens devem ser beneficiados por esse mecanismo de coibição de violência doméstica e familiar.

Este enfoque busca equilibrar a proteção das vítimas com a preservação dos princípios inerentes a pessoa humana, e promove uma visão mais ampla e inclusiva no enfrentamento da violência doméstica.

A abordagem jurídica atual, muitas vezes influenciada por leis que podem ser percebidas como misândricas, é criticada por perpetuar esses estereótipos. O ordenamento jurídico, em alguns casos, parece compelir a aceitação dessa perspectiva, o que pode não refletir a realidade.

O trabalho aventa que, alimentadas por narrativas enganosas, essas leis têm motivado um número crescente de mulheres a utilizar o sistema judicial para buscar objetivos pessoais, como vingança, extorsão ou obtenção da guarda dos filhos. A medida protetiva, inicialmente concebida para resguardar vítimas reais, é criticada por se tornar uma ferramenta muitas vezes usada de maneira imprópria, e por prejudicar inocentes mais do que proteger mulheres em situações

de violência. Assim, o estudo propõe uma revisão crítica desses mecanismos, visando uma abordagem mais equitativa e eficaz.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Visitação aos Dependentes menores e Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17112>. Acesso em: 13 de out. de 2023.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Das medidas protetivas que obrigam o agressor** – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Aline. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIANCHINI, Aline; ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Artigos Lei n. 14.550/2023: Uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-n-14-450-2023-uma-intepretacao-autentica-quanto-ao-dever-estatal-de-protECAo-as-mulheres/>. Acesso em: 14 de out. de 2023.

BRANDÃO, Marcelo. **Lei Maria da Penha: subnotificações escondem número real da violência**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-08/lei-maria-da-penha-subnotificacoes-escondem-numero-real-da>. Acesso em: 01 de out. de 2023.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União, Brasília, n. 46, 07/08/2006.

Câmara dos Deputados. **DECRETO Nº 21.076, DE 24 DE FEVEREIRO DE 1932**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

CANDIDO, Renan Souza. **Lei Maria da Penha: Uma Breve Análise Sobre Sua (In)constitucionalidade**. 2022. 65 f. Monografia (Graduação em Direito)-Sociedade Educacional de Santa Catarina, Blumenau, 2022.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CNJ Serviço. **Diferença entre calúnia, injúria e difamação**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-diferenca-entre-calunia-injuria-e-difamacao/>. Acesso em: 08 de set. de 2023.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfretamento à Violência contra as Mulheres**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/estatistica/>. Acesso em: 15 de out. de 2023.

DANTAS, Ricardo Caltagironi Gomes Gonçalves. **A Inobservância dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na Aplicação das Medidas Protetivas de Urgência**. 2021. 7 f. Artigo (Graduação em Direito)-Faculdade Processus, Brasília, 2021.

DÍAS, Laura Mota. **Instituições do estado e a produção e reprodução da desigualdade na América Latina**. Porto Alegre: CLACSO, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero>. Acesso em: 14 de out. de 2023.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar.** 2ª reimpr. - 2. ed. - Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FÓRMULA, Instituto. **Conflito entre a Lei Maria da Penha e a alteração trazida no art. 311 do CPP, pelo Pacote Anticrime.** Disponível em: <https://www.institutoformula.com.br/conflito-entre-a-lei-maria-da-penha-e-a-alteracao-trazida-no-art-311-do-cpp-pelo-pacote-anticrime/>. Acesso em: 03 de out. de 2023.

GOLPE Aplicado com Lei Maria da Penha. [S. l.: s. n.], 2023. Vídeo (6 min15s). Publicado pelo canal Cortes do Venus [OFICIAL]. 06 abr. 2023. Disponível em: https://youtube.com/watch?v=_raD2BkNkYg&list=PLtm4SliNTWY-E5fK-OsO43hICXYendMwn&index=1. Acesso em: 29 de out. de 2023.

IMP, Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha.** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

INVESTIGAÇÃO Paralela – Episódio 1 – O Caso Maria da Penha. [S. l.: s. n.], 2023. Vídeo (1h24min08s). Publicado pela plataforma Brasil Paralelo. 10 ago. 2023 Disponível em: <https://plataforma.brasilparalelo.com.br/playlists/investigacao-paralela-or-3a-temporada/media/64abe88594778f002d78a0a6>. Acesso em: 02 de nov. de 2023.

JODOROWSKY, Alejandro. **Entre lo que yo pienso, lo que quiero decir, lo que digo y lo que tú oyes, lo que quieres oír y lo que crees comprender, hay un abismo.** 2013. Disponível em: <https://twitter>.

com/alejodorowsky/status/313990613517340672. Acesso em: 03 ago. 2023.

KITZMANN, Katherine M. **Violência doméstica e seu impacto sobre o desenvolvimento social e emocional de crianças pequenas**. Em: Tremblay RE, Boivin M, Peters RDeV, eds. MacMillan HL, ed. tema. Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância. Disponível em: <https://www.encyclopedia-crianca.com/maus-tratos-na-infancia/segundo-especialistas/violencia-domestica-e-seu-impacto-sobre-o>; Acesso em: 30 de set. de 2023.

LEONELLI, Aubrey Renan de Oliveira. **Prova Diabólica e Fato Negativo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36057/prova-diabolica-e-fato-negativo>. Acesso em: 02 set. 2023.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MANITA, Celina; RIBEIRO, Catarina; PEIXOTO, Carlos. **Violência Doméstica: Compreender para Intervir - Guia de Boas Práticas para Profissionais de Instituições de Apoio a Vítimas**. Lisboa: CIG, 2009.

MASCOTTE, Larissa; BALBINO, Ana Paula. **Lei 13.984/20: As novas medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://blog.supremotv.com.br/lei-13-984-20-as-novas-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 13 de out. de 2023.

MASSON, Cleber Rogério. **Crimes contra a honra**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/429/edicao-1/crimes-contr-a-honra>. Acesso em: 30 set. 2023.

MUCHEMBLED, Robert. **História da violência - do fim da idade média aos nossos dias**; tradução: Abner Chiquieri. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universal, 2012.

OLIVEIRA, João Paulo. **Comentários à Lei Maria da Penha Lei n. 11.340/2006**. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Violência contra as mulheres**: Consequências para a saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 27 de set. de 2023.

PASQUAL, Raphael Persehuian. **Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-16/raphael-pasqual-medidas-protetivas-lei-maria-penha#:~:text=A%20natureza%20jur%C3%ADdica%20inibit%C3%B3ria%20das,das%20circunst%C3%A2ncias%20do%20caso%20concreto>. Acesso em: 29 out. de 2023.

PCDF. **Linha histórica dos direitos da mulher no Brasil**. 2022, p. 1. Disponível em: https://www.pcdf.df.gov.br/images/DIVICOM/2022/Linha_hist%C3%B3rica_dos_direitos_da_mulher_no_Brasil.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

PELICANI, Rosa Benites. **A Lei Maria da Penha e o Princípio da Igualdade**: Interpretação Conforme a Constituição. Revista da Faculdade de Direito. 2007.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Livro 5, título XXV, ed. 14^a. Rio de Janeiro: Philomathico, 1870.

REZENDE, Milka de Oliveira. **Violência contra a mulher**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-contra-a-mulher.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

ROCHA, Valdecir Luiz. **Medidas Protetivas de Urgência na Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/>

medidas-protetivas-de-urgencia-na-lei-maria-da-penha/1176877381.
Acesso em: 13 de out. de 2023.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O Poder do Macho**. 11^a ed. São Paulo: Moderna, 1987.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade Da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias E Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

UNIFACS. **O que é igualdade de gênero e qual é a sua importância?**. Disponível em: <https://blog.unifacsonline.com.br/igualdade-de-genero/>. Acesso em: 30 set. 2023.

VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara. **Medidas protetivas de urgência e o princípio da vedação à proteção insuficiente**: uma questão de eficácia dos direitos fundamentais da mulher: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-16/>. Acesso em: 15 de out. de 2023.