

Coletânea de enunciados das
Defensorias Públicas Estaduais, do
Distrito Federal e da União

Conselho Nacional de
Corregedores-Gerais

TESES INSTITUCIONAIS

ORIENTAÇÕES GERAIS PARA OS
DEFENSORES PÚBLICOS

COMISSÃO:

- Érika Karina Patrício de Souza - Corregedora-Geral da DPE/RN
- Henrique de Almeida F. Gonçalves - Subcorregedor-Geral da DPE/PR
- Natanael de Lima Ferreira - Corregedor-Geral da DPE/RR
- Franklyn Roger Alves Silva - Subcorregedor-Geral da DPE/RJ



<https://cncgdp.wixsite.com/cncg>

COMPOSIÇÃO

DIRETORIA

LUIZ HENRIQUE SILVA ALMEIDA

Corregedor Geral da Defensoria Pública do
Estado de Goiás

Presidente do CNCG DPE/DPDFT/DPU

ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS

Corregedora-Geral Da Defensoria Pública Do
Estado Do Rio Grande Do Sul

1ª Vice-Presidente do CNCG

DPE/DPDFT/DPU

FLÁVIO NELSON DÁBES LEÃO

Corregedor-Geral Da Defensoria Pública Do
Estado De Minas Gerais

2º Vice-Presidente do CNCG

DPE/DPDFT/DPU

MELISSA SOUZA CREDIE BORBOREMA

Corregedora-Geral Da Defensoria Pública Do
Estado De Amazonas

1ª Secretária do CNCG DPE/DPDFT/DPU

CESAR AUGUSTO ASAD

Corregedor-Geral Da Defensoria Pública Do
Estado Do Pará

2º Secretário do CNCG DPE/DPDFT/DPU

COMPOSIÇÃO

MEMBROS

Defensoria Pública do Estado do Acre
Corregedora-Geral: Fenísia Araújo da Mota Costa

Defensoria Pública do Estado de Alagoas
Corregedor-Geral: João Fiorillo de Souza

Defensoria Pública do Estado do Amapá
Corregedora-Geral: Jade Tavares Agra

Defensoria Pública do Estado do Amazonas
Subcorregedor-Geral: Péricles Duarte de Souza Júnior
Subcorregedor-Geral: João Carlos Bemerguy Camerini

Defensoria Pública do Estado da Bahia
Corregedora-Geral: Liliana Sena Cavalcante
Corregedora-adjunta: Isabel Cristina Souza Neves Almeida
Corregedor Auxiliar: Cláudio Piansky Mascarenhas G. da Costa
Corregedora Auxiliar: Janaína Canário Carvalho Ferreira

Defensoria Pública do Estado do Ceará
Corregedor-Geral: José Laerte Marques Damasceno
Defensor Público Auxiliar da Corregedoria
Francisco José Veras de Albuquerque
Defensor Público Auxiliar da Corregedoria
Vicente Alfeu Teixeira Mendes

Defensoria Pública do Distrito Federal
Corregedor-Geral: João Marcelo Mendes Feitoza

COMPOSIÇÃO

MEMBROS

Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

Corregedora-Geral: Livia Souza Bittencourt

Corregedor Auxiliar: Adriana Gomes Martins Soares

Corregedor Auxiliar: Edilson Lozer Junior

Defensoria Pública do Estado de Goiás

Corregedor Auxiliar: Lúcio Flávio de Souza

Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Corregedor-Geral: José Augusto Gabina de Oliveira

Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso

Corregedor-Geral: Márcio Frederico de Oliveira Dorilêo

Primeiro Subcorregedor-Geral Carlos

Eduardo Roika Júnior

Segundo Subcorregedor-Geral Edson Jair Weschter

Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul

Corregedora-Geral: Salete de Fátima do Nascimento

Subcorregedora-Geral: Geni Tibúrcio Zawierucha

Defensoria Pública do Estado do Pará

Corregedor Auxiliar: Etelvino Quintino Miranda De Azevedo

Corregedor Auxiliar: Francisco Nunes Fernandes Neto

Corregedor Auxiliar: Antônio Carlos De Andrade Monteiro

COMPOSIÇÃO

MEMBROS

Defensoria Pública do Estado do Paraíba
Corregedor-Geral: José Alípio Bezerra de Melo

Corregedor Auxiliar: Benedito de Andrade Santana

Corregedor Auxiliar: Valeria Lopes Onofre Vita

Defensoria Pública do Estado do Paraná
Corregedora-Geral: Josiane Fruet Bettini Lupion

Subcorregedor-Geral: Henrique de Almeida Freire Gonçalves

Defensoria Pública do Estado de Pernambuco

Corregedor-Geral: José Antônio de Lima Torres

Corregedora Auxiliar: Fátima Maria Alcântara do Amaral Meira

Corregedora Auxiliar: Manuella Pollyanna de M Silveira

Defensoria Pública do Estado do Piauí

Corregedora-Geral: Ana Patrícia Paes Landim Salha

Corregedora Auxiliar: Luciana Moreira Ramos de Araújo

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Corregedor-Geral: Nilton Manoel Honório

Subcorregedor-Geral: Franklyn Roger Alves Silva

COMPOSIÇÃO

MEMBROS

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte

Corregedora-Geral: Érika Karina Patrício de Souza

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Subcorregedora-Geral: Fernanda Knijnik

Defensoria Pública do Estado de Rondônia

Corregedor-Geral: Marcus Edson de Lima

Corregedora-auxiliar: Victor Hugo de Souza Lima

Defensoria Pública do Estado de Roraima

Corregedor-Geral: Natanael de Lima Ferreira

Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Corregedor-Geral: Thiago Burlani Neves

Subcorregedor-Geral: Defensor Público Daniel Deggau Bastos

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Corregedora Geral: Cristina Guelfi Gonçalves

Corregedora-Assistente: Andrea Perencin de Arruda Ribeiro Rios

Corregedora-Auxiliar: Larissa Grimm Bakri

Corregedora-Auxiliar: Clarissa Portas Baptista da Luz

Defensoria Pública do Estado de Sergipe

Corregedor-Geral: Jesus Jairo Almeida de Lacerda

COMPOSIÇÃO

MEMBROS

Defensoria Pública do Estado de Tocantins
Corregedora-Geral: Irisneide Ferreira dos Santos

Defensoria Pública da União
Corregedora-Geral: Geovana Scatolino Silva

SUMÁRIO

Coleção de enunciados do Colégio Nacional de Corregedores-Gerais das Defensorias Públicas Estaduais

| | |
|---------------------------------|----|
| 01 - Cível e da Fazenda Pública | |
| Bahia | 10 |
| Amazonas | 13 |
| São Paulo | 23 |
| Paraná | 30 |
| Tocantins | 31 |
| 02 - Curadoria | |
| Bahia | 36 |
| 03 - Direitos Humanos | |
| Bahia | 37 |
| 04 - Administrativo | |
| Paraná | 39 |
| 05 - Família | |
| São Paulo | 40 |
| Minas Gerais | 43 |
| Paraná | 44 |
| 06 - Infância e Juventude | |
| Paraná | 45 |
| São Paulo | 46 |



SUMÁRIO

| | |
|----------------------|-----|
| 07 - Constitucional | |
| Paraná | 51 |
| 08 - Consumidor | |
| Paraná | 52 |
| 09 - Processo Civil | |
| Paraná | 53 |
| Rio de Janeiro | 54 |
| 10 - Penal | |
| Paraná | 78 |
| São Paulo | 80 |
| Goiás | 84 |
| Santa Catarina | 85 |
| Tocantins | 89 |
| 11 - Processo Penal | |
| Santa Catarina | 91 |
| 12 - Execução Penal | |
| Paraná | 96 |
| Tocantins | 97 |
| São Paulo | 98 |
| Goiás | 101 |
| Santa Catarina | 102 |
| 13 - Anexos | 103 |



01

Cível e da Fazenda Pública

1.1. TESES INSTITUCIONAIS DPE/BA

Enunciado 03 - Na hipótese de apresentação de relatório médico insuficiente para propositura de ações cominatórias em face de planos de saúde ou da Fazenda Pública, o Defensor Público poderá requisitar o fornecimento de relatório complementar, estabelecendo prazo razoável para cumprimento e subsequente propositura da ação, com ou sem a resposta.

Enunciado 07 - Nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública em que sobrevier a constituição de advogado, poderá ser postulada a fixação de verbas sucumbenciais proporcionais, em favor do Fundo de Assistência Judiciária da Defensoria Pública do Estado da Bahia - FAJDPE/BA.

Enunciado 08 - Nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública em que sobrevier a constituição de advogado, a renúncia deste, o arrependimento do assistido ou a revogação dos poderes, não devolverá automaticamente o acompanhamento à Defensoria Pública.

Enunciado 11 - Nas petições iniciais, contestações, reconvenções e cumprimento de sentença deverá constar o pedido de pagamento das verbas sucumbenciais em favor do Fundo de Assistência Judiciária da Defensoria Pública do Estado da Bahia - FAJDPE/BA, ou sua majoração na hipótese de recurso quando cabível.

Enunciado 12 - Tese Revogada

Enunciado 15 - Após esgotados os meios processuais cabíveis, no caso de não localização do assistido pelo Poder Judiciário para informar se tem interesse ou não no prosseguimento do feito, é dispensável a interposição de recurso da decisão que extinguiu a ação sem resolução do mérito, sem embargo das comunicações administrativas cabíveis.

Enunciado 16 - Em sendo demanda de medicação off label ou experimental, solicitar ao médico assistente relatório, acompanhado de elementos indicativos da eficácia, efetividade e segurança da prescrição, segundo preceitos técnicos da medicina baseada em evidências, justificando o porquê da indicação de medicação não aprovada pela ANVISA para tratamento da enfermidade que acomete o assistido da Defensoria Pública.

Enunciado 18 - Nas obrigações de fazer que envolvam plano de saúde, será pedido danos morais se o assistido assim se manifestar expressamente, e se o Defensor Público entender cabível.

Enunciado 19 - Tese Revogada

Enunciado 20 - Nos processos em que for negada a verba sucumbencial contra o Estado, caberá ao Defensor recorrer da decisão visando a superação da súmula 421 do STJ.

Enunciado 21 - É admissível a propositura de ação de produção antecipada de prova pericial, prévia à propositura de ação de indenização em matéria de erro médico, tendo como justificativa o prévio conhecimento técnico dos fatos que pode demonstrar a viabilidade ou não da ação principal, bem como poderá viabilizar a composição civil extrajudicial do conflito, nos termos dos incisos II ou III do artigo 381 do Novo Código de Processo Civil, independentemente da demonstração de urgência da produção da prova.

Enunciado 22 - Os artigos 464 § 1º do CPC, inciso II, e 472 do CPC legitimam a desnecessidade de produção de prova pericial em demandas de saúde, inclusive no âmbito de mandado de segurança.

Enunciado 23 - Nas mediações e conciliações extrajudiciais e judiciais, o Defensor Público deverá zelar, sempre que possível, pela fixação de verbas sucumbenciais em favor do Fundo de Assistência Judiciária da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Enunciados retirados do sítio:

<https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2017/07/aqui.pdf>

1.2 RECOMENDAÇÕES PARA OS ÓRGÃOS DE ATUAÇÃO NA ÁREA CÍVEL DA DPE/AM.

Orientação Gerais

01 - Recomenda-se que sejam mantidos atualizados os cadastros dos assistidos no Próton, além de que seja registrado em todos os locais possíveis os telefones dos assistidos, possibilitando, assim, a comunicação rápida e direta sobre diligências e demais atos processuais.

Justificativa- A manutenção de informações atuais, principalmente do contato telefônico, permite evitar o deslocamento desnecessário do assistido e, por conseguinte, dispêndio financeiro, até o local de atuação da defensoria respectiva para buscar informações sobre a demanda ajuizada. Por conta disso, saliente-se que apenas quando for impossível a comunicação direta por telefone, é que devem ser consideradas as medidas secundárias da intimação pessoal por carta, enviada pelo próprio defensor, ou pedido de intimação pessoal ao juízo (art. 186, §2º, CPC). Deste modo, a prestação jurisdicional se tornará mais hábil e efetiva.

02 - Recomenda-se que aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de atendimento inicial que, seja realizada uma tentativa extrajudicial prévia de solução do conflito quando cabível, seja por conciliação ou por mediação e, que indiquem nas petições iniciais este fato, juntando cópia do termo se infrutífera a composição.

Justificativa- Embora obrigatória a realização da audiência de conciliação/mediação, já há entendimento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no sentido de que se for comprovada a realização de uma tentativa de mediação ou conciliação pré-processual pela Defensoria Pública, pode ser dispensada a audiência inicial de conciliação ou mediação, a fim de se evitar a repetição da experiência infrutífera e a perda de tempo para o autor da demanda.

Neste sentido é o primeiro enunciado aprovado pelo grupo de trabalho organizado pelo TJ/RJ em mediação: "Se qualquer das partes comprovar a realização de mediação ou conciliação pré-processual nos seis meses antecedentes à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação desde que tenha tratado da questão objeto da ação e sido conduzida por mediador ou conciliador com formações teórica e prática em instituições credenciadas no NUPEMEC ou no CNJ, ou promovida pela Defensoria Pública, Ministério Público ou Ordem dos Advogados do Brasil."

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça promoveu a "I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios", realizada em Brasília, no Conselho da Justiça Federal, na qual foi aprovado o seguinte enunciado n. 29: "Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado".

Assim, recomenda-se que seja juntada com a inicial, cópia do termo de conciliação ou mediação, visando a dispensa da audiência e o ganho de tempo da parte autora.

03 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de atendimento inicial que se, excepcionalmente, houver demora em mais de 6 meses para o ajuizamento de uma ação, que seja novamente contatado o assistido para verificar se houve mudanças significativas que possam influir no sucesso da demanda.

Justificativa- Apesar de se ter conhecimento da grande demanda nos atendimentos iniciais, mostra-se razoável o estabelecimento de um prazo, até 6 meses (ATENTANDO-SE AO PRAZO PRESCRICIONAL), para que seja interposta a peça inicial, a fim de se evitar prejuízos aos assistidos que buscam uma solução rápida para seus conflitos e para também evitar o desprestígio da instituição.

Passado esse prazo, vê-se como de extrema necessidade o restabelecimento de novo contato com o assistido, a fim de se precaver de eventual improcedência da ação por conta do perecimento do direito, prescrição, mudança na situação fática, outras provas que não foram juntadas, a perda de interesse em judicializar, dentre outras, situações causadas pela demora excessiva do ajuizamento.

04 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de atendimento inicial que seja prudente, antes de elaborar a peça inicial, a pesquisa no e-SAJ acerca da existência de outro(s) processo(s) em nome do assistido.

Justificativa- Mostra-se necessária tal medida para se evitar futura alegação de litispendência ou demanda semelhante em relação à causa de pedir e/ou pedido, que foi instruída com provas mais completas, a fim de serem consideradas também na ação a ser ajuizada.

05 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de atendimento para que observem o adequado endereçamento, a fim de indicar corretamente o juízo a qual é dirigida a petição inicial.

Justificativa- Se faz necessária maior cautela ao indicar o endereçamento, a fim de evitar que a ação seja proposta em juízo absolutamente incompetente, retardando o andamento processual, e prejudicando o assistido.

06 - Recomenda-se que aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de atendimento inicial que nas demandas que envolvam a fazenda pública estadual, seja aberto um tópico na petição inicial referente ao pedido de honorários de sucumbência.

Justificativa- Em decorrência (i) do art. 4º, inciso XXI, da LC 80/1994, de que é função institucional da Defensoria Pública executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos (alteração dada pela Lei Complementar nº 132/09), (ii) da EC 80/2014 que consolidou a autonomia orçamentária da Defensoria Pública e (iii) do julgamento do STF no RE 1140005-RJ que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional relativa ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em litígio com ente público ao qual vinculada (tema 1002). Ademais, o próprio Tribunal de Justiça do Amazonas por entendimento de suas três Câmaras Cíveis já reconheceu a possibilidade de condenação do mesmo ente federado que integra a Defensoria Pública em honorários sucumbenciais¹

07 - Em decorrência (i) do art. 4º, inciso XXI, da LC 80/1994, de que é função institucional da Defensoria Pública executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos (alteração dada pela Lei Complementar nº 132/09), (ii) da EC 80/2014 que consolidou a autonomia orçamentária da Defensoria Pública e (iii) do julgamento do STF no RE 1140005-RJ que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional relativa ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em litígio com ente público ao qual vinculada (tema 1002). Ademais, o próprio Tribunal de Justiça do Amazonas por entendimento de suas três Câmaras Cíveis já reconheceu a possibilidade de condenação do mesmo ente federado que integra a Defensoria Pública em honorários sucumbenciais¹

Justificativa- Tem se verificado que diante da resposta negativa da diligência cumprida pelo oficial de justiça, o juízo tem decidido pela imediata citação por edital, sem que antes requisite informações sobre o endereço do réu conforme dispõe o art. 256, § 3º, do CPC. Esta decisão precipitada configura nulidade da citação editalícia por ausência de esgotamento de todas as medidas possíveis de sua localização, conforme entendimento doutrinário² e jurisprudencial³. Deste modo, a orientação se faz necessária para que haja uma manifestação prévia da Defensoria, a fim de se evitar a nulidade do ato, e, por conseguinte uma demora maior no andamento processual.

Orientação Específicas

01 - Recomenda-se aos defensores públicos, ao elaborarem a petição inicial, que, sempre que o assistido não deseje a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC, tal fato seja indicado na petição inicial, com assinatura da parte, evitando, com isso, a realização de ato processual desnecessário e a eventual cominação de multa ao assistido que faltar à audiência (art. 334, § 8º, do CPC).

Justificativa- Com a sistemática do novo CPC, a audiência de conciliação ou mediação torna-se obrigatória no procedimento comum, devendo ser realizada antes da apresentação da defesa do réu, havendo cominação de multa à parte que falta injustificadamente à audiência. A nova legislação somente dispensa a realização da audiência, em causas em que se admita a autocomposição ou se ambas as partes manifestarem desinteresse. Por isso, sugere-se que, sempre que o autor informar que não tem interesse na conciliação, tal informação seja inserida na petição inicial.

02 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, sempre que for proposta ação versando sobre tese jurídica que tenha precedente em sentido contrário, a fim de evitar julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC), justifiquem na exposição fática da petição inicial a diferença entre a hipótese fática da petição e aquela contida no precedente, realizando o distinguishing.

Justificativa- O novo CPC confere muita força aos precedentes, determinando o julgamento imediato de improcedência do pedido sempre que este contrariar súmula dos tribunais superiores, acórdão proveniente de julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em IRDR e incidente de assunção de competência e súmula do tribunal de justiça sobre direito local. Desta forma, a fim de evitar a sentença de improcedência liminar, de difícil reforma, recomenda-se aos defensores que já enfrentem a questão do precedente na petição inicial, demonstrando que a situação fática da ação proposta é diversa, não se subsumindo à aplicação do precedente.

03 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que no corpo da inicial seja feita remissão às documentações juntadas nos autos.

Justificativa- Como na maioria das causas é grande o número de documentos anexados no momento da propositura, tal especificação visa facilitar a atuação dos próximos núcleos de atuação, bem como direcionar o juízo para os documentos probatórios mais importantes para o deslinde da causa.

04 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que nos casos em que há pedido de ressarcimento pelos danos materiais sofridos, é imprescindível para um julgamento de procedência que sejam juntados todos os documentos com a comprovação dos gastos em relação aos bens perdidos ou deteriorados.

Justificativa- Se faz necessária a observância com mais cautela da juntada de todos os documentos indispensáveis para a comprovação do alegado (art. 320 do CPC), a fim de evitar posterior improcedência da ação por insuficiência de prova. Ressaltando-se que apenas é possível juntar documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos, formados após a petição inicial e se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis depois da interposição, cabendo a parte comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente. (art. 435 e parágrafo único do CPC).

05 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que seja observado com mais cautela a atribuição do valor da causa.

Justificativa- Trata-se de orientação para se evitar que a ação seja proposta em juízo absolutamente incompetente, retardando o andamento processual, bem como para que não sejam arbitrados valores tão ínfimos, devendo-se analisar a complexidade da causa, tendo em vista o impacto gerado nos honorários sucumbenciais para a Instituição.

06 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que seja analisado com mais acuidade o preenchimento do polo ativo e passivo da ação, bem como o endereçamento correto do Juízo no momento do cadastro no SAJ.

Justificativa- A orientação se faz necessária para evitar possíveis equívocos que retardem o andamento processual e consequentemente, a solução do litígio.

07 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que seja observada com mais cautela a narração dos fatos na elaboração da petição inicial.

Justificativa- Trata-se de orientação para que não ocorra uma descrição fática confusa ou incompleta que prejudique futura instrução probatória, bem como para que os fatos não se contraponham às provas juntadas pela própria parte autora.

08 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que na fundamentação jurídica do pedido de indenização por danos morais, materiais e/ou estéticos em face do Estado ou Município, que seja observada a diferença existente entre erro médico e erro hospitalar, vez que trata-se de uma classificação bipartida dos danos gerados ao paciente na seara médico-hospitalar.

Justificativa- Dependendo dos danos experimentados pelo assistido, a causa de pedir jurídica deverá se embasar em dano originado de atividade tipicamente hospitalar, sendo chamado de dano hospitalar. Por outro lado, originando-se o dano de ato tipicamente médico, chamar-se-á dano médico. A correta fundamentação se faz necessária pelo regime de responsabilidade a ser adotado: subjetiva, se erro médico, ou objetiva, se erro hospitalar. De acordo com o STJ4: "Se os danos suportados pela autora decorrem de falha na prestação do serviço hospitalar [...], e não de erro médico, a responsabilidade é objetiva, sendo desnecessária a verificação de culpa". No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Amazonas5: "A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, bastando à vítima comprovar a existência do dano e do nexo de causalidade entre a conduta deficiente do hospital e o prejuízo experimentado. A responsabilidade do hospital está diretamente ligada aos serviços prestados, portanto, o dano deve encontrar relação com a estadia do paciente, a internação, as instalações, equipamentos ou outros serviços auxiliares.

09 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que na fundamentação jurídica do pedido de indenização por danos morais e/ou estéticos em face do Estado ou Município, envolvendo falha na prestação do serviço público de saúde, principalmente nos casos de partos, que seja observada a devida caracterização, se existente, de violência obstétrica.

Justificativa- Pela falta de uma legislação brasileira relativa à prática de violência obstétrica, tem-se aplicado a tais casos os critérios gerais de responsabilidade civil de profissionais de saúde, hospitais e Poder Público, o que faz com que a prática de violência obstétrica seja enquadrada como erro médico. Ocorre que enquanto o erro médico de fato envolve a averiguação de responsabilidade civil, a violência obstétrica deve ser encarada como uma violência institucional e de gênero, conforme preconizam os tratados internacionais relativos aos direitos humanos das mulheres ratificados pelo Brasil. Neste sentido, o uso do termo “violência obstétrica” é importante porque envolve diversas esferas de direitos das mulheres que são violadas com tais práticas: os direitos sexuais e reprodutivos, o direito a uma vida livre de violência, direito à informação sobre os procedimentos adotados, direito a acompanhamento familiar, dentre outros. Logo, trata-se de uma questão de direitos humanos. Assim, deve-se conferir a tais casos a importância que eles merecem, fora do âmbito do erro médico, sob pena de negativa de efetivo acesso à justiça às mulheres.

10 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, se cabível, quando da análise da situação fática, seja feito pedido de danos estéticos, além dos danos morais.

Justificativa- Para se evitar que em uma posterior análise, seja perceptível o cabimento de danos estéticos, não havendo mais a possibilidade do aditamento da inicial, sob pena de se caracterizar em pleito “extra petita”, se faz necessária maior cautela para inclui-lo juntamente aos danos morais. Deste modo, se torna mais ampla e efetiva a proteção aos direitos do assistido e sua reparação quando este forem violados. A respeito da atual posição sobre o dano estético, já é largamente reconhecido por nossos Tribunais Superiores, inclusive este entendimento foi consolidado por meio da Súmula 387 do Supremo Tribunal Federal, qual expõe: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

11 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, nas ações que envolverem pedidos de verbas rescisórias, que não seja feita limitação do pleito de FGTS, em tempo que contradiz ao correto período dos anos trabalhados pelo assistido, salvo a ocorrência da prescrição.

Justificativa- A orientação se faz necessária para evitar futura alegação de ocorrência de prescrição ou renúncia tácita das verbas de FGTS do período efetivamente trabalhado, mas não incluído no pedido. Dessa forma, não se deve pleitear o pagamento de FGTS referente aos "últimos 60 meses trabalhados", a não ser que haja renúncia expressa do assistido quanto as parcelas constantes de período anterior ou tenha se operado a prescrição conforme decisão do STF 7.

12 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que quando forem qualificar o réu e houver dúvida sobre o seu atual endereço, que requeiram em juízo a consulta nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionários de serviços públicos, como INFOJUD, BACENJUD, INFOSEG e RENAJUD.

Justificativa- A orientação se faz necessária para se precaver de posterior resposta negativa no cumprimento da citação por oficial de justiça (pela não localização do réu no endereço apontado na inicial), já que tem se verificado que diante da certidão negativa, o juízo tem decidido pela imediata citação por edital, sem que antes requirite informações sobre o endereço do réu conforme dispõe o art. 256, § 3º, do CPC. Esta decisão precipitada configura nulidade da citação editalícia por ausência de esgotamento de todas as medidas possíveis de sua localização, conforme entendimento doutrinário⁸ e jurisprudencial⁹. Deste modo, a orientação se faz necessária para se evitar uma demora maior no andamento processual e conseqüentemente, na solução do litígio.

13 - Recomenda-se aos defensores públicos, ao elaborarem a inicial, que, sempre que o assistido informar a existência de vídeos, áudios ou testemunhas que comprovem os fatos narrados, procedam a juntada dos referidos documentos, que poderá ser feito pela criação de link de acesso, e pugnem pela audiência de conciliação/instrução e julgamento.

Justificativa- Faz-se necessária a especificação de provas a produzir na inicial, pugnando pela audiência de conciliação/instrução e julgamento, tendo em vista que o juízo da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual e Municipal costuma julgar antecipadamente a lide, ao passo que se o pedido for realizado na ocasião da inicial, o juízo, já no Despacho Inicial, determina a designação de audiência de instrução e julgamento ou determina a apresentação de vídeo/áudio em juízo.

14 - Recomenda-se aos defensores públicos, ao elaborarem a inicial, que, nas demandas com pedido de pagamento de verbas salariais retroativas, que se especifique os valores com memória de cálculo.

Justificativa- A orientação se faz necessária pois em várias demandas o juízo tem determinado a emenda à inicial para a correção do valor da causa e inclusão da memória de cálculo.

15 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação nos núcleos de atendimento inicial que, em causas complexas em que seja necessária a realização de perícia para o deslinde da causa, a petição inicial seja endereçada ao foro comum da Fazenda, a fim de evitar futura alegação de incompetência do juízo por complexidade da causa.

Justificativa- Mostra-se necessário tal medida diante da impossibilidade de perícia complexa no juizado, onde somente se admite a realização de exame técnico ou perícia simplificada, nos moldes do art. 10, da Lei 12.153/2009. Nesse sentido, expõe-se o entendimento do doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha¹⁰: "Não é possível a realização de prova pericial no âmbito dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública. Admite-se, contudo a nomeação de especialista para ser ouvido em audiência ou para que realize simples exame técnico que seja necessário à conciliação ou ao julgamento da causa. Para efetuar o exame técnico, o juiz nomeará, a teor do art. 10 da Lei 12.153/2009, pessoa habilitada que apresentará o laudo até 5 (cinco) dias antes da audiência".

Corroborando o entendimento esboçado, o STF¹¹ entende que não há possibilidade de ampla impugnação à prova pericial nos juizados, com a realização de laudos complementares e manifestação de assistentes técnicos, por exemplo, em razão da simplicidade do rito. E essa restrição faz com que demandas complexas tenham de ser ajuizadas no foro comum, para não comprometer o contraditório e a ampla defesa.

1.3 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SP.

01 - A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, como instrumento jurídico da política urbana (art. 183, § 1º da CF/88, c/c art. 4º, inc. V, letra 'h' da Lei 10.257/01 c/c MP 2.220/01) é, mais do que um direito do cidadão, é um dever do Estado, eis que esta vinculada a uma política de desenvolvimento urbano que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes (182 da CF/88 c/c art. 2º, inc. I da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade). Assim, na medida em que se coloca como instrumento da política de desenvolvimento urbano, de fundamento constitucional e legal, sua aplicação não depende de previsão em leis municipais (nem mesmo no Plano Diretor) ou estaduais de regularização fundiária e urbanística, eis que decorre diretamente da disciplina constitucional específica, que nada mais é do que uma consequência do reconhecimento da função social da propriedade pública (art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III da CF/88). A sua aplicação, portanto, deve se resolver no esforço de superar as limitações e dificuldades da disciplina legal a fim de, enfrentados aspectos polêmicos, servir efetivamente como instrumento de promoção do direito à cidade sustentável, especialmente em relação a função do direito à terra e a moradia (art. 6º da CF/88).

02 - O Defensor Público toda vez que apresentar impugnação de qualquer decisão judicial, deverá utilizar, sempre que possível, como fundamento, algum dispositivo de tratado de direitos humanos (ratificado e assinado pelo Brasil), objetivando a efetiva aplicação destes diplomas no Brasil e também para que eventualmente possa apresentar o caso perante o sistema regional de proteção de direitos humanos.

03 - É atribuição discricionária do Defensor Público, no âmbito de sua autonomia funcional (art. 5º, VI, "g" c.c art. 162, VI da LCE 988/2006) a instauração de inquérito civil com intuito de instruir futura ação coletiva, devendo o art.8, §1º da Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) – com fundamento na teoria dos poderes implícitos – ser interpretada conforme a Constituição, propiciando-se ao Defensor os meios jurídicos necessários à consecução plena de sua missão constitucional (CRFB/88, art.134).

04 - A Defensoria Pública encontra-se legitimada constitucional e infraconstitucionalmente a atuar na tutela e efetivação do direito fundamental ao ambiente da população necessitada, especialmente por conta da dimensão socioambiental das questões ecológicas contemporâneas. Com base em tal premissa, alinhada à alteração do art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) levada a cabo pela Lei 11.448/07, a Defensoria Pública possui legitimidade ampla, concorrente, disjuntiva e autônoma para propor a ação civil pública em matéria ambiental - tutelando, portanto, interesses difusos -, tendo em vista que é a população carente quem, na maioria das vezes, sofrerá os efeitos diretos da degradação ecológica, já que não dispõe nem de recursos econômicos nem de informação para evitá-los ou mesmo minimizá-los.

05 - É lícito ao superficiário a concessão do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária - 'direito de laje' -.

06 - Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos.

07 - A atuação do Defensor Público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que está inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária.

40 - Utilização do artigo 227 da Constituição Federal como parâmetro para estipular o quantum indenizatório em caso de indenização por danos morais decorrentes da morte de crianças e adolescentes.

42 - É requisito das ações possessórias e reipersecutórias a comprovação do cumprimento da função social da propriedade.

60 - O defensor público deve considerar o local de domicílio civil do portador de deficiência como sendo o foro competente para o deficiente demandar ou ser demandado, com esteio na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ressalvada hipótese do caso concreto merecer proteção de outro direito fundamental em conflito.

61 - Na Ação Civil Pública, quando estiverem presentes os requisitos que ensejam o pedido de tutela de urgência, inaudita altera pars, diante do risco de ineficácia da decisão futura, deve-se defender a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.437/92, de forma difusa e em concreto, garantindo o controle da razoabilidade do dispositivo.

62 - Nas ações de reintegração de posse em que o pólo passivo for integrado por população de baixa renda decorrente de ocupação coletiva, a violação da função social da propriedade por parte do autor ensejará a perda da posse/propriedade, restando-lhe tão-somente o direito de pleitear indenização ao Poder Público em razão da desapropriação indireta.

63 - Nas obrigações de trato sucessivo admite-se a alegação da teoria do adimplemento substancial quando se verificar que ocorreu, por parte do devedor, o cumprimento de mais de 85% das prestações contratadas, afastando-se, dessarte, o pedido de rescisão contratual.

70 - É obrigatória a designação de audiência preliminar de justificação (art. 804 do CPC), nas hipóteses de pedido liminar de qualquer tutela de urgência na defesa de direitos fundamentais, quando o juiz entender por insuficientes as provas documentais apresentadas e a prova oral apresenta-se útil e adequada à apreciação da medida urgente pleiteada.

71 - É aplicável a 'teoria do adimplemento substancial' para a manutenção dos contratos de plano de saúde, ainda que transcorrido o prazo de 60 dias do inadimplemento e mesmo que tenha ocorrido a regular notificação do cliente, desde que não haja reincidência ou má-fé.

72 - O ordenamento jurídico brasileiro acolhe o direito material ao pagamento parcelado, na forma prevista pelo artigo 745-A do CPC, independentemente da existência de processo de execução contra o devedor e da anuência do credor, desde que o inadimplemento tenha ocorrido de boa-fé e seja justificado, para purgação da mora.

73 - A Propositura da ação de alteração de registro civil com a finalidade da adequação da identidade de gênero e do nome civil não depende da realização da cirurgia de transgenitalização.

74 - Em ações que visam o custeio de tratamento médico com base no direito constitucional à saúde a alteração do medicamento pleiteado, no curso do mesmo processo, em virtude de nova prescrição médica, não implica violação ao disposto nos artigos 264 e 293 do CPC.

90 - É inconstitucional e ilegal o ato de remoção compulsória de pessoas de baixa renda pelo Poder Público sem autorização judicial, com exceção dos casos de área de risco devidamente comprovado e por meio do devido processo legal administrativo, e, nesse caso, como o devido atendimento habitacional.

91 - É aplicável o instituto processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas em defesa dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

99 - É inconstitucional o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que estabelece que, na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges, eis que tal previsão fere os direitos fundamentais à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana.

109 - É possível o levantamento do valor de PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor) para pessoas em situação de rua, ainda que esta não seja hipótese prevista expressamente no §1º do artigo 4º da LC 26/76, em observância do princípio da dignidade da pessoa humana, da finalidade da norma e em razão da peculiar situação de hipervulnerabilidade desta população.

110 - A área "non aedificandi" trazida pelo artigo 4º, inciso III da lei 6.766/79, quando servir de fundamento para a remoção de pessoas, necessariamente, deve ser harmonizada com o direito fundamental à moradia.

111 - É possível a usucapião de imóvel que companhia habitacional como COHAB ou CDHU figure como titular registral.

114 - É possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio.

115 - A remoção dos habitantes carentes de áreas objeto de ações envolvendo conflitos fundiários movidas por entes públicos, ainda que fundadas na busca de regularização ambiental ou urbanística, está condicionada a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes àqueles.

116 - Qualquer rol normativo que pretenda enumerar características a serem consideradas para a fruição de direitos por pessoas com deficiência deve ser entendido como exemplificativo, por força da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

120 - É indevido o corte de energia elétrica, ainda que decorrente de dívida atual, quando a ausência de seu fornecimento acarretar ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário.

121 - O parágrafo 3º, parte final, e o parágrafo 6º, do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 ('Lei do Planejamento Familiar') são incompatíveis com o bloco de constitucionalidade e não autorizam a esterilização sem o consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre da pessoa com deficiência, inclusive daquela submetida a curatela e/ou com deficiência mental ou intelectual.

110 - A área "non aedificandi" trazida pelo artigo 4º, inciso III da lei 6.766/79, quando servir de fundamento para a remoção de pessoas, necessariamente, deve ser harmonizada com o direito fundamental à moradia.

111 - É possível a usucapião de imóvel que companhia habitacional como COHAB ou CDHU figure como titular registral.

114 - É possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio.

115 - A remoção dos habitantes carentes de áreas objeto de ações envolvendo conflitos fundiários movidas por entes públicos, ainda que fundadas na busca de regularização ambiental ou urbanística, está condicionada a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes àqueles.

116 - Qualquer rol normativo que pretenda enumerar características a serem consideradas para a fruição de direitos por pessoas com deficiência deve ser entendido como exemplificativo, por força da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

120 - É indevido o corte de energia elétrica, ainda que decorrente de dívida atual, quando a ausência de seu fornecimento acarretar ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário.

121 - O parágrafo 3º, parte final, e o parágrafo 6º, do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 ('Lei do Planejamento Familiar') são incompatíveis com o bloco de constitucionalidade e não autorizam a esterilização sem o consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre da pessoa com deficiência, inclusive daquela submetida a curatela e/ou com deficiência mental ou intelectual.

1.4 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR.

09 - É ilegal a retenção perpetrada por instituições financeiras que utilizam verba de natureza alimentar para amortizar saldo bancário negativo. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

10 - É inexecutável o título executivo judicial para cobrança de honorários sucumbenciais de codevedores quando fundado em solidariedade, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

12 - A previsão de intervenção da Defensoria Pública contida no art. 554, § 1º do CPC é hipótese de intervenção na qualidade de "custos vulnerabilis" de natureza exemplificativa, não limitada a ações possessórias ou por critérios econômicos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

1.4 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/TO.

20 - É nulo o processo, a partir da nomeação, quando patrocinado por advogado dativo nomeado após a efetiva instalação e funcionamento da defensoria pública na comarca.

21 - Haverá legitimidade da Defensoria Pública na tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre que o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes do ponto de vista organizacional.

22 - No atendimento coletivo deverá ser observado todo o complexo de direitos passíveis de tutela, de modo que a atuação coletiva pela Defensoria Pública permita a proteção de todos os interesses jurídicos relevantes.

23 - Em ação civil pública movida em desfavor da fazenda pública, existindo reiterado descumprimento das ordens judiciais, é recomendado que se postule medidas coercitivas adequadas ao caso e, havendo pedido de multa, que esta seja pessoal, sob pena de penalizar o cidadão contribuinte.

24 - Instaurado o procedimento preparatório - PROPAC, é recomendado o atendimento coletivo pelo Defensor Público e equipe multidisciplinar no local do conflito ou da violação.

25 - Na atuação coletiva, em caso cuja urgência não demande a judicialização imediata, orienta-se a utilização de recomendações, audiências públicas, pedidos de providências e compromisso de ajustamento de conduta, de modo a propiciar a resolução extrajudicial.

26 - A internação compulsória e a involuntária são medidas excepcionais e complexas que envolvem a atuação intersetorial previa do CAPS, CRAS, CREAS, entre outros. O Defensor Público, antes de acionar o Poder Judiciário, se houver risco de surto psicótico, oficiará diretamente ao serviço de saúde, requerendo busca ativa e internação de curta duração nos hospitais de urgência e emergência antes que se proceda ao pedido judicial.

27 - É fundamental que a Defensoria Pública, por seus órgãos ou núcleos especializados, nos termos da lei, participe dos conselhos de direitos, estaduais e municipais, com assento e voz, visando fortalecer os debates e o controle social.

28 - A Defensoria Pública deve atuar para que o Estado e cada município elaborem e publiquem suas listas próprias de medicamentos e procedimentos padronizados pelo SUS.

29 - É recomendável a realização de requerimento administrativo previamente ao ajuizamento da ação que visa a oferta de serviços de saúde.

30 - Para melhor elucidação dos fatos e instrução probatória, mormente quanto à análise acerca da imprescindibilidade e urgência do tratamento, é recomendável que o Defensor Público encaminhe ao profissional de saúde ou ao responsável pelo serviço, preferencialmente o prescritor, solicitação de informações específicas que devem constar do laudo ou relatório médico.

31 - No caso de pedido de medicamentos e serviços não contemplados pelo SUS, é conveniente a apresentação de laudo médico que justifique a contraindicação ou a ineficácia do tratamento padronizado pela Rede Pública de Saúde, procedendo à substituição da prescrição quando possível e necessário.

32 - Nos casos urgentes onde há descumprimento de ordem judicial por parte do poder público é recomendável, após análise do preço constante do orçamento, que se postule o sequestro (bloqueio) de valores para a satisfação imediata da obrigação na rede complementar, observados os preços de mercado (art. 196 da CF e lei 8080/90), além de outras medidas coercitivas adequadas a cada caso.

33 - A falta de registro na ANVISA ou da padronização do medicamento não obsta, de per si, o direito à postulação ao medicamento, mas a oferta do fármaco estará condicionada a justificativa de que aquele é a única alternativa terapêutica viável.

34 - A alegação da gestão do SUS de existência de fila de espera para o procedimento não obsta, por si só, a pretensão de acesso à saúde em tempo razoável, sendo que em casos de cirurgias eletivas, a Defensoria Pública postulará que o judiciário determine ao ente público, no prazo máximo de 60 dias, que garanta a oferta do serviço ao paciente (prazo deferido nos autos n. 0031908-82.2018.827.2729).

35 - As consultas, exames e procedimentos com classificação azul/verde/eletiva (180 dias), amarelo/urgente (90 dias) e vermelho/emergência (30 dias), dependendo do quadro clínico do paciente, recomenda-se a apresentação de laudo médico que justifique a realização antes do prazo fixado.

36 - Na fase de colheita de provas, identificada qualquer lesão ou ameaça de lesão ao erário com orçamentos e preços acima do de mercado, a Defensoria Pública postulará tutelas inibitórias do mau uso do dinheiro público através de pedido de fazer e não fazer, de modo a suspender ou inibir atos de improbidade administrativa e corrupção.

37 - Em matéria possessória ou petitória, quando estiver em disputa o domínio ou a posse de área, todo e qualquer ato de uso, gozo ou disposição da propriedade deve ser submetido a um exame de finalidade, a fim de verificar a atribuição de função social.

38 - A Defensoria Pública deve recomendar aos os órgãos de regularização fundiária que suspendam processos administrativos que visem a conferir títulos de propriedade a particulares, quando presentes indícios de sobreposição a áreas de comunidades tradicionais, que gozem de especial proteção constitucional.

34 - Em ação coletiva passiva em matéria de moradia, em que grupo de pessoas hipossuficientes esteja no polo passivo de ação possessória ou reivindicatória, a Defensoria Pública poderá se habilitar como legitimada para a defesa dos interesses transindividuais, sem prejuízo da atuação de advogados privados eventualmente constituídos (art. 554, §1º, CPC/2015).

40 - É recomendado à Defensoria Pública, em matéria de defesa de coletividade, no que tange à posse de área rural ou urbana, a atuação administrativa junto à Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça quando presentes indícios de fraude nos registros de propriedade.

41 - Na defesa de ações possessórias ou reivindicatórias coletivas, agrárias ou urbanas, deve a Defensoria Pública apresentar impugnação ao valor da causa quando este não corresponder ao conteúdo patrimonial ou proveito econômico em litígio.

42 - Em ações possessórias ou reivindicatórias envolvendo coletividade no pólo passivo, é recomendado à Defensoria Pública que postule a realização de audiência no local do conflito, para acompanhamento conjunto com o Judiciário, Ministério Público e órgãos fundiários e de assistência social.

43 - Nos termos do art. 68 do ADCT, a propriedade das terras ocupadas tradicionalmente pelos remanescentes de quilombos já lhes pertence, sendo a emissão do respectivo título ato meramente declaratório.

Enunciados aprovados no
ENCONTRO ESTADUAL DA ESCOLA SUPERIOR DA DPE/TO
REALIZADO EM 17 DE MAIO DE 2019

02

Curadoria

2.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/BA

Enunciado 27 - A Curadoria especial deverá suscitar a nulidade do ato citatório, quando no mandado de citação por hora certa não se fizer constar expressamente a advertência do §4º do art. 253 do CPC/2015, bem como do edital publicado, não se fizer constar a advertência similar prevista no inciso IV do art. 257 do CPC/2015

Enunciado 29 - Cabe a curadoria especial, nas hipóteses de substituição de curatela, remoção de curador, atuar para verificar a possibilidade de levantamento ou readequação da medida, de acordo com o estatuto da pessoa com deficiência.

Enunciado 30 - Em obediência à legitimidade prevista no §1º do art. 756 do CPC/2015, a curadoria especial só atuará, nos processos já sentenciados, quando a iniciativa de readequação ao estatuto da pessoa com deficiência for originária de um dos legitimados ali descritos.

Enunciado 31 - Apesar do art. 259 discorrer sobre as hipóteses em que serão publicados editais, como nas ações de usucapião de imóvel ou de recuperação ou substituição de título ao portador ou ainda em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos, a curadoria especial só atuará, se ocorrer concomitantemente uma das hipóteses do art. 72 do CPC/2015.

Enunciados retirados do sítio:

<https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2017/07/aqui.pdf>

03

Direitos Humanos

3.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/BA

Enunciado 10 - A compulsoriedade do acompanhamento multidisciplinar prevista na Portaria n. 2803/13 do SUS é inconstitucional, tendo em vista que importa na submissão a tratamento degradante, em contradição com as normas nacionais e internacionais de tutela de pessoas trans, sendo o acompanhamento dispensado em qualquer hipótese.

Enunciado 12 - Os entes federativos possuem o dever convencional, constitucional e legal de implementar, através de ações afirmativas, programas de mapeamento e regularização tributária e fundiária de terreiros, podendo a Defensoria Pública propor, incentivar e fiscalizar a sua implementação.

Enunciado 13 - A expressão 'pessoas em situação de hipossuficiência econômica' do art. 554, §1º, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada considerando-se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade da coletividade, atuando a Defensoria Pública como instituição interveniente na condição de Custos Vulnerabilis.

Enunciado 14 - A intimação a que refere o art. 565, §2º, CPC, impõe a atuação da Defensoria Pública como agente de pacificação social voltado ao diálogo como atividade mediadora em torno da resolução de conflitos que envolvam pessoas em situação de vulnerabilidade.

Enunciado 15 - Sempre que vislumbrar a importância da atuação estratégica na condição de custos vulnerabilis, a Defensoria Pública deverá requerer seu ingresso como Instituição interveniente nos processos judiciais que repercutam nos interesses de pessoas em situação de vulnerabilidade, pugnando para ser intimada de todos os atos processuais e se manifestar após as partes.

Enunciado 16 - A aplicação das soluções consensuais de conflitos, na forma prevista nos artigos 693 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, deve observar a autonomia da vontade das partes e os direitos individuais fundamentais, excepcionando sua aplicação quando a mediação ou conciliação for inadmissível por ausência de isonomia entre as partes, em especial, nos casos de violência de gênero contra a mulher, incluindo a doméstica ou familiar, evitando-se a revitimização da mulher ou sua exposição a risco de ocorrência de novas violências.

Enunciado 17 - O órgão de execução da Defensoria Pública, atuando na defesa dos interesses individuais da mulher em situação de violência de gênero, incluindo a doméstica ou familiar, na forma do art. 4º da Lei Complementar n.º 80/1994, deve adotar as medidas processuais cabíveis, em especial, nas ações de família, para garantir o respeito e a observância à manifestação expressa da mulher pela não submissão aos métodos de soluções consensuais de conflitos, afastando-se a aplicação dos artigos 693 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, em observância ao princípio da isonomia entre as partes e dos acordos internacionais que asseguram a proteção aos direitos humanos das mulheres.

Enunciados retirados do sítio:

<https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2017/07/aqui.pdf>



04

Administrativo

4.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

08 - Em concurso público estadual ou municipal a cota reservada a candidatos afrodescendentes não é preenchida quando o candidato que concorreu às vagas reservadas é aprovado e convocado com base em sua classificação na concorrência geral. (I Encontro Estadual – 2017)

05

Família

5.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SP

08 - Em investigação de paternidade o comportamento do suposto pai que, após citado, não é mais encontrado para ser notificado da data e local de realização do exame de DNA equivale à recusa em se submeter ao exame, gerando presunção relativa de paternidade, nos termos dos artigos 238, parágrafo único do CPC, e do Enunciado 301 da súmula de jurisprudência do STJ.

47 - Nas ações de destituição do poder familiar, quando da entrevista com o psicólogo e assistente social, é recomendado ao Defensor Público realizar entrevista prévia com os réus.

56 - O termo de acordo assinado pelas partes e pelo membro da Defensoria Pública do Estado, nos termos do artigo 585, II, do CPC, o qual lhe atribui força de título executivo extrajudicial, goza de presunção de legitimidade, possibilitando a execução e coerção pessoal do devedor pelo procedimento do artigo 733 e seguintes do Código de Processo Civil, independentemente de prévia homologação judicial.

57 - Nos processos judiciais que versem sobre pedido de alimentos, é do alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado.

58 - É cabível a penhora "on line" (artigo 665-A do CPC) em ações de execução de alimentos que tramitam pelo rito do artigo 733 do CPC.

59 - A união homoafetiva é instituto de Direito de Família, sendo a ela aplicáveis as normas previstas nos Livros IV e V do Código Civil ('Do Direito de Família' e 'Do Direito das Sucessões'). É, pois, das Varas de Família e Sucessões a competência para o processo e o julgamento de ações que versem sobre uniões homoafetivas, cujos efeitos são equiparados aos da união estável.

75 - Em execução de alimentos é admissível penhora sobre contas vinculadas de FGTS e PIS/PASEP em nome do devedor, visto que a impenhorabilidade de tais valores não é oponível a créditos de natureza alimentar, em razão da incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

76 - A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao alterar o §6º do art. 226 da Constituição Federal, para dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extinguiu o instituto da separação, ressalvada a subsistência da separação de corpos, sendo que em sua forma litigiosa o divórcio não comporta fundamentação na atribuição de culpa da outra parte, bastando para o deferimento do pedido a mera alegação de falência da sociedade conjugal.

77 - É possível o pleito de alimentos gravídicos avoengos, bem como em face dos demais coobrigados previstos nos artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil, em caso de ausência, morte ou impossibilidade financeira do futuro pai.

86 - É possível o pedido de inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito, notadamente no SPC e no SERASA.

97 - A Súmula nº 358 do STJ não afasta a possibilidade da concessão da tutela antecipada nas ações de exoneração de alimentos.

98 - A ausência de vínculo empregatício formal do devedor de alimentos não retira a liquidez do título, mesmo estando os alimentos fixados somente em percentual sobre os seus ganhos, sem prejuízo do ajuizamento de ação revisional para adequação do valor dos alimentos.

107 - É possível o reconhecimento de efeitos jurídicos próprios de Direito das Famílias às uniões simultâneas ou paralelas, as quais devem ser conceituadas como entidades familiares.

108 - A ausência no acordo das questões relativas à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) não constitui óbice para a homologação do pedido de divórcio consensual.

117 - As medidas protetivas de urgência da lei 11.340/06 não exigem, para sua concessão e manutenção, a existência de boletim de ocorrência, representação criminal ou procedimento criminal.



5.2 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/MG

01 - Remoção de família de área de risco por Município por meio de ação demolitória ou encaminhamento da família para abrigo temporário. Violação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Remoção como última medida. Política de Reassentamento



5.3 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

02 - Em ações de exoneração de alimentos com alimentandos absolutamente capazes a competência é relativa e pode ser proposta no domicílio do autor devedor.

06

Infância e Juventude

6.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

01 - O adolescente representado pela prática de ato infracional equiparado à crime de menor potencial ofensivo possui direito subjetivo à remissão, por força do princípio da legalidade, quando presentes os requisitos do art. 76 ou do art. 89 da Lei. 9.099/95.

06 - Nos procedimentos de medidas protetivas da Vara da Infância em que exista o acolhimento de crianças e adolescentes, o defensor público deverá diligenciar para que os encaminhamentos das equipes técnicas do SAI e entidade de acolhimento entendidos como necessários para a reintegração da criança ou adolescente à família sejam detalhados e com a ciência expressa dos genitores.

08 - Cabe ao Defensor Público em audiência de custódia requerer a reclassificação da tipificação provisória para garantir direitos ao custodiado.

13 - No processo socioeducativo, ainda que presentes as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a aplicação da medida socioeducativa de internação quando, em situação análoga, no processo-crime, possa ser determinado o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial diverso do fechado. (I Encontro Estadual – 2017) .

A photograph showing a person's hands holding a small, brown, knitted teddy bear. The person is wearing a dark-colored long-sleeved shirt and dark trousers. The background is a plain, light color.

6.2 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SP

19 - Não é possível a decretação de internação com base no artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prévia oitiva do adolescente.

20 - A reiteração no descumprimento de medida sócio-educativa mais branda a que alude o artigo 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pressupõe pelo menos duas situações de descumprimento com advertência judicial anterior para caracterizar-se.

21 - É ilegal, no curso da execução, substituir-se medida mais branda pela internação ou semiliberdade com limite máximo de três anos.

22 - Não cabe medida sócio-educativa de internação por tráfico de entorpecentes em caso de adolescente sem antecedentes ou com apenas um antecedente por infração grave.

23 - Não é possível a aplicação da internação prevista no artigo 122, III, em caso de descumprimento de medida aplicada com remissão.

24 - A medida em meio aberto executada em face de jovem maior de 18 anos, em substituição à medida de internação ou semi-liberdade, não enseja qualquer sanção em caso de descumprimento.

25 - Cabe ao Defensor postular a extinção de eventual medida sócio educativa em curso na hipótese de o jovem estar respondendo a processo criminal.

26 - O indeferimento de diligência tendente à localização do réu postulada por curador especial em ação de destituição do poder familiar gera nulidade processual, com fulcro no parágrafo único do artigo 158 do ECA.

27 - É vedado ao Defensor Público concordar com a aplicação da medida de internação em sede de processo de conhecimento e de execução.

28 - Aplicada a internação no caso de ato infracional análogo a roubo a adolescente primário, ausente a fundamentação da excepcionalidade da medida, o Defensor deve impugnar a decisão (sentença ou acórdão).

29 - É nula a sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado por edital.

30 - Para os atos infracionais aos quais, por expressa vedação legal (art. 122, ECA), somente seriam aplicáveis em medida em meio aberto, a prescrição antes da sentença deve ser calculada com base no prazo paradigma de seis meses (mínimo para liberdade assistida e máximo para prestação de serviços à comunidade) e, portanto, aplicados os artigos 109 e 115 do CP, após o transcurso da metade do prazo mínimo legal.

31 - A ausência de vaga em educação infantil ou ensino fundamental/médio enseja a propositura de ação para garantia de direito individual na vara da infância e juventude, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo para apurar a dimensão global da problemática no município/região visando a possível acordo com o poder público ou ajuizamento de ação civil pública.

32 - Deve o Defensor Público orientar os conselhos tutelares a encaminhar à Defensoria Pública, para propositura de Ação de Guarda, de casos de crianças entregues sob responsabilidade às pessoas que não detenham poder familiar.

33 - É obrigatória a observância do devido processo legal no procedimento verificatório, especialmente quando não houver concordância dos genitores ou responsáveis na colocação da criança ou adolescente em abrigo.

34 - Em caso de descumprimento de medida socioeducativa aplicada cumulativamente com remissão suspensiva, o adolescente deve ser ouvido antes de eventual retomada do processo.

35 - São de competência da vara da infância e juventude as ações que visem a assegurar medidas de proteção, tais como medicamentos, inclusão em tratamento médico e política educacional, com prejuízo da vara de fazenda pública.

36 - A prova produzida no curso do procedimento verificatório/administrativo, sem observância do contraditório e ampla defesa, não se presta a fundamentar sentença de destituição do poder familiar.

37 - Não cabe medida sócio educativa de internação e semi-liberdade se o estudo psicossocial sugere aplicação de medida mais branda.

38 - Não pode o defensor, em patrocínio de réu em ação de destituição de poder familiar, concordar com a procedência do pedido, exceto se o próprio assistido assim desejar, hipótese em que subscreverá a petição conjuntamente com o defensor.

39 - É ilegal a aplicação de medida socioeducativa de internação e semiliberdade na ausência de avaliação técnica atualizada do caso.

48 - O local de abrigamento da criança/adolescente deve corresponder ao foro do domicílio dos pais.

49 - Ao filho nascido de união estável aplica-se a presunção de paternidade prevista nos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil, sob pena de negar-se vigência ao parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal.

50 - A não representação imediata do adolescente apreendido, em sede de plantão judiciário, principalmente quando o Ministério Público opina pela internação provisória, enseja constrangimento ilegal.

84 - Apesar da primazia da adoção cadastral e impessoal estabelecida no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o rol trazido no § 13º do mencionado dispositivo não pode ser considerado taxativo em observância ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

85 - É cabível a impetração de habeas corpus coletivo para resguardar ou restabelecer o direito à livre locomoção de todas as crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que em caráter transitório, dentro dos limites de comarca na qual seja editado o chamado "toque de recolher", ante a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade de tal ato.

104 - Com o trânsito em julgado da aplicação da medida de internação, ocorre a perda superveniente da pretensão socioeducativa na apuração de atos infracionais cuja data antecede o início da medida.

105 - É viável a multiparentalidade na adoção, com a manutenção do vínculo registral anterior e, conseqüentemente, sem a destituição do poder familiar.

106 - Em atenção ao princípio da atualidade e ao artigo 462 do Código de Processo Civil, a Teoria do Fato Consumado é aplicável às Medidas Socioeducativas.

118 - É cabível o pedido de extinção de medida socioeducativa de internação e semiliberdade ou sua substituição por medidas em meio aberto quando o(a) Defensor(a) Público(a) se deparar com indícios de maus tratos, violência ou tratamento degradante.

119 - A Lei n.º 12.594/2012 não estabelece um sistema progressivo de cumprimento de medidas socioeducativas, somente podendo as mais gravosas ser substituídas por medidas mais brandas, em vez de determinar-se a extinção do processo de execução, quando as metas do Plano Individual de Atendimento não foram integralmente atingidas durante o prazo máximo de reavaliação, por conduta atribuível ao adolescente, e a finalidade socioeducativa remanescente estiver devidamente caracterizada no relatório conclusivo da entidade de atendimento.

122 - A Lei nº 13.257/16 (marco legal da primeira infância), ao suprimir a locução 'em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de entorpecentes' da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica prima facie para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores.

123 - Violam o requisito negativo da tutela de urgência (art. 300, §3º, do Código de Processo Civil) a decretação da suspensão liminar do poder familiar e a determinação para colocação de crianças e adolescentes em família substituta mediante acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção antes da conclusão da ação de destituição do poder familiar.

A faint, light blue-tinted image of a statue of Lady Justice, holding scales of justice and a sword, serves as a background for the top half of the page.

07 Constitucional

7.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

12 - A previsão de intervenção da Defensoria Pública contida no art. 554, § 1º do CPC é hipótese de intervenção na qualidade de "custos vulnerabilis" de natureza exemplificativa, não limitada a ações possessórias ou por critérios econômicos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

14 - A fixação de condição especial de tratamento para dependência química em sede do regime aberto é ilegal e viola o princípio da dignidade da pessoa com dependência química e psíquica, a qual possui o direito de obter um tratamento adequado e individualizado. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)



08

Consumidor

8.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

09 - É ilegal a retenção perpetrada por instituições financeiras que utilizam verba de natureza alimentar para amortizar saldo bancário negativo. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)



09

Processo Civil

9.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

10 - É inexecutável o título executivo judicial para cobrança de honorários sucumbenciais de codevedores quando fundado em solidariedade, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)



9.2 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/RJ

01 - Constitui atribuição exclusiva do defensor público aferir o direito à assistência jurídica gratuita nos atendimentos prestados pela instituição, independentemente da concessão total ou parcial da gratuidade de justiça.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 1: Como advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador deixou clara a separação entre os conceitos de gratuidade de justiça e de assistência jurídica gratuita. Quem afere e reconhece o direito à assistência jurídica estatal gratuita é o Defensor Público com atribuição para realizar o atendimento do assistido. A questão submetida à análise do juiz ou tribunal refere-se unicamente ao reconhecimento do direito à gratuidade de justiça. Mesmo que a gratuidade de justiça seja denegada pelo juiz ou tribunal, não poderá o Defensor Público ser impedido de continuar prestando assistência jurídica gratuita ao indivíduo.

02 - No caso do art. 98, § 8º, do NCPC, compete ao notário ou registrador o ônus de demonstrar a mudança substancial e efetiva da condição econômica do beneficiário da gratuidade de justiça, ocorrida após a prolação da decisão judicial que determinou a prática do ato notarial ou registral (art. 98, § 1º, IX).

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 2: Caberá ao notário ou registrador o ônus probatório de demonstrar a alteração superveniente da condição econômica da parte beneficiária da gratuidade de justiça, ocorrida após a prolação da decisão judicial referida no art. 98, § 1º, IX do NCPC

03 - Quando expedido o mandado judicial determinando a prática gratuita de ato notarial ou registral, não é lícito ao cartório exigir do beneficiário da gratuidade de justiça documentos comprobatórios de hipossuficiência.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 3: Quando expedido o mandado judicial determinando a prática gratuita de ato notarial ou registral, não é lícito ao cartório exigir do beneficiário da gratuidade de justiça documentos comprobatórios de hipossuficiência.

04 - Nos casos de gratuidade de justiça parcial e sucumbência, a sentença deve especificar o percentual incidente e/ou os atos processuais abrangidos pelo benefício, especificando se há extensão aos honorários sucumbenciais.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 4: Na condenação sucumbencial de beneficiário da gratuidade de justiça parcial, o juiz ou tribunal deverá especificar ao final o percentual incidente (podendo variar de 1% até 99%) e/ou os atos processuais abrangidos pela dispensa de pagamento, esclarecendo se há extensão aos honorários sucumbenciais.

05 - A decisão de revogação da gratuidade de justiça prolatada quando houver melhora superveniente da condição econômica da parte produz somente efeitos ex nunc. Por outro lado, a decisão de revogação proferida quando se verificar que jamais existiram os requisitos necessários ao reconhecimento do benefício gera efeitos ex tunc. Ressalva-se, neste último caso, a hipótese em que a aplicação do par. único do art. 100 do NCPC – revogação da gratuidade com eficácia ex tunc – revelar-se excessivamente gravosa para a parte e contrária ao princípio da confiança legítima, não havendo ademais má-fé da parte, hipótese em que a revogação da gratuidade deve revestir-se de eficácia ex nunc.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 5: Na tradição do direito brasileiro, exposta no Enunciado n. 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal, a revogação é modalidade extintiva que ocorre por motivo de conveniência ou oportunidade, não apresentando efeitos retroativos. Essa tradição não foi observada pelo par. único do art. 100 do CPC-2015, que prevê a revogação da gratuidade com eficácia ex tunc, sendo a disposição repetida pelo art. 102 do mesmo estatuto. Naturalmente, o direito processual pode a qualquer momento repensar conceitos e terminologias estabelecidos em outros campos do direito.

O problema, porém, é que a norma afigura-se excessivamente rigorosa, ainda mais porque se entende de forma majoritária que a concessão da gratuidade opera efeitos *ex nunc*; além do mais, "insuficiência de recursos" (art. 98, caput) é expressão vaga, capaz de gerar grande controvérsia. Reforçando as críticas ao par. único do art. 100, lembre-se que o CPC-2015 patrocina um novo tipo de processo, baseado na cooperação. Em um sistema assim, o princípio da confiança legítima tem peso ainda maior, cumprindo evitar ao máximo as situações processuais que possam surpreender negativamente as partes. Por tais motivos, devemos sustentar a possibilidade de o juiz deferir a eficácia *ex nunc* — como ocorre em qualquer revogação — sempre que a aplicação da norma em tela se revelar por demais gravosa para a parte. Impõe-se a ressalva de que, em caso de má-fé, tudo muda de figura. Nesta situação, cabe realmente a eficácia *ex tunc* da decisão revogadora da gratuidade, além de multa. Por último, saliente-se que, se a revogação acontecer por motivo superveniente — mudança de fortuna da parte até então necessitada —, não terá aplicação, por óbvio, a parte inicial do par. único do art. 100. Pelo menos em tal hipótese, a revogação produzirá efeitos, fora de qualquer dúvida, *ex nunc*.

06 - O rol do § 1º do art. 98 do NCPC não é exaustivo, comportando outras isenções a bem do acesso substancial à justiça, como por exemplo a elaboração de planta de imóvel usucapiendo e a elaboração de memória de cálculo para o cumprimento de sentença (e não apenas para a instauração de execução).

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 6: O direito à gratuidade de justiça tem base constitucional, derivando do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que garante a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e abarca a assistência em senso estrito (prestação de uma atividade, um serviço) e a gratuidade de justiça. Tratando-se assim de direito fundamental, deve merecer, sempre que possível, interpretação expansiva.

07 - Na hipótese do § 7º do art. 99 do NCPC, caberá agravo interno da decisão do relator indeferindo o requerimento de gratuidade, só se fazendo exigível o recolhimento do preparo após eventual confirmação pelo colegiado (em inevitável exceção à regra do art. 995, caput, do NCPC), sob pena de o requerente ser forçado, para evitar a deserção, a adotar comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* –, situação francamente contrária ao devido processo legal.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 7: De acordo com o § 7º do art. 99, se a gratuidade for requerida em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento. É positivo que seja o recorrente dispensado de recolher o preparo. Mas o que acontecerá se o relator, tal como previsto no § 7º, indeferir o requerimento de gratuidade e fixar prazo para o recolhimento do preparo? Neste caso, o recorrente será exposto a dilema insuperável: se não proceder ao preparo, terá como consequência a deserção; se proceder, isso poderá ser visto como admissão de que não merece a gratuidade, tanto assim que o recolhimento foi feito. Ou seja, obriga-se o recorrente, como única forma de evitar a deserção, a adotar comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), o que é francamente contrário ao devido processo legal. Para evitar tal distorção, só há um remédio: prestigiar-se o princípio da colegialidade, com a admissão de agravo interno, dotado logicamente de efeito suspensivo (em inevitável exceção à regra do art. 995, caput, do CPC-2015), contra a decisão do relator determinando o recolhimento do preparo.

08 - Na hipótese de recurso versando especificamente sobre a questão da gratuidade (art. 101 e §§ do NCPC), caberá agravo interno da decisão do relator contrária à gratuidade, só se fazendo exigível o recolhimento das custas processuais após eventual confirmação pelo colegiado (em inevitável exceção à regra do art. 995, caput, do NCPC), sob pena de o requerente ser forçado, para evitar a deserção, a adotar comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* –, situação francamente contrária ao devido processo legal.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 8: Os §§ 1º e 2º do art. 101 do CPC-2015 repetem a sistemática já vista quando foi examinado o § 7º do art. 99. As mesmas preocupações sucedem. Aqui, o receio é até maior, porque o objeto do recurso é a própria questão da gratuidade. Neste caso, o pronunciamento do relator sobre a questão do recolhimento de custas, “preliminarmente ao julgamento do recurso”, significará indisfarçavelmente uma antecipação do julgamento, fragilizando ainda mais a posição do recorrente. Também aqui, portanto, é de se sustentar a solução dada em relação à hipótese do § 7º do art. 99, qual seja: cabimento de agravo interno – dotado necessariamente de efeito suspensivo – em face da decisão do relator.

Por sinal, a letra do § 2º do art. 101 favorece tal interpretação, ao aludir a “órgão colegiado”. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já acolheu várias reclamações contra decisões de tribunais locais que, alegando deserção, impediram o acesso de agravos ao STJ nos quais se discutia justamente a questão da gratuidade (exemplificativamente, consulte-se a Rcl 1.036, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgamento unânime em 24/09/03).

09 - Havendo risco de perecimento do direito, o poder do juiz de exigir do autor a comprovação dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade não o desincumbe do dever de apreciar, desde logo, o pedido liminar de tutela de urgência.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 9: O presente Enunciado corresponde ao Enunciado 385 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), atualmente o mais respeitado fórum de discussões sobre o NCPC. Não pode haver qualquer dúvida em relação ao acerto do entendimento. Sopesando-se os interesses em jogo, deve prevalecer o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, não podendo a questão da gratuidade sobressair quando há risco de perecimento do direito material pleiteado pelo autor.

10 - Nas hipóteses em que haja deferimento apenas parcial da gratuidade de justiça, e o defensor público decida continuar patrocinando a parte, recomenda-se ao defensor entregar ao assistido um texto contendo uma explicação sobre a razão dos pagamentos a serem realizados por ele, mantendo consigo uma via deste documento, assinado pelo assistido.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 10: Nas hipóteses de indeferimento da gratuidade de justiça, ou, o que pode vir a ser mais frequente, de deferimento de gratuidade parcial, em que o defensor decida continuar patrocinando o assistido, é possível que este não compreenda porque está efetuando os pagamentos, ante a falta de compreensão da diferença entre a gratuidade e a assistência jurídica. Destarte, a fim de evitar a disseminação da ideia de que o assistido está sendo “cobrado pela defensoria”, sugere-se que se faça uma explicação sobre a razão dos pagamentos, com a entrega do formulário para consulta posterior.

11 - Com exceção das hipóteses em que haja prazo peremptório para a prática do ato, quando houver necessidade de recolhimento de custas, recomenda-se ao defensor público que requeira sempre ao juízo a intimação pessoal da parte para realizar o recolhimento, com fundamento no disposto no art. 186, § 2º do NCPC, requerendo, ainda, que conste do mandado de intimação do assistido o prazo e as consequências do não recolhimento.. Sugere-se, ainda, que seja sustentada a dispensa de recolhimento de custas para a intimação do assistido, por ser feita a pedido da Defensoria Pública.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 11: Com a possibilidade de deferimento de gratuidade parcial, será necessário o recolhimento de custas para a prática de diversos atos processuais. Como o pagamento das custas é ato exclusivo da parte, e não do defensor, sugere-se ao defensor que requeira sempre a intimação pessoal do assistido, como permite a norma do art. 186, § 2º do NCPC, para que ele realize o recolhimento.

12 - Quando houver necessidade de recolhimento de custas, recomenda-se ao defensor público que, ao entregar a guia de recolhimento ao assistido, guarde consigo um recibo de entrega, com menção expressa ao prazo tanto para pagamento quanto para restituição dela ao defensor.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 12: Trata-se de providência que visa resguardar o defensor, em seu mister diário, sempre que este patrocinar parte com gratuidade parcial, gratuidade somente para alguns atos processuais, ou sem gratuidade. Nestas situações, sugere-se que a guia de recolhimento seja entregue ao assistido mediante recibo, e que conste deste recibo tanto o prazo para pagamento e restituição da guia ao defensor, quanto as consequências do não pagamento do prazo, evitando-se, com isso, que a responsabilidade pela ausência do ato processual possa ser imputada ao defensor.

13 - Quando houver necessidade de recolhimento de custas, recomenda-se ao defensor público que exija da serventia que certifique os valores a serem recolhidos, assim como os códigos de cada um, antes da intimação do Defensor, consoante determina o disposto no AVISO CGJ 763/06.

14 - O art. 85, § 3º, do NCPC superou a súmula nº 182 do TJ/RJ, devendo a condenação sucumbencial ser estipulada com base no proveito econômico da demanda.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 14: De acordo com a súmula nº 182 do TJ/RJ, “nas ações que versam sobre a prestação unificada de saúde, a verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública não deve exceder ao valor correspondente a meio salário mínimo nacional”. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a condenação sucumbencial deve obedecer aos parâmetros traçados no art. 85, § 3º.

15 - Por se tratar de norma restritiva, a sanção prevista no § 8º do artigo 334 do NCPC não se aplica à sessão de mediação, por falta de previsão expressa, seja no novo NCPC, seja na Lei de Mediação.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 15: Representa postulado básico de hermenêutica que não é dado ao intérprete distinguir onde a lei não distingue, principalmente em se tratando de norma sancionatória expressa, que impõe às partes uma penalidade pela sua inobservância. Todas as vezes em que o legislador quis se referir à mediação e à conciliação, tratou expressamente desses institutos nas diversas passagens do Código, justamente porque são institutos distintos, merecendo tratamento diferenciado naquilo que se distanciam. Portanto, se o parágrafo 8º tratou unicamente da conciliação, não se admite interpretação extensiva para impor multa à parte que se ausenta à sessão de mediação. A norma sancionatória admite interpretação restritiva apenas

16 - Para a audiência do artigo 334 do NCPC, é necessária a intimação pessoal da parte, com base no artigo 186, § 2º, não sendo suficiente a intimação do defensor público, devendo constar do mandado qual a natureza da audiência (se de mediação ou conciliação), bem como a advertência de que o não comparecimento injustificado à audiência de conciliação configura ato atentatório à dignidade da justiça e sujeita a parte ao pagamento de multa e também das despesas decorrentes do adiamento do ato.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 16: O parágrafo 3º do artigo 334 do NCPC aduz que “a intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado”. O Código tratou expressamente da Defensoria Pública em título específico, mas também em diversas outras normas, justamente para aludir à instituição de forma diversa e distinta da advocacia, do Ministério Público ou Procuradorias.

Desta forma, a omissão do legislador no parágrafo 3º, aliada à norma do artigo 186, parágrafo 2º, leva à conclusão de que a parte assistida pela Defensoria Pública deverá ser intimada pessoalmente para a sessão ou audiência de que trata o artigo 334, com a advertência expressa de que a sua ausência ao ato implicará em multa, em se tratando de conciliação.

17 - Na hipótese do enunciado anterior, o mandado de intimação do autor para a audiência deve conter o esclarecimento do tipo de audiência a ser realizada (conciliação ou mediação), bem como a advertência acerca da possibilidade de ser imposta multa por ausência injustificada ao ato (se conciliação), assim como a imposição ao pagamento das despesas do processo.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 17: Quando o autor for patrocinado pela Defensoria Pública, se faz necessária sua intimação pessoal para comparecer à audiência de autocomposição, sendo certo que o mandado de intimação deve conter as advertências sobre as consequências de seu não comparecimento, sob pena de impossibilidade de aplicação de qualquer sanção processual ao mesmo.

18 - O mandado de citação e intimação deverá conter, além dos requisitos previstos no artigo 250 do NCPC, as seguintes advertências, sob pena de inaplicabilidade de consequências processuais negativas: a) a necessidade de procurar o advogado ou o defensor público com pelo menos 10 dias de antecedência em relação à data da audiência (prazo para o réu manifestar expressamente desinteresse na composição amigável – art. 334, § 5º, do NCPC); b) a ausência injustificada à audiência de conciliação configura ato atentatório à dignidade da justiça e sujeita o réu a multa, bem como às despesas decorrentes do adiamento do ato; c) a partir da data da audiência, ainda que não realizada em virtude da ausência de qualquer das partes, flui o prazo da contestação (15 dias); d) se não houver contestação, o réu será considerado revel, presumindo-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 18: Para que o réu esteja sujeito à multa ou seja considerado revel, é imprescindível que tenha conhecimento prévio, expresso e inequívoco de seus ônus e dos prazos processuais, sem o que as sanções previstas nas normas jurídicas não poderão ser aplicadas. Como o artigo 250, NCPC, omitiu outros requisitos essenciais do mandado de citação e intimação, que se extraem das demais normas inseridas no bojo do Código, é imperioso que se observe se o réu foi devidamente advertido das consequências de sua inércia ou retardo.

19 - Recomenda-se aos defensores públicos, ao elaborarem a petição inicial, que, sempre que o assistido não deseje a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do NCPC, tal fato seja indicado na petição inicial, com assinatura da parte, evitando, com isso, a realização de ato processual desnecessário e a eventual cominação de multa ao assistido que faltar à audiência (art. 334, § 8º, do NCPC).

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 19: Com a sistemática do NCPC, a audiência de conciliação ou mediação torna-se obrigatória no procedimento comum, devendo ser realizada antes da apresentação da defesa do réu, havendo cominação de multa à parte que falta injustificadamente à audiência. A nova legislação somente dispensa a realização da audiência, em causas em que se admita a autocomposição, se ambas as partes manifestarem seu desinteresse na composição. Por tal motivo, sugere-se que, sempre que o autor informar que não tem interesse na conciliação, tal informação seja inserida na petição inicial.

20 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, sempre que tenha havido tentativa extrajudicial prévia de composição amigável das partes, seja por conciliação ou por mediação no núcleo da Defensoria Pública, indiquem nas suas petições iniciais tal fato, juntando cópia do termo, a fim de que possa ser dispensada a audiência obrigatória prevista no art. 334 do NCPC.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 20: Embora obrigatória a realização da audiência de conciliação/mediação, já há entendimento na doutrina e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no sentido de que se for comprovada a realização de uma tentativa de mediação ou conciliação pré-processual pela Defensoria Pública, pode ser dispensada a audiência inicial de conciliação ou mediação, a fim de se evitar a repetição da experiência infrutífera e a perda de tempo para o autor da demanda. Neste sentido é o primeiro enunciado aprovado pelo grupo de trabalho organizado pelo TJ/RJ em mediação: "Se qualquer das partes comprovar a realização de mediação ou conciliação pré-processual nos seis meses antecedentes à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação desde que tenha tratado da questão objeto da ação e sido conduzida por mediador ou conciliador com formações teórica e prática em instituições credenciadas no NUPEMEC ou no CNJ, ou promovida pela Defensoria Pública, Ministério Público ou Ordem dos Advogados do Brasil." Por tal motivo, recomenda-se que seja juntada com a inicial cópia do termo de conciliação ou mediação, visando a dispensa da audiência e o ganho de tempo da parte autora.

21 - Recomenda-se aos defensores públicos que, ao elaborarem a petição inicial, somente seja utilizada a faculdade prevista no caput do art. 303 do NCPC (petição inicial limitada ao requerimento de tutela antecipada) nos casos em que a urgência realmente não permita a elaboração da petição inicial completa, ou a juntada dos documentos necessários. Nestes casos, deve constar da petição inicial, expressamente, que está sendo distribuída incompleta, na forma permitida pelo art. 303 do NCPC.

22 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, nos casos em que seja necessária a elaboração de petição inicial limitada (art. 303 do NCPC), seja juntado aos autos um termo de responsabilidade (MODELO EM ANEXO) assinado pelo assistido declarando estar ciente de que deve procurar o defensor público em atuação perante o juízo no qual tramitar o seu processo, no prazo de cinco dias após a distribuição, para complementar a narrativa dos fatos e juntar os documentos necessários à propositura da ação.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 22: O art. 303 do NCPC prevê hipótese em que, em razão da urgência, pode ser elaborada uma petição inicial que se limite ao requerimento de tutela antecipada e breve narrativa dos fatos, sendo complementada após a análise judicial do pedido de tutela antecipatória. Nestes casos, se o assistido não atende ao chamado do defensor que atua junto à vara para o aditamento da inicial e juntada dos documentos necessários, o processo será extinto, sendo o prazo para aditamento de quinze dias (se houver deferimento da liminar) ou de cinco dias (se não for deferida a liminar). Devem ser levadas em conta, portanto, a conhecida dificuldade de contato do defensor que acompanha o processo com os assistidos, a existência de prazo peremptório para a emenda, e a grave consequência da não complementação da petição inicial no prazo legal. Por tais motivos, faz-se necessário que os defensores evitem a distribuição de petições iniciais incompletas, e, quando o fizerem, em casos estritamente necessários, advertam os assistidos da necessidade de complementação e das consequências de seu não comparecimento ao órgão da DP após a distribuição.

23 - Nas hipóteses de patrocínio de autor que tenha proposto ação na forma prevista no art. 303 do NCPC, havendo inércia do réu e estabilização da tutela, com decisão final, recomenda-se ao defensor que, caso seja proferida sentença confirmando a decisão liminar, requeira, até mesmo pela via recursal, a condenação do réu ao pagamento de honorários de sucumbência devidos ao CEJUR.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 23: O NCPC não prevê se, para a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, será necessária a prolação de sentença de extinção, ou se sua estabilização ocorre automaticamente. No caso de ser proferida sentença, recomenda-se seja pleiteada a condenação do réu ao pagamento de honorários ao CEJUR, consoante art. 85 do CPC.

24 - A atribuição para a propositura da ação prevista no § 2º do art. 304 do NCPC (ou seja, aquela destinada a “rever, reformar ou invalidar” a tutela antecipada que se estabilizou em razão da falta de recurso contra a decisão liminar) é do defensor público em exercício perante o juízo na qual tramitou a ação em que foi concedida a tutela antecipada que se pretende rever. Caso o defensor em exercício na DP junto ao mencionado juízo tenha atuado pela parte contrária, a atribuição é de seu tabelar. Incide ao caso, também, a ressalva contida no parágrafo único do art. 31 da Resolução CS n.º 88/2012.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 24: A ação em questão se enquadra no rol daquelas previstas no 31 da Resolução CS nº 88, de 05/10/2012, que dispõe, entre outros, das atribuições dos núcleos da defensoria pública e demais órgãos de atuação no que se refere ao primeiro atendimento, ajuizamento de ações e outras medidas.

25 - Até que a doutrina e jurisprudência consolidem o entendimento sobre a estabilização da decisão liminar prevista no § 1º do art. 303 do NCPC, recomenda-se aos defensores públicos, a fim de evitar tal estabilização, não somente a apresentação de contestação à demanda, mas também a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 25: O art. 304 do NCPC determina que, após deferida a liminar prevista no art. 303, §1º do CPC, se não for interposto recurso, ela torna-se estável, e o processo será extinto. Existe divergência na doutrina ao interpretar o termo “recurso” previsto no caput do art. 304, havendo quem sustente que a estabilização somente seria evitada com a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 1050, inciso I, NCPC) e outros que defendem que a apresentação de contestação ao pedido já seria suficiente para impedir a estabilização da decisão que antecipou a tutela. Destarte, a fim de evitar prejuízo ao assistido que não deseja a estabilização da decisão liminar, e até que a jurisprudência forme entendimento sobre o assunto, é recomendável a utilização das duas vias impugnativas (contestação e agravo de instrumento).

26 - Na hipótese prevista no enunciado anterior, caso a defesa do réu venha a ser feita pela curadoria especial, recomenda-se ao defensor público que sustente, na contestação, a impossibilidade de estabilização da decisão antecipatória, não sendo necessária a interposição de recurso de agravo.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 26: Nas hipóteses de intervenção da curadoria especial, não é possível o consentimento do réu com a estabilização da decisão antecipatória, em razão de sua incapacidade e/ou da falta de ciência real da demanda e de contato com o defensor, o que impede a ocorrência da estabilização, não sendo necessária a interposição de agravo por parte do curador especial.

27 - Nos casos em que o defensor público patrocinar réu que manifeste interesse em não recorrer da decisão liminar prevista no art. 304 do NCPC, ou em não apresentar contestação ao pedido, devem ser informadas ao réu as consequências de sua decisão, sendo recomendável que o defensor público peticione nos autos comunicando o patrocínio do réu pela DP, requerendo a gratuidade de justiça, e informando o desejo de não recorrer, além de guardar consigo um termo de ciência e responsabilidade assinado pelo assistido.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 27: É possível que, nas ações distribuídas na forma prevista no art. 303 do NCPC, o réu não tenha interesse em impugnar a decisão antecipatória, preferindo a sua estabilização à discussão do mérito da demanda com formação da coisa julgada. Contudo, em razão das graves consequências decorrentes da não apresentação de contestação e/ou recurso contra a decisão que defere antecipação de tutela, na forma antes mencionada, é recomendável que o assistido seja minuciosamente informado das consequências de sua inação, e que o defensor guarde consigo o termo de ciência do mesmo, de molde a comprovar o consentimento informado do assistido.

28 - Sem prejuízo da possibilidade de manifestar-se por petição acerca de eventual pedido de tutela provisória e da interposição de agravo de instrumento, nas hipóteses em que a ação for proposta ou a petição inicial for distribuída na forma prevista no art. 303 do NCPC, e o réu for citado antes do aditamento da petição inicial, recomenda-se ao defensor público que patrocina os interesses do réu peticionar informando que somente fará a contestação após ambos (defensor e réu) serem intimados dos termos do aditamento da petição inicial.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 28: Na hipótese prevista no art. 303 do NCPC, a contestação somente poderá ser elaborada após a apresentação do aditamento à petição inicial por parte do autor. É possível, contudo, que, não havendo audiência, a citação do réu se dê junto com a intimação para cumprimento da decisão antecipatória de urgência, antes, portanto, do decurso do prazo para aditamento da petição inicial pela parte autora. Nestes casos, até que doutrina e jurisprudência uniformizem o entendimento sobre o procedimento a ser estabelecido, recomenda-se, a fim de evitar discussão sobre o início do prazo para apresentação da contestação, que, sem prejuízo da interposição do agravo, o defensor informe ao juízo que irá patrocinar a parte ré, requerendo sua intimação após o aditamento da petição inicial, quando, então, terá início o prazo de defesa.

29 - Os defensores do núcleo de primeiro atendimento têm atribuição para a propositura de ação de produção antecipada de provas em face da União, entidade autárquica ou empresapública federal, a ser distribuída na justiça estadual, sempre que na localidade em que tenha de ser distribuída a ação não houver vara federal (art. 381, § 4º, do NCPC).

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 29: A norma contida no §4º do art. 381 do NCPC estabelece uma regra de competência de justiça estadual, determinando que "o juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova reque-rida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na locali-dade, não houver vara federal." Diante de tal norma, faz-se necessário apenas explicitar a atribuição do defensor público para a propositura destas demandas, que tramitarão na justiça estadual, e não na federal.

30 - A contestação por negativa geral prevista no art. 341, parágrafo único, do NCPC só poderá ser utilizada em caráter subsidiário e legitimamente fundamentado pelo defensor público, quando não se tratar de hipótese de atuação da curadoria especial.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 30: A utilização indiscriminada da prerrogativa de contestação por negativa geral, fora das hipóteses de atuação da curadoria especial, obstaculiza o direito ao contraditório dos assistidos, estabelecido como função institucional prevista no art. 4º, V da LC n. 80/94. A proposta de enunciado estabelece transparência na atuação do Defensor Público, que terá de demonstrar a razão pela qual se utilizou da prerrogativa.

31 - Na ação possessória multitudinária prevista no art. 554 do NCPC, a Defensoria Pública não é substituta processual das partes citadas por edital, devendo haver a identificação dos ocupantes citados fictamente para fins de atuação da curadoria especial.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 31: A redação do novo CPC pode permitir a construção de entendimento no sentido de que a ação possessória do art. 554 é modalidade de ação coletiva passiva, o que significaria a atuação da Defensoria Pública na condição de substituta processual dos ocupantes, facilitando o prosseguimento do feito em detrimento da formação adequada da relação processual. Assim, torna-se importante firmar entendimento institucional de que a Defensoria Pública não é representante adequada na demanda. Ademais, a atuação da Defensoria Pública, indicada no dispositivo, não se confunde com a atuação da curadoria especial, que exige a identificação e qualificação das partes citadas por edital, sendo inviável a representação da instituição em favor de "eventuais ocupantes".

32 - Recomenda-se aos defensores públicos em atuação perante os núcleos de primeiro atendimento que, sempre que for proposta ação versando sobre tese jurídica que tenha precedente em sentido contrário, a fim de evitar julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332 do NCPC), justifiquem na exposição fática da petição inicial a diferença entre a hipótese fática da petição e aquela contida no precedente, realizando o distinguishing.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 32: O NCPC confere muita força aos precedentes, determinando o julgamento imediato de improcedência do pedido sempre que este contrariar súmula dos tribunais superiores, acórdão proveniente de julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em IRDR e incidente de assunção de competência e súmula do tribunal de justiça sobre direito local. Desta forma, a fim de evitar a sentença de improcedência liminar, de difícil reforma, recomenda-se aos defensores que já enfrentem a questão do precedente na petição inicial, demonstrando que a situação fática da ação proposta é diversa, não se subsumindo à aplicação do precedente.

33 - A defesa de teses colidentes quando a Defensoria Pública atuar em favor de partes contrárias não impede que a própria instituição utilize os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência previstos, respectivamente, nos arts. 976 e 947 do CPC.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 33: O propósito do enunciado é deixar claro que as funções institucionais da Defensoria Pública podem colidir entre si. Isto não é fato impeditivo da atuação da instituição, especialmente diante dos novos instrumentos disponibilizados pelo CPC/2015 para a uniformização da jurisprudência, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do Incidente de Assunção de Competência.

34 - Quando num mesmo órgão de atuação o defensor público sustentar teses antagônicas, será possível ao mesmo encaminhar a outro órgão de atuação eventual pretensão dirigida à deflagração dos incidentes uniformizadores.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 34: O propósito do enunciado é o de evitar que um órgão de atuação crie um antagonismo de sua atuação individual em favor de assistidos que pretendam defender tese jurídica contrária àquela veiculada no incidente. Visando evitar esse confronto de teses, o órgão de atuação, antevendo a possibilidade de instauração de qualquer dos incidentes poderá encaminhar a outro órgão com atribuição.

35 - A seleção de temas para habilitação como amicus curiae deve guardar pertinência imediata com as funções institucionais da Defensoria Pública.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 35: A proposta visa evitar a utilização política do instituto, veiculando temas sem pertinência direta com a atuação institucional, prejudicando a legitimação da Defensoria Pública.

36 - Recomenda-se aos defensores públicos que, sempre que perceberem a repetição de processos que tenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, com decisões real ou potencialmente conflitantes, que possam pôr em risco a isonomia e a segurança jurídica, comuniquem tal fato à Coordenadoria Cível ou diretamente ao 2º Subdefensor Público-Geral do Estado, a fim de que seja analisada a instauração de incidente de demandas repetitivas pela Defensoria Pública.

37 - Recomenda-se aos defensores públicos que, sempre que perceberem que o julgamento de um recurso, remessa necessária ou processo de competência originária envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas sem repetição em múltiplos processos, comuniquem tal fato à Coordenadoria Cível ou diretamente ao 2º Subdefensor Público-Geral do Estado, a fim de que seja analisada a instauração de incidente de assunção de competência pela Defensoria Pública.

38 - Recomenda-se aos defensores públicos que, sempre que perceberem a existência de matéria relevante e pertinente às funções institucionais da Defensoria Pública, em qualquer processo e instância, comuniquem tal fato à Coordenadoria Cível ou diretamente ao 2º Subdefensor Público-Geral do Estado, a fim de que seja analisada a possibilidade de ingresso da instituição como amicus curiae.

JUSTIFICATIVA DOS ENUNCIADOS 36, 37 E 38: O NCPC criou dois novos meios de julgamento coletivo de demandas individuais, e o legislador atribuiu à Defensoria Pública legitimidade para a instauração de ambos os incidentes. Trata-se de uma nova forma de atuação da defensoria, apta à formação de precedentes obrigatórios (art. 927 NCPC) que, se corretamente exercida, contribuirá muito para a diminuição do número de processos e recursos, bem como para a efetividade do trabalho dos defensores públicos, em razão da criação de precedentes favoráveis às teses defendidas pela Defensoria Pública. Para tanto, faz-se necessário que todos os defensores forneçam à coordenadoria cível ou ao 2º subdefensor público geral os casos em que vislumbrem a possibilidade de instauração dos referidos incidentes, em atuação verdadeiramente estratégica da instituição, o mesmo ocorrendo com a possibilidade de ingresso como *amicus curiae*, em qualquer processo.

39 - JUÍZO DE ADMISIBILIDADE E PROVA DA TEMPESTIVIDADE. Considerando que o juízo de admissibilidade recursal será exercido pela instância superior, cabe ao defensor, quando da interposição do recurso, fazer prova da existência de qualquer feriado local ou ato de suspensão de prazo, em que pese o disposto no parágrafo único do art. 932 do NCPC.

JUSTIFICATIVA DOS ENUNCIADOS 39: O NCPC elimina o juízo de admissibilidade recursal pelo juízo "a quo", o que implica na necessidade de que a parte recorrente redobre a atenção no que diz respeito a prova da existência de feriados locais ou quaisquer atos de suspensão de prazos. Considerando que a defensoria pública atua em todo o Estado do Rio de Janeiro, revela-se prudente o cuidado na prova dos feriados locais, evitando-se qualquer alegação de intempestividade, ainda que ciente do dever cooperativo dos relatores expresso no parágrafo único do artigo 932.

40 - PRECLUSÃO DE QUESTÕES RESOLVIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO. As questões resolvidas na fase de conhecimento e contra as quais não caiba recurso por agravo de instrumentos, por não precluírem, devem ser suscitadas em preliminar de apelação ou, ainda, em contrarrazões, sempre que houver interesse que o Tribunal sobre estas se manifeste expressamente.

Caso o defensor deseje que a questão preliminar seja examinada pelo Tribunal, ainda que no mérito o assistido tenha sido vencedor da demanda, ele deve fazer a apelação independente, somente para recorrer da decisão interlocutória.

JUSTIFICATIVA DOS ENUNCIADOS 40: O artigo 1015 e seu parágrafo único, ambos do NCPC, apontam as decisões interlocutórias que poderão ser objeto de agravo de instrumento, o que implica, por outro lado, na existência de decisões contra as quais as partes não poderão recorrer no curso do processo de conhecimento. Pela sistemática criada, tais decisões não precluem, mas deverão ser suscitadas como preliminar de apelação, para que o Tribunal as enfrente. Havendo interesse, a parte vencida poderá suscitar alguma questão não preclusa em contrarrazões.

41 - ATRIBUIÇÃO PARA REQUERER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DE APELAÇÃO. Nas hipóteses em que o recurso de apelação tenha apenas efeito devolutivo – art. 1012, § 1º, NCPC –, cabe ao defensor em atuação perante o juízo da interposição requerer ao relator, por petição, no período compreendido entre a interposição e a distribuição da peça recursal, a concessão do efeito suspensivo. Após a distribuição do recurso, a atribuição passa a ser do defensor junto ao órgão de segundo grau.

41 - ATRIBUIÇÃO PARA REQUERER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXCEPCIONAL. A concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial será requerida, quando cabível, diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, por petição, pelo defensor responsável pela elaboração do recurso, no período compreendido entre a interposição e a distribuição. Após a distribuição do recurso excepcional, o requerimento de concessão de efeito suspensivo, quando cabível, será de atribuição do defensor junto ao Tribunal Superior.

42 - ATRIBUIÇÃO PARA REQUERER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXCEPCIONAL. A concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial será requerida, quando cabível, diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, por petição, pelo defensor responsável pela elaboração do recurso, no período compreendido entre a interposição e a distribuição. Após a distribuição do recurso excepcional, o requerimento de concessão de efeito suspensivo, quando cabível, será de atribuição do defensor junto ao Tribunal Superior.

JUSTIFICATIVA DOS ENUNCIADOS 41 E 42: A necessidade de obtenção de efeito suspensivo aos recursos aos quais a lei atribui efeito somente devolutivo, suscita a necessidade da interpretação das regras do NCPC no que diz respeito às atribuições funcionais dos defensores públicos. Assim é que, no período compreendido entre a interposição e a distribuição da peça recursal, o pedido de concessão do efeito suspensivo, por lógica, caberá ao próprio órgão de atuação que elaborou a peça. Na mesma ordem de ideias, após a distribuição do recurso, a atribuição será órgão com atribuição junto ao Tribunal competente. A regra se aplica, da mesma maneira, aos recursos excepcionais.

43 - PREQUESTIONAMENTO. Para atender ao requisito do prequestionamento, e considerando os termos do art. 1.025 do Novo CPC, recomenda-se ao defensor subscritor da peça recursal que aponte os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que embasam a pretensão, bem como a adequação dos respectivos dispositivos ao caso concreto.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 43: A questão do prequestionamento sempre causou apreensão quando da interposição dos recursos excepcionais, mormente diante da divergência acerca do denominado prequestionamento implícito. Pelo artigo 1.025 do NCPC, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade". Assim, diante da redação do artigo antes referido, se mostra relevante que as peças recursais apontem os fundamentos que embasam a pretensão, bem como a adequação destes ao caso concreto.

44 - Os defensores públicos devem estar atentos às possibilidades decorrentes da norma estabelecida no art. 190 do CPC, no que se refere à celebração de convenções processuais atípicas, desempenhando seu múnus de orientação e aconselhamento jurídico para permitir a seus assistidos – em igualdade de condições com os demais litigantes – a plena e consciente utilização desse importante mecanismo de adequação do procedimento aos interesses e necessidades das partes, tendo em vista que o propósito desse dispositivo é o de fortalecer o direito de autorregramento da vontade, no âmbito do processo civil. Para celebração desses negócios jurídicos processuais que geram obrigações que vinculam as partes, é indispensável a anuência expressa do assistido.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 44: As convenções processuais são uma das grandes novidades do novo CPC, permitindo aos advogados e defensores que, de forma cooperativa, estabeleçam regras diferentes para o procedimento a ser seguido em cada caso, contratualizando-o e adaptando-o às necessidades do caso. A utilização prática das convenções processuais entre defensores, assim como entre defensores e advogados, possibilita a adequação do procedimento, em postura que pode se mostrar muito útil para assegurar a efetividade da tutela do direito do assistido. É necessário, contudo, que o assistido seja adequadamente informado do teor da convenção, bem como que manifeste sua concordância expressa com o conteúdo, sempre que esta gerar obrigações processuais, ante a ausência de poder de transigir dos defensores públicos. Ademais, o assistido pode ter mais de um defensor público ao longo do processo, o que torna essencial que a convenção seja firmada por ele e não apenas pelo defensor público.

45 - A celebração de convenções processuais envolvendo partes assistidas pela Defensoria Pública, que não podem afetar prerrogativas legais dos defensores públicos, deve ter por escopo fundamentalmente atender aos interesses das partes assistidas, independentemente de trazer maior ou menor comodidade para os defensores que atuam no processo.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 45: As convenções processuais devem ter por escopo fundamental, sempre, a melhor tutela do interesse da parte assistida, seja diminuindo a morosidade do processo, seja removendo obstáculos ao acesso à justiça ou otimizando a produção de provas, por exemplo. O objetivo primordial, portanto, deve ser sempre o interesse da parte, e não apenas do seu defensor. Devem ser sempre resguardadas, contudo, as prerrogativas legais dos defensores, que não podem ser objeto de transação em convenção processual.

46 - A multa prevista no § 2º do art. 234 do CPC, a ser aplicada eventualmente em desfavor do defensor público, na qualidade de “agente público responsável” (§ 4º) pelo ilícito processual de que trata o referido dispositivo, somente incidirá após o devido procedimento disciplinar instaurado pela Corregedoria-Geral da Defensoria Pública (§ 5º), sendo tal aplicação de competência deste órgão, em razão sobretudo do princípio da autonomia institucional, e ainda por analogia ao que dispõe o § 3º desse mesmo art. 234.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 46: O NCPC prevê que os defensores públicos, assim como advogados e membros do Ministério Público, devem restituir os autos “no prazo do ato a ser praticado”. Determina, ainda, que em caso de demora superior a 3 (três) dias na restituição de autos, após a intimação, estarão sujeitos a uma multa correspondente à metade do salário-mínimo. Nestas hipóteses, a interpretação do NCPC deve ser feita em conjunto com a LC 06/77, que traz, no art. 141, a previsão das sanções disciplinares que podem ser impostas aos defensores públicos. A norma do NCPC deve ser interpretada, portanto, no sentido de que, diante da não devolução dos autos no prazo legal, cabe ao juiz tão somente comunicar o fato à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, a quem compete, por determinação dos artigos 150/154 da LC 06/77, iniciar o procedimento de imposição de multa aos defensores.

47 - Nos inúmeros procedimentos de jurisdição voluntária contemplados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é de se reconhecer, após a entrada em vigor do NCPC, a legitimidade em nome próprio da Defensoria Pública, nem se precisando mais invocar a figura da curadoria especial.

JUSTIFICATIVA DO ENUNCIADO 47: A legitimidade conferida à Defensoria Pública pelo art. 720 do CPC/2015 se estende às muitas hipóteses de jurisdição voluntária previstas na legislação extravagante (salvo logicamente a existência de norma em sentido contrário). No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), para citar um diploma relevante, estão encartadas, segundo Leonardo Greco (Disposições gerais dos procedimentos de jurisdição voluntária. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.664), várias hipóteses: colocação em família substituta; adoção; guarda e tutela; suprimimento de capacidade; consentimento para o casamento; a própria designação de curador especial; cancelamento, retificação e suprimimento dos registros de nascimento e óbito; e o deferimento de guarda provisória e de estágio de convivência. Sabendo-se que as iniciativas e intervenções da Defensoria Pública na área da criança e do adolescente, por meio da curadoria especial, são muitas vezes repelidas em função de um suposto vício de legitimidade, tem-se aí mais um proveito da norma do art. 720 do CPC/2015. Nos inúmeros procedimentos de jurisdição voluntária contemplados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é de se reconhecer, após a entrada em vigor do NCPC, a legitimidade em nome próprio da Defensoria, nem se precisando mais invocar a figura da curadoria especial.

48 - A Defensoria Pública possui legitimidade extraordinária para o ajuizamento da interdição, nos termos do art. 720 do CPC/2015.

49 - A curadoria especial só possui legitimidade para ajuizar a autointerdição na qualidade de representante da pessoa potencialmente sujeita à curatela.

JUSTIFICATIVA DOS ENUNCIADOS 48 e 49: De acordo com o art. 720 do CPC, os procedimentos de jurisdição voluntária terão início "por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública". Com isso, o legislador reconheceu a legitimação extraordinária da Defensoria Pública para o ajuizamento da interdição, conferindo concretude normativa às funções institucionais previstas nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994. Essa atuação, entretanto, deve ser devidamente dissociada da figura do curador especial, que atua na qualidade de representante do potencial incapaz.

A atribuição para elaborar a petição inicial de autointerdição, como curador especial, recai sobre o defensor público do núcleo de primeiro atendimento do local onde a pessoa sujeita à curatela reside ou está internada e, após a distribuição da petição inicial, sobre o defensor público da vara, com atribuição para atuar com curador especial naquele processo, salvo nas hipóteses em que haja órgão próprio com atribuição para o exercício da curadoria especial.

10

Penal

10.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

01 - Júri - requisição do réu preso pelo juízo em data anterior ao julgamento em Plenário - entrevista reservada pelo Defensor Público - homenagem ao princípio constitucional da Plenitude de defesa e à Convenção Americana de Direitos Humanos - nulidade do julgamento. (I Encontro Estadual - 2017)

02 - A cognição no processo de execução da medida socioeducativa está limitada à verificação do atingimento pelo executado das metas do Plano Individual de Atendimento, sendo ilegal a manutenção da medida por elementos externos ao plano, sobretudo em razão do lapso temporal e da gravidade do fato, ignorando o alcance dos objetivos do PIA. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017).

03 - A causa de diminuição estampada no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicada mesmo ao condenado reincidente, quando a sua recidiva não for específica nos delitos de tráfico.

04 - A pronúncia do acusado somente com base nos elementos de informação do inquérito policial ou de depoimentos de "ouvir dizer" viola o artigo 155 do Código de Processo Penal, o princípio do devido processo legal e da plenitude de defesa, previstos na Constituição da República.

05 - Na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, caso o assistido negue a autoria, o Defensor Público, dentro de sua independência funcional, caso sustente a absolvição, deve constar na ata de julgamento a 'tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório

06 - A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo penal dá ao réu o direito de detração do tempo de cumprimento dessas medidas, independente de qual seja a pena aplicada. (I Encontro Estadual – 2017)

07 - A Lei 10.216/2001 derogou as disposições relativas à medida de segurança previstas na legislação penal, processual penal e da execução penal, sendo respeitadas as balizas de aplicação da pena para o imputável na aplicação da medida de segurança. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

11 - É direito da defesa, nos termos do art. 8.2.f da CADH, inquirir testemunhas, independentemente de não terem sido arroladas por ocasião da apresentação da defesa. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

10.2 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SP

11 - Abertura de vista dos autos, em Segunda Instância, para a Defensoria Pública após a apresentação do parecer pelo Ministério Público – paridade de armas – homenagem ao contraditório e à ampla defesa – inobservância – nulidade do julgamento.

12 - É inconstitucional o provimento 32/00 da corregedoria Geral de Justiça do estado de São Paulo.

13 - O reconhecimento fotográfico não pode ser admitido no processo penal, sobretudo sem a observância do art. 226 CPP.

14 - A pendência de pagamento da pena de multa não impede o reconhecimento da extinção da punibilidade.

15 - À luz do princípio constitucional do contraditório e da atual redação do art. 155 do CPP, é inadmissível condenação baseada em elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

16 - Em caso de arquivamento de inquérito, impronúncia, absolvição, extinção de punibilidade e casos análogos, os registros criminais devem ser excluídos do IIRGD e dos demais arquivos policiais.

17 - A condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas não gera reincidência e outros efeitos secundários.

18 - O acusado que tem o primeiro contato com o Defensor Público na audiência de instrução, debates e julgamento possui o direito subjetivo a requerer a produção de provas neste ato processual, mesmo após decorrido o prazo para a apresentação de resposta escrita ou defesa preliminar.

44 - São inconstitucionais os preceitos secundários dos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 184 do Código penal por ofensa aos princípios da proporcionalidade e igualdade.

45 - Com a pronta constatação da ausência de outros mandados de prisão ou de busca e apreensão de adolescente, o acusado, cuja custódia cautelar for revogada em audiência ou plenário de julgamento, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

46 - É inconstitucional e ilegal a vedação da concessão de liberdade provisória no caso de crime de tráfico de entorpecentes.

64 - Cabe Habeas Corpus para o STJ da decisão do Relator do Tribunal de Justiça que indefere liminar em Habeas Corpus, quando a decisão de origem negar infundadamente ao acusado o direito à liberdade no curso do processo criminal.

65 - O exame clínico de embriaguez não é meio hábil a caracterizar o elemento do tipo "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas" do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro" e, conseqüentemente, tipificar a conduta.

66 - Cabe ao defensor público pleitear a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ao assistido processado pela prática de algum dos delitos previstos de tráfico ilícito de entorpecentes, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão desse benefício, em que pese a vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

67 - Cabe ao defensor público pleitear nos casos em que há a apuração do delito tipificado no artigo 158, § 3º do Código Penal, a aplicação da pena prevista para o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso V do Código Penal.

68 - O tráfico na sua forma privilegiada (art. 33, parágrafo quarto da lei 11.3430/06) não é crime equiparado a hediondo e a pena aplicada pode ser suspensa condicionalmente, se presentes os requisitos do artigo 77 do código penal.

82 - Com fundamento no princípio da proporcionalidade, a reincidência não impede a fixação de regime aberto para início de cumprimento de pena.

83 - A ausência de intimação pessoal do defensor público da expedição de carta precatória, bem como da data designada para realização da audiência no juízo deprecado, é causa de nulidade absoluta.

87 - É atípico o porte de arma branca.

88 - Caso o bem subtraído seja insignificante, é possível a desclassificação do crime de roubo para o crime subsidiário.

92 - A fixação de fiança pelo juízo ou a manutenção da fiança arbitrada pela autoridade policial deve implicar a imediata expedição de alvará de soltura e seu efetivo cumprimento.

93 - Em caso de absolvição no júri com base no terceiro quesito obrigatório (art. 483, III, do Código de Processo Penal) é inadmissível o recurso da acusação com fundamento no art. 593, III, b, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos).

94 - A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida.

100 - Quando o réu é condenado no segundo júri, realizado por força do acolhimento de recurso com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, deve ser assegurado o duplo grau de jurisdição com base na mesma alínea, em relação a outras circunstâncias que não tenham sido abordadas no primeiro recurso, afastando-se a previsão do art. 593, §3º, do Código de Processo Penal.

101 - O reconhecimento do homicídio privilegiado pelos jurados - quando a conduta se realizou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (art. 121, §1º, última parte, CP) - é prejudicial ao quesito referente à qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, quando a imputação estiver apoiada na surpresa da agressão (art. 121, §2º, IV, do CP).

113 - O art. 155 do Código de Processo Penal também se aplica à decisão de pronúncia, ou seja, o juiz, para pronunciar o acusado, deve basear a sua decisão nas provas produzidas em contraditório judicial sob o crivo da plenitude de defesa, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos no inquérito policial e não repetidos em juízo.

124 - A prisão domiciliar cautelar prevista no artigo 318 do CPP não impede o exercício do direito ao trabalho externo.

10.3 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/GO

01 - Versa a tese sobre a possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional do processo, do art. 89, da Lei nº 9.099/95, aos acusados pelo crime do art. 155, §4º, do Código Penal (furto qualificado), desde que aplicável ao caso o 'privilégio' do art. 155, §2º, do Código Penal, e presentes os demais requisitos legais, muito embora o crime de furto qualificado, por si só, não admita o sursis processual, já que possui pena mínima superior a 1 ano.

02 - Versa a tese sobre o momento consumativo dos crimes de furto e roubo, esclarecendo a expressão 'inversão da posse' prevista na Súmula nº 582, do Superior Tribunal de Justiça (teoria da amotio ou apprehensio), através de interpretação sistemática da norma penal com os conceitos trazidos pelo Direito Civil.

03 - Versa a tese sobre a ausência de potencialidade lesiva ao bem jurídico fé pública no crime de falsa identidade (com conseqüente absolvição por atipicidade material da conduta) na hipótese de autoatribuição de falsa identidade pelo não civilmente identificado, em abordagem policial, investigação criminal, prisão em flagrante, etc., seguida de correta identificação através de procedimento de identificação criminal.

04 - Criminal. Direito Penal. Parte Geral. Regime Inicial de Cumprimento de Pena. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Individualização da Pena.

05 - Direito Penal. Dosimetria da pena. Circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

10.4 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SC

01 - Nos crimes em que há cominação de pena alternativa de multa — como ameaça (CP, art. 147), violação de domicílio (CP, art. 150), dano (CP, art. 163), receptação culposa (CP, art. 180, § 2.º), violação de direito autoral (CP, art. 184), falsa identidade (CP, art. 307) e desacato (CP, art. 331) — é necessária fundamentação judicial para afastar a pena mínima, ou seja, a pena de multa. A definição da pena aplicável (multa ou privativa de liberdade) deve preceder à etapa da dosimetria, nos termos do inc. I do art. 59 do Código Penal.

02 - É indispensável fundamentação idônea para aumentar a pena-base com base nos vetores do art. 59 do CP, respeitando-se a vedação ao bis in idem e a preferência das majorantes/minorantes e agravantes/atenuantes (postulado da especialidade).

03 - O quantum de aumento e de diminuição da pena-base em cada vetor do art. 59 do CP deve ser de 1/6 sobre a pena-mínima, exigindo-se fundamentação específica para emprego de fração superior.

04 - Há necessidade de indicação explícita de qual processo (com condenação definitiva) será utilizado para valorar os antecedentes e qual será utilizado para reincidência. A ausência de discriminação, ainda que se trate de réu multirreincidente, configura bis in idem (histórico criminal duplamente valorado).

05 - É ilegal a migração de condenações pretéritas para valorar negativamente a conduta social e a personalidade na primeira fase da dosimetria penal, uma vez que as referidas circunstâncias judiciais têm conteúdo próprio e não se confundem com histórico criminal do agente.

06 - Incide a atenuante de confissão espontânea (CP, art. 65, II, d) nos casos de confissão parcial, confissão retratada em juízo e também da chamada confissão qualificada (quando, embora confesse a autoria do fato, o acusado agregue alguma situação para tentar excluir sua responsabilidade penal), sobretudo (mas não só) se a confissão for utilizada de alguma forma para fundamentar a condenação (STJ, Súmula 545).

07 - Deve-se promover a compensação integral da atenuante da confissão [qualificada, parcial, desnecessária] com a agravante da reincidência, inclusive a reincidência específica, nos termos do art. 67 do CP.

08 - A atenuante da menoridade relativa prepondera sobre todas as agravantes, inclusive sobre a reincidência.

09 - É aplicável a atenuante inominada (CP, art. 66) por circunstância relevante posterior ao delito, como o linchamento do acusado (punição informal antecipada que deve reduzir a pena formal) e a demora excessiva do processo (submissão do réu às angústias e estigmas do processo penal por tempo anormal).

10 - É aplicável o prazo depurador da reincidência (CP, art. 64, I) aos antecedentes.

11 - Na dosimetria da pena, a forma de cálculo em cascata (operações sucessivas) deve ser utilizada apenas na terceira fase; na primeira fase a base de cálculo é a pena mínima; na segunda fase, a base de cálculo é a pena-base.

12 - É ilegal a compensação de majorantes e minorantes na terceira fase da dosimetria. Deve sempre observar o cálculo em cascata (operações sucessivas), mais favorável ao acusado (primeiro incide a fração de aumento sobre a pena provisória e, a partir do resultado desta operação, incide a fração de diminuição; ou vice-versa).

13 - Aplica-se o regime semiaberto ou aberto quando as circunstâncias judiciais não forem valoradas negativamente (STJ, Súmula 440) ou quando forem preponderantemente favoráveis ou neutras, inclusive ao réu reincidente (STJ, Súmula 269).

14 - É cabível a substituição de pena privativa de liberdade não superior a 4 anos por pena restritiva de direitos quando ocorrer crime sem violência e réu não reincidente específico (CP, art. 44, § 3.º), desde que as circunstâncias judiciais sejam valoradas preponderantemente de forma neutra ou positiva.

15 - É necessária fundamentação quando substitui a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, nos casos em que a pena for superior a um ano. Por regra, dever ser substituída por uma restritiva e multa (CP, art. 44, § 2.º).

16 - É necessária fundamentação quando substitui a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, nos casos em que for igual ou inferior a um ano. Por regra, dever ser substituída por multa (CP, art. 44, § 2.º).

17 - Pena restritiva de direitos de prestação pecuniária deve ser fixada em um salário-mínimo (mínimo legal) sempre que não houver fundamentação para aumentá-la. O valor do salário-mínimo deve corresponder àquele vigente à época do fato, e não da sentença, em respeito à legalidade penal..

18 - Crime continuado e multa: no caso de crime continuado, não é aplicável a regra do art. 72 do Código Penal, que determina o cúmulo material das penas de multa em caso de concurso de crimes (exceto se for caso de cúmulo material benéfico). No crime continuado, por ser crime único por ficção, aplica-se o critério da exasperação.

19 - É ilegal, por caracterizar bis in idem, a aplicação sucessiva do concurso formal e do crime continuado. Nesses casos, deve-se aplicar exclusivamente o crime continuado, desprezando-se o aumento de pena decorrente do concurso formal.

20 - Deve-se priorizar a aplicação do sursis especial (CP, art. 78, § 2.º) em detrimento do sursis simples (CP, art. 78, §1º), por aquele ser mais favorável, vedada a cumulação das condições de cada um.

10.5 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/TO

- 01** - O não pagamento de multa penal em razão da hipossuficiência financeira gera extinção da punibilidade.
- 02** - O aumento não justificado pelo juiz quando existente mais de uma causa que aumente a pena no delito de roubo gera aplicação do percentual mínimo estabelecido em lei.
- 03** - A causa de diminuição de pena da tentativa com a não justificação da escolha do quantum resulta na aplicação de 2/3.
- 04** - É possível o reconhecimento do princípio da insignificância mesmo em se tratando de réu com maus antecedentes ou reincidente.
- 05** - A ausência de fundamentação na escolha da pena restritiva de direitos enseja aplicação da mais branda.
- 06** - A imposição de pena restritiva de direitos como condição especial de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto importa dupla punição pelo mesmo fato.
- 07** - Com fundamento no princípio da proporcionalidade, a reincidência não impede a fixação do regime aberto para o início do cumprimento de pena.

08 - No furto privilegiado, ausência de fundamentação na escolha das hipóteses previstas gera aplicação da mais benéfica, ou seja, multa.

09 - A condenação pelo crime descrito no artigo 28 da lei 11.343/06 não gera reincidência.

10 - Não é possível a utilização do critério puramente matemático para a fixação da pena.

17 - Optando o acusado em utilizar o direito ao silêncio no interrogatório, não pode o ministério público consignar as perguntas, sob pena de violação desta garantia constitucional.

18 - O acusado tem o direito de não comparecer à sessão de julgamento como corolário do princípio constitucional ao silêncio.

19 - Em decorrência do sistema acusatório, o juiz somente poderá complementar as perguntas efetuadas pelas partes.

Enunciados aprovados no
ENCONTRO ESTADUAL DA ESCOLA SUPERIOR DA DPE/TO
REALIZADO EM 17 DE MAIO DE 2019

11

Processual Penal

11.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SC

11.1.1 FURTO

01 - É cabível a minorante especial do furto (furto “privilegiado”) ao acusado tecnicamente primário, mas com antecedentes criminais, quando a res não ultrapassar o valor do salário-mínimo à época do fato.

02 - Por regra, no caso de furto “privilegiado”, deve-se aplicar somente a multa, com exclusão da pena de reclusão (CP, art. 155, § 2.º). Para optar pela diminuição da pena na terceira fase (1/3 a 2/3), e não pela aplicação exclusiva da multa, é necessária fundamentação do juiz.

03 - É cabível a minorante especial do furto (furto “privilegiado”) nos casos de furto qualificado (STJ, Súmula 511), exceto na qualificadora de abuso de confiança.

04 - É incompatível a majorante de furto durante o repouso noturno com o furto qualificado [há duas câmaras do TJSC que ainda acolhem a tese, a despeito do posicionamento do STJ].

04 - No crime de furto, é ilegal o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada quando não houver laudo pericial, quando o laudo for inconclusivo ou quando não houver preservação do local do crime.

05 - No crime de furto, é ilegal o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada quando não houver laudo pericial, quando o laudo for inconclusivo ou quando não houver preservação do local do crime.

11.1.2 ROUBO

01 - Súmula 443 do STJ: não basta, para satisfazer o dever de fundamentação, invocar as razões político-criminais que justificam as majorantes do crime de roubo (NCPC, art. 489, § 1.º, III). A fundamentação deve ser concreta, baseada nas circunstâncias específicas do caso.

02 - No caso de latrocínio tentado (ou homicídio tentado), em se tratando de tentativa incruenta ou resultando apenas lesão corporal leve, a minorante da tentativa deve ser aplicada no grau máximo de 2/3.

03 - No crime de latrocínio, a pena-base deve ser limitada no termo médio, ou seja, o limite máximo da pena-base é de 25 anos.

11.1.3 OUTRO CRIMES PATRIMONIAIS

01 - É aplicável a "privilegiadora" do crime de furto a outros crimes patrimoniais (receptação, estelionato, apropriação etc), nos termos do art. 170 do CP. No caso de estelionato, o pequeno valor se refere ao prejuízo, que pode ser menor do que o valor da res (CP, art. 171, § 1.º).

02 - No caso de crime patrimonial consumado, a recuperação da res deve ser valorada positivamente na primeira fase da dosimetria da pena, na circunstância das consequências do crime, de modo a reduzir a pena-base.

03 - Crime de dano: é atípica a conduta de danificar a cela (ou a parte interna da viatura) em que se encontra detido, por ausência de dolo específico (animus nocendi).

11.1.4 ESTUPRO

01 - É possível a desclassificação do crime de estupro para as contravenções penais dos arts. 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais nas hipóteses em que não houver penetração nem atos muito invasivos.

02 - No caso de condenação dos pais e equiparados por estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), na forma de omissão imprópria (CP, art. 13, §2º), não é cabível a majorante especial do inc. II do art. 226 do Código Penal por caracterizar bis in idem.

03 - Deverá incidir a atenuante inominada (CP, art. 66) em favor do agente que seja condenado por estupro de vulnerável praticado consensualmente em uma relação de namoro.

11.1.5 DROGAS ILÍCITAS

01 - Caracteriza a atenuante da confissão espontânea quando o réu reconhece a prática de um dos verbos do tipo do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, mas aduz que é para consumo [tratar como confissão qualificada].

02 - É ilegal o desdobramento do vetor natureza e quantidade da droga, ou seja, de aumento de 1/6 para a natureza da droga e 1/6 para a quantidade da droga. A análise deve ser conjunta e eventual aumento da pena deverá ser único.

03 - É inidônea a valoração negativa do vetor contido no art. 42, parte final, da Lei 11.343/2006 com base unicamente na natureza ou diversidade da droga apreendida quando a quantidade for pequena.

04 - Deve-se analisar o laudo definitivo da droga para constatar a existência efetiva de droga e, também, a quantidade real de droga.

05 - É nulo o processo em que o interrogatório do acusado não seja realizado ao final da instrução, nos termos do art. 400 do CPP. A regra é aplicável a todos os processos cuja instrução não tenha se encerrado até 3/8/2016 (STF, HC 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 3/3/2016).

11.1.6 CRIMES TRIBUTÁRIOS

01 - Não caracteriza o crime do art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, por atipicidade formal da conduta, a sonegação de ICMS, quando não houver substituição tributária.

02 - É inconstitucional a subsunção da conduta de sonegação de ICMS, sem substituição tributária, ao art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, em razão da vedação da prisão civil por dívida.

03 - O princípio da insignificância, nos crimes tributários, tem como parâmetro o valor estipulado no âmbito federal, mesmo quando se tratar de tributo estadual, uma vez que compete à União legislar sobre direito penal.

11.1.7 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

01 - Nas infrações penais, praticadas no âmbito do contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, em que haja cominação de pena alternativa de multa (ex.: ameaça; vias de fato), é inaplicável a agravante de prevalência de relação doméstica prevista no art. 61, II, 'f', do CP, por caracterizar bis in idem, em razão da vedação da aplicação de pena de multa prevista no art. 17 da Lei 11.340/2006.

11.1.8 CRIMES DE TRÂNSITO

01 - A submissão voluntária do agente ao teste de alcoolemia, sobretudo quando a prova pericial for utilizada para a condenação, deve ensejar a aplicação da atenuante inominada (CP, art. 66).

11.1.9 TESE APLICÁVEIS A TODOS OS TIPOS DE CRIMES

01 - Quando possível, deve-se juntar declaração de pobreza do réu no processo penal com a finalidade de requerer a Justiça Gratuita.

02 - A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão deve ser fundamentada, inclusive quanto à adequação e à necessidade da medida. A prática costumeira de, como alternativa à prisão (na verdade, como alternativa à liberdade), aplicar sempre medidas cautelares padronizadas (proibição de frequentar bares; recolhimento domiciliar noturno) é ilegal.

03 - Viola a ampla defesa e o contraditório, além de impedir o acesso aos Tribunais Superiores, a não redução a termo de sentença oral proferida em audiência de instrução no processo penal.

04 - Gera preclusão a não alegação do cabimento de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) até a sentença condenatória; no caso de desclassificação ou de procedência parcial, aplica-se Súmula 337 do STJ.

05 - No caso de concurso formal de crimes (e, também, nos casos de crime continuado entre crimes tentados e consumados), é nula a sentença que deixar de realizar, separadamente, a individualização da pena de cada crime, sobretudo porque impede o cálculo da prescrição em relação a cada delito, nos termos do art. 119 do CP.

12

Execução Penal

12.1 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/PR

03 - Na execução da pena, o cometimento de falta grave não pode ensejar regressão do condenado para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

04 - Os regimes para início de cumprimento de pena indicados nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 2º do art. 33 do Código Penal, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, não são vinculativos, inclusive nos casos de reincidência, sob pena de não recepção do dispositivo pela Constituição da República de 1988 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual - 2017)

05 - A decisão de extinção da punibilidade com base no indulto ou que reconhece o direito a comutação da pena tem natureza declaratória. (I Encontro Estadual - 2017)

07 - O sentenciado que tem decretada a revogação do livramento condicional possui direito à contagem do período de prova desde o início do cumprimento do instituto até a efetiva suspensão pelo Juiz ou, ao menos, até a data da prática do fato que violou as condições impostas, por força da técnica da interpretação conforme à constituição na leitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal.

15 - É inconstitucional o art. 1 do Decreto 8.940/16 que veda a concessão de indulto aos condenados à pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos ou multa. (I Encontro Estadual - 2017)

12.2 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/TO

11 - Em caso de unificação de penas, considera-se data-base para concessão dos benefícios da execução penal, a data da última prisão.

12 - Para reconhecimento de falta grave em razão da posse de substância entorpecente no interior da unidade prisional é necessária a confecção de laudo.

13 - Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

14 - Não é possível somar a pena de reclusão a de detenção para fins de fixação do novo regime ou expedição de cálculo de pena.

15 - O período de prisão domiciliar pode ser considerado para fins de detração penal.

16 - É possível a remição de pena por aprovação no ENEM/ENCCEJA.

Enunciados aprovados no
ENCONTRO ESTADUAL DA ESCOLA SUPERIOR DA DPE/TO
REALIZADO EM 17 DE MAIO DE 2019

12.3 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SP

09 - A oitiva que se refere o art. 118, inciso II, §2º, da LEP, deve ser realizada na presença do juiz.

10 - A Lei nº 10.216/01, marco da reforma psiquiátrica no Brasil, derogou a parte geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais no que diz respeito à medida de segurança.

43 - À luz dos pactos internacionais sobre direitos humanos e da garantia constitucional do devido processo legal, o Defensor Público que atue na defesa de presos, acusados e adolescentes internados estrangeiros deve pleitear a aplicação plena das garantias processuais, notadamente o direito a intérprete, a tradução dos principais atos de comunicação e de produção de prova e a efetivação dos benefícios durante a execução da pena e o cumprimento de medida socioeducativa.

51 - Os dias remidos devem ser abatidos na pena que está sendo cumprida.

52 - Os dias remidos devem ser abatidos na pena que está sendo cumprida.

53 - A decisão judicial de indeferimento da progressão de regime prisional e da liberdade condicional com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da pena configura fundamentação inidônea e abuso no poder de interpretar do magistrado, extrapolando os limites do livre convencimento motivado.

54 - A prática de falta grave não interrompe o lapso para concessão de benefícios.

55 - A Secretaria de Administração Penitenciária deverá enviar, até 60 (sessenta) dias antes do resgate de lapso de cumprimento de pena suficiente para obtenção de benefícios executacionais, Boletim Informativo e Atestado Comprobatório de Comportamento Carcerário do sentenciado, ao Juízo das Execuções Criminais.

78 - A imposição de pena restritiva de direitos como condição especial de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto importa dupla punição pelo mesmo fato.

79 - A presa gestante ou lactante tem direito a prisão domiciliar especial quando não houver vaga em estabelecimento penal adequado.

80 - A pedido do sentenciado é possível a alteração da pena restritiva de direito imposta na sentença condenatória pelo juízo da execução criminal.

81 - O pressuposto quantitativo exigido no art. 83, caput, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

89 - Ao reconhecer a falta grave o juiz deverá fundamentar sua decisão para revogar os dias remidos, nos termos dos artigos 57 e 127 da LEP. Não havendo motivação que justifique a exasperação, a perda deverá ser mínima, ou seja, 01 (um) dia.

95 - O cumprimento de pena em meio aberto por uma execução não suspende o prazo da prescrição da pretensão executória em outra, sempre que seja possível ao Estado executá-la.

96 - Declarada extinta a punibilidade no processo de execução, e transitada em julgado esta decisão para as partes, não pode o juiz da execução 'revogá-la', ainda que, quando de sua prolação, houvesse recurso pendente da acusação em processo de conhecimento, ao qual fora dado provimento para aumentar a pena do(a) sentenciado(a).

102 - Para a declaração do direito ao indulto e à comutação de penas é desnecessária a prévia manifestação do Conselho Penitenciário, caso não seja feita esta exigência pela Presidência da República no decreto concessivo.

103 - Não é possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva forem posteriores ao início do cumprimento de outra reprimenda privativa de liberdade. Também não é possível a conversão se a prática de crime que ensejou a aplicação de pena privativa é anterior ao início do cumprimento da pena restritiva de direitos.

112 - As condutas previstas no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal não caracterizam falta disciplinar quando praticadas pelo sentenciado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto.

125- O lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial sobre progressão de regime tem natureza declaratória.

126- É direito da sentenciada, nos termos dos artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, que o período em que a mulher presa estiver afastada do trabalho e/ou do estudo, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, como amamentação, seja reconhecido para fins de remição.

127 - É cabível a aplicação do regime da prisão albergue domiciliar, mesmo nas hipóteses de mulheres condenadas, nos termos do artigo 318, IV e V do CPP c/c art. 117, inc. III e IV, da LEP.



12.4 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/GO

06 - Direito Processual Penal. Reconhecimento pessoal.
Artigo 226 do Código de Processo Penal.

12.4 TESES INSTITUCIONAIS DA DPE/SC

01 - Aplica-se o art. 76 do CP na execução das penas de crimes comuns e crimes hediondos e equiparados: execução primeiro do crime hediondo e depois do crime comum.

02 - É necessária audiência de justificação (ainda que tenha havido o indispensável PAD prévio) no caso de regressão definitiva de regime.

03 - O apenado tem direito à remição em caso de aprovação total ou parcial no ENEM. Em caso de aprovação total, tem direito a 133 dias de remição. Em caso de aprovação parcial, tem direito a 20 dias de remição por cada área de aprovação.

04 - No caso de soma de penas, configura excesso de execução a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da última condenação, devendo ser preservado a data da última prisão do apenado (ou, se for o caso, a data da prática da última falta disciplinar grave) como data-base para o cálculo de futuros direitos da execução penal.

ANEXO

FUNDAMENTAÇÕES

TESES INSTITUCIONAIS

DEFENSORIA PÚBLICA
DO RIO GRANDE DO
SUL





ENUNCIADOS

Em reunião havida no último dia 02 de junho de 2017 foram aprovados, à unanimidade pelos membros integrantes do NUDEC, os seguintes Enunciados:

Enunciado NUDEC n.º 01

“A intimação das partes por seu representante nos autos, prevista no parágrafo 3º do artigo 334 do Código de Processo Civil, não se aplica à Defensoria Pública, por ausência de previsão legal.”

Justificativa

A Defensoria Pública tem sido intimada para dar ciência ao autor da data da audiência de conciliação ou mediação revista no artigo 334 do Código de Processo Civil. Tal medida tem sido fundamentada no §3º do referido artigo, o qual aduz que a intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

Ocorre que o referido dispositivo **não** se aplica à Defensoria Pública.

Primeiramente é de se ressaltar que o novo Código de Processo Civil, em diversos artigos, diferencia o Advogado do Defensor Público. Isso se nota, por exemplo, nos artigos 234,¹ 362, §2º,² e 610, §2º³.

1 Art. 234. Os **advogados públicos** ou **privados**, o **defensor público** e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado.

2 § 2º O juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo **advogado** ou **defensor público** não tenha comparecido à audiência, aplicando-se a mesma regra ao Ministério Público.

3 § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por **advogado** ou por **defensor público**, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.





Dito isso, nota-se que §3º supracitado apenas faz menção ao Advogado, e não ao Defensor Público, havendo clara **omissão intencional/silêncio eloquente** por parte do legislador, que impôs tal dever processual apenas aos Advogados. Se quisesse ter imposto tal dever aos Defensores Públicos, teria feito isso de forma expressa, até mesmo pois somente dessa forma ônus/deveres processuais podem ser outorgados às partes.

E considerando que a única finalidade da referida audiência é a composição, inclusive se pode postular tal medida com base no artigo 186, §2º, do Código de Processo Civil,⁴ uma vez que o Defensor Público não possui poderes para transigir, sendo que tal ato somente pode ser realizado pela parte.

Então, por ter o Código de Processo Civil diferenciado as Advocacias Pública e Privada da Defensoria Pública, bem como por não haver a possibilidade de criação de deveres processuais por parte do Magistrado, elabora-se o presente enunciado, até mesmo como forma de preservação das garantias processuais conferidas à Defensoria Pública e a sua notória/clara distinção das Advocacias Pública e Privada.

Enunciado NUDEC n.º 02

“Em execução fiscal, não é recomendável a apresentação de embargos à execução, quando fundados unicamente na negativa geral antes de garantido o Juízo, diante do disposto no artigo 16, §1º, da Lei n.º 6.830/80.”

Justificativa

4 § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.





Considerando que a Lei n.º 6.830/80 exige, no parágrafo 1º do seu artigo 16, para a apresentação de embargos à execução, a garantia do Juízo, se esse requisito não estiver preenchido quando da nomeação da Defensoria Pública para a atuação como curadora especial, é recomendável a juntada de manifestação solicitando vista dos autos, caso haja a penhora de algum bem de propriedade do executado, para a devida manifestação.

Ainda que haja o verbete 196 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça⁵ e entendimento jurisprudencial⁶ no sentido de que esse requisito não seria aplicável à curadoria especial em execução fiscal, considerando que, se houver a apresentação de embargos por **negativa geral** e esses não forem acolhidos, haverá a condenação do executado em honorários advocatícios, prudente que se aguarde a penhora de algum bem de sua propriedade para se analisar o cabimento.

5 Súmula 196, STJ: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, sera nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”

6 APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECURSO CABÍVEL. RÉU CITADO POR EDITAL. CURADOR ESPECIAL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. GARANTIA DO JUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. Tanto a prolação da decisão, como a intimação e a interposição da apelação são atos processuais praticados ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, de modo que não incidem as disposições do Código de Processo Civil de 2015, ante a aplicação dos artigos 14 e 1046 do mesmo diploma legal, além dos Enunciados Administrativos números 2, 3 e 6 do Superior Tribunal de Justiça. E, na vigência do CPC/73, o recurso cabível para atacar a decisão em tela era mesmo o de apelação, haja vista o contido nos artigos 162, §§ 1º e 2º, 267, inc. IV, e 520, inc. V, todos do CPC/73. Como a rejeição liminar dos embargos se deu devido à ausência de pressuposto processual de procedibilidade específico dos embargos à execução, que é a ausência de garantia do juízo (art. 16, § 1º, da LEF), tem-se que o adequado era mesmo o recurso de apelação e não de agravo de instrumento. **3. Em se tratando de embargos à execução fiscal opostos pela Defensoria Pública na condição de curadora especial de réu citado por edital, descabe condicionar o recebimento dos embargos à prévia garantia do Juízo, haja vista o contido na Súmula nº 196 do STJ. Na verdade, tal questão restou definida pelo Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação do REsp nº 1110548/PB, submetido ao rito dos recursos repetitivos. E tal orientação se aplica inclusive aos processos de execução fiscal, consoante evidência, por exemplo, a decisão monocrática exarada no REsp nº 1475641/RJ.** APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA DE PLANO. APLICAÇÃO DO ART. 932, INC. V, ALÍNEA B, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (Apelação Cível Nº 70073040230, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 22/03/2017)





Diferentemente das execuções normais, na execução fiscal, se não houver a apresentação de embargos na primeira oportunidade, não haverá preclusão temporal, uma vez que o prazo de 30 (trinta) dias para a sua apresentação é contado da intimação da penhora, conforme disposto no artigo 16, III, da Lei n.º 6.830/80.

Portanto, além de não haver a preclusão temporal, se nenhum bem do executado for penhorado, a sua situação não será agravada com a condenação em honorários advocatícios em caso de improcedência de embargos fundamentados unicamente na negativa geral.

Além do mais, como se nota em diversos feitos, raramente bens de propriedades de executados citados por edital são localizados, há grande possibilidade de a execução fiscal ser extinta pela prescrição intercorrente.

Por fim, tal medida colaborará para que a atuação da Defensoria Pública em execução fiscal, como curadora, apenas se dê em processos em que efetivamente haja a **necessidade/utilidade** de manifestação.

Enunciado NUDEC n.º 03

“Não é recomendável a atuação da Defensoria Pública no múnus da Curadoria Especial do confinante citado por edital, em ação de usucapião, por ausência de previsão legal, já que não é réu na ação, e sim terceiro interessado”.

Justificativa

A justificativa do Enunciado encontra-se na própria disposição legal do artigo 72 e seus incisos do Código de Processo Civil⁷, no qual estão

7Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;





previstas as hipóteses de atuação do Curador Especial, o qual será nomeado ao réu ou ao incapaz, não havendo falar em Curadoria Especial de mero interessado, tal como é o confinante nas demandas de usucapião.

Enunciado NUDEC n.º 04

“Não é cabível, em casos de Curadoria Especial, apelar por negativa geral”.

Justificativa

Sabidamente, ao Curador Especial é defeso utilizar-se da prerrogativa da impugnação dos fatos por negativa geral. No entanto, tal faculdade diz respeito à contestação.

Veja-se que a prerrogativa da negativa geral está prevista no parágrafo único do artigo 341 do Código de Processo Civil⁸, o qual integra o capítulo VI, “Da contestação”, do Título I “Do Processo do Conhecimento”, do Livro I “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”. Ademais, o artigo 1.010, inciso III, do Código de Processo Civil, aduz que a apelação conterà as razões do pedido de reforma ou de decretação da nulidade, não havendo, no referido artigo, nenhuma exceção em relação ao curador especial.

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

⁸ Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.





Ainda, nas razões da apelação, é necessária a impugnação dos fundamentos da sentença, explicitando-se a razão do inconformismo, sob pena de não preenchimento dos requisitos de admissão do recurso (artigo 1.010, inciso II do NCPC⁹). É que os recursos cíveis submetem-se ao princípio da dialeticidade, sendo que a inobservância deste acarreta o não conhecimento da insurgência¹⁰.

Portanto, não é adequada a apresentação de apelação, quando no exercício da curadoria especial, cujo único fundamento seja a negativa geral dos fatos, sob pena de não conhecimento¹¹.

⁹ Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão.

¹⁰ DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO AFASTADA. Tendo sido feitas várias diligências com o fim de realizar a citação do demandado, restando todas elas infrutíferas, correta a sua citação por edital (arts. 231 e 232 do CPC/73). A regra constante do art. 302, parágrafo único, do CPC/73, somente se aplica à curadoria especial, mesmo exercida pela Defensoria Pública do Estado, no caso específico da contestação, sendo que a impugnação da sentença por negativa geral implica infringência ao disposto no art. 514, II, do CPC/73, o que leva ao não conhecimento do recurso (precedentes desta Câmara e deste Tribunal). Preliminar afastada. Recurso não conhecido no mérito. (Apelação Cível Nº 70069602563, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 08/09/2016) Também neste sentido: Apelação Cível Nº 70062978424, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 19/03/2015.; *Apelação Cível Nº 70060000106, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/07/2014; Apelação cível nº 70072552078, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rs, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 07/03/2017.*

¹¹ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. PARTE RÉ REPRESENTADA POR DEFENSORA PÚBLICA NOMEADA CURADORA ESPECIAL. Deserção. Conhecimento do recurso interposto através da Defensoria Pública, na condição de curadora especial, independentemente de preparo, ainda que a parte recorrente não goze do benéfico da AJG. Cotejo e adequação entre o "múnus público" desempenhado pelo curador e o direito de acesso à jurisdição da parte por ele representada e, em regra, dele desconhecida. Precedente da Câmara. Nulidade da citação por edital. Não caracterização. Caso dos autos em que foram esgotadas as diligências necessárias e suficientes para a localização da ré/embarante, não havendo ensejo para que se decrete a nulidade da citação editalícia. Em se tratando de parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, resta excepcionada a exigência de publicação do edital em jornal local, bastando apenas uma publicação no órgão oficial (art. 232, §2º, do CPC/73). Mérito. Não conhecimento do recurso no ponto. Inadmissibilidade da impugnação da sentença por negativa geral, sem que enfrentados de forma específica os fundamentos da decisão apelada. A faculdade processual de que goza o curador especial em sede de contestação não se prorroga ou estende à fase recursal. Precedentes jurisprudenciais. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70070807425, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria





Enunciado NUDEC n.º 05

"Na hipótese de os honorários advocatícios devidos ao FADEP terem sido depositados judicialmente, recomenda-se requerer o seu recolhimento pelo Cartório, nos termos do parágrafo único do artigo 526 da Consolidação Normativa Judicial."

Justificativa

O presente Enunciado adveio da necessidade de sugerir medida uniforme de parte dos Defensores Públicos quando a verba destinada ao Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública – FADEP - é depositada judicialmente, e não recolhida pelo Código 0712, como é usual.

Para essas hipóteses sugere-se seja requerida a imediata observância do art. 526 e respectivo parágrafo da CNJ, que tem a seguinte redação:

Art. 526. Os honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, fixados em razão da nomeação frente à ausência do defensor particular do réu reconhecidamente não-pobre e não beneficiado pela assistência judiciária gratuita, deverão ser recolhidos, por ocasião de seu pagamento, ao FADEP, fundo de aparelhamento da Defensoria Pública do Estado.

Parágrafo único: O recolhimento deverá ser efetuado através de "Guia de Arrecadação" da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, emitida pelo cartório, no site da SEFAZ, código de receita nº 0712.

Michel, Julgado em 16/02/2017)





É possível ainda incluir na petição a informação de que a GA poderá ser obtida pelo link “https://www.sefaz.rs.gov.br/SAR/GAU-EMI-LIV_1.aspx”.

De se atentar ainda que, alguns cartórios, em vez de recolherem os honorários por Guia de Arrecadação, depositam os valores diretamente em conta bancária vinculada do FADEP (conta nº 0322175905 da agência 0100 do Banrisul). Quando isso ocorrer, é imprescindível informar tal situação à Diretoria de Finanças da DPE para que esta diligencie junto ao CAGE – Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, no sentido de providenciar o lançamento contábil, de forma manual, para que a receita seja efetivamente contabilizada para o FADEP, bem como requerer ao Juízo que, doravante, o recolhimento seja feito por intermédio de Guia de Arrecadação.

Informativo N 601 STJ DE 10.05.17

PROCESSO

REsp 1.415.522-ES, Rel. Min. Felix Fischer, por unanimidade, julgado em 29/3/2017, DJe 5/4/2017.

RAMO DO DIREITO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Ciência inequívoca da penhora “on-line”. Termo a quo para impugnação. Intimação formal. Prescindibilidade.

DESTAQUE

O termo inicial do prazo para apresentar impugnação ao cumprimento de sentença é contado a partir da ciência inequívoca do devedor quanto à penhora “on-line” realizada, não havendo necessidade de sua intimação formal.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A divergência consiste na necessidade de intimação formal da parte para apresentar impugnação à fase de cumprimento de sentença, mesmo após comparecimento espontâneo nos autos. Em um primeiro momento, acentua-se que o CPC/1973 continha disposição relativa ao comparecimento espontâneo





nos autos como forma de suprir a citação, conforme artigo 214, § 1º. Destaca-se que tal previsão foi ampliada no Novo Código de Processo Civil, que atualmente expõe no § 1º do artigo 239 que "O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução. " Ora, se a própria lei preconiza ser desnecessário o ato formal de citação quando a parte comparecer espontaneamente aos autos, maior razão dispensá-lo em casos de intimações. Explica-se. A citação é o ato formal que tem por finalidade cientificar à parte da existência da demanda para formação da relação processual. No processo de conhecimento, a consequência jurídica prevista no Código de Processo Civil para aquele que não apresenta resposta no processo é a revelia, com presunção relativa de veracidade dos fatos. Assim, se o comparecimento espontâneo da parte ao processo supre a falta de citação, inexistente motivo para se exigir uma intimação formal do devedor para apresentar impugnação ao pedido de cumprimento de sentença, quando já existe, inclusive, provimento jurisdicional favorável ao credor. Comparando-se com execução de título extrajudicial, se o devedor comparecer espontaneamente aos autos e não apresentar embargos à execução, seu prazo será escoado a contar do comparecimento espontâneo. Ora, em se tratando de fase de cumprimento de sentença existe maior motivo para evitar formalidade exagerada, sendo, portanto, desnecessária a intimação para início do prazo de impugnação quando demonstrada ciência inequívoca do devedor quanto à penhora realizada nos autos. A parte não pode se valer de sua própria torpeza, comparecendo ao processo espontaneamente e a posteriori alegar que não foi iniciado seu prazo, pugnano pela expedição formal de ato de intimação para tão somente praticar o ato processual. Por fim, observa-se que a jurisprudência do STJ entende ser desnecessária intimação para apresentação de impugnação à fase de cumprimento de sentença quando a parte deposita espontaneamente, sendo a data do depósito o termo a quo para a impugnação. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando houver penhora "on-line" de ativos financeiros e existir nos autos prova cabal de ciência inequívoca da parte devedora quanto à penhora realizada, pois a parte expressamente manifestou-se nos autos impugnando liberação de valores.

PROCESSO

REsp 1.629.000-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 28/3/2017, DJe 4/4/2017.

RAMO DO DIREITO

DIREITO CIVIL
TEMA

Contrato de venda a crédito de bem móvel. Cláusula de reserva de domínio. Mora do comprador. Comprovação. Notificação extrajudicial. Possibilidade.

DESTAQUE





A mora do comprador, na ação ajuizada pelo vendedor com o intuito de recuperação da coisa vendida com cláusula de reserva de domínio, pode ser comprovada por meio de notificação extrajudicial enviada pelo Cartório de Títulos e Documentos.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A controvérsia trazida a debate consiste em definir se, na ação de apreensão e depósito de bem objeto de contrato de venda com reserva de domínio, a comprovação da mora do comprador somente pode ocorrer mediante protesto. Nos termos do art. 526 do CC/02, na hipótese de mora do comprador no adimplemento das prestações, abrem-se ao vendedor duas alternativas: a) o ajuizamento de ação para a cobrança das prestações vencidas e vincendas, com os acréscimos legais; ou, b) a recuperação da posse da coisa vendida. Como se extrai da literalidade do mencionado dispositivo legal, essas alternativas são excludentes entre si: cabe ao vendedor optar pela cobrança das prestações em atraso e do saldo devedor em aberto – o inadimplemento resulta no vencimento antecipado da dívida – ou pelo exercício de seu direito potestativo de desconstituição do negócio jurídico, por meio da recuperação da coisa vendida (o que não prejudica seu direito à compensação pela depreciação do bem e outras despesas decorrentes do inadimplemento, conforme o disposto no art. 527 do CC/02). Independentemente da opção exercida pelo vendedor, é imprescindível “a constituição do comprador em mora”, que, nos termos do art. 525 do CC/02, ocorre mediante protesto do título ou interpelação judicial. A redação desse dispositivo legal pode levar à equivocada compreensão de que a mora do comprador apenas se caracteriza a partir do ato do protesto ou da interpelação judicial. Contudo, não é esse o verdadeiro alcance da norma. Com efeito, deve ser observado que a mora do comprador se configura com sua simples omissão em efetuar o pagamento das prestações ajustadas, haja vista que essas têm data certa de vencimento. É, portanto, mora ex re, cujos efeitos – a exemplo da incidência de juros – se operam a partir do inadimplemento. Nesse contexto, a determinação contida no art. 525 do CC/02 para o protesto do título ou a interpelação judicial não tem a finalidade de transformar a mora ex re em ex persona. A regra estabelece, apenas, a necessidade de comprovação da mora do comprador como pressuposto para a execução da cláusula de reserva de domínio, tanto na ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas, como na ação de recuperação da coisa. Visa o ato, desse modo, conferir segurança jurídica às partes, funcionando, também, como oportunidade para que o comprador, adimplindo as prestações, evite a retomada do bem pelo vendedor. O advento da nova codificação civil impõe uma exegese sistêmica da questão, de modo a admitir a documentação da mora do comprador por meio de quaisquer dos instrumentos previstos no parágrafo único do art. 397, quais sejam: a) o protesto; b) a interpelação judicial; e, c) a notificação extrajudicial. Por fim, convém salientar que, com a vigência do CPC/2015, essa aparente antinomia entre as regras processuais e o CC/02 restou superada, pois o novo CPC deixou de regulamentar o procedimento especial da ação de apreensão e depósito. Desse modo, a partir da vigência do CPC/2015, a venda com reserva





de domínio encontra disciplina exclusiva no CC/02, aplicando-se, quando as partes estiverem em Juízo, as regras relativas ao procedimento comum ordinário ou, se for o caso, das normas afetas ao processo de execução.

PROCESSO

REsp 1.426.422-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 28/3/2017, DJe 30/3/2017.

RAMO DO DIREITO

DIREITO FALIMENTAR

TEMA

Falência. DL 7.661/1945. Extinção das obrigações do falido. Decurso do prazo de cinco anos. Prova da quitação de tributos. Desnecessidade.

DESTAQUE

Nos processos de falência ajuizados anteriormente à vigência da Lei n. 11.101/2005, a decretação da extinção das obrigações do falido prescinde da apresentação de prova da quitação de tributos.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, cabe ressaltar ser cediço que as obrigações da sociedade empresária não são extintas pelo simples encerramento da falência, permanecendo exigíveis até seu adimplemento ou decretação de prescrição ou decadência – inclusive em relação à pessoa física dos sócios, na hipótese de sua responsabilização pessoal. Nesse sentido, confira-se o REsp 883.802-DF, 3ª Turma, DJe 12/5/2010. Uma vez encerrada a falência, cumpre ao falido requerer, na forma preconizada pelos arts. 134 e seguintes do DL 7.661/1945 (diploma legal incidente na espécie, por força do disposto no art. 192 da Lei n. 11.101/2005), a extinção de suas obrigações. De acordo com o previsto no art. 135, III, da antiga Lei de Quebras, o decurso do prazo de cinco anos, contados a partir do encerramento da falência, extingue as obrigações, exceto se o falido ou o sócio gerente da sociedade empresária tiver sido condenado por crime falimentar. Conquanto não haja menção a respeito da necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais nos artigos da antiga Lei de Falências que tratam do tema controvertido, o art. 191 do Código Tributário Nacional é taxativo: “a extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos”. Ocorre, todavia, que essa exigência foi inserida no CTN pela Lei Complementar 118/2005, que foi sancionada concomitantemente com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101), em 9 de fevereiro de 2005. Antes da inserção desse requisito, vale dizer, na vigência da antiga Lei de Falências e Concordatas (hipótese dos autos), os créditos tributários não se sujeitavam à habilitação no processo falimentar, consoante se depreende do comando normativo inserto no art. 187





do CTN. Disso resulta que o Fisco, independentemente da formação do juízo universal, continua com a possibilidade de exercício de seu direito de cobrança judicial. A fixação dessa premissa – de que os créditos tributários não se sujeitam aos processos regidos pelo DL 7.661/1945 – autoriza a conclusão de que eles, por decorrência lógica, não apresentam relevância na fase final de encerramento da falência, na medida em que as obrigações do falido que serão extintas se cingem àquelas submetidas ao juízo falimentar, dentre as quais não se inserem as obrigações tributárias. Importa registrar, por fim, que a interpretação aqui assentada ressoa-se de sustentação perante o regime instituído pela Lei n. 11.101/2005, haja vista que este prevê a participação do crédito tributário no concurso de credores (art. 83, III).

PROCESSO

AgInt no AREsp 903.091-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017.

RAMO DO DIREITO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Intimação eletrônica precedida de intimação no DJe. Contagem de prazo. Prevalência da intimação eletrônica. Exegese do art. 5º da Lei n. 11.419/2006.

DESTAQUE

Na hipótese de duplicidade de intimações, prevalece a intimação eletrônica sobre aquela realizada por meio do DJe.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

O agravo interno versa sobre o conflito acerca dos efeitos da intimação efetivada via Diário da Justiça Eletrônico e aquela realizada por meio de portal de intimações. Inicialmente, verifica-se que a jurisprudência do STJ conta com alguns julgados no sentido de se resolver esse conflito dando prevalência à intimação via Diário da Justiça Eletrônico, uma vez que essa forma de intimação "substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais", conforme previsto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 11.419/2006. Porém, revendo esse posicionamento, deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, pois essa modalidade de intimação dispensa a publicação via DJe, conforme expressamente previsto no art. 5º do mesmo diploma legal. Essa previsão expressa de dispensa de publicação no DJe evidencia que a intimação eletrônica é a que deve ter prevalência. Aliás, essa também foi a opção normativa esposada pelo novo CPC/2015, conforme se verifica nos seguintes dispositivos legais: "Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei." e "Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial."





PROCESSO

REsp 1.628.065-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por maioria, julgado em 21/2/2017, DJe 4/4/2017.

RAMO DO DIREITO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Litigância de má-fé. Dano processual. Desnecessidade de demonstração para aplicação da multa a que alude o art. 18 do CPC/1973.

DESTAQUE

O dano processual não é pressuposto para a aplicação da multa por litigância de má-fé a que alude o art. 18 do CPC/1973.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A discussão posta resume-se a verificar se, para a configuração de litigância de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC/73, com a consequente aplicação de penalidade, o dano processual é pressuposto. A multa aplicada reflete mera sanção processual, que não tem o objetivo de indenizar a parte adversa e, por esse motivo, não exige, para sua aplicação, a comprovação inequívoca da ocorrência de dano processual. Justamente por não exigir tal comprovação é que se mostra possível o reconhecimento de ofício da litigância de má-fé, com a aplicação da multa correspondente. Vale ressaltar que, para fins de responsabilidade processual, diversamente, é que se mostra imprescindível a prova do efetivo prejuízo sofrido pela parte adversa, do que não se trata a hipótese analisada.

PROCESSO

REsp 1.337.749-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 14/2/2017, DJe 6/4/2017.

RAMO DO DIREITO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Ação de arbitramento de honorários advocatícios. Existência e previsão expressa de remuneração ad exitum. Causídico que renunciou aos poderes antes do encerramento das demandas relacionadas aos serviços contratados.

DESTAQUE





Nos contratos em que estipulado o êxito como condição remuneratória dos serviços advocatícios prestados, a renúncia do patrono originário, antes do julgamento definitivo da causa, não lhe confere o direito imediato ao arbitramento de verba honorária proporcional ao trabalho realizado, revelando-se necessário aguardar o desfecho processual positivo para a apuração da quantia devida.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A controvérsia é quanto ao cabimento ou não de arbitramento judicial de honorários advocatícios por serviços prestados pelo causídico antes de sua renúncia, quando existente previsão contratual expressa condicionando tal remuneração ao êxito nas demandas patrocinadas. Nos contratos de prestação de serviços advocatícios ad exitum, a vitória processual constitui condição suspensiva, cujo implemento é obrigatório para que o advogado faça jus à devida remuneração. Ou seja, o direito aos honorários somente é adquirido com a ocorrência do sucesso na demanda. O fato jurídico delineado não se amolda sequer à norma disposta na primeira parte do artigo 129 do Código Civil, que condena o dolo daquele que impede ou força o implemento da condição em proveito próprio. Nessa esteira, encontra-se compreendida a rescisão unilateral imotivada perpetrada pelo cliente, que configura, por óbvio, obstáculo ao implemento da condição estipulada no contrato de prestação de serviços advocatícios - vitória na causa -, autorizando o arbitramento judicial da verba honorária devida ao causídico, cuja plena atuação quedara frustrada por culpa do mandante. Por outro turno, em se tratando de renúncia do advogado, é certo que a não ocorrência da condição prevista no contrato ad exitum impede a aquisição do direito remuneratório pretendido, não se podendo cogitar da incidência de qualquer presunção legal na hipótese de rescisão antecipada. Nessa perspectiva, nos casos em que estipulado o êxito como condição remuneratória dos serviços advocatícios prestados, a renúncia do patrono originário, antes do julgamento definitivo da causa, não lhe confere o direito imediato ao arbitramento de verba honorária proporcional ao trabalho realizado, revelando-se necessário aguardar o desfecho processual positivo para a apuração do quantum devido, observado o necessário rateio dos valores com o advogado substituto (aquele que veio a assumir a condução da demanda). Desse modo, nos contratos ad exitum, ainda quando ocorrida a revogação do mandato, o implemento da condição contratada constitui elemento essencial para a produção dos seus efeitos remuneratórios e, conseqüentemente, da deflagração do fato gerador da pretensão condenatória a ser, eventualmente, exercida em juízo.

Informativo N 602 STJ, DE 24.05. 2017

PROCESSO

REsp 1.636.124-AL, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 27/4/2017.





RAMO DO DIREITO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Honorários advocatícios. Natureza jurídica. Lei nova. Marco temporal para a aplicação do CPC/2015. Prolação da sentença.

DESTAQUE

Os honorários advocatícios nascem contemporaneamente à sentença e não preexistem à propositura da demanda, devendo observar as normas do CPC/2015 nos casos de decisões proferidas a partir de 18/3/2016.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

De início, destaca-se que a Corte Especial do STJ se posicionou que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, mas sim questão de mérito apta a formar um capítulo da sentença (REsp 1.113.175-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJe 7/8/2012). Estabelecida a natureza jurídica dos honorários de sucumbência, mister fixar o marco temporal para a aplicação das novas regras previstas no CPC/2015. Neste ponto, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença (REsp 783.208-SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 21/11/2005). Verifica-se, portanto, que os honorários nascem contemporaneamente à sentença e não preexistem à propositura da demanda. Assim sendo, aplicar-se-ão as normas do CPC/2015 nos casos de sentença proferida a partir de sua vigência (18/3/2016).

PROCESSO

REsp 1.634.048-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 28/3/2017, DJe 4/4/2017.

RAMO DO DIREITO
DIREITO CIVIL

TEMA

Fiança em locação de imóvel urbano. Prorrogação por prazo indeterminado. Manutenção da fiança. Irrelevância da falência do locatário.

DESTAQUE

A decretação de falência do locatário, sem a denúncia da locação, nos termos do art. 119, VII, da Lei n. 11.101/2005, não altera a responsabilidade dos





fiadores junto ao locador.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A questão a ser apreciada consiste em determinar se, havendo a falência da locatária, a fiança de contrato de locação deve ser prorrogada, até a entrega das chaves, ou extinta, à luz do art. 39 da Lei n. 8.425/91. No julgamento dos EREsp 566.633/CE, em 22 de novembro de 2006, este Superior Tribunal passou a admitir a prorrogação da fiança nos contratos locatícios, contanto que expressamente prevista no contrato, normalmente valendo-se a expressão “até a entrega das chaves”. Houve uma alteração significativa no entendimento anteriormente existente, segundo o qual “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu” (Súmula 214/STJ). Em 2009, refletindo a entendimento consolidado neste STJ, a redação do citado art. 39 foi alterada para prever expressamente que “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”. Vale destacar que na hipótese analisada, o fato de a locatária ter tido sua falência decretada poucos meses após a celebração do contrato de locação é incapaz de alterar a consequência jurídica da cláusula de fiança. De fato, o art. 119 da Lei n. 11.101/2005 dispõe expressamente que a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial poderia denunciar o contrato de locação a qualquer tempo, mas, não tendo ocorrido a mencionada denúncia, os fiadores permanecem vinculados ao contrato de locação, mesmo com a decretação de falência do locatário. Com isso, não se estaria ampliando, por meio de interpretação extensiva, o escopo do afiançado, pois os fiadores permanecem vinculados aos exatos termos do que foi celebrado originariamente. Portanto, mesmo com a decretação da falência – ante a ausência de denúncia do contrato de locação – os fiadores permanecem obrigados junto ao locador, nos exatos termos da fiança originariamente prestada no momento da celebração do contrato de locação.

PROCESSO

REsp 1.398.438-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 4/4/2017, DJe 11/4/2017.

RAMO DO DIREITO DIREITO CIVIL

TEMA

Associação civil. Art. 1.023 do CC/02. Inaplicabilidade.

DESTAQUE

O art. 1.023 do CC/02 – que trata da responsabilidade dos sócios da sociedade simples – não se aplica às associações civis.





INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

O propósito do recurso especial é a discussão acerca da necessidade de comprovar abuso da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do CC/2002, para que os administradores de uma associação civil sejam responsabilizados por dívidas desta, quando os bens sociais forem insuficientes para cobrir suas dívidas. Em resumo, se é aplicável o art. 1.023 do CC/02 às associações civis. Inicialmente, vale considerar que a lei civil atual foi mais rigorosa que o diploma anterior, ao não empregar o termo “sociedade” para se referir a esse tipo de pessoa jurídica (associação civil), pois se tratam de dois fenômenos muito distintos. Aliás, do ponto de vista doutrinário, é impossível confundir sociedade civil com associação, pois: “nas primeiras [sociedades civis], há o fito de lucro, enquanto, nas segundas [associações], inexistente finalidade lucrativa. O objetivo das associações é puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral”. Diante de tais premissas, ressalte-se que uma simples análise topográfica do art. 1.023 do CC/2002 demonstra que seu conteúdo trata das relações das sociedades simples com terceiros, de modo a estabelecer uma relação subsidiária dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade, quando esta não conseguir adimpli-las. Nessas situações, aliás, não se trata propriamente de descon sideração da personalidade jurídica, mas de mera subsidiariedade de responsabilidade, como bem destacado no julgamento do REsp 895.792-RJ, Terceira Turma, DJe 25/4/2011. A possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica de associação civil é ainda muito pouco assentada na doutrina e na jurisprudência, principalmente em razão de suas características muito peculiares se comparadas com as sociedades empresárias. Veja-se que, ao se descon siderar a personalidade jurídica de uma associação, pouco restará para atingir, pois os associados não mantêm qualquer vínculo jurídico entre si, por força do art. 53 do CC/02. De qualquer forma, para a correta solução da presente controvérsia, basta a compreensão de que – independentemente de como poderia ocorrer uma eventual descon sideração de associação civil – não se aplica à hipótese dos autos o disposto no art. 1.023 do CC/02.

PROCESSO

REsp 1.403.005-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, julgado em 6/4/2017, DJe 11/4/2017.

RAMO DO DIREITO
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

TEMA

Ação de prestação de contas. Abuso de mandato. Excesso de condenação.
Juros de mora. Termo inicial. Citação. Relação contratual.

DESTAQUE





Reconhecido o abuso de mandato por desacerto contratual, em razão de o advogado ter repassado valores a menor para seu mandatário, o marco inicial dos juros moratórios é a data da citação, nos termos do artigo 219 do CPC/73.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

O principal questionamento jurídico aventado no recurso especial consiste em saber qual o marco inicial dos juros de mora, que tem por base o reconhecimento de abuso no exercício do mandato por parte dos procuradores da parte autora em processo judicial; se da data da citação (art. 405 do CC/02) ou a partir do ato ilícito consistente no abuso do exercício do mandato (art. 398 do CC/02). Inicialmente, cabe destacar que o precedente indicado como paradigma da alegada divergência jurisprudencial – REsp 249.382-RS, de relatoria do Ministro Ruy Rosado Aguiar, DJ 26/6/2000 –, não se aplica à hipótese em análise. Isso porque, apesar de os dois casos se referirem a figura jurídica do abuso de mandato, no paradigma o procurador apropriou-se da quantia pertencente aos seus mandatários, sem entregar qualquer valor que recebera em decorrência de cessão de direitos de herança. No presente caso, diversamente, observa-se um desacerto contratual, consubstanciado na falta de convergência quanto ao montante correto, em razão de divergência na interpretação de cláusula contratual. Portanto, apesar de, em ambos os casos, ser discutida a figura jurídica do abuso no exercício de mandato, seja por não repassar ou por repassar a menor quantia devida, tem-se que, na segunda hipótese, tendo sido a mora declarada pelo Poder Judiciário ao interpretar a cláusula contratual controvertida, não se aplica a razão de decidir do paradigma (quebra do princípio da confiança por apropriação de valores que não pertenciam ao mandatário - crime de apropriação indébita). Com efeito, o termo inicial dos juros moratórios não é determinado pela modalidade de dano a ser reparado, mas a partir da natureza da relação jurídica mantida entre as partes, podendo ser contratual ou extracontratual. Sendo assim, decorrendo a mora de desacerto contratual em torno da interpretação de cláusula do contrato, a citação deve ser o marco inicial da fluência dos juros moratórios, nos termos do art. 219 do CPC de 1973. Isto é, exige-se a prévia constituição em mora do devedor, com a conseqüente interpelação judicial, para sua ciência da pretensão autoral acerca de valores repassados a menor.

PROCESSO

REsp 1.276.778-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 28/3/2017, DJe 28/4/2017.

RAMO DO DIREITO DIREITO CIVIL

TEMA

Contrato de locação. Responsabilidade solidária entre locatário e fiador. Propositura de execução apenas em relação ao fiador. Citação. Interrupção da





prescrição que não prejudica o devedor principal. Exceção ao § 3º do art. 204 do CC/2002. Impossibilidade de extensão em sentido inverso.

DESTAQUE

A interrupção do prazo prescricional operada contra o fiador não prejudica o devedor afiançado, salvo nas hipóteses em que a relação seja reconhecida como de devedores solidários.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A prescrição é a perda da pretensão inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo. Sobre o tema, a legislação civil dispõe sobre diversas causas interruptivas desta (art. 202 do CC/02) e que acarretam o início da recontagem por inteiro do prazo prescricional. A norma estabelece, ainda, o caráter pessoal do ato interruptivo, pois somente aproveitará a quem a promover ou prejudicará aquele contra quem for dirigida, nos termos do art. 204, caput, do CC/02. Outrossim, de acordo com o disposto no § 3º do citado normativo legal, excepcionalmente, "a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador". Nessa ordem de ideias, há que se definir se a conclusão inversa também pode ser tida como verdadeira, isto é, se o ato interruptivo da prescrição, resultante da citação do fiador no âmbito da execução de título extrajudicial, se estende ao devedor principal. Com efeito, verifica-se que, em regra, a interrupção operada contra o fiador não prejudica o devedor afiançado, haja vista que o principal não acompanha o destino do acessório e, por conseguinte, a prescrição continua correndo em favor deste. Não se pode olvidar, ademais, que, como disposição excepcional, a referida norma deve ser interpretada restritivamente, e, como o legislador previu, de forma específica, apenas a interrupção em uma direção – a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador – não seria de boa hermenêutica estender a exceção em seu caminho inverso. De outro turno, e apesar de a regra geral apontar para uma responsabilidade de natureza subsidiária do fiador – que apenas será responsabilizado caso o devedor principal não tenha patrimônio suficiente para garantir a execução – excepcionalmente, a interrupção em face do fiador poderá, sim, acabar prejudicando o devedor principal, nas hipóteses em que a referida relação for reconhecida como de devedores solidários. Sendo assim, caso renuncie ao benefício ou se obrigue como principal pagador ou devedor solidário, a sua obrigação, que era subsidiária, passará a ser solidária, e, a partir de então, deverá ser norteadada pela sistemática estabelecida nos arts. 275 a 285 da lei civil. Por fim, apesar de afastada a exceção do § 3º do art. 204, verifica-se que haverá a subsunção do fato com a previsão do § 1º, segundo a qual "a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros".

Informativo Número 863, STF, DE 12.05.2017





Nada de temas relacionados ao Núcleo

Informativo Número 864, STF, DE 22.05.2017

PROCESSO

**RE 646721/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso,
julgamento em 10.5.2017. (RE-646721)**

Sucessão e regime diferenciado para cônjuges e companheiros

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.

Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 498 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 (1) do Código Civil de 2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código.

No caso, o tribunal de origem assentou que os companheiros herdaram apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes os requisitos do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Consignou ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge e afastou a aplicação do art. 1.829, I e II (2), do citado diploma legal. Ao interpretar o art. 226, § 3º (3), da Constituição Federal (CF), concluiu que não estariam igualados, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável.

O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva.

Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996).

O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração.

O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.





Na espécie, a sucessão foi aberta antes de ser reconhecida, pelo STF, a equiparação da união homoafetiva à união estável e antes de o Conselho Nacional de Justiça ter regulamentado o casamento de pessoas do mesmo sexo. Tal situação impede a conversão da união estável em casamento, nos termos do art. 226, § 3º, da CF. Diante disso, a desequiparação é ainda mais injusta.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Ricardo Lewandowski, que negaram provimento ao recurso.

O ministro Marco Aurélio pontuou ser constitucional o regime sucessório previsto no art. 1.790 do Código Civil de 2002, que rege a união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros.

O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a distinção entre casamento e união estável feita pelo constituinte (CF/1988, art. 226, § 3º) justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

(1) Código Civil/2002: “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

(2) Código Civil/2002: “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.”

(3) CF/1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Informativo Número 865, STF, DE 29.05.2017

Nada de temas relacionados ao Núcleo





INFORMATIVO 02/2019-NUDS

OBJETO: INCORPORAÇÃO FÁRMACOS PELO SUS

Prezados(as) Colegas:

Ao cumprimentá-los(as) cordialmente, sirvo-me deste para informar que, em DEZEMBRO/2018, houve **INCORPORAÇÃO** pelo Sistema Único de Saúde (SUS) dos fármacos listados abaixo:

- **ELTROMBOPAGUE OLAMINA;**
- **ECULIZUMABE;**
- **DICLORIDRATO DE SAPROPTERINA;**
- **ALFAELOSULFASE;**
- **GALSULFASE;**
- **ÁCIDO ZOLEDRÔNICO;**
- **ACETATO DE GLATIRÂMÉR;**
- **CLORIDRATO DE PAZOPANIBE e MALATO DE SUNITINIBE.**

Ainda em relação a tratamentos fornecidos pelo SUS, informo a **APROVAÇÃO** do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da **DEGENERAÇÃO MACULAR RELACIONADA COM A IDADE** (forma neovascular), bem como a inclusão de procedimentos relativos à DMRI (tratamento medicamentoso e exame Tomografia de Coerência Óptica – OCT).

Quanto aos medicamentos incorporados, destaco que os documentos (portarias do MS e relatórios da CONITEC) podem ser acessados em <http://conitec.gov.br/recomendacoes-sobre-as-tecnologias-avaliadas-2018>.





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No **ANEXO 1** desse **Informativo**, apresento algumas considerações relevantes sobre cada um dos medicamentos incorporados; tais como, número e data de expedição/publicação da normativa que regulamentou a incorporação, dados sobre a patologia/CID, prazo para disponibilização no SUS, dentre outras.

Por fim, destaco que o presente Informativo, bem como seus anexos encontram-se também disponíveis nos documentos da Intranet, para eventual consulta:

*** pasta:** Defensoria Pública\Subdefensoria Jurídica\Núcleos Especializados\Núcleo de Defesa da Saúde\04 – Informativos.

Sendo o que havia para esta oportunidade, subscrevo-me, reiterando expressões de elevada estima e consideração, dispondo-me a outras informações que porventura sejam necessárias.

Porto Alegre, 05 de fevereiro de 2019.

REGINA CÉLIA RIZZON BORGES DE MEDEIROS,
Defensora Pública,
Dirigente do Núcleo de Defesa da Saúde – NUDS.





ANEXO 1

▪ **ELTROMBOPAGUE OLAMINA**

Incorporado por meio da **Portaria n. 72/2018-MS/SCTIE**, datada de 11.12.2018 e publicada no DOU de 12.12.2018.

Esse fármaco é utilizado no tratamento da púrpura trombocitopênica idiopática (PTI), uma doença autoimune caracterizada por níveis baixos de plaquetas, que são as células sanguíneas que previnem o sangramento.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

▪ **ECULIZUMABE**

Incorporado por meio da **Portaria n. 77/2018-MS/SCTIE**, datada de 14.12.2018 e publicada no DOU de 17.12.2018.

Medicamento utilizado no tratamento da hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), que é uma anemia hemolítica crônica causada por defeito na membrana das hemácias. Caracteriza-se pela presença das hemácias na urina (hemoglobinúria).

O fornecimento administrativo está condicionado ao seguinte: **1)** Protocolo de uso do eculizumabe estabelecido pelo Ministério da Saúde; **2)** atendimento e tratamento restritos a hospitais que integrem a Rede Nacional de Pesquisa Clínica; **3)** registro dos dados clínicos e farmacêuticos em sistema nacional informático do SUS; **4)** uso *ad experimentum* (reavaliação em 3 anos); **5)** laudo próprio para dispensação do medicamento; **6)** fornecimento aos respectivos hospitais; e **7)** negociação para redução significativa de preço.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.





- **DICLORIDRATO DE SAPROPTERINA.**

Incorporado por meio da **Portaria n. 78/2018-MS/SCTIE**, datada de 14.12.2018 e publicada no DOU de 17.12.2018.

Esse medicamento é destinado ao tratamento da fenilcetonúria (FNC), que é uma doença metabólica rara e genética, na qual existe uma deficiência na capacidade de quebrar adequadamente moléculas do aminoácido, fenilalanina (FAL), presente nas proteínas de origem animal e vegetal.

A FNC possui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – PCDT que guia seu acompanhamento e tratamento no SUS.

O Dicloridrato de Sapropterina é usado de forma complementar à realização de dieta alimentícia, com restrição de alimentos como carne, ovo, trigo e feijão, além de uso de fórmula metabólica rica em aminoácidos, vitaminas e minerais.

Sua incorporação foi recomendada pela CONITEC para o tratamento de mulheres com Fenilcetonúria, com teste de responsividade positivo ao medicamento, e que estejam em idade fértil (período pré-concepcional) ou em período gestacional.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

- **ALFAELOSULFASE**

Incorporado por meio da **Portaria n. 82/2018-MS/SCTIE**, publicada no DOU de 20.12.2018.

Esse fármaco é utilizado no tratamento de pacientes com mucopolissacaridose tipo IVa (MPS IVa; síndrome de Morquio A).





O fornecimento administrativo está condicionado ao seguinte: **1)** Protocolo de uso da alfaelosulfase estabelecido pelo Ministério da Saúde; **2)** atendimento e tratamento restritos a hospitais que integrem a Rede Nacional de Pesquisa Clínica; **3)** registro dos dados clínicos e farmacêuticos em sistema nacional informático do SUS; **4)** uso *ad experimentum* (reavaliação em 3 anos); **5)** laudo próprio para dispensação do medicamento; **6)** fornecimento aos respectivos hospitais; e **7)** negociação para redução significativa de preço.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

▪ **GALSULFASE**

Incorporado por meio da **Portaria n. 83/2018-MS/SCTIE**, publicada no DOU de 20.12.2018.

Esse fármaco é utilizado na terapia de reposição enzimática de longo prazo, em pacientes com diagnóstico confirmado de mucopolissacaridose tipo VI (deficiência de Nacetilgalactosamina 4-sulfa).

O fornecimento administrativo está condicionado ao seguinte: **1)** Protocolo de uso da galsulfase estabelecido pelo Ministério da Saúde; **2)** atendimento e tratamento restritos a hospitais que integrem a Rede Nacional de Pesquisa Clínica; **3)** registro dos dados clínicos e farmacêuticos em sistema nacional informático do SUS; **4)** uso *ad experimentum* (reavaliação em 3 anos); **5)** laudo próprio para dispensação do medicamento; **6)** fornecimento aos respectivos hospitais; e **7)** negociação para redução significativa de preço.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.





- **ÁCIDO ZOLEDRÔNICO**

Incorporado por meio da **Portaria n. 85/2018-MS/SCTIE**, publicada no DOU de 21.12.2018.

Esse fármaco é utilizado no tratamento da doença de *Paget*. Trata-se de doença crônica que se caracteriza pelo crescimento anormal de determinadas partes de um osso. Seus principais sinais e sintomas são rigidez nas articulações, cansaço, dor profunda nos ossos, com tendência a piorar durante a noite, e deformações ósseas.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

- **ACETATO DE GLATIRÂMÉR.**

Incorporado por meio da Portaria n. 90- MS/SCTIE, publicada no DOU de 28.12.2018.

Esse fármaco é utilizado no tratamento da Esclerose Múltipla Recorrente Remitente (EMRR). A esclerose múltipla (EM) é uma doença crônica do sistema nervoso central (SNC), caracterizada por perda de função motora e sensorial, resultante de inflamação imunomediada, desmielinização e subsequentes danos axonais. A EMRR é a forma clínica mais comumente encontrada entre os portadores da doença, próximo de 80% dos casos.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

De acordo com a CONITEC, o medicamento injetável impede a atividade da doença, que ataca o Sistema Nervoso Central (SNC) e provoca distúrbios na comunicação entre o cérebro e o corpo.

Atualmente, o medicamento é ofertado na rede pública somente na versão 20mg, sendo que a incorporação na versão de 40mg possibilitará que o paciente reduza – de 7 para 3 – o número de doses injetadas todas as semanas e, com isso, que tenha um maior conforto.





- **CLORIDRATO DE PAZOPANIBE e MALATO DE SUNITINIBE.**

Incorporado por meio da Portaria n. 91- MS/SCTIE, publicada no DOU de 28.12.2018.

Esses fármacos são utilizados no tratamento de carcinoma renal de células claras metastático, conforme o modelo da Assistência Oncológica no SUS. O carcinoma de células renais (CCR) é o tipo mais comum de câncer de rim. Cerca de 90% dos tumores renais são CCR, e entre estes, 70 a 80% são tumores de células claras.

O fornecimento administrativo está condicionado à negociação para redução significativa de preço.

O prazo para efetivar a oferta ao SUS é de 180 dias.

- **Procedimentos referentes ao diagnóstico e tratamento da DEGENERAÇÃO MACULAR RELACIONADA À IDADE (DMRI)**

A Degeneração Macular é uma doença que ocorre na parte central da retina (mácula), área do olho responsável pela formação da imagem, e que leva a perda progressiva da visão central.

Para diagnóstico e tratamento da degeneração macular, o SUS já ofertava o exame de mapeamento de retina, que auxilia na identificação da DMRI. O paciente também conta com o procedimento de fotocoagulação à laser.

Por meio da Portaria n. 4.225-MS/GM, datada de 26.12.2018 e publicada no DOU de 28.12.2018, foram incluídos medicamento e exame referentes ao diagnóstico de DMRI na tabela de procedimentos do SUS.





Procedimento 03.03.05.023-3 - Tratamento medicamentoso da doença da retina.

Descrição: Consiste na **aplicação intravítrea de medicamento antiangiogênico** para tratamento de doença macular relacionada com a idade. Deverá ser realizada conforme Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da DMRI do Ministério da Saúde. Procedimento binocular: poderá ser realizado em ambos os olhos, com intervalo mínimo de 15 dias entre um olho e outro.

Procedimento 02.11.06.028-3 - Tomografia de coerência óptica.

Descrição: método de exame oftalmológico não invasivo e de não contato que permite a realização de cortes transversais da retina (segmento posterior), permitindo detectar sinais microscópicos de alterações precoces da retina, inclusive coroidoretinianas. Deverá ser realizado conforme Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da DMRI do Ministério da Saúde. Procedimento binocular

Ambas as incorporações são importantes, tanto para detectar precocemente a doença quanto para tratar os casos já confirmados, estabilizando a evolução da doença.

Os procedimentos são ambulatoriais para pacientes com idade mínima de 60 anos e diagnosticados com a CID H35.3.

A referida Portaria entrou em vigor na data de sua publicação, tendo efeitos financeiros a partir da competência janeiro de 2019 (conforme competência retificada por meio de publicação no DOU de 15.01.2019).

A Portaria Conjunta n. 18-2018 – SAS/SCTIE, datada de 02.07.2018 e publicada no DOU de 19.11.2018, aprovou o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Degeneração Macular Relacionada com a Idade (forma neovascular). No item 7.4 do referido PCDT, o fármaco citado é o Bevacizumabe (solução injetável de 25 mg/mL em frasco-ampola de 4 mL e 16 mL).





Nome do arquivo: Informativo 02.2019-NUDS - Incorporacao medicamentos SUS.pdf
Autenticidade: Documento Íntegro



| DOCUMENTO ASSINADO POR | DATA | CPF/CNPJ | VERIFICADOR |
|----------------------------|-------------------------------|-------------|-------------------|
| Regina Celia Rizzon Borges | 06/03/2019 16:20:00 GMT-03:00 | 39586316068 | Assinatura válida |

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



INFORMATIVO JURISPRUDENCIAL NUDS 01/2019

**OBJETO: STF - REPERCUSSÃO-GERAL -
TEMAS EM JULGAMENTO ENVOLVENDO DEMANDAS DE SAÚDE**

Prezados(as) Colegas:

Ao cumprimentá-los(as) cordialmente, encaminho tabela elaborada pelo Núcleo de Defesa da Saúde contendo OITO Temas de Repercussão Geral em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) atinentes às demandas de saúde.

Na tabela, estão informados o TEMA, a ÚLTIMA MOVIMENTAÇÃO, o NÚMERO DO PROCESSO (no STF e na origem) e o TRIBUNAL de origem da demanda.

- **TEMA 6:** Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo;
- **TEMA 262:** Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças;
- **TEMA 289:** Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos;
- **TEMA 345:** Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde;





- **TEMA 500:** Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA;
- **TEMA 598:** Sequestro de verbas públicas para pagamento de crédito a portador de moléstia grave sem observância à regra dos precatórios;
- **TEMA 698:** Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção;
- **TEMA 793:** Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

Em relação ao **tema 262**, destaco que já houve julgamento, em 15.08.2018:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 262 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para que, suplantada a ilegitimidade declarada pelo Tribunal de Justiça, este prossiga no julgamento da apelação. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise ao fornecimento de remédios a portadores de certa doença".

Quanto aos **temas 6, 500 e 793**, que resultarão em grande impacto nas ações ajuizadas pela DPE/RS, ressalto que o **julgamento está aprazado para o dia 22.05.2019**, com início da sessão às 9h30min, conforme publicação no DJe edição extra n. 273/2018, de 19.12.2018.

Por fim, destaco que o presente Informativo, bem como seu anexo encontram-se também disponíveis nos documentos da Intranet, para eventual consulta:

NÚCLEO DE DEFESA DA SAÚDE – NUDS
Rua Sete de Setembro, n° 666, 9° andar, sala 901,
Centro, Porto Alegre/RS, CEP 90010-190
Telefones: (51) 3210-9369 e (51) 3210.9370
Ramal: 9369
E-mail: nuds@defensoria.rs.def.br





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

* pasta: Defensoria Pública\Subdefensoria Jurídica\Núcleos Especializados\Núcleo de Defesa da Saúde\06 – Informativo Jurisprudência

Sendo o que havia para esta oportunidade, subscrevo-me, reiterando expressões de elevada estima e consideração, dispondo-me a outras informações que porventura sejam necessárias.

Porto Alegre, 05 de fevereiro de 2019.

REGINA CÉLIA RIZZON BORGES DE MEDEIROS,
Defensora Pública,
Dirigente do Núcleo de Defesa da Saúde.





Nome do arquivo: Inf. Jurisprudencial 01-2019-NUDS - temas STF - repercussão geral.pdf
Autenticidade: Documento Íntegro



| DOCUMENTO ASSINADO POR | DATA | CPF/CNPJ | VERIFICADOR |
|----------------------------|-------------------------------|-------------|-------------------|
| Regina Celia Rizzon Borges | 06/03/2019 16:15:00 GMT-03:00 | 39586316068 | Assinatura válida |

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

BOLETIM INFORMATIVO DO NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS (NUDDH)

Fevereiro - 2019

Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

Dirigente Mário Rheingantz

Subdirigente Anna Carolina Meira Ramos

Membros do Núcleo

Alexandre Piccoli

Angelita Maders

Bruno Pugialli Cerejo

Carolina Verçosa Lovato

Clóvis Adão Pizzamiglio Bozza Neto

Danusa Antonia Ceccato

Gizane Mendina Rodrigues

Rodrigo dos Santos Ribeiro

Endereço: Rua Siqueira Campos, 731 - Centro Histórico - Porto Alegre/RS

Fone: (51) 3212.7865

Disque-acolhimento: 0800 644 5556

<https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos>

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/DPERS



Caros Colegas!

Encaminhamos a edição do mês de fevereiro de 2019 do nosso Boletim Informativo, na qual constam novidades legislativas, notícias e decisões jurisprudenciais recentes, em matéria de direitos humanos, as quais podem auxiliar no nosso trabalho.

Aproveitamos a oportunidade para convidar todas e todos para o evento de qualificação em diversidade e inclusão a ser realizado por este núcleo e pela comissão de acessibilidade, nos dias 4 e 5 de abril na cidade de Porto Alegre, cujas inscrições já estão abertas no site da Defensoria Pública.

Destacamos a reclamação constitucional ajuizada por este núcleo perante o STF, questionando decisão judicial que declarava inconstitucional a obrigatoriedade de realização de audiência de custódia. A ação foi julgada procedente pelo Ministro Gilmar Mendes.

Destacamos, também, celebração de acordo para suspensão de cobranças de serviço de água e esgoto da localidade da Lomba do Pinheiro, Agronomia e imediações, bem como, a execução de tal acordo com a determinação judicial de seu cumprimento, sob pena de multa diária.

Aproveitamos, ainda, para nos colocar à disposição para apoio e intercâmbio de informações.

Boa Leitura.

Mario Rheingantz
Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH)

DECISÕES JURISPRUDENCIAIS RECENTES SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Supremo Tribunal Federal (STF):

Supremo Tribunal Federal (STF):

Medida de Segurança: A 2ª Turma do STF, no HC 151523/SP, decidiu que é inconstitucional a manutenção de pessoa com diagnóstico de doença psíquica, que teve extinta a punibilidade, em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, uma vez que tal situação configura uma privação de liberdade sem pena. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/informativo-comentado-925-stf.html>. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo925.htm#Interna%C3%A7%C3%A3o%20compuls%C3%B3ria%20e%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20da%20pretens%C3%A3o%20punitiva>.

Corte de fornecimento de água e luz: O Plenário do STF, na ADI 5961/PR, decidiu que é constitucional lei estadual que proíbe que as empresas concessionárias façam o corte do fornecimento de água e luz por falta de pagamento, em determinados dias. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/02/informativo-comentado-928-stf.html>. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo928.htm#Corte%20de%20servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico%20de%20%C3%A1gua%20e%20luz%20e%20direito%20do%20consumidor>.

Prisão de adolescente mulher em cela masculina: A 1ª Turma do STF, no MS 34490/DF, denegou o mandado de segurança impetrado por magistrada que, mesmo depois de informada que uma adolescente mulher estava presa em uma mesma cela com homens, demorou a tomar as providências necessárias para corrigir essa situação e, além disso, buscou se eximir de responsabilidade produzindo documento falso com data retroativa, na tentativa de comprovar que teria adotado providências que, na realidade, não adotou. No sentido, foi mantida a decisão do CNJ que aplicou a pena de disponibilidade à magistrada. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/02/informativo-comentado-929-stf.html>. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo929.htm#Cust%C3%B3dia%20de%20menor%20em%20cela%20ocupada%20por%20presos%20do%20sexo%20masculino%20e%20des%20Addia%20de%20magistrada>.

Responsabilidade Civil do Estado: O Plenário do STF, no RE 842846/RJ, decidiu que o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo932.htm#Atividade%20notarial%20e%20de%20registro:%20danos%20a%20terceiros%20e%20responsabilidade%20objetiva%20do%20Estado>.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Pessoas com deficiência: A 4ª Turma do STJ, no REsp 1.155.590-DF, decidiu que o STJ não possui competência constitucional para ampliar os modais de transporte interestadual submetidos ao regime da gratuidade prevista na Lei nº 8.899/94 e nos atos normativos secundários que a regulamentam, razão pela qual não concedeu pedido do Ministério Público em Ação Civil Pública que pretendia garantir a gratuidade para as pessoas com deficiência também no que tange ao transporte aéreo. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/informativo-comentado-640-stj.html>. Saiba mais acessando o Informativo nº 640 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Direitos dos Idosos: Conforme decidiu a 1ª Turma do STJ, no REsp 1.543.465-RS, a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, prevista no art. 40, I, do Estatuto do Idoso, não se limita ao valor das passagens, abrangendo eventuais custos relacionados diretamente com o transporte, nos quais se incluem as tarifas de pedágio e de utilização dos terminais. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/informativo-comentado-641-stj.html>. Saiba mais acessando o Informativo nº 641 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Curador especial: A Corte Especial do STJ, no EAREsp 978.895-SP, determinou que, tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa, o recurso interposto pela Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial, está dispensado do pagamento de preparo. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/informativo-comentado-641-stj.html>. Saiba mais acessando o Informativo nº 641 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

NOVIDADES LEGISLATIVAS SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Decreto nº 9.706/2019:

Concede indulto humanitário e dá outras providências. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9706.htm.

Decreto nº 9.708/2019:

Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem, no Estado do Rio Grande do Norte e no Estado de Rondônia, para a proteção do perímetro de segurança das penitenciárias federais em Mossoró e em Porto Velho. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9708.htm.

Decreto nº 9.710/2019:

Dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 2428 (2018), de 13 de julho de 2018, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que aprova o embargo de armas e estende o regime de sanções aplicáveis à República do Sudão do Sul até 31 de maio de 2019. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9710.htm.

Decreto nº 9.716/2019:

Revoga dispositivos do Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019, que altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9716.htm.

Decreto nº 9.717/2019:

Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem, no Estado de Rondônia, para a proteção do perímetro de segurança da penitenciária federal em Porto Velho. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9717.htm.

NOTÍCIAS RECENTES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS:

A 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região condenou o Estado a indenizar em R\$ 100.000,00 mulher presa ilegalmente. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/estado-indenizar-100-mil-mulher-presa-ilegalmente>.

O 3º Juizado Especial da Fazenda Pública do Distrito Federal (DF) decidiu que o DF deverá indenizar, em R\$ 5.000,00, um jogador de futebol que foi alvo de abordagem policial abusiva. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-04/df-indenizara-jogador-futebol-abordagem-policial-abusiva>.

Área indígena em São Miguel das Missões recebe certificado internacional de patrimônio do Mercosul. Saiba mais em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/02/08/area-indigena-em-sao-miguel-das-missoes-recebe-certificado-internacional-de-patrimonio-do-mercosul.ghtml>.

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que liberdade de expressão não protege discurso de ódio antissemita. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/liberdade-expressao-nao-protege-discurso-odio-decide-trf>.

A Procuradora-Geral da República criou força-tarefa para investigar rompimento de barragem em Brumadinho. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/dodge-cria-forca-tarefa-investigar-rompimento-barragem>.

Parecer da Procuradora-Geral da República manifesta-se no sentido de que mulheres transexuais devem cumprir pena em presídio feminino. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/transexuais-cumprir-pena-presidio-feminino-pgr>.

O STF começou a análise das ações sobre a criminalização da LGBTfobia. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/supremo-comeca-analise-acoes-criminalizacao-lgbtfobia>.

NUDDH OBTÉM RECLAMAÇÃO PROCEDENTE NO STF

O NUDDH, em atuação conjunta com o NUDECRIM, ajuizou Reclamação (Reclamação nº 33185) perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista caso de recusa, pelo juízo, em realizar audiência de custódia na comarca de São Luiz Gonzaga. Segundo o magistrado que homologou o auto de prisão em flagrante e decretou a prisão preventiva, a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê a realização de audiências de custódia, é inconstitucional. Ainda, foi ressalvada a possibilidade de requerimento de realização de audiência com pessoa privada da liberdade, nos casos em que houvesse indícios de tortura ou vulneração de direitos fundamentais no ato da prisão.

Na Reclamação, argumentou-se que ela tem como fundamento a liminar deferida na ADPF 347 MC/DF, na qual foi decidido pela implementação das audiências de custódia no prazo de 90 dias. Outrossim, argumentou-se pela constitucionalidade da Resolução nº 213/2015 do CNJ, uma vez que tal normativa apenas regulamenta disposições já internalizadas em nosso ordenamento jurídico. No que tange à ressalva da possibilidade de requerimento de audiência de custódia, foi sustentada a desnecessidade do prévio requerimento, uma vez que se trata a audiência de custódia de direito indisponível do preso. Ao final, foi requerida, liminarmente, a realização de audiência de custódia, de modo obrigatório, em todo e qualquer caso de prisão em flagrante vindouro, inclusive no do Reclamante, oportunidade em que também deverá ser reavaliada a prisão preventiva determinada. No mérito, foi pleiteada a confirmação da liminar.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, Relator da Reclamação, decidiu monocraticamente pela sua procedência, determinando a realização de audiência de custódia no prazo de 24h, em todo e qualquer caso de prisão vindouro, inclusive no do Reclamante, bem como a necessidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, oportunidade em que também deve ser reavaliada a prisão preventiva determinada. Conforme asseverou o Ministro Relator: “Razão assiste à defesa ao afirmar que tal procedimento contraria frontalmente o decidido por este Supremo Tribunal Federal na medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em 9.9.2015, em que se determinou a realização de audiências de apresentação dos presos, no prazo de 24 horas, a partir do momento da prisão”.

Texto elaborado por: Luana Borba Iserhard – Analista Processual NUDDH/DPE-RS.

BOLETIM INFORMATIVO DO NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS (NUDDH)

Março - 2019

Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

Dirigente Mário Rheingantz

Subdirigente Anna Carolina Meira Ramos

Membros do Núcleo

Alexandre Piccoli

Aline Palermo Guimarães

Angelita Maria Maders

Bruno Pugialli Cerejo

Carolina Verçosa Lovato

Clóvis Adão Pizzamiglio Bozza Neto

Gizane Mendina Rodrigues

Rodrigo dos Santos Ribeiro

Endereço: Rua Siqueira Campos, 731 - Centro Histórico - Porto Alegre/RS

Fone: (51) 3212.7865

Disque-acolhimento: 0800 644 5556

<https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos>

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/DPERS



Caras e Caros Colegas!

Encaminhamos a edição do mês de abril de 2019 do nosso Boletim Informativo, na qual constam novidades legislativas, notícias e decisões jurisprudenciais recentes, em matéria de direitos humanos, as quais podem auxiliar no nosso trabalho.

Destacamos a elaboração de nota técnica apresentada pelo CONDEGE em relação ao “Projeto Anticrime” PL nº 882/2019.

Aproveitamos, ainda, para nos colocar à disposição para apoio e intercâmbio de informações.

Boa Leitura.

Mario Rheingantz
Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH)

DECISÕES JURISPRUDENCIAIS RECENTES SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Supremo Tribunal Federal (STF):

Supremo Tribunal Federal (STF):

Perícia em pessoa do sexo feminino: O Plenário do STF, na ADI 6039 MC/RJ, deferiu medida cautelar para dar interpretação conforme a Constituição a dispositivo de Lei Estadual, o qual previu que a vítima de estupro menor de 18 anos deverá obrigatoriamente ser examinada por legista mulher, que fará a perícia. Conforme a interpretação dada, a obrigatoriedade existirá apenas se isso não importar retardamento ou prejuízo da diligência. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/informativo-comentado-933-stf.html>. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo933.htm#V%C3%ADtimas%20de%20estupro:%20meninas%20e%20exig%C3%A2ncia%20de%20perito%20legista%20mulher>.

Auxílio acompanhante: A 1ª Turma do STF, na Pet 8002 AgR/RS, determinou a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que tratam sobre o tema atinente à extensão do adicional de 25% (auxílio acompanhante) a outras espécies de aposentadoria, que não sejam a por invalidez. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/informativo-comentado-933-stf.html>. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo933.htm#Adicional%20de%20assist%C3%A2ncia%20permanente%20e%20extens%C3%A3o>.

Sacrifício de animais em rituais: O Plenário do STF negou provimento ao RE 494601/RS, decidindo que é constitucional lei de proteção animal que permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana. Conforme disponibilizado no Informativo nº 935, “a cultura afro-brasileira merece maior atenção do Estado, por conta de sua estigmatização, fruto de preconceito estrutural. A proibição do sacrifício negaria a própria essência da pluralidade cultural, com a consequente imposição de determinada visão de mundo. Essa designação de especial proteção aos cultos de culturas historicamente estigmatizadas não ofende o princípio da igualdade, sendo válida a permissão do sacrifício de animais a determinado segmento religioso, como previsto na norma questionada”. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo935.htm#Lei%20estadual%20e%20sacrif%C3%ADcio%20de%20animais%20em%20rituais%20%E2%80%93%20202>.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Liberdade de expressão: A 3ª Turma do STJ, no REsp 1.771.866-DF, decidiu que o direito à retratação e ao esclarecimento da verdade possui previsão constitucional, sendo possível a condenação do autor da ofensa a divulgar a sentença condenatória nos mesmos veículos de comunicação em que foi cometida a ofensa à honra. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/informativo-comentado-642-stj.html>. Saiba mais acessando o Informativo nº 642 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Gratuidade judiciária: A Corte Especial do STJ, no EAREsp 742.240-MG, pacificou o entendimento de que deve ser assegurada ao jurisdicionado a possibilidade de protocolizar o pedido de gratuidade judiciária por qualquer meio processual e em qualquer fase do processo. Outrossim, caso indeferido o pedido, deve a parte ser intimada para que realize o recolhimento das custas e porte de remessa e retorno, quando for o caso. Conforme entendimento da Corte, isso assegura os direitos fundamentais de assistência jurídica das pessoas economicamente hipossuficientes e do amplo acesso à justiça. Saiba mais acessando o Informativo nº 643 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Dano Moral Coletivo: A Segunda Turma do STJ, no REsp 1.574.350-SC, decidiu que o tráfego de veículos com excesso de peso gera responsabilidade civil por danos materiais às vias públicas, bem como dano moral coletivo consistente no agravamento dos riscos à saúde e à segurança de todos, sendo viável a aplicação de astreintes, ainda que já imputada multa administrativa. Saiba mais acessando o Informativo nº 643 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

NOVIDADES LEGISLATIVAS SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Lei nº 13.810/2019:

Dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados; e revoga a Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015. Acesse a íntegra da Lei em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13810.htm.

Decreto nº 9.723/2019:

Altera o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, o Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016, e o Decreto nº 9.492, de 5 setembro de 2018, para instituir o Cadastro de Pessoas Físicas - CPF como instrumento suficiente e substitutivo da apresentação de outros documentos do cidadão no exercício de obrigações e direitos ou na obtenção de benefícios e regulamentar dispositivos da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9723.htm.

Medida Provisória nº 875/2019:

Institui o Auxílio Emergencial Pecuniário para Famílias Beneficiárias do Programa Bolsa Família e para Beneficiários do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social e da Renda Mensal Vitalícia, residentes no Município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, em decorrência do estado de calamidade pública reconhecido pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil do Ministério do Desenvolvimento Regional. Acesse a íntegra da Medida Provisória em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Mpv/mpv875.htm.

Lei nº 13.811/2019:

Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Acesse a íntegra da Lei em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm.

Decreto nº 9.731/2019:

Dispensa visto de visita para os nacionais da Comunidade da Austrália, do Canadá, dos Estados Unidos da América e do Japão e altera o Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9731.htm.

Lei nº 13.812/2019:

Institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, cria o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Acesse a íntegra da Lei em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13812.htm.

Decreto nº 9.734/2019:

Promulga o texto da Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, firmado na Haia, em 15 de novembro de 1965. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9734.htm.

NOTÍCIAS RECENTES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS:

A Conectas publicou o Segundo Relatório de Acompanhamento das Recomendações ao Brasil do Grupo de Trabalho da ONU sobre Direitos Humanos e Empresas. Saiba mais em: <https://www.conectas.org/noticias/relatorio-avalia-politicas-de-direitos-humanos-de-empresas-no-brasil?fbclid=IwAR1UZp51vSHAoGBMhlby6FvvrqCse75Q23dq2rZZbT3Mk0UKPSaXc2ESV2w>.

Organizações cobraram esclarecimento, na ONU, sobre assassinato da vereadora Marielle. Saiba mais em: <https://www.conectas.org/noticias/na-onu-conectas-cobra-esclarecimento-sobre-mandantes-do-assassinato-de-marielle?fbclid=IwAR3M1XYwScuhnmlr0ZAoUmNYTJHHh4F-sGqKyD2ycmcM5d87HqW3TLDaAc8>.

A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região determinou que pessoas com deficiência que compraram veículos que utilizam qualquer tipo de combustível, sem isenção de IPI, podem requerer a isenção retroativamente. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/deficiente-pagou-ipi-comprar-carro-requerer-isencao>.

A Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública em face da União a fim de questionar ordem presidencial para que as Forças Armadas comemorem os 55 anos do golpe militar de 1964. Saiba mais em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298956,81042-Acao+da+Defensoria+Publica+questiona+ordem+de+Bolsonaro+de+comemorar>.

O Prêmio Innovare abriu inscrições, tendo a Promoção e Defesa dos Direitos Humanos como destaque. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/premio-innovare-abre-inscricoes-defesa-direitos-humanos>.

A Associação dos Juizes Eleitorais das Américas (Amea) manifestou-se publicamente contra o projeto de lei que prevê o fim da cota para mulheres no Congresso. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-16/juizes-eleitorais-pedem-brasil-nao-acabe-cota-congresso>.

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul impetrou Habeas Corpus, mediante o qual se concedeu a presa travesti o direito de cumprir pena em ala feminina. Saiba mais em: <http://intranet.web01.defpub.local/noticias/3522-habeas-corpus-impetrado-pela-defensoria-permite-a-presa-travesti-cumprir-pena-em-alojamento-feminino>.

NOTA TÉCNICA AO “PACOTE ANTICRIME – CRIME ORGANIZADO”

O Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais produziu Nota Técnica ao Projeto de Lei nº 882/2019 (“Pacote Anticrime – Crime Organizado”), o qual contou, pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com o aporte técnico do Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, Dr. Mário Silveira Rosa Rheingantz. Conheça a Nota Técnica aqui: http://www.defensoria.rs.def.br/upload/20190329160110nota_tecnica_condege_pl_882.pdf.pdf.

Texto elaborado por: Luana Borba Iserhard – Analista Processual NUDDH/DPE-RS.

BOLETIM INFORMATIVO DO NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS (NUDDH)

Abril - 2019

Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

Dirigente Mário Rheingantz

Subdirigente Anna Carolina Meira Ramos

Membros do Núcleo

Alexandre Piccoli

Aline Palermo Guimarães

Angelita Maria Maders

Bruno Pugialli Cerejo

Carolina Verçosa Lovato

Clóvis Adão Pizzamiglio Bozza Neto

Gizane Mendina Rodrigues

Rodrigo dos Santos Ribeiro

Endereço: Rua Siqueira Campos, 731 - Centro Histórico - Porto Alegre/RS

Fone: (51) 3221-5503

Disque-acolhimento: 0800 644 5556

<https://www.facebook.com/centroemdireitoshumanos>

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/DPERS



Caras e Caros Colegas!

Encaminhamos a edição do mês de abril de 2019 do nosso Boletim Informativo, na qual constam novidades legislativas, notícias e decisões jurisprudenciais recentes, em matéria de direitos humanos, as quais podem auxiliar no nosso trabalho.

Destacamos a realização do evento Diversidade, Inclusão e Direitos Humanos. O evento contou com a participação de defensores, defensoras, servidoras e servidores da instituição, combinando palestras, relatos de experiências e oficinas. Na oportunidade, também foi lançada a cartilha “Nada sobre nós sem nós”, sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Destacamos, ainda, decisão que garantiu a declinação de competência à Justiça Federal de reintegração de posse ajuizada em face do “Quilombo Lemos”, questão em que há atuação deste núcleo em parceria com o NUDEAM.

Aproveitamos, ainda, para nos colocar à disposição para apoio e intercâmbio de informações.

Boa Leitura.

Mario Rheingantz
Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH)

DECISÕES JURISPRUDENCIAIS RECENTES SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Supremo Tribunal Federal (STF):

Supremo Tribunal Federal (STF):

Ampliação de serviços em registros civis de pessoas naturais: O Plenário do STF, na ADI 5855 MC-REF/DF, julgou parcialmente procedente pedido em relação ao art. 29, §§ 3º e 4º da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), os quais foram incluídos pela Lei 13.484/2017. Foi reconhecido que a ampliação de atribuições aos registros civis de pessoas naturais, prevista em tais dispositivos, objetivou a maior comodidade da população em relação aos serviços de cadastro e documentação. Conforme destacado: “Isso melhora o exercício da cidadania pela população, principalmente pela parcela socialmente desfavorecida econômica ou geograficamente”. No entanto, a ampliação deve possuir pertinência temática e depende de homologação pelo Poder Judiciário. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo937.htm#ADI:%20registro%20civil%20de%20pessoas%20naturais%20e%20amplia%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os%20remunerados>.

Uso de armas de menor potencial ofensivo: O Plenário do STF, na ADI 5243/DF, decidiu que é constitucional a Lei 13.060/14, que disciplina o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo por agentes de segurança pública em todo o território nacional. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo937.htm#ADI%20e%20uso%20de%20armas%20de%20menor%20potencial%20ofensivo%20-%202>.

Princípio da insignificância e regime prisional: A Primeira Turma do STF, no HC 135164/MT, concedeu, de ofício, ordem de habeas corpus para fixar regime aberto, aplicando o princípio da insignificância em caso de reincidência. Saiba mais acessando o Informativo do STF em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Princ%C3%Adpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20e%20regime%20prisional>.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Problemas estruturais das Delegacias: A Corte Especial do STJ, no CC 150.965-DF, decidiu que é da Terceira Seção do STJ a competência para processar e julgar habeas corpus impetrado com fundamento em problemas estruturais das delegacias e do sistema prisional do Estado. Fonte: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/05/informativo-comentado-644-stj.html>. Saiba mais acessando o Informativo nº 644 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Remarcação de curso de formação: A Primeira Turma do STJ, no RMS 52.622-MG, decidiu que é constitucional a remarcação de curso de formação para o cargo de agente penitenciário que esteja lactante à época de sua realização, independentemente de expressa previsão em edital de concurso público. Saiba mais acessando o Informativo nº 645 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

Direito ao corpo humano após a morte: A Terceira Turma do STJ, no REsp 1.693.718-RJ, decidiu que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo sobre a destinação do seu corpo após a morte, sendo possível, em atenção à vontade manifestada em vida, a submissão ao procedimento de criogenia. Saiba mais acessando o Informativo nº 645 do STJ em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

NOVIDADES LEGISLATIVAS SOBRE DIREITOS HUMANOS:

Decreto nº 9.761/2019:

Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9761.htm.

Decreto nº 9.762/2019:

Regulamenta os art. 51 e art. 52 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, para dispor sobre as diretrizes para a transformação e a modificação de veículos automotores a fim de comporem frotas de táxi e de locadoras de veículos acessíveis a pessoas com deficiência. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9762.htm.

Decreto nº 9.765/2019:

Institui a Política Nacional de Alfabetização. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9765.htm.

Lei nº 13.816/2019:

Inscribe os nomes de Dandara dos Palmares e de Luiza Mahin no Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria. Acesse a íntegra da Lei em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13816.htm.

Lei nº 13.819/2019:

Institui a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, a ser implementada pela União, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Acesse a íntegra da Lei em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Lei/L13819.htm.

Decreto nº 9.775/2019:

Altera o Decreto de 29 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Conjunto Mínimo de Dados da Atenção à Saúde. Acesse a íntegra do Decreto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Decreto/D9775.htm.

NOTÍCIAS RECENTES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS:

Segundo estudo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, um quarto das mulheres mantidas presas após audiências de custódia deveria ter sido solto, uma vez que se tratam de mulheres grávidas, lactantes e mães de crianças com até 12 anos ou mães de pessoas com deficiência. Conheça o estudo “Perfil das mulheres gestantes, lactantes e mães atendidas nas audiências de custódia pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro” em: http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_CAC_Benfica_mulheres_27.03.19.pdf.

A ANADEP lançou a campanha “Em defesa delas: defensoras e defensores públicos pela garantia dos direitos das mulheres”. Conheça a cartilha: [https://www.anadep.org.br/wtksite/CARTILHA_ANADEP_CONDEGE\(1\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/CARTILHA_ANADEP_CONDEGE(1).pdf).

A Defensoria Pública da União, pela sua Defensoria Regional de Direitos Humanos em São Paulo, recomendou à Anvisa que autorize a venda de medicamento abortivo (misoprostol) para os casos de aborto legal. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-01/dpu-recomenda-autorizacao-venda-abortivo-farmacias>.

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu que a demora no fornecimento de medicamento gera dano moral. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-29/demora-fornecimento-remedio-ocasiona-dano-moral-tj-rs>.

A 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que deve ser indenizada cliente que foi revistada em público por suspeita de furto. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-29/cliente-revistada-publico-suspeita-furto-indenizada>.

A 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou sentença que determinou a indenização por danos morais a detento que não pode ir ao enterro do pai por descumprimento da ordem judicial pela direção do presídio. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-29/rs-paga-dano-moral-detento-impedido-ir-enterro-pai>.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos divulgou comunicado manifestando preocupação com casos de letalidade policial, uso excessivo da força por agentes da segurança pública e impunidade no Brasil. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-26/cidh-cobra-instituicoes-letalidade-policial-impunidade>.

O STJ confirmou liminar que relaxou prisão em flagrante por não realização de audiência de custódia. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-26/stj-relaxa-prisao-flagrante-falta-audiencia-custodia>.

A Ministra Cármen Lúcia cassou liminar da Justiça Federal de Brasília, que autorizava que psicólogos fizessem a chamada “terapia de reversão sexual” em homossexuais, também conhecida como “cura gay”. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-24/carmen-lucia-revoga-decisao-autorizava-cura-gay>.

A Defensoria Pública, o Ministério Público, a OAB do Rio de Janeiro e organizações da sociedade civil instalaram o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Defesa da Cidadania, com o objetivo de receber, acompanhar e encaminhar casos de violações de direitos humanos cometidas por atividades da segurança pública. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/entidades-criam-grupo-investigar-abusos-policiais-rj>.

A Primeira Turma do STJ negou agravo de empresa de ônibus, afirmando que a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar ação coletiva em defesa dos direitos dos idosos, ainda que não esteja elencada como legitimada no Estatuto do Idoso. Saiba mais em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-17/defensoria-tutelar-coletivamente-favor-idoso-decide-stj>.

CASO QUILOMBO LEMOS

Foi desprovido agravo de instrumento interposto pela Sociedade Humanitária Padre Cacique em face da decisão interlocutória que declinou a competência da ação de reintegração de posse, em fase de cumprimento de sentença, da Justiça Estadual para a Justiça Federal. A declinação ocorreu em razão de o INCRA ter instaurado processo para o reconhecimento e demarcação das terras ocupadas por remanescentes da Comunidade Quilombola da Família Lemos, tema que também é fundamento de Ação Rescisória ajuizada pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos.

SEMINÁRIO “DIVERSIDADE, INCLUSÃO E DIREITOS HUMANOS

O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e a Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão da DPE/RS realizaram, nos dias 04 e 05 de abril, o evento de qualificação “Diversidade, Inclusão e Direitos Humanos”. O evento contou com a participação de defensores, defensoras, servidoras e servidores da instituição, combinando palestras, relatos de experiências e oficinas. Na oportunidade, também foi lançada a cartilha “Nada sobre nós sem nós”, sobre os direitos das pessoas com deficiência. Acesse a cartilha aqui.



Texto elaborado por: Luana Borba Iserhard – Analista Processual NUDDH/DPE-RS.

ANEXO

FUNDAMENTAÇÕES

TESES INSTITUCIONAIS

DEFENSORIA PÚBLICA
DE SÃO PAULO



| | |
|---|-----------|
| CÍVEL..... | 27 |
| Defensoria Pública do Estado de São Paulo | 27 |
| TESE 01 | 27 |
| Súmula..... | 27 |
| Fundamentação teórica e fática | 27 |
| Indicação das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 30 |
| Indicação do item do plano anual da defensoria pública..... | 30 |
| Fundamentação teórica e fática | 30 |
| Indicação das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 33 |
| Indicação do item do plano anual da defensoria pública..... | 33 |
| TESE 02 | 33 |
| Súmula: | 33 |
| Fundamentação teórica e fática | 33 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente:..... | 34 |
| Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria em que se insere:..... | 34 |
| TESE 03 | 34 |
| Súmula: | 34 |
| Justificativa | 34 |
| TESE 04 | 35 |
| Súmula..... | 35 |
| 2. Fundamentação jurídica e fática da tese | 35 |
| 3. Das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 48 |
| 4. Do plano anual de atuação da defensoria pública | 48 |
| TESE 05 | 52 |
| Súmula: | 53 |
| Fundamentação teórica e fática | 53 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e VI, “c” e “g”, da Lei 988/06, <i>in verbis</i>:..... | 57 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere | 58 |
| TESE 06 | 58 |
| Súmula: | 59 |
| Fundamentação teórica e fática | 59 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere: | 62 |
| TESE 07 | 63 |

| | |
|---|----|
| TESE 40 | 63 |
| Súmula: | 63 |
| Fundamentação teórica e fática | 64 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente | 65 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 65 |
| TESE 41 | 65 |
| Súmula: | 65 |
| Fundamentação teórica e fática | 65 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente | 66 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 66 |
| TESE 42 | 66 |
| Súmula: | 66 |
| Fundamentação teórica e fática | 66 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 68 |
| TESE 60 | 68 |
| Súmula: | 68 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública. | 69 |
| Fundamentação jurídica. | 69 |
| Fundamentação fática. | 73 |
| Sugestão de operacionalização. | 74 |
| TESE 61 | 75 |
| Súmula: | 75 |
| Assunto | 75 |
| Atribuições Institucionais | 75 |
| Fundamentação Jurídica | 76 |
| Fundamentação Fática | 79 |
| TESE 62 | 79 |
| Súmula: | 79 |
| Assunto | 80 |
| Fundamentação jurídica | 81 |
| Fundamentação fática | 84 |

| | |
|--|-----|
| Sugestão de operacionalização | 87 |
| TESE 63 | 88 |
| Súmula: | 88 |
| Assunto | 88 |
| Indicação dos itens específicos relacionados às atribuições institucionais da Defensoria Pública. | 90 |
| Fundamentação jurídica | 91 |
| Fundamentação fática | 92 |
| Sugestão de operacionalização | 93 |
| TESE 70 | 99 |
| Súmula: | 99 |
| Assunto: | 99 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 100 |
| Fundamentação jurídica: | 100 |
| Fundamentação fática: | 102 |
| Sugestão de operacionalização: | 103 |
| TESE 71 | 103 |
| Súmula: | 103 |
| Assunto: | 103 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 104 |
| Fundamentação jurídica: | 104 |
| Fundamentação fática: | 108 |
| Sugestão de operacionalização: | 108 |
| TESE 72 | 108 |
| Súmula: | 108 |
| Assunto: | 108 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 109 |
| Fundamentação jurídica: | 109 |
| Fundamentação fática: | 111 |
| Sugestão de operacionalização: | 112 |
| TESE 73 | 112 |
| Súmula: | 113 |
| Fundamentação: | 113 |
| TESE 74 | 115 |

| | |
|---|-----|
| Súmula: | 115 |
| Assunto | 115 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 115 |
| Fundamentação jurídica | 115 |
| Fundamentação fática | 117 |
| Sugestão de operacionalização | 118 |
| TESE 90 | 120 |
| Súmula: | 120 |
| Assunto | 120 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública | 121 |
| Fundamentação jurídica | 121 |
| Fundamentação fática | 123 |
| Sugestão de operacionalização | 123 |
| TESE 91 | 124 |
| Súmula: | 124 |
| Assunto | 124 |
| Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública | 124 |
| Fundamentação jurídica e fática | 125 |
| Sugestão de operacionalização | 129 |
| TESE 99 | 133 |
| Súmula: | 133 |
| Assunto | 133 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 133 |
| Fundamentação jurídica | 133 |
| Fundamentação fática | 142 |
| Sugestão de operacionalização | 142 |
| TESE 109 | 142 |
| Súmula: | 142 |
| Assunto | 143 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 143 |
| Fundamentação fática | 143 |
| Fundamentação jurídica | 145 |
| Sugestão de operacionalização | 149 |
| TESE 110 | 152 |
| Súmula: | 152 |

| | |
|---|-----|
| Assunto | 152 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública | 153 |
| Fundamentação jurídica | 153 |
| Fundamentação fática | 156 |
| Sugestão de operacionalização | 156 |
| TESE 111 | 157 |
| Súmula: | 157 |
| Assunto | 157 |
| Fundamentação jurídica | 157 |
| Fundamentação fática | 163 |
| Sugestão de operacionalização | 163 |
| TESE 114 | 164 |
| Súmula: | 164 |
| Assunto | 164 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 164 |
| Fundamentação jurídica | 165 |
| Fundamentação fática | 170 |
| Sugestão de operacionalização | 170 |
| TESE 115 | 171 |
| Súmula: | 171 |
| Assunto | 171 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 172 |
| Fundamentação jurídica | 172 |
| Fundamentação fática | 175 |
| Sugestão de operacionalização | 175 |
| TESE 116 | 176 |
| Súmula: | 176 |
| Assunto | 176 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 176 |
| Fundamentação jurídica | 177 |
| Fundamentação fática | 183 |
| Sugestão de operacionalização | 184 |
| Tese 120 | 185 |
| Súmula: | 185 |
| Assunto | 185 |

| | |
|---|-----|
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 186 |
| Fundamentação jurídica | 186 |
| Fundamentação fática..... | 187 |
| Sugestão de operacionalização | 187 |
| Tese 121..... | 187 |
| Súmula:..... | 187 |
| Assunto..... | 187 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 189 |
| Fundamentação jurídica | 189 |
| Fundamentação fática..... | 193 |
| Sugestão de operacionalização | 193 |
| Defensoria Pública do Estado do Paraná..... | 196 |
| TESE 10 | 196 |
| Súmula..... | 196 |
| Fundamentação Jurídica | 196 |
| Fundamentação Fática..... | 198 |
| Sugestão de Operacionalização | 198 |
| TESE 09 | 198 |
| Súmula:..... | 198 |
| Fundamentação Jurídica | 199 |
| Fundamentação Fática..... | 200 |
| Sugestão de Operacionalização | 200 |
| TESE 12 | 200 |
| Súmula..... | 200 |
| Fundamentação Jurídica | 200 |
| Fundamentação Fática..... | 203 |
| Sugestão de Operacionalização | 204 |
| INFÂNCIA E JUVENTUDE..... | 204 |
| Defensoria Pública do Estado de São Paulo | 204 |
| TESE 19 | 204 |
| Súmula:..... | 204 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 204 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 205 |
| Fundamentação teórica e fática:..... | 205 |
| TESE 20 | 211 |
| Súmula:..... | 211 |

| | |
|---|------------|
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 211 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 211 |
| Fundamentação teórica e fática: | 211 |
| TESE 21 | 216 |
| Súmula: | 216 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 216 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 216 |
| Fundamentação teórica e fática: | 216 |
| TESE 22 | 222 |
| Súmula: | 222 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 222 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 222 |
| Fundamentação teórica e fática: | 222 |
| TESE 23 | 227 |
| Súmula: | 227 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 227 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 227 |
| Fundamentação teórica | 228 |
| TESE 24 | 232 |
| Súmula: | 232 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 232 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 232 |
| Fundamentação teórica e fática: | 232 |
| TESE 25 | 234 |
| Súmula: | 234 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 234 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 234 |
| Fundamentação teórica e fática: | 234 |
| TESE 26 | 235 |
| Súmula: | 235 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 235 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 235 |
| Fundamentação teórica | 235 |
| TESE 27 | 237 |
| Súmula: | 237 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 237 |

| | |
|--|-----|
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 238 |
| Fundamentação teórica e fática: | 238 |
| TESE 28 | 240 |
| Súmula: | 240 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 240 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 241 |
| TESE 29 | 246 |
| Súmula: | 246 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 246 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 246 |
| Fundamentação teórica: | 246 |
| TESE 30 | 250 |
| Súmula: | 250 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 250 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 250 |
| Fundamentação teórica | 250 |
| TESE 31 | 258 |
| Súmula: | 259 |
| Indicação do ítem específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 259 |
| TESE 32 | 259 |
| Súmula: | 259 |
| Indicação do ítem específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 259 |
| Fundamentação teórica e fática | 260 |
| Exposição das proposições | 262 |
| TESE 33 | 263 |
| Súmula: | 263 |
| Conduta | 263 |
| Fundamentação Teórica | 263 |
| TESE 34 | 266 |
| Súmula: | 266 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 266 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 267 |
| Fundamentação teórica | 267 |
| TESE 35 | 268 |
| Súmula: | 268 |

| | |
|---|-----|
| Indicação do ítem específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 268 |
| TESE 36 | 268 |
| Súmula: | 269 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 269 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 269 |
| Fundamentação teórica | 269 |
| TESE 37 | 272 |
| Súmula: | 272 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 272 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 272 |
| Fundamentação teórica e fática: | 272 |
| TESE 38 | 276 |
| Súmula: | 276 |
| Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente: | 276 |
| Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere: | 276 |
| Fundamentação: | 276 |
| TESE 39 | 277 |
| Súmula: | 277 |
| TESE 84 | 281 |
| Súmula: | 281 |
| Fundamentação jurídica | 281 |
| Fundamentação fática | 282 |
| TESE 85 | 282 |
| Súmula: | 282 |
| Assunto: | 283 |
| Indicação do(s) item(ns) específico(s) relacionado (s) às atribuições institucionais da defensoria pública | 283 |
| Fundamentação jurídica | 283 |
| Fundamentação fática | 300 |
| Sugestão de operacionalização | 301 |
| TESE 104 | 302 |
| Súmula: | 302 |
| Assunto: | 302 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública: | 302 |
| Fundamentação jurídica: | 302 |
| Fundamentação fática | 308 |

| | |
|--|-----|
| Sugestão de operacionalização | 308 |
| TESE 105 | 309 |
| Súmula: | 309 |
| Assunto: | 309 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública: | 309 |
| Fundamentação jurídica: | 309 |
| Fundamentação fática | 312 |
| TESE 106 | 313 |
| Súmula: | 313 |
| Assunto | 313 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 314 |
| Fundamentação jurídica | 314 |
| Fundamentação fática | 315 |
| Sugestão de operacionalização | 316 |
| TESE 118 | 316 |
| Súmula: | 316 |
| Assunto | 316 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 316 |
| Fundamentação jurídica | 316 |
| Fundamentação fática | 319 |
| Sugestão de operacionalização | 319 |
| TESE 119 | 320 |
| Súmula: | 320 |
| Assunto: | 320 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública: | 320 |
| Fundamentação jurídica: | 320 |
| Fundamentação fática: | 321 |
| Sugestão de operacionalização | 321 |
| Tese 122 | 321 |
| Súmula | 322 |
| Assunto | 322 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 322 |
| Fundamentação jurídica | 322 |
| Fundamentação fática | 329 |
| Sugestão de operacionalização | 330 |
| Tese 123 | 331 |

| | |
|---|-----|
| Súmula..... | 332 |
| Assunto | 332 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 332 |
| Fundamentação jurídica | 332 |
| Fundamentação fática | 337 |
| Sugestão de operacionalização | 337 |
| Defensoria Pública do Estado do Paraná | 339 |
| TESE INSTITUCIONAL 01 | 339 |
| Súmula..... | 339 |
| Assunto | 339 |
| Fundamentação jurídica | 339 |
| Fundamentação fática | 343 |
| Sugestão de operacionalização | 343 |
| TESE INSTITUCIONAL 06 | 344 |
| Súmula..... | 344 |
| Assunto | 344 |
| Fundamentação jurídica | 344 |
| Fundamentação fática | 345 |
| Sugestão de operacionalização | 345 |
| TESE INSTITUCIONAL 08 | 345 |
| Súmula..... | 345 |
| Assunto | 346 |
| Fundamentação jurídica | 346 |
| Fundamentação fática | 346 |
| Sugestão de operacionalização | 347 |
| TESE 13 | 347 |
| Súmula..... | 347 |
| Fundamentação Jurídica | 347 |
| Fundamentação Fática | 349 |
| Sugestão de Operacionalização | 350 |
| FAMÍLIA | 350 |
| Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais | 351 |
| Situação: | 351 |
| Defensoria Pública do Estado de São Paulo | 352 |
| TESE 08 | 352 |
| Súmula..... | 352 |

| | |
|---|-----|
| Fundamentação Teórica e Fática | 352 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente..... | 354 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere. | 354 |
| TESE 56 | 354 |
| Súmula: | 354 |
| Assunto:..... | 355 |
| Relação da tese com as funções institucionais da defensoria pública do estado: | 355 |
| Dos fundamentos jurídicos da tese proposta: | 355 |
| Fundamentação fática da proposta: | 359 |
| Sugestão de operacionalização da tese proposta: | 360 |
| TESE 57 | 361 |
| Súmula: | 361 |
| Assunto | 361 |
| Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública..... | 361 |
| Fundamentação jurídica e fática | 2 |
| Sugestão de operacionalização | 4 |
| TESE 58 | 4 |
| Súmula: | 4 |
| Assunto:..... | 4 |
| Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública: | 5 |
| Fundamentação jurídica: | 5 |
| Fundamentação fática: | 9 |
| Sugestão de operacionalização: | 9 |
| TESE 59 | 10 |
| Súmula: | 10 |
| Assunto:..... | 10 |
| Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública: | 10 |
| Fundamentação jurídica: | 11 |
| Fundamentação fática: | 21 |
| Sugestão de operacionalização: | 22 |
| TESE 75 | 22 |
| Súmula: | 22 |

| | |
|--|----|
| Assunto | 23 |
| Relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública | 23 |
| Fundamentação jurídica e fática | 23 |
| Sugestão de operacionalização | 28 |
| TESE 76 | 28 |
| Súmula: | 28 |
| Assunto | 29 |
| Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública | 29 |
| Sugestão de operacionalização | 33 |
| TESE 77 | 35 |
| Súmula: | 35 |
| Assunto | 35 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 36 |
| Fundamentação jurídica | 36 |
| Fundamentação fática | 38 |
| Sugestão de operacionalização | 39 |
| TESE 86 | 51 |
| Súmula: | 51 |
| Assunto | 51 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 51 |
| Fundamentação jurídica | 51 |
| Fundamentação fática | 59 |
| Sugestão de operacionalização | 59 |
| TESE 97 | 59 |
| Súmula: | 59 |
| Assunto | 59 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 60 |
| Fundamentação jurídica | 60 |
| Fundamentação fática | 62 |
| Sugestão de operacionalização | 62 |
| TESE 98 | 63 |
| Súmula: | 63 |
| Assunto | 63 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 63 |
| Fundamentação jurídica | 64 |

| | |
|---|-----|
| Fundamentação fática..... | 68 |
| Sugestão de operacionalização | 68 |
| TESE 107 | 69 |
| Súmula:..... | 69 |
| Assunto..... | 69 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública..... | 69 |
| Fundamentação jurídica | 69 |
| Fundamentação fática..... | 78 |
| Sugestão de operacionalização | 78 |
| TESE 108 | 82 |
| Súmula:..... | 82 |
| Assunto..... | 82 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 82 |
| Fundamentação fática e jurídica | 82 |
| Sugestão de operacionalização | 87 |
| TESE 117 | 87 |
| Súmula:..... | 87 |
| Assunto..... | 87 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 87 |
| DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO INDEPENDENTEMENTE DE PROCESSO CRIMINAL | 87 |
| Fundamentação fática..... | 93 |
| Sugestão de operacionalização | 94 |
| Defendoria Pública do Estado do Paraná..... | 95 |
| TESE INSTITUCIONAL 02..... | 95 |
| Súmula..... | 95 |
| Assunto..... | 95 |
| Fundamentação jurídica | 95 |
| Fundamentação fática..... | 96 |
| Sugestão de operacionalização | 97 |
| CRIMINAL | 97 |
| Defendoria Pública do Estado de São Paulo..... | 97 |
| TESE 11 | 97 |
| Súmula:..... | 98 |
| Fundamentos:..... | 98 |
| TESE 12 | 100 |

| | |
|---|-----|
| Súmula: | 100 |
| Fundamentação teórica e fática | 100 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 103 |
| Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria pública em que se insere | 103 |
| TESE 13 | 104 |
| Súmula: | 104 |
| Atribuição institucional correspondente: | 104 |
| Item do plano de atuação em que se insere: | 104 |
| Fundamentação da tese: | 104 |
| TESE 14 | 114 |
| Súmula: | 114 |
| A extinção da punibilidade na pendência da execução da pena de multa nos termos da lei n. 9.268/96 | 114 |
| TESE 15 | 118 |
| Súmula: | 118 |
| Fundamentação teórica e fática | 118 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 120 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese: | 121 |
| TESE 16 | 121 |
| Súmula: | 121 |
| A inconstitucionalidade e ilegalidade da manutenção de registros criminais no banco de dados do instituto de identificação ricardo gumbleton daunt | 121 |
| TESE 17 | 124 |
| Súmula: | 124 |
| TESE 18 | 130 |
| Súmula: | 130 |
| Fundamentação teórica e fática: | 131 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente: | 131 |
| Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria em que se insere: | 131 |
| TESE 45 | 131 |
| Súmula: | 131 |
| Fundamentação teórica e fática | 131 |

| | |
|--|-----|
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente | 132 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 132 |
| TESE 46 | 132 |
| Súmula: | 133 |
| Fundamentação teórica e fática | 133 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente | 133 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 133 |
| TESE 64 | 134 |
| Súmula: | 134 |
| Assunto: | 134 |
| Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública: | 134 |
| Fundamentação fática e jurídica: | 134 |
| Sugestão de operacionalização: | 141 |
| TESE 65 | 141 |
| Súmula: | 141 |
| Assunto | 141 |
| Fundamentação teórica e fática | 141 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 143 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese: | 143 |
| TESE: 66 | 148 |
| Súmula: | 148 |
| Assunto: | 148 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 148 |
| Fundamentação fática: | 151 |
| Sugestão de operacionalização: | 151 |
| TESE 67 | 151 |
| Súmula: | 151 |
| Assunto: | 151 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente: | 151 |

| | |
|--|-----|
| Fundamentação jurídica: | 152 |
| Fundamentação fática: | 152 |
| Sugestão de operacionalização: | 152 |
| TESE 68 | 152 |
| Súmula: | 153 |
| Assunto | 153 |
| Intersecção do tema com a atuação da defensoria pública | 153 |
| Fundamentação jurídica e fática | 153 |
| Sugestão de operacionalização | 157 |
| TESE 82 | 157 |
| Súmula: | 157 |
| Assunto: | 157 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 157 |
| Fundamentação jurídica | 157 |
| Fundamentação fática | 159 |
| Sugestão de operacionalização | 159 |
| TESE 83 | 160 |
| Súmula: | 160 |
| Assunto | 160 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 160 |
| Fundamentação jurídica | 160 |
| Fundamentação fática | 164 |
| Sugestão de operacionalização | 165 |
| TESE 87 | 165 |
| Súmula: | 165 |
| Assunto | 165 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 165 |
| Fundamentação jurídica | 165 |
| Fundamentação fática | 167 |
| Sugestão de operacionalização | 167 |
| TESE 88 | 167 |
| Súmula: | 168 |
| Assunto | 168 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública | 168 |
| Fundamentação jurídica | 168 |
| Fundamentação fática | 171 |

| | |
|--|-----|
| Sugestão de operacionalização | 172 |
| TESE 92 | 172 |
| Súmula: | 172 |
| Assunto: | 172 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 172 |
| Fundamentação jurídica | 172 |
| Fundamentação fática | 174 |
| Sugestão de operacionalização | 174 |
| TESE 93 | 175 |
| Súmula: | 175 |
| Assunto: | 175 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 175 |
| Fundamentação jurídica | 175 |
| Fundamentação fática | 178 |
| Sugestão de operacionalização | 178 |
| TESE 94 | 179 |
| Súmula: | 179 |
| Assunto | 179 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 179 |
| Fundamentação jurídica | 179 |
| Fundamentação fática | 181 |
| Sugestão de operacionalização | 182 |
| TESE 100 | 182 |
| Súmula: | 183 |
| Assunto | 183 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 183 |
| Fundamentação jurídica | 183 |
| Fundamentação fática | 188 |
| Sugestão de operacionalização | 188 |
| TESE 101 | 188 |
| Súmula: | 189 |
| Assunto: | 189 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública: | 189 |
| Fundamentação jurídica | 189 |
| Fundamentação fática | 192 |
| Sugestão de operacionalização | 192 |

| | |
|---|-----|
| TESE 113 | 192 |
| Súmula: | 192 |
| Assunto | 193 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, in verbis: | 193 |
| Fundamentação fática e jurídica | 193 |
| Sugestão de Operacionalização | 196 |
| Tese 124 | 196 |
| Súmula: | 196 |
| Assunto: | 196 |
| Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública | 196 |
| Fundamentação jurídica | 197 |
| Fundamentação fática | 199 |
| Sugestão de operacionalização | 199 |
| Defensoria Pública do Estado do Paraná..... | 200 |
| TESE 01 | 200 |
| Súmula | 200 |
| Fundamentação Jurídica | 200 |
| TESE 02 | 201 |
| Súmula | 201 |
| Fundamentação Jurídica | 201 |
| Fundamentação Fática | 202 |
| Sugestão de Operacionalização | 202 |
| TESE INSTITUCIONAL 03 | 203 |
| Sumula: | 203 |
| Fundamentação jurídica: | 203 |
| Fundamentação fática | 205 |
| Sugestão de operacionalização: | 206 |
| TESE INSTITUCIONAL 04 | 206 |
| Súmula: | 206 |
| Assunto: | 206 |
| Fundamentação jurídica: | 206 |
| Fundamentação fática: | 215 |
| Sugestão de operacionalização | 216 |
| TESE INSTITUCIONAL 05 | 216 |
| Súmula | 216 |

| | |
|--|-----|
| Assunto | 216 |
| Fundamentação fática..... | 216 |
| Fundamentação jurídica | 218 |
| Sugestão de operacionalização | 220 |
| TESE 06 | 1 |
| Súmula..... | 1 |
| Fundamentação Jurídica | 1 |
| Fundamentação Fática..... | 2 |
| Sugestão de Operacionalização..... | 3 |
| TESE 07 | 3 |
| Súmula..... | 3 |
| Fundamentação Jurídica | 3 |
| Fundamentação Fática..... | 5 |
| Sugestão de Operacionalização..... | 5 |
| TESE 11 | 6 |
| Súmula..... | 6 |
| Fundamentação Fática e Jurídica | 6 |
| Sugestão de Operacionalização | 6 |
| Defensoria Pública do Estado de Goiás..... | 7 |
| TESE 01 | 7 |
| Súmula..... | 7 |
| Fundamentação Jurídica | 7 |
| Fundamentação Fática..... | 7 |
| Sugestão de Operacionalização..... | 8 |
| TESE 02 | 8 |
| Súmula..... | 8 |
| Fundamentação Jurídica | 8 |
| Fundamentação Fática..... | 9 |
| Sugestão de Operacionalização..... | 9 |
| TESE 03 | 9 |
| Súmula..... | 9 |
| Fundamentação Jurídica | 10 |
| Fundamentação Fática..... | 10 |
| Sugestão de Operacionalização..... | 11 |
| TESE 04 | 11 |
| Súmula..... | 11 |

| | |
|---|----|
| Fundamentação Jurídica | 11 |
| Fundamentação Fática..... | 12 |
| Sugestão de Operacionalização | 13 |
| TESE 05 | 13 |
| Súmula..... | 13 |
| Fundamentação Jurídica | 13 |
| Fundamentação Fática..... | 15 |
| Sugestão de Operacionalização | 15 |
| EXECUÇÃO CRIMINAL..... | 15 |
| Defensoria Pública do Estado de São Paulo:..... | 15 |
| TESE 09 | 15 |
| Súmula..... | 15 |
| Fundamentação teórica e fática | 15 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, <i>in verbis</i> : | 20 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere: | 20 |
| TESE 10 | 21 |
| Súmula..... | 21 |
| Fundamentação Teórica e Fática: | 21 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública: | 23 |
| Indicação dos itens do Plano Anual de Atuação da Defensoria referntes à tese apresentada: | 23 |
| TESE 43 | 24 |
| Súmula:..... | 24 |
| Fundamentação teórica e fática | 24 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente..... | 25 |
| Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere | 26 |
| TESE 51 | 26 |
| Súmula: | 26 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, <i>in verbis</i> : | 26 |
| Fundamentação jurídica | 27 |
| Fundamentação fática..... | 28 |
| Sugestão de operacionalização | 28 |

| | |
|--|----|
| TESE 52 | 31 |
| Súmula: | 31 |
| Assunto: | 32 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 32 |
| Fundamentação jurídica | 32 |
| Fundamentação fática | 35 |
| Sugestão de operacionalização | 35 |
| TESE 53 | 36 |
| Súmula: | 36 |
| Assunto | 36 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais | 36 |
| Fundamentação jurídica | 36 |
| Fundamentação fática; | 43 |
| Sugestão de operacionalização; | 45 |
| TESE 54 | 47 |
| Súmula: | 48 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente: art. 5º, vi, I, e vii, da lei 988/06, <i>in verbis</i>: | 48 |
| Fundamentação jurídica | 48 |
| Fundamentação fática | 50 |
| Sugestão de operacionalização | 50 |
| TESE 55 | 53 |
| Súmula: | 53 |
| Assunto | 53 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública | 53 |
| Fundamentação jurídica | 53 |
| Fundamentação fática | 54 |
| Sugestão de operacionalização | 54 |
| TESE 78 | 55 |
| Súmula: | 55 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: | 55 |
| Fundamentação jurídica | 55 |
| Fundamentação fática | 57 |
| Sugestão de operacionalização | 57 |

| | |
|--|----|
| TESE 79 | 61 |
| Súmula: | 61 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 61 |
| Fundamentação jurídica | 61 |
| Fundamentação fática | 67 |
| Sugestão de operacionalização | 67 |
| Súmula: | 68 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 68 |
| Fundamentação jurídica | 68 |
| Fundamentação fática | 69 |
| Sugestão de operacionalização | 69 |
| TESE 81 | 71 |
| Súmula: | 71 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais; | 71 |
| Fundamentação jurídica; | 71 |
| Fundamentação fática; | 74 |
| Sugestão de operacionalização; | 75 |
| TESE 81 | 76 |
| Súmula: | 76 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais; | 76 |
| Fundamentação jurídica; | 76 |
| Fundamentação fática; | 79 |
| Sugestão de operacionalização; | 80 |
| TESE 89 | 81 |
| Súmula: | 82 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente: | 82 |
| Fundamentação jurídica | 82 |
| Fundamentação fática | 86 |
| Sugestão de operacionalização | 87 |
| TESE 95 | 88 |
| Súmula: | 88 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública: | 88 |
| Fundamentação jurídica | 88 |

| | |
|--|-----|
| Fundamentação fática..... | 89 |
| Sugestão de operacionalização | 90 |
| TESE 96 | 92 |
| Súmula: | 92 |
| Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:..... | 93 |
| Fundamentação jurídica | 93 |
| Fundamentação fática..... | 94 |
| Sugestão de operacionalização | 94 |
| TESE 102 | 101 |
| Súmula: | 101 |
| Assunto | 101 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 102 |
| Fundamentação jurídica | 102 |
| Fundamentação fática..... | 104 |
| Sugestão de operacionalização | 104 |
| TESE 103 | 105 |
| Súmula: | 105 |
| Assunto | 105 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 105 |
| Fundamentação jurídica | 105 |
| Fundamentação fática..... | 109 |
| Sugestão de operacionalização | 109 |
| TESE 112 | 109 |
| Súmula: | 110 |
| Assunto:..... | 110 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 110 |
| Fundamentação jurídica | 110 |
| Fundamentação fática..... | 112 |
| Sugestão de operacionalização | 112 |
| Tese 125..... | 112 |
| Súmula..... | 112 |
| Assunto | 113 |
| Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública..... | 113 |
| Fundamentação jurídica | 113 |
| Fundamentação fática..... | 116 |

| | |
|--|-----|
| Sugestão de operacionalização | 117 |
| TESE 126 | 117 |
| Súmula | 118 |
| Assunto: | 118 |
| Indicação do(s) item(ns) específico(s) relacionado (s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública: | 118 |
| Fundamentação jurídica e fática: | 119 |
| Sugestão de operacionalização: | 125 |
| TESE 127 | 125 |
| Súmula: | 126 |
| Assunto | 126 |
| Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública. | 126 |
| Fundamentação jurídica. | 126 |
| Fundamentação fática e importância da proposta. | 128 |
| Sugestão de operacionalização. | 128 |
| Defensoria Pública do Estado do Paraná | 129 |
| TESE 03 | 129 |
| Súmula | 129 |
| Fundamentação Jurídica | 129 |
| Fundamentação Fática | 130 |
| Sugestão de Operacionalização | 130 |
| TESE 04 | 130 |
| Súmula | 130 |
| Fundamentação Jurídica | 130 |
| Fundamentação Fática | 133 |
| Sugestão de Operacionalização | 134 |
| TESE 05 | 134 |
| Súmula | 134 |
| Fundamentação Jurídica | 134 |
| Fundamentação Fática | 135 |
| Sugestão de Operacionalização | 136 |
| TESE INSTITUCIONAL 07 | 136 |
| Súmula | 136 |
| Assunto | 136 |
| Fundamentação jurídica | 136 |

| | |
|---|-----|
| Fundamentação fática | 140 |
| Sugestão de operacionalização | 140 |
| TESE 14 | 140 |
| Súmula | 140 |
| Fundamentação Jurídica | 141 |
| Fundamentação Fática | 142 |
| Sugestão de Operacionalização | 143 |
| TESE 15 | 143 |
| Súmula | 143 |
| Fundamentação Jurídica | 143 |
| Fundamentação Fática | 145 |
| Sugestão de Operacionalização | 146 |
| Defensoria Pública do Estado de Goiás | 146 |
| TESE 06 | 146 |
| Súmula | 146 |
| Fundamentação Jurídica | 146 |
| Fundamentação Fática | 148 |
| Sugestão de Operacionalização | 149 |
| ADMINISTRATIVO | 149 |
| Defensoria Pública do Estado do Paraná | 149 |
| TESE 08 | 149 |
| Súmula | 149 |
| Fundamentação Jurídica | 149 |
| Fundamentação Fática | 150 |
| Sugestão de Operacionalização | 151 |

CÍVEL

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

TESE 01

Proponente: Núcleo de Habitação e Urbanismo

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

Súmula

A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, como instrumento jurídico da política urbana (art. 183, § 1º da CF/88, c/c art. 4º, inc. V, letra 'h' da Lei 10.257/01 c/c MP 2.220/01) é, mais do que um direito do cidadão, é um dever do Estado, eis que esta vinculada a uma política de desenvolvimento urbano que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes (182 da CF/88 c/c art. 2º, inc. I da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade). Assim, na medida em que se coloca como instrumento da política de desenvolvimento urbano, de fundamento constitucional e legal, sua aplicação não depende de previsão em leis municipais (nem mesmo no Plano Diretor) ou estaduais de regularização fundiária e urbanística, eis que decorre diretamente da disciplina constitucional específica, que nada mais é do que uma consequência do reconhecimento da função social da propriedade pública (art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III da CF/88). A sua aplicação, portanto, deve se resolver no esforço de superar as limitações e dificuldades da disciplina legal a fim de, enfrentados aspectos polêmicos, servir efetivamente como instrumento de promoção do direito à cidade sustentável, especialmente em relação a função do direito à terra e a moradia (art. 6º da CF/88).

Fundamentação teórica e fática

Os assentamentos informais, de aparelhamento urbanístico precário, tem sido a alternativa de acesso a moradia dada a população de baixa renda, que se revela verdadeira compulsão, eis que se funda numa realidade de profunda exclusão sócio-territorial, que passa basicamente por uma aguda desigualdade na distribuição de renda, falta de políticas públicas de promoção do direito à moradia voltadas para a população pobre e pela especulação imobiliária, tudo de modo a perceber-se tal como ardiloso dispositivo de permanente indisposição com a condição digna da vida humana. Daí que o act. 183 da CF/88 e a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), cuidem de estabelecer os instrumentos jurídicos fundamentais da política urbana voltados a regularização fundiária, devem ser entendidos não só como ferramentas de uma reengenharia social vazia, mas plenamente preenchida de valores jurídicos fundamentais

Impõe-se, então, a intervenção do Estado no domínio econômico, através de instrumentos jurídicos de política urbana que promovam o acesso à terra, com a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos informais, como forma de tentar resolver o problema do direito à moradia digna (act. 6º da CF/88), de modo a mais do que encaminhar a uma questão de justiça social (act. 3º, inc. I e III da CF/88), tentar responder ao desafio de defender a dignidade humana como direito fundamental (act. 1º, inc. III da CF/88).

A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) estabelece, nessa toada, dentre os objetivos a serem atingidos para a realização do pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais (act. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01).

Dentre os instrumentos jurídico-urbanísticos postos a disposição pelo Estatuto da Cidade, a fim de incorporar a urbe clandestina a cidade legal está a concessão especial de uso para fins de moradia (act. 4º, inc. V, alínea 'h' da Lei 10.257/01).

A concessão especial de uso resta disciplinada, por sua vez, diante do veto aos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, pela Medida Provisória 2.220/01, estabilizada pela Emenda Constitucional 32/01.

Pela concessão especial de uso, aquele que, ou população de baixa renda, até 30 de junho de 2001, possuir como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural (art. 10 e 20 da MP 2.220/01).

Ocorre que tal instrumento de política urbana reserva ao operador do direito diversas surpresas, decorrentes de dificuldades que passam desde a constitucionalidade do próprio instituto, sua aplicação independente de disciplina própria dos entes federativos, sua caracterização como direito subjetivo, seu alcance temporal e sua jurisdicionalidade imediata.

Decerto, a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é Constitucional e não fere o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos. Decerto, do fato de que os imóveis públicos não possam ser adquiridos através da usucapião não significa que a concessão de uso especial, como direito real limitado, não possa ser adquirido por força da prescrição aquisitiva.

Com efeito, é a própria Constituição que prevê a Concessão de Uso Especial, como instrumento da política urbana, na medida em que promove a regularização fundiária. Ora, se existe expressa previsão constitucional a respeito da concessão de uso especial, não é possível que ela não signifique nada. É forçoso reconhecer portanto que, excepcionalmente, a parte os imóveis públicos são serem passíveis de usucapião, é possível a prescrição aquisitiva de direitos reais limitados sobre bens públicos, em se tratando da concessão especial.

E assim é pois a Concessão de Uso especial para fins de moradia não é uma modalidade de usucapião de bens públicos, ele é um instituto distinto, que reconhece a função social da posse, de um lado, e a função social da propriedade pública, de outro.

Tampouco se possa dizer que a MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia fere o princípio da autonomia administrativa dos Estados e Municípios.

De fato, a aplicação da concessão de uso especial decorre diretamente da Constituição, sendo apenas a função da lei estabelecer normas gerais de aplicação do instituto, que desenvolve uma política pública.

Com efeito, é necessário que a lei federal desenvolva a concessão de uso especial como instrumento de política urbana de nível constitucional, de modo a conferir-lhe a uniformidade necessária para o funcionamento eficaz de uma política pública. Por sua vez, a concessão de uso especial não é ato discricionário da administração. Em verdade, tanto que reconhecida a existência dos seus elementos, a administração é obrigada a atuar no sentido de conceder o uso. A Concessão de uso especial para fins de moradia gera um direito subjetivo, de modo que o respectivo ato que a realiza é vinculado.

Não se diga, porém, por seu turno, que ainda que pudesse ser caracterizada a concessão de uso especial para fins de moradia como direito subjetivo, tal seria inexigível, a medida em que, para que pudesse o imóvel ser alienado, como bem público, deveria ser previamente desafetado, por lei específica.

Decerto, existe um regime jurídico próprio dos imóveis públicos ocupados por populações de baixa renda, cuja disciplina dispensa a prévia lei de desafetação para a alienação do imóvel, na medida exata em que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é instrumento de Política Urbana de nível constitucional.

A parte isto, é necessário apontar uma certa parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, ao limitar temporalmente seu alcance.

Com efeito, como instrumento jurídico-urbanístico posto a disposição para permitir a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, o objetivo da política de desenvolvimento urbano, que tem como objetivo a realização do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da CF/88, restaria comprometido, caso se assumisse tal limitação temporal.

Decerto, a consecução de uma política de desenvolvimento urbano que preze o direito à cidade sustentável e o direito à moradia deve perceber que suas medidas de integração urbanística, pela regularização fundiária, são um esforço constante. Uma limitação temporal no alcance de qualquer instrumento jurídico-urbanístico prejudica este processo e põe a perder todo o compromisso público, dando uma saída, pelos fundos, para o eterno retorno da urbe clandestina, movida, sem parar, por uma constante exclusão social, que não conhece limites jurídicos.

Nesse sentido, é também inconstitucional porque discrimina, injustificadamente, os futuros cidadãos, alvos do processo de exclusão social, que ficariam sem acesso a moradia, por não contarem com este instrumento jurídico-urbanístico de regularização fundiária, enquanto exercerem posse semelhante sobre imóveis públicos.

Por fim, tal limitação temporal é também inconstitucional, violando, por igual, o princípio da igualdade, pois distingue a aplicação do princípio da função social da propriedade em relação a propriedade particular e a pública, de forma injusticável, eis que ambos são atingidos pela irregularidade urbanística, provocada pelas mesmas causas.

Portanto, a expressão "até 30 de junho de 2001", dos arts. 1º e 2º da MP 2.220/01 é inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 182 c/c art. 5º, "caput", da CF/88.

Mas ainda há outra parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que diz com a limitação do direito de ação fundado no direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Com efeito, não se diga que, conquanto não tenha havido pedido anterior a administração, o direito a concessão de uso especial coletiva não pode ser reconhecido.

A toda evidência, a obrigatoriedade do prévio encaminhamento do pedido de concessão de uso a administração viola o direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), ao dispor sobre sua condicionabilidade a uma instância administrativa de curso forçado. Ora, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça a defesa dos seus interesses no processo civil atenta contra o direito constitucional de ação.

Decerto, não se pode condicionar, tanto que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia seja um direito subjetivo exercitável perante a administração pública, o direito à proteção jurisdicional, especialmente quando se trata de pleitear proteção em face do próprio Estado. A lesão a direito coletivo se apresenta imediatamente, e pode, de pronto, ser apreciada, não se justificando seja conferido a administração prazo para decidir sobre o reconhecimento ou não da concessão de uso, já que se trata de ato administrativo plenamente vinculado.

Na verdade, o prazo só se justifica quando se coloca como espaço de tempo necessário a instrução do pedido, para a comprovação dos seus fundamentos de fato: mas, em assim sendo, tal pode ser cumprido também no processo judicial, e, tanto seja a administração parte, pode ser acompanhada por ela, de modo a permitir que esta reconheça, ou não, o pedido. Enfim, não se justifica seja a jurisdição condicionada por uma a uma instância administrativa de curso forçado.

Portanto, a expressão "em caso de recusa ou omissão deste", do art. 6º da MP 2.220/01 é também inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão

constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Indicação das atribuições institucionais da defensoria pública

O Núcleo de Habitação e Urbanismo, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previsto no art. 52, parágrafo único, '5' da Lei Complementar Estadual 988/06 tem como objetivo operacionalizar judicialmente os instrumentos de política urbana, prestando auxílio e suporte aos Defensores naturais.

Neste sentido, a presente tese é um esforço de tomar eficaz, e exigível judicialmente, o instrumento de política urbana da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Indicação do ítem do plano anual da defensoria pública.

A operacionalização judicial do direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia está prevista no Plano Anual da Defensoria Pública na Parte IU, item f), nº 09. A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, como instrumento jurídico da política urbana (art. 183, § 1º da CF/88, c/c art. 4º, inc. V, letra 'h' da Lei 10.257/01 c/c MP 2.220/01) é, mais do que um direito do cidadão, é um dever do Estado, eis que esta vinculada a uma política de desenvolvimento urbano que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes (182 da CF/88 c/c art. 2º, inc. I da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade). Assim, na medida em que se coloca como instrumento da política de desenvolvimento urbano, de fundamento constitucional e legal, sua aplicação não depende de previsão em leis municipais (nem mesmo no Plano Diretor) ou estaduais de regularização fundiária e urbanística, eis que decorre diretamente da disciplina constitucional específica, que nada mais é do que uma consequência do reconhecimento da função social da propriedade pública (art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III da CF/88). A sua aplicação, portanto, deve se resolver no esforço de superar as limitações e dificuldades da disciplina legal a fim de, enfrentados aspectos polêmicos, servir efetivamente como instrumento de promoção do direito à cidade sustentável, especialmente em relação a função do direito à terra e a moradia (art. 6º da CF/88).

Fundamentação teórica e fática

Os assentamentos informais, de aparelhamento urbanístico precário, tem sido a alternativa de acesso a moradia dada a população de baixa renda, que se revela verdadeira compulsão, eis que se funda numa realidade de profunda exclusão sócio-territorial, que passa basicamente por uma aguda desigualdade na distribuição de renda, falta de políticas públicas de promoção do direito à moradia voltadas para a população pobre e pela especulação imobiliária, tudo de modo a perceber-se tal como ardiloso dispositivo de permanente indisposição com a condição digna da vida humana. Daí que o art. 183 da CF/88 e a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), cuidem de estabelecer os instrumentos jurídicos fundamentais da política urbana voltados a regularização fundiária, devem ser entendidos não só como ferramentas de uma reengenharia social vazia, mas plenamente preenchida de valores jurídicos fundamentais.

Impõe-se, então, a intervenção do Estado no domínio econômico, através de instrumentos jurídicos de política urbana que promovam o acesso à terra, com a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos informais, como forma de tentar resolver o problema do direito à moradia digna (art. 6º da CF/88), de modo a mais do que encaminhar a uma questão de justiça social (art. 3º, inc. I e III da CF/88), tentar responder ao desafio de defender a dignidade humana como direito fundamental (art. 1º, inc. III da CF/88).

A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) estabelece, nessa toada, dentre os objetivos a serem atingidos para a realização do pleno desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais (act. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01).

Dentre os instrumentos jurídico-urbanísticos postos a disposição pelo Estatuto da Cidade, a fim de incorporar a urbe clandestina a cidade legal está a concessão especial de uso para fins de moradia (act. 4º, inc. V, alínea 'h' da Lei 10.257/01).

A concessão especial de uso resta disciplinada, por sua vez, diante do veto aos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, pela Medida Provisória 2.220/01, estabilizada pela Emenda Constitucional 32/01.

Pela concessão especial de uso, aquele que, ou população de baixa renda, até 30 de junho de 2001, possuir como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural (art. 10 e 20 da MP 2.220/01).

Ocorre que tal instrumento de política urbana reserva ao operador do direito diversas surpresas, decorrentes de dificuldades que passam desde a constitucionalidade do próprio instituto, sua aplicação independente de disciplina própria dos entes federativos, sua caracterização como direito subjetivo, seu alcance temporal e sua jurisdicionalidade imediata.

Decerto, a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é Constitucional e não fere o princípio da imprescritibilidade dos bens públicos. Decerto, do fato de que os imóveis públicos não possam ser adquiridos através da usucapião não significa que a concessão de uso especial, como direito real limitado, não possa ser adquirido por força da prescrição aquisitiva.

Com efeito, é a própria Constituição que prevê a Concessão de Uso Especial, como instrumento da política urbana, na medida em que promove a regularização fundiária. Ora, se existe expressa previsão constitucional a respeito da concessão de uso especial, não é possível que ela não signifique nada. É forçoso reconhecer portanto que, excepcionalmente, a parte os imóveis públicos são serem passíveis de usucapião, é possível a prescrição aquisitiva de direitos reais limitados sobre bens públicos, em se tratando da concessão especial.

E assim é pois a Concessão de Uso especial para fins de moradia não é uma modalidade de usucapião de bens públicos, ele é um instituto distinto, que reconhece a função social da posse, de um lado, e a função social da propriedade pública, de outro.

Tampouco se possa dizer que a MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia fere o princípio da autonomia administrativa dos Estados e Municípios.

De fato, a aplicação da concessão de uso especial decorre diretamente da Constituição, sendo apenas a função da lei estabelecer normas gerais de aplicação do instituto, que desenvolve uma política pública.

Com efeito, é necessário que a lei federal desenvolva a concessão de uso especial como instrumento de política urbana de nível constitucional, de modo a conferir-lhe a uniformidade necessária para o funcionamento eficaz de uma política pública. Por sua vez, a concessão de uso especial não é ato discricionário da administração. Em verdade, tanto que reconhecida a existência dos seus elementos, a administração é obrigada a atuar no sentido de conceder o uso. A Concessão de uso especial para fins de moradia gera um direito subjetivo, de modo que o respectivo ato que a realiza é vinculado.

Não se diga, porém, por seu turno, que ainda que pudesse ser caracterizada a concessão de uso especial para fins de moradia como direito subjetivo, tal seria inexigível, a medida em que, para que pudesse o imóvel ser alienado, como bem público, deveria ser previamente desafetado, por lei específica.

Decerto, existe um regime jurídico próprio dos imóveis públicos ocupados por populações de baixa renda, cuja disciplina dispensa a prévia lei de desafetação para a alienação do imóvel, na medida exata em que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é instrumento de Política Urbana de nível constitucional.

A parte isto, é necessário apontar uma certa parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que disciplina a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, ao limitar temporalmente seu alcance.

Com efeito, como instrumento jurídico-urbanístico posto a disposição para permitir a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, o objetivo da política de desenvolvimento urbano, que tem como objetivo a realização do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da CF/88, restaria comprometido, caso se assumisse tal limitação temporal.

Decerto, a consecução de uma política de desenvolvimento urbano que preze o direito à cidade sustentável e o direito à moradia deve perceber que suas medidas de integração urbanística, pela regularização fundiária, são um esforço constante. Uma limitação temporal no alcance de qualquer instrumento jurídico-urbanístico prejudica este processo e põe a perder todo o compromisso público, dando uma saída, pelos fundos, para o eterno retorno da urbe clandestina, movida, sem parar, por uma constante exclusão social, que não conhece limites jurídicos.

Nesse sentido, é também inconstitucional porque discrimina, injustificadamente, os futuros cidadãos, alvos do processo de exclusão social, que ficariam sem acesso a moradia, por não contarem com este instrumento jurídico-urbanístico de regularização fundiária, enquanto exercerem posse semelhante sobre imóveis públicos.

Por fim, tal limitação temporal é também inconstitucional, violando, por igual, o princípio da igualdade, pois distingue a aplicação do princípio da função social da propriedade em relação a propriedade particular e a pública, de forma injusticável, eis que ambos são atingidos pela irregularidade urbanística, provocada pelas mesmas causas.

Portanto, a expressão "até 30 de junho de 2001", dos arts. 1º e 2º da MP 2.220/01 é inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 182 c/c art. 5º, "caput", da CF/88.

Mas ainda há outra parcela de inconstitucionalidade material da MP 2.220/01, que diz com a limitação do direito de ação fundado no direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Com efeito, não se diga que, conquanto não tenha havido pedido anterior a administração, o direito a concessão de uso especial coletiva não pode ser reconhecido.

A toda evidência, a obrigatoriedade do prévio encaminhamento do pedido de concessão de uso a administração viola o direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), ao dispor sobre sua condicionabilidade a uma instância administrativa de curso forçado. Ora, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça a defesa dos seus interesses no processo civil atenta contra o direito constitucional de ação.

Decerto, não se pode condicionar, tanto que a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia seja um direito subjetivo exercitável perante a administração pública, o direito à proteção jurisdicional, especialmente quando se trata de pleitear proteção em face do próprio Estado. A lesão a direito coletivo se apresenta imediatamente, e pode, de pronto, ser apreciada, não se justificando seja conferido a administração prazo para decidir sobre o reconhecimento ou não da concessão de uso, já que se trata de ato administrativo plenamente vinculado.

Na verdade, o prazo só se justifica quando se coloca como espaço de tempo necessário a instrução do pedido, para a comprovação dos seus fundamentos de fato: mas, em assim sendo, tal pode ser cumprido também no processo judicial, e, tanto seja a administração parte, pode ser acompanhada por ela, de modo a permitir que esta reconheça,

ou não, o pedido. Enfim, não se justifica seja a jurisdição condicionada por uma a uma instância administrativa de curso forçado.

Portanto, a expressão "em caso de recusa ou omissão deste", do art. 6º da MP 2.220/01 é também inconstitucional, e deve ser reduzida do texto, numa técnica de decisão constitucional, em controle difuso, compatível com o modelo procedimental de jurisdição constitucional, eis que viola o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Indicação das atribuições institucionais da defensoria pública

O Núcleo de Habitação e Urbanismo, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previsto no art. 52, parágrafo único, '5' da Lei Complementar Estadual 988/06 tem como objetivo operacionalizar judicialmente os instrumentos de política urbana, prestando auxílio e suporte aos Defensores naturais.

Neste sentido, a presente tese é um esforço de tomar eficaz, e exigível judicialmente, o instrumento de política urbana da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

Indicação do item do plano anual da defensoria pública.

A operacionalização judicial do direito à Concessão de Uso Especial para fins de Moradia está prevista no Plano Anual da Defensoria Pública na Parte IU, item f), nº 09.

TESE 02

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

O DEFENSOR PÚBLICO TODA VEZ QUE APRESENTAR IMPUGNAÇÃO DE QUALQUER DECISÃO JUDICIAL, DEVERÁ UTILIZAR, SEMPRE QUE POSSÍVEL, COMO FUNDAMENTO, ALGUM DISPOSITIVO DE TRATADO DE DIREITOS HUMANOS (RATIFICADO E ASSINADO PELO BRASIL), OBJETIVANDO A EFETIVA APLICAÇÃO DESTES DIPLOMAS NO BRASIL E TAMBÉM PARA QUE EVENTUALMENTE POSSA APRESENTAR O CASO PERANTE O SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.

Fundamentação teórica e fática

Como é sabido, é diminuto o número de operadores do direito atuantes perante o ordenamento jurídico pátrio que embasam as suas manifestações nos dispositivos de Tratados de Direitos Humanos (ratificados e assinados pelo Brasil), o que dificulta que estes preceitos tenham efetiva aplicação em nosso país.

Não se pode olvidar o disposto no artigo 5º, parágrafos 1º e 2 da Constituição Federal que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais expressas nos Tratados de Direitos Humanos (ratificados e assinados pelo Brasil) tem aplicação imediata.

Ademais, consoante a redação do artigo 5º, VI, alínea "b" da Lei Complementar Estadual nº 988/2006, é atribuição institucional da Defensoria Pública a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos.

Outrossim, é importante lembrar que o Brasil se submete às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisdição da Comissão e da Corte Americana de Direitos Humanos.

Assim, esta tese tem embasamento nos seguintes preceitos legais: Artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente:

Artigo 5º, inciso VI, alínea “b” da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria em que se insere:

Capítulo II – Grupo Temático: Direitos Humanos – Item 4.

TESE 03

Proponente: Rafael Morais Português de Souza

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

É atribuição discricionária do Defensor Público, no âmbito de sua autonomia funcional (art. 5º, VI, “g” c.c art. 162, VI da LCE 988/2006) a instauração de inquérito civil com intuito de instruir futura ação coletiva, devendo o art.8, §1º da Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) – com fundamento na teoria dos poderes implícitos – ser interpretada conforme a Constituição, propiciando-se ao Defensor os meios jurídicos necessários à consecução plena de sua missão constitucional (CRFB/88, art.134).

Justificativa

É regra elementar da hermenêutica, com ampla aplicação corrente no direito constitucional pátrio, o princípio segundo a qual, quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido.

Segundo Pinto Ferreira, em seus Comentários à Constituição Brasileira, “as Constituições não procedem a enumerações exaustivas das faculdades atribuídas aos poderes dos próprios Estados. Elas apenas enunciam os lineamentos gerais das disposições legislativas e dos poderes, pois normalmente cabe a cada órgão da soberania nacional o direito ao uso dos meios necessários à consecução dos seus fins. São os chamados poderes implícitos.”

Ou seja, para os partidários dos poderes implícitos (leia-se STF), onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda vez que a Constituição outorga um poder, aí se incluem, implicitamente, todos os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada uma adequação entre os meios e o fim (princípio da proporcionalidade).

Nessa perspectiva, a outorga constitucional de um poder deve ser interpretada presumindo-se que às autoridades públicas (p.e Defensor Público) foram, simultânea e implicitamente, conferidos amplos poderes para a concretização desse poder.

O referido princípio constitucional é plenamente aplicável à Defensoria Pública, devendo-se reconhecer os poderes implícitos da Instituição que possibilitem o exercício de sua missão constitucional de orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, garantindo o pleno acesso à justiça (CF/88, art.134 c.c art. 5º, LXXIV).

Ademais, observa-se que não existe vedação expressa de o Defensor Público instaurar inquérito civil, justificando-se a medida ante a necessidade de garantir isonomia processual, pleno acesso às provas, de forma a efetivar o princípio da proteção integral do necessitado, processualmente vulnerável nos termos da Constituição.

A tese apresenta clara consonância com as atribuições da Defensoria Pública instituídas pelo art. 5º da LCE 988/2006, em especial o inciso VI, “g” (promoção da ação civil pública para a tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo) e o inciso IX (assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes).

Por outro lado, a tese encontra estofa nas diversas metas estabelecidas no plano anual de atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em especial as indicadas para a atuação nas áreas da infância e juventude, carcerária, habitação, urbanismo e direitos humanos.

TESE 04

Proponentes: Carolina Brambila Bega, Felipe Pires Pereira, Luciana Jordão da Motta Armiliato Carvalho e Tiago Fensterseifer

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

Súmula

A Defensoria Pública encontra-se legitimada constitucional e infraconstitucionalmente a atuar na tutela e efetivação do direito fundamental ao ambiente da população necessitada, especialmente por conta da dimensão socioambiental das questões ecológicas contemporâneas. Com base em tal premissa, alinhada à alteração do art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) levada a cabo pela Lei 11.448/07, a Defensoria Pública possui legitimidade ampla, concorrente, disjuntiva e autônoma para propor a ação civil pública em matéria ambiental - tutelando, portanto, interesses difusos -, tendo em vista que é a população carente quem, na maioria das vezes, sofrerá os efeitos diretos da degradação ecológica, já que não dispõe nem de recursos econômicos nem de informação para evitá-los ou mesmo minimizá-los.

2. Fundamentação jurídica e fática da tese

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente tese objetiva lançar alguns argumentos (e luzes!) em defesa da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública na tutela de interesses difusos (além dos interesses coletivos em sentido estrito e dos interesses individuais homogêneos), notadamente no caso da proteção do ambiente. Há um debate “efervescente” sobre a questão impulsionado, especialmente, pela recente inclusão da Defensoria Pública no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública, através da Lei 11.448/07 que alterou a redação do art. 5º da Lei 7.347/85, bem como pela Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 3.943, interposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) contra o referido dispositivo, já com parecer do Procurador-Geral da República pela sua inconstitucionalidade. Para tecer a defesa da legitimidade jurídico-constitucional da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental, far-se-á uma análise da doutrina e da jurisprudência contemporâneas,

especialmente com base na teoria dos direitos fundamentais e na perspectiva jurídico-constitucional de uma democracia participativa.

2.2. A QUEM PERTENCE O AR QUE RESPIRO? DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO DO AMBIENTE

Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses “difusos”, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro?.[1]

O surgimento dos direitos transindividuais coloca novos desafios para o jurista contemporâneo. Em vista de uma sociedade de relações massificadas, o Direito abandona sua concepção liberal-individualista para conceber cada vez mais demandas sociais de natureza plural e coletiva. No intuito de caracterizar a nova ordem de direitos e interesses de natureza transindividual, é oportuna a leitura dos textos de CAPPELLETTI, que, já em meados da década de 70, diagnosticava a emergência das relações massificadas em nossas comunidades, destacando-se o seu célebre questionamento que caracteriza a natureza difusa do direito ao ambiente e elucida a respeito dessa nova ordem de valores coletivos: “a quem pertence o ar que respiro?”. Os exemplos mais importantes dos direitos transindividuais estão na defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V) e na tutela do ambiente (art. 225 e art. 170, VI), ambos integrantes do rol constitucional dos direitos fundamentais.

Com tal quadro da realidade social (agora socioambiental!), ao processo civil cumpre ajustar-se aos novos direitos transindividuais a ponto de garantir a sua tutela adequada e efetiva.[2] O processo civil, nesse caminhar, passa a estabelecer um diálogo franco e aberto com a Constituição, e especialmente com a teoria dos direitos fundamentais, sem nunca perder de vista a natureza de “instrumento” das normas processuais para com o direito material. A efetivação dos direitos e a pacificação social são o verdadeiro “fim” das normas processuais. Como instrumento ou meio de realização do direito material, o processo não pode opor barreiras formais à concretização dos direitos, especialmente quando estiverem em causa direitos fundamentais, sempre em vista da garantia constitucional do acesso à justiça[3], da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva[4]. Tal perspectiva pode ser verificada a partir da criação de técnicas processuais adequadas e necessárias a uma tutela jurisdicional efetiva, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova nos processos coletivos de matéria ambiental e de consumo, a criação de um código de processo coletivo[5], a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública e dos demais instrumentos de tutela coletiva (como ocorrido com a ampliação recente do rol do art. 5º da Lei 7.347/85). Nesse horizonte, também se destaca uma atuação mais ativa do Poder Judiciário quando estiverem em litígio direitos fundamentais. Tal se dá em razão dos *deveres de proteção* conferidos ao Juiz e aos Tribunais, que passam a atuar na condição de “guardiões” dos direitos fundamentais, e não apenas como “bocas da lei”.

O acesso à justiça no âmbito dos direitos transindividuais pode ser instrumentalizado tanto através de instituições estatais (Ministério Público, Defensoria Pública ou outros entes públicos) como através de atores privados, como as associações civis de defesa ecológica (com manuseio da ação civil pública) ou mesmo os cidadãos individualmente (como ocorre no caso da tutela ambiental viabilizada pela ação popular e pelas ações que tutelam os direitos de vizinhança). É importante sempre ter em conta a dimensão política e democrática da garantia constitucional do acesso à justiça, em razão de que a via judicial também é uma instância de atuação política e exercício da cidadania. Nesse contexto, o próprio papel do Estado, e especialmente do Poder Judiciário, deve estar ajustado à salvaguarda dos direitos

fundamentais. Há que se abrir as portas dos Tribunais aos direitos transindividuais e garantir o acesso à justiça, materializando tais direitos no “mundo da vida”. E, para tanto, deve-se defender a idéia em torno de um acesso à justiça “substancial”, e não apenas “formal”, com a implementação de técnicas processuais capazes de “levar a sério” os direitos transindividuais.[6]

A consolidação dos interesses ditos transindividuais (ou seja, aqueles atinentes a toda coletividade), como assevera BOLZAN DE MORAIS, é uma das características marcantes do Direito contemporâneo, já que tais interesses, por seus vínculos com categorias inteiras de indivíduos, passam a exigir novos arranjos nas relações entre Estado e Sociedade, bem como um reposicionamento teórico da ciência jurídica. Nesse ponto, destaca o autor que a atenção volta-se, em especial, para os direitos coletivos e difusos, que encontram nos problemas ambientais um exemplo particularmente ilustrativo e bem acabado, e não mais para as questões individuais que sempre caracterizaram a tradição do direito liberal.[7] Como enfrentamento da tradição do direito liberal, BOLZAN DE MORAIS destaca que os direitos transindividuais implicam a transposição do paradigma jurídico clássico, marcado por uma concepção eminentemente individualista, já que se referem a um “conjunto inapreensível quantitativamente e que, projetando-se ao infinito, pode significar o interesse da espécie humana em sua própria manutenção e, qualitativamente, representam a reversão completa do quadro de paixões e interesses propostos nos últimos séculos por toda uma visão utilitária de mundo”. [8]

MIRANDA, ao traçar as conexões entre direitos fundamentais e direitos transindividuais, refere que estes são uma manifestação da existência ou do alargamento de “necessidades coletivas individualmente sentidas”, o que traduz um dos entrosamentos específicos de Estado e sociedade, implicando formas complexas de relacionamento entre pessoas e os grupos no âmbito da sociedade política que só podem ser apreendidos numa nova perspectiva de cultura cívica e jurídica.[9] O constitucionalista português destaca ainda que os direitos transindividuais representam necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária, não sendo nem interesses públicos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projetar-se, de modo específico, direta ou indiretamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas.[10] Como exemplo de direitos transindividuais, MIRANDA destaca, além da defesa do ambiente e conservação da Natureza, o patrimônio cultural, a saúde pública, a proteção do consumidor, a cobertura médica e hospitalar, a existência de uma rede de transportes e equipamentos sociais, existência de uma rede de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, etc. [11]

Com relação especificamente aos direitos difusos e coletivos, CAPPELLETTI pontua que a sua caracterização demarca uma verdadeira “revolução” no âmbito do processo civil, mais especificamente em relação ao acesso à justiça (por exemplo, dos consumidores e dos movimentos ecológicos), determinando a reformulação das noções tradicionais básicas do processo civil e do papel dos tribunais.[12] O jurista italiano destaca a existência de três “ondas” que expressam a evolução do acesso à justiça, sendo caracterizadas, respectivamente, pela: 1) assistência judiciária para os pobres; 2) representação dos interesses difusos; e 3) efetividade dos mecanismos de acesso à justiça.[13] A terceira onda aponta para a necessidade de criação e estruturação de instituições estatais com tal missão constitucional (ex. implementação e aparelhamento da Defensoria Pública para a tutela dos direitos da população carente), de instrumentos de prevenção de litígios e de técnicas processuais ajustadas à natureza dos direitos materiais (individuais e metaindividuais). Nesse quadrante, está também consubstanciada a novel garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

A “revolução” identificada por CAPPELLETTI tem ao seu fundo, para além dos ajustes necessários ao instrumento processual, uma nova dimensão de direitos materiais, que

ultrapassa a concepção eminentemente individualista do Estado Liberal e mesmo a concepção coletiva do Estado Social, em razão de que, para além de indivíduos e certos grupos sociais, a nova ordem de direitos transindividuais transpõem todas as barreiras postas pelos modelos anteriores em termos de titularidade de direitos para contemplar uma titularidade indeterminada e disseminada no âmbito de toda a sociedade, nacional e mesmo internacional. Nem só o indivíduo, nem só a classe social. Os direitos e interesses dos consumidores e os direitos ambientais reivindicados pelos movimentos ecológicos são os grandes e paradigmáticos exemplos da nova “cara pintada” jurídica, caracterizando o marco dos direitos transindividuais, especialmente por transporem as perspectivas do indivíduo e da classe ou grupo social.

No mesmo sentido, ZAVASCKI refere que o aperfeiçoamento do sistema processual no sentido de conceber mecanismos adequados à tutela de direitos coletivos, bem como de direitos individuais atingidos ou ameaçados por lesivos de grande escala, deveu-se especialmente em razão da conscientização dos meios sociais para a adoção de medidas destinadas a: (a) preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas conseqüências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias.^[14] O eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça destaca ainda que, tendo a proteção do ambiente e a defesa do consumidor dado o ponto de partida para o movimento reformador de vários sistemas jurídicos, as medidas corretivas do sistema implicaram a adoção tanto de normas de “direito material (civil e penal) destinadas a dar consistência normativa” à tutela dos novos bens jurídicos lesados quanto novos “mecanismos de natureza processual para operacionalizar a sua defesa em juízo”, considerando-se a absoluta inaptidão dos “velhos” métodos processuais tradicionais para dar conta dos novos conflitos sociais, marcados pela sua dimensão transindividual.^[15]

A reforma processual, como acentua ZAVASCKI acima, trouxe também consubstanciada uma reforma do próprio direito material, que acabou por incorporar no sistema jurídico os novos direitos transindividuais, coletivos e difusos (e também os individuais homogêneos), captando os novos conflitos sociais legitimados no âmbito comunitário. Na ordem jurídica brasileira, os direitos transindividuais foram contemplados por inúmeros diplomas legislativos desde os anos 80, destacando-se o paradigma da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que disciplinou a “ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral; sendo seguida por outras legislações que dispuseram sobre a tutela: de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853/89); de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90); de consumidores (Lei 8.078/90); da probidade na administração pública (Lei 8.429/92); da ordem econômica (Lei 8.884/94) e dos interesses das pessoas idosas (Lei 10.741/03). Também merece destaque a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que, de certa forma, abre o cenário jurídico brasileiro para os direitos transindividuais, com a positivação da proteção ambiental em diploma próprio.

A Constituição Federal de 1988, alinhada com tal “revolução” do processo civil operado pela tutela coletiva, foi generosa com a proteção dos direitos transindividuais, consagrando instrumentos de acesso à justiça para a tutela de tais relações jurídicas, abrindo as portas do Judiciário para a tutela de tais direitos. Nesse contexto, é importante destacar o lugar de destaque do Ministério Público (dos Estados, do Distrito Federal e da União) na tutela dos interesses transindividuais, em vista do papel constitucional de guardião dos direitos coletivos e difusos que foi conferido à instituição pelo art. 129, III, da Constituição brasileira.^[16] Agora, também ganha destaque cada vez mais a atuação da Defensoria Pública (dos Estados, do Distrito Federal e da União) na tutela dos direitos transindividuais, e mesmo individuais homogêneos, tendo em vista ter sido sancionado recentemente diploma legislativo (Lei

11.448/07) que conferiu à instituição legitimação *ad causam* para a propositura de ação civil pública, alterando dispositivo da Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, da Lei 7.347/85). Tal mudança legislativa acaba por forçar ainda mais a abertura do Judiciário às demandas coletivas, especialmente dos pobres do Brasil, garantindo a estes o acesso à justiça que até então lhes era negado em grande medida. A “terceira onda” apontada por CAPPELLETTI rompe com uma concepção apenas formal do acesso à justiça, voltando-se para a efetivação de tal acesso, o que demanda por novas formatações normativas tanto de natureza estrutural-organizacionais (ex. criação e estruturação da Defensoria Pública) quanto procedimentais (ex. inclusão da Defensoria Pública no rol dos entes legitimados à propositura da ação civil pública).

2.3. O PAPEL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA (PÓS-EC/45 E PÓS-LEI 11.448/07) NA TUTELA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE DA POPULAÇÃO BRASILEIRA NECESSITADA

No País da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há, por certo, espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental.^[17]

A Defensoria Pública exerce um papel constitucional essencial na tutela e implementação dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações atinentes à população carente, pautando-se, inclusive, pela perspectiva da integralidade, indivisibilidade e interdependência de todas elas.^[18] Assim, da mesma forma que a Defensoria Pública atua na tutela dos direitos liberais (ou de primeira dimensão), conforme se verifica especialmente no âmbito da defesa criminal, movimenta-se também, e de forma exemplar, no sentido de tornar efetivos os direitos sociais (ou de segunda dimensão), o que se registra nas ações de pedidos de medicamentos e pedidos de vaga em creche e escola contra o Estado. Nessa linha, com o surgimento dos direitos fundamentais de solidariedade (ou de terceira dimensão), como é o caso da proteção do ambiente, automaticamente a tarefa constitucional de zelar por eles é atribuída à Defensoria Pública, em razão de que à população pobre também deve ser garantido o desfrute de suas vidas em um ambiente saudável e equilibrado, e, portanto, digno. As dimensões de direitos fundamentais, na sua essência, materializam os diferentes conteúdos integrantes do *princípio da dignidade humana*^[19], o qual se apresenta como o pilar da arquitetura constitucional e objetivo maior a ser perseguido na atuação da Defensoria Pública. Onde houver violação a direitos fundamentais e à dignidade da população carente, a Defensoria Pública estará legitimada constitucionalmente para fazer cessar tal situação degradadora dos valores republicanos.

Para certificar o atual perfil constitucional da atuação institucional da Defensoria Pública no âmbito do *Estado Socioambiental de Direito*^[20] brasileiro, registra-se a sua recente inclusão no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07). Tal mudança legislativa transpõe para o plano infraconstitucional o novo perfil dado à Defensoria Pública a partir da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo através da Emenda Constitucional n. 45/2004^[21], a qual fortaleceu a sua dimensão jurídico-constitucional no Estado de Direito brasileiro. A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional^[22] reflete justamente na tutela do direito ao ambiente, pois permite a sua maior liberdade de atuação nas demandas contra o Estado, de modo a corrigir ações ou omissões estatais degradadoras do ambiente, não obstante também poder atuar em face de poluidores privados. E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas da população carente do Brasil (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça. Como assevera MARINONI, “quanto mais se

alarga a legitimidade para a propositura dessas ações, mais se intensifica a participação do cidadão – ainda que representado por entidades – e dos grupos no poder e na vida social”. [23]

Assim, da mesma forma como ocorria anteriormente em face dos direitos liberais e dos direitos sociais, hoje a atuação da Defensoria Pública está atrelada de forma indissociável à tutela dos direitos difusos, dentre os quais desponta como paradigma a proteção do ambiente (art. 225 da Lei Fundamental brasileira)[24]. A nova missão constitucional, como referido em passagem anterior, encontra a sua legitimidade na própria tese da interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais, bem como no direito fundamental da população carente a viver em um ambiente saudável. O enfrentamento da degradação ambiental, conjuntamente com a tutela dos direitos sociais, é uma das missões constitucionais mais importantes conferidas à “instituição cidadã”, valendo-se, para cumprir com tal objetivo e dever constitucional, tanto de uma atuação jurídico-processual individual quanto coletiva (judicial ou extrajudicial). Para além da promoção de ações individuais de direitos de vizinhança e ações populares, ou mesmo de ação civil pública em defesa de associações civis de proteção do ambiente desprovidas de recursos econômicos (como ocorre comumente, por exemplo, com associações de bairro), a Defensoria Pública dispõe hoje da ação civil pública para tutelar o direito fundamental ao ambiente da população carente de forma coletiva, potencializando tal defesa e ampliando o acesso de tais pessoas à justiça[25], em sintonia com o caminhar da melhor e mais arejada doutrina processual e constitucional.

A Defensoria Pública, nessa perspectiva, está perfeitamente legitimada a atuar como “guardiã” do direito fundamental ao ambiente na ordem jurídico-constitucional brasileira (art. 225, caput e § 1º, da CF/88). Tal tarefa constitucional conferida à Defensoria Pública ganha ainda maior relevância quando está em causa a proteção de um patamar mínimo de qualidade ambiental, sem o qual a vida humana não pode se desenvolver com dignidade. Infelizmente, tal “retrato” de degradação ambiental é perfeitamente enquadrado nos grandes centros urbanos, onde uma massa expressiva da população carente é comprimida a viver próxima a áreas poluídas e degradadas (ex. próximas a lixões, pólos industriais, rios e córregos poluídos, encostas de morros sujeitas a desabamentos, etc.). A Defensoria Pública, diante de tal contexto, deve movimentar-se na defesa de tais cidadãos, fazendo com que seja garantido a eles um padrão mínimo de qualidade ambiental no local onde trabalham e sediam, de um modo geral, as suas existências.

2.4. A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

2.4.1. A legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental como corolário do acesso à justiça da população necessitada e do “estado da arte” do pensamento jurídico-processual contemporâneo

A abertura das “portas” do Poder Judiciário, alinhado com as garantias constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), toma o rumo traçado pelo espírito democrático-participativo da nossa Lei Fundamental de 1988. E tal “abertura de portas”, ampliando o acesso das pessoas, especialmente daquelas que antes não ingressavam nas nossas Cortes de Justiça por impossibilidade econômica e técnica, está diretamente relacionada à legitimidade para a propositura de ações judiciais, além, é claro, de outras questões estruturais e organizacionais do nosso sistema de justiça. A partir do enfoque da instrumentalidade do processo, DINAMARCO defende a modificação do sistema processual de modo a torná-lo aberto ao maior número possível de pessoas. Pela trilha instrumentalista, o sistema processual deve adotar técnicas capazes de “dotar o processo de maior carga de utilidade social e política”. [26]

Através de instrumentos como o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, amplia-se a via de admissão em juízo e, conseqüentemente, o acesso à justiça, permitindo a abertura do sistema, de modo proporcionar benefícios a indivíduos e grupos sociais.[27]

O reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria para a propositura da ação civil pública ruma nessa direção, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial[28]. Alinhados a tal compreensão, DIDIER e ZANETTI acentuam que a nova redação conferida ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), determinada pela Lei 11.448/07, prevendo expressamente a legitimidade ativa da Defensoria Pública (art. 5º, II) para a propositura da ação civil pública, atende à evolução da matéria, de modo a democratizar a legitimação, bem como revelar a tendência jurisprudencial que já se anunciava.[29] Na mesma linha processual-constitucional, CASTRO MENDES, ao referir o “espírito” subjacente à inclusão da Defensoria Pública como legitimado ativo para a propositura da ação civil pública no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, destaca que o caminho trilhado foi no sentido de democratizar o acesso à justiça, fortalecendo as ações coletivas a partir da ampliação do rol de legitimados, de modo a romper com os sistemas tradicionais que procuram atribuir com certa exclusividade tal legitimidade.[30]

A legitimidade, em linhas gerais, define “quem” pode atuar em juízo na tutela de determinado direito material. Por vezes, como ocorre comumente nas ações coletivas, não há identidade entre “quem” atua em juízo na defesa de determinado direito e o “titular” do direito em si. Em que pese a divergência doutrinária a respeito da natureza de tal legitimidade[31], há a chamada por alguns de legitimação extraordinária por substituição processual[32], diferentemente da legitimação ordinária (art. 6º do CPC), que é a regra nas ações individuais e caracteriza-se pela identidade entre o autor da ação e o titular do direito. De certa forma, quanto maiores e em maior número forem os canais de acesso ao sistema de justiça, especialmente para o caso das demandas coletivas, com a descentralização de tal “poder” e a atribuição de tal função a um maior número de instituições públicas (como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e de instituições privadas (como as associações civis ou mesmo o próprio cidadão individualmente), maiores serão as chances de que as violações a direitos transindividuais alcancem o Poder Judiciário e, conseqüentemente, melhores as condições para a sua efetividade.

No entanto, na contramão da História e de forma contrária à evolução da matéria processual-constitucional, por fundamentos que mascaram pretensões puramente corporativas, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIN 3.943, que contesta a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, interposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, já com parecer favorável do Procurador-Geral da República. A exclusão da Defensoria Pública do rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública, como pregado por alguns para a hipótese dos direitos difusos, como no caso da proteção do ambiente[33], segue o caminho inverso do ideal democrático-participativo e da ampliação do acesso à justiça, pois pretende concentrar, e não descentralizar, tal “poder” de intervenção judicial em questões atinentes a interesses difusos. Tal descentralização do “poder” para o ajuizamento da ação civil pública ambiental é salutar à manutenção das bases democrático-participativas que alicerçam axiologicamente os instrumentos processuais de tutela coletiva e sistema processual coletivo como um todo.

Por sua vez, causa estranheza que o Parquet nunca tenha levantado a sua voz contra a constitucionalidade da legitimidade dos demais entes arrolados no rol do art. 5º da LACP, mas apenas da Defensoria Pública agora. É provável que assim tenha ocorrido em razão de que a legitimidade dos demais entes, ao menos no âmbito da tutela do ambiente, praticamente nunca saiu do papel, sendo que, até hoje, aproximadamente 95% das ações civis públicas ambientais são (e foram) ajuizadas pelo órgão ministerial. [34] Na prática, consolidou-se um “monopólio”, o qual se vê hoje ameaçado pela atuação crescente da Defensoria Pública. No entanto, deve-se lembrar também que o Ministério Público tampouco

detém o “monopólio” da ação penal. Há tanto a ação penal privada quanto a ação penal privada subsidiária da pública na hipótese do órgão acusador omitir-se na persecução penal e não interpor a ação penal no prazo legal (art. 5º, LIX, da CF), de modo a relativizar o caráter absoluto da legitimidade do Parquet para a propositura da ação penal. Como referido acima, a concentração de poder num determinado ente estatal é contrária ao ideal democrático-participativo aplicado ao sistema judicial. Há sempre que existir um aparato de controle da atuação do poder público, bem como a criação de instrumentos tendentes à sua descentralização e democratização. Tal foi o caminho perseguido pelo legislador infraconstitucional ao incluir a Defensoria Pública no rol do art. 5º da LACP.

Interpretar a norma do art. 5º da LACP de forma restritiva no caso da legitimidade para a propositura da ação civil pública ambiental é interpretá-la contrariamente ao princípio da maior eficácia possível dos direitos fundamentais, consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição, notadamente em violação ao direito fundamental ao ambiente. De tal sorte, como destacam DIDIER e ZANETTI, uma interpretação restritiva da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública contraria os princípios da tutela coletiva.^[35] A própria delimitação entre o interesse individual homogêneo (por exemplo, direito à saúde das pessoas atingidas de forma direta pela degradação ambiental^[36]) e o interesse difuso (qualidade ambiental) resulta nebulosa.^[37] O direito fundamental ao ambiente, não obstante apresentar a preponderância da sua dimensão difusa, também resguarda uma dimensão individual-subjetiva^[38], o que autoriza, por exemplo, o indivíduo a tutelar o ambiente através das ações de direitos de vizinhança^[39], bem como da ação popular.^[40] Assim, qualquer impulso classificatório absoluto dos interesses coletivos em sentido amplo contradiz a complexidade das relações socioambientais que marcam a nossa época. Nesse prisma, CASTRO MENDES, com propriedade, afirma que nas questões relacionadas à proteção do ambiente vislumbram-se exemplos incontroversos da “existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer uma proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados”.^[41] Compartimentar a classificação entre interesses difusos e individuais homogêneos para os casos de lesão ao ambiente e, a partir de tal raciocínio, identificar a legitimidade do Ministério Público para o primeiro caso e da Defensoria Pública no segundo é fechar os olhos para a complexidade dos problemas ecológicos, de modo a enfraquecer, sob o pretexto de um purismo conceitual, os mecanismos dispostos no sistema jurídico-processual para a sua tutela, em frontal violação ao comando constitucional de proteção e máxima eficácia possível do direito fundamental ao ambiente.

Outro argumento colocado como entrave ao reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental diz respeito à impossibilidade da individualização dos titulares do direito ao ambiente (já que se trataria em tese de interesse difuso) e, por conta disso, também a impossibilidade identificar se as pessoas beneficiadas seriam pessoas carentes ou não, de modo a legitimar a atuação da Defensoria Pública ou não. No entanto, o caso concreto sempre trará elementos fáticos capazes de indicar a existência ou não de interesses de pessoas necessitadas, o que ocorre, por exemplo, quando tal ação civil pública objetiva suprimir a ausência de saneamento básico geradora de degradação ambiental em área pobre de determinado município, evitar a contaminação química próxima área industrial (já que geralmente os trabalhadores vivem na cercania dos pólos industriais), reparar a contaminação de rio próximo à comunidade ribeirinha, proibir a poluição sonora provocada por festas em determinada favela, entre outros. Portanto, com base no caso concreto, há sempre como identificar ou não a “pertinência temática” da Defensoria Pública para a propositura de determinada ação civil pública em matéria ambiental.

No entanto, para além da necessidade de “pertinência temática” ou “representação adequada”, é possível defender a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa ambiental em abstrato pela própria natureza difusa do bem jurídico ambiental, já que tal está disseminado por todo o tecido social, presumindo-se que sempre repercutirá direta ou

indiretamente na esfera de interesses de pessoas carentes. Tal se dá em praticamente todas as hipóteses de poluições (hídrica, atmosférica, do solo, etc.), já que os efeitos serão lançados indistintamente por toda a comunidade local, regional e nacional (e mesmo internacional). Então, num contexto socioeconômico como o brasileiro, de profunda exclusão social, a agressão ao bem jurídico ambiental sempre trará conseqüências (ao menos indiretas) para o âmbito de proteção do direito fundamental ao ambiente de pessoas necessitadas, legitimando, de tal sorte, a atuação da Defensoria Pública para corrigir tal violação. De tal sorte, defende-se a presunção de legitimidade da Defensoria Pública para a tutela do ambiente, cabendo à parte contrária (ou mesmo ao Ministério Público) provar que não há reflexos diretos ou mesmo indiretos em *direitos socioambientais* da população carente. Com tal leitura da norma, preserva-se e potencializa-se ao máximo a sua eficácia.

Além do mais, ao contrário do quis fazer crer o Procurador-Geral da República no seu parecer favorável à inconstitucionalidade do dispositivo da Lei da Ação Civil Pública que confere legitimidade à Defensoria Pública, os problemas sociais e ambientais enfrentados cotidianamente superam, em muito, as possibilidades de atuação coletiva do Ministério Público brasileiro^[42]. Basta mirar para o caso dos direitos fundamentais sociais, onde, aliás, como demonstra o relatório do Ministério da Justiça sobre a Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais referido em passagem anterior, a atuação do Parquet deixou (e muito!) a desejar. É preciso parar de olhar as estrelas e voltar a face à degradante realidade socioambiental brasileira. Diferentemente do que alegou o Chefe do Ministério Público Federal, os “espaços de defesa coletiva” não estão “convenientemente preenchidos”, ao menos não para a tutela dos interesses da população pobre, que, é bom lembrar, também é titular do direito de viver em um ambiente saudável e equilibrado, compatível com o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

É certo que, por vezes, o Ministério Público e a Defensoria Pública estarão em pólos antagônicos nas relações socioambientais, como, por exemplo, em ação civil pública promovida pelo Parquet para retirar grupos de famílias carentes que ocupam área de preservação permanente. No entanto, quando não houver tal colisão de interesses, e muitas vezes os interesses serão convergentes, como na hipótese da inexistência de rede de tratamento de esgoto em determinada localidade (o que necessariamente produzirá degradação ambiental e violação a direitos socioambientais da população carente), não há razão para não ser reconhecida a legitimidade concorrente, disjuntiva e autônoma entre o Ministério Público e a Defensoria Pública (além, é claro, dos demais entes legitimados no art. 5º da LACP) para tutelarem tais direitos.^[43] Ambas as instituições têm o papel constitucional de defender o direito fundamental ao ambiente, devendo, inclusive, quando possível, unir forças numa atuação conjunta, potencializando a sua efetividade.^[44] Ao invés de se restringir, deve-se ampliar e fortalecer a atuação coletiva tanto da sociedade civil organizada e dos cidadãos quanto dos demais entes públicos legitimados a tutelar o ambiente, como é o caso da Defensoria Pública.^[45] O Ministério Público continuará com o seu lugar de destaque na tutela do ambiente, apenas tal lugar de poder, pela importância social que representa, deve ser democratizado ao máximo. Não à toa, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, inclusive, a legitimidade do indivíduo (qualquer pessoa física) para a propositura da ação civil pública no seu art. 20, I, nos moldes da *class action* norte-americana. Tal entendimento está alinhado ao “espírito democrático-participativo” que deve nortear o nosso sistema processual coletivo, já que, como estabelece a própria norma do caput do art. 225 da nossa Lei Fundamental, impõe-se à coletividade e ao Poder Público (incluída aí a Defensoria Pública) o dever de defender e proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações.

2.4.2. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental como decorrência normativa das dimensões democrático-participativa e organizacional-procedimental do direito fundamental ao ambiente

No intuito de ampliar o diálogo entre o processo civil e a teoria dos direitos fundamentais, especialmente diante da *dimensão objetiva* destes, é oportuno referir a *perspectiva normativa procedimental e organizacional* que ampara a tutela de tais direitos estruturantes da comunidade estatal. Tal perspectiva normativa diz respeito à função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento (judicial e administrativo), o que permite, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, extraírem conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação e proteção dos direitos fundamentais.[46] HESSE destaca o desenvolvimento recente e progressivo da dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais, em vista de uma preocupação com a realização e o asseguramento destes.[47]

A importância da perspectiva procedimental e organizacional resulta do fato de que a efetivação dos direitos fundamentais depende, em grande parte, da implementação, por parte dos poderes públicos, de estruturas organizacionais e procedimentos (administrativos, judiciais, etc.) capazes de garantir uma tutela integral e efetiva dos direitos fundamentais, caso contrário o seu conteúdo perecerá no mundo imaginário e textual dos juristas, como já alertou BOBBIO em passagem clássica.[48] À perspectiva organizacional e procedimental cumpre a função de transpor os direitos fundamentais para o mundo da vida, criando as técnicas processuais e estruturas “materiais” necessárias à realização dos direitos arrolados no comando constitucional fundamental. A implementação de estruturas organizacionais e procedimentos judiciais e administrativos por parte do Estado tem como fundamento também o *dever de proteção* do ente estatal para com os direitos fundamentais, tendo em vista que a sua tutela adequada e realização demandam um conjunto de medidas tomadas no plano fático e estrutural do Estado, como, por exemplo, a criação de órgãos encarregados de promover políticas públicas de efetivação do direito ou de mecanismos judiciais capazes de afastar qualquer violação ao direito. A criação (e estruturação!) da Defensoria Pública para a tutela dos direitos de pessoas carentes e a sua legitimidade para a propositura da ação civil pública operam em sintonia com tal idéia.

No mesmo horizonte argumentativo, FERREIRA MENDES assevera que, nos últimos tempos, a doutrina vem utilizando-se do conceito de *direito à organização e ao procedimento* (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direitos de acesso à Justiça, direitos de proteção judiciária, direitos de defesa).[49] O direito à organização e o direito ao procedimento delineiam técnicas a serem levadas a cabo pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais.

No presente estudo, em que pese a importância da vertente organizacional, o foco maior recairá sobre a perspectiva procedimental dos direitos fundamentais, que toca mais diretamente com o acesso à justiça no âmbito do processo civil e, conseqüentemente, também no aspecto da legitimidade para a propositura de ações, notadamente na seara coletiva. Em relação ao *direito ao procedimento em sentido estrito*, têm-se os procedimentos ou instrumentos administrativos e judiciais de que dispõe o titular do direito fundamental para assegurar a sua proteção e concretização. A função do direito ao procedimento é de instrumentalizar e garantir uma proteção efetiva dos direitos materiais que objetiva concretizar, determinando posições jurídicas subjetivas frente ao Estado e a terceiros. Os

direitos a procedimentos judiciais e administrativos, como destaca ALEXY, são essencialmente direitos a uma “proteção jurídica efetiva”, objetivando através do procedimento a garantia dos direitos materiais do seu respectivo titular.[50] Não é diferente o entendimento de MARINONI, ao afirmar que “o direito fundamental de ação pode ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material”.^[51] Em verdade, o direito ao procedimento, judicial e administrativo, opera como projeção do próprio direito material, já que busca conferir a este uma tutela integral e efetiva. Nesse sentido, com relação especificamente ao direito fundamental ao ambiente, CANOTILHO acentua que os “direitos procedimentais ambientais”, independentemente do reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente como direito subjetivo, expressam-se sob a forma de direitos de informação, direitos de participação e direitos de ação judicial.^[52]

Nesse aspecto, merece registro a lição de MARINONI que afirma ser a participação através da ação judicial (e o mesmo raciocínio se aplica aos procedimentos administrativos) baseada numa perspectiva democrática, já que esta “não mais se funda ou pode se fundar no sistema representativo tradicional”.^[53] As ações judiciais conformam o *direito à participação* inerente aos direitos fundamentais, permitindo a democratização do poder através da participação popular, que, conforme pontua MARINONI, se dá, no caso da ação judicial, de forma direta.^[54] O jurista paranaense traz o exemplo da ação popular como sendo um “instrumento pelo qual o indivíduo exerce o seu direito de tomar parte na gestão dos negócios públicos”, espelhando o exercício de um direito político.^[55] Se ao indivíduo, através da ação popular e das ações que tutelam direitos de vizinhança, é possibilitada a defesa em juízo do ambiente, com maior razão tal legitimidade deve ser conferida à Defensoria Pública, em razão especialmente da sua maior aptidão técnica para o ajuizamento e acompanhamento processual das ações coletivas, além, é claro, da sua legitimidade jurídico-constitucional para a tutela do direito fundamental ao ambiente da população carente.

A ampliação da legitimidade para a propositura de determinadas ações, especialmente diante da tutela de direitos difusos e coletivos, como no caso da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade, também toma uma feição de concretização do princípio democrático e da garantia do acesso à justiça, bem como conforma a perspectiva procedimental dos direitos fundamentais. Assim, de forma a romper com uma concepção democrática tradicional, espelhada basicamente em uma abordagem representativa e indireta, a abertura cada vez maior das portas do Poder Judiciário e o reconhecimento de tal poder como uma instância política legitimada constitucionalmente a atuar na proteção dos direitos fundamentais justificam uma atuação judicial crescente dos cidadãos, individualmente ou através de instâncias coletivas (associações civis, etc.) ou mesmo estatais (Defensoria Pública, Ministério Público, Ibama, etc.), o que deve ser tido como uma legítima forma de atuação política, compatível com os ditames de uma democracia participativa e direta.

Como pontua ALEXY, a conexão entre direitos fundamentais e procedimentos jurídicos objetiva unir o aspecto material e o aspecto procedimental num modelo que garanta o primado do direito material.^[56] A importância do procedimento é fundamental para contemplar um sistema de tutela efetiva de direitos. Cabe ao processo civil, portanto, criar técnicas capazes de dar conta de uma tutela adequada e efetiva aos direitos, especialmente daqueles dotados de jusfundamentalidade, mas sem nunca perder de vista a sua natureza de instrumento e o primado do direito material. Com tal “espírito” constitucional em vista, é preciso que o processo civil ajuste-se, como uma vestimenta, aos novos direitos transindividuais, a ponto de garantir o acesso à justiça “substancial” de tais interesses legítimos da sociedade “de risco” contemporânea. E, no nosso entender, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental caminha nessa direção democrático-participativa, bem como conforma a dimensão procedimental do direito fundamental ao ambiente.

2.4.3. A dimensão “socioambiental” da tutela do ambiente como fator legitimador da atuação da Defensoria Pública no âmbito da ação civil pública ambiental

Como já apontado anteriormente, os argumentos levantados para a exclusão da Defensoria Pública do rol dos entes legitimados para a defesa coletiva de interesses difusos (e, por consequência, da tutela do ambiente) não transcendem para o discurso jurídico (constitucional e processual) contemporâneo, remanescendo num campo ideológico-corporativo de poucas luzes. Entender que a Defensoria Pública não possui legitimidade para a tutela do ambiente através da ação civil pública é afrontar a garantia do acesso à justiça da população carente, desprovido-os de um instrumento importante de tutela do seu direito fundamental ao ambiente, ainda mais quando se reconhece cada vez mais a feição socioambiental das relações sociais contemporâneas, marcadamente pela conexão entre a proteção do ambiente e dos direitos sociais à luz do princípio constitucional do *desenvolvimento sustentável* (art. 170, VI, da CF). A adoção do marco jurídico-constitucional *socioambiental* resulta da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e os direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano, conforme já apontado pelo Relatório Bruntland.^[57] O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso aos direitos sociais básicos, o que, diga-se de passagem, também é causa potencializadora da degradação ambiental.

Muitas vezes a tutela do ambiente estará atrelada de forma indissociável à tutela de direitos sociais. A hipótese de contaminação de um rio ou mesmo de lençol freático, de onde a população retira água para a sua subsistência diária (beber, cozinhar, lavar roupa, tomar banho, etc.), trará, para além da violação ao direito fundamental ao ambiente das pessoas diretamente atingidas e da comunidade como um todo (interesse difuso), também a agressão ao direito à saúde das mesmas pessoas (interesse individual homogêneo) e da comunidade local como um todo (interesse difuso). Outro exemplo onde se visualiza tal conexão direta é na hipótese de falta de saneamento básico em determinada localidade, o que traz como consequência tanto a violação aos direitos sociais da população local de acesso à água, à saúde, à alimentação adequada, à moradia digna, entre outros, como também a degradação ambiental.

Sensível a tal contexto, BECK afirma que os riscos se acumulam abaixo, na medida em que as riquezas se acumulam acima. Com tal perspectiva, o sociólogo alemão destaca que, apesar de determinados riscos não respeitarem a divisão de classes sociais e possuírem uma dimensão “democrática” na sua repartição, as classes sociais privilegiadas conseguem, em certa medida, evitar ou ao menos minimizar significativamente a sua exposição a determinados riscos. Por exemplo, são as zonas residenciais mais baratas - acessíveis às populações mais carentes - que se encontram perto dos centros de produção industrial, as quais são afetadas permanentemente por diversas substâncias nocivas presentes no ar, na água e no solo.^[58] De tal sorte, são as pessoas carentes as mais expostas, em termos gerais, aos efeitos negativos da degradação ambiental.

Há, por certo, também uma profunda injustiça na distribuição não só dos bens sociais no âmbito da nossa comunidade política, mas também na distribuição e acesso aos recursos naturais, de modo que a população carente acaba por ter não só os seus direitos sociais violados como também o seu direito a viver em um ambiente sadio. A falta de um acesso equânime aos recursos ambientais compromete inevitavelmente o respeito pela vida e dignidade da população carente. O fortalecimento da luta por justiça ambiental no Brasil^[59] transporta justamente essa mensagem, ou seja, de que, assim como os custos sociais do desenvolvimento recaem de modo desproporcional sobre a população carente, também os custos ambientais desse mesmo processo oneram de forma injusta tais vidas. Ignorar a feição socioambiental que se incorpora hoje aos problemas ecológicos potencializa ainda mais a

exclusão e marginalização social (tão alarmantes no nosso contexto social), já que o desfrute de uma vida saudável e ecologicamente equilibrada constitui-se de premissa ao exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles de matriz liberal sejam eles de natureza social.

Não obstante a qualidade do ar que respiramos transcender interesses de classes sociais e indivíduos, a atribuição de legitimidade à Defensoria Pública para a tutela do ambiente se faz imperiosa, pois, na maioria das vezes, quem sofrerá de forma mais prejudicial os efeitos da degradação ambiental será a população pobre, desprovida que é de recursos para amenizar tais efeitos, bem como de informação para evitá-los ou minimizá-los. E ninguém melhor para representar os seus interesses do que a instituição pública eleita constitucionalmente para tutelar diretamente os seus direitos fundamentais e dignidade.^[60] A Defensoria Pública, diante de tal contexto, deve atuar na defesa de tais cidadãos, fazendo com que seja garantida a eles nada menos que uma vida digna, em um contexto de bem-estar individual, social e ecológico.^[61] Esse é o “espírito constitucional” que fundamenta a atuação da Defensoria e de cada Defensor Público. Por vezes, o acesso à justiça (social e ambiental) proporcionado pela Defensoria Pública servirá de porta de ingresso da população carente ao espaço comunitário-estatal, permitindo a sua inclusão no *pacto socioambiental* estabelecido pela nossa Lei Fundamental.

2.5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A Defensoria Pública está legitimada constitucional e infraconstitucionalmente a atuar na tutela e efetivação do direito fundamental ao ambiente da população carente, especialmente por conta da dimensão socioambiental das questões ecológicas contemporâneas.

2. Com base na tese da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, somente uma articulação conjunta levada a cabo pela Defensoria Pública na tutela dos direitos sociais e da proteção ambiental criará condições favoráveis à inserção político-comunitária das pessoas carentes, tornando acessível a eles o desfrute de uma vida digna e saudável.

3. A Defensoria Pública possui legitimidade concorrente, disjuntiva e autônoma para propor a ação civil pública ambiental, tendo em vista que é a população carente quem, na maioria das vezes, sofrerá os efeitos diretos da degradação ecológica, já que não dispõe nem de recursos econômicos nem de informação para evitá-los ou mesmo minimizá-los.

4. Interpretar a norma do art. 5º da LACP de forma restritiva no caso da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental é interpretá-la contrariamente ao princípio da maior eficácia possível dos direitos fundamentais, consagrado pelo art. 5º, § 1º, da CF/88, notadamente em desrespeito ao direito fundamental ao ambiente.

5. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública ambiental está ajustada à dimensão procedimental do direito fundamental ao ambiente, bem como à manutenção das bases democrático-participativas que alicerçam axiologicamente os instrumentos processuais de tutela coletiva e sistema processual coletivo como um todo.

6. O acesso à justiça ambiental proporcionado pela Defensoria Pública através do ajuizamento da ação civil pública ambiental servirá, por vezes, de porta de ingresso da população carente ao espaço comunitário-estatal, permitindo a sua inclusão no pacto socioambiental estabelecido pela nossa Lei Fundamental.

3. Das atribuições institucionais da defensoria pública

Conforme dispõe o art. 5^a, VI, estão situadas entre as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, promover “a tutela do meio ambiente, no âmbito de suas finalidades institucionais” (“e”) e “ação civil pública para a tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo” (“g”);

4. Do plano anual de atuação da defensoria pública

De acordo com o plano de metas do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aprovado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública através da Deliberação CSDP n.º 57, de 04 de janeiro de 2008, objetiva-se a atuação na área da habitação e do urbanismo, especificamente no sentido de adotar ações concretas no sentido de Propor ações visando à compatibilidade da tutela do meio-ambiente e à regularização da situação dos moradores em área de mananciais. Além disso, em termos de *educação em direitos*, está também entre as metas promover, em parceria com os movimentos sociais, a educação em direitos em matéria de habitação, urbanismo, conflitos agrários e *meio ambiente*, para o fim de conscientizar as pessoas acerca de seus direitos e dos meios de concretizá-los, devendo, para tanto, a Defensoria Pública adotar as seguintes ações, dentre outras: a) continuar os eventos da jornada em defesa da moradia digna; b) desenvolver campanha com a sociedade na área do direito ambiental; c) promover a tutela do meio ambiente, acompanhando as leis que se referem ao mesmo; e d) conscientizar a sociedade civil para prevenção e reparação aos danos ao meio ambiente.

Referências Bibliográficas:

[1] CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. In: *Revista de Processo*, Ano II, N. 5, Jan/Mar, 1977, p. 135.

[2] Nesse sentido, MAZZILLI revela a necessidade de a ordem jurídica reconhecer que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a conduzir a uma solução mais eficiente da lide. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

[3] Cfr., na mesma perspectiva, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32

[4] Nessa linha, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113.

[5] Cfr. o Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado, entre outros, pelos seguintes juristas brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

[6] De modo a caracterizar a recepção e positivação dos *direitos transindividuais* (ou coletivos em sentido amplo) no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, merece registro a classificação e conceituação apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) no parágrafo único do seu art. 81, a qual será tomada como referência no presente trabalho: a) *interesses ou direitos difusos* – assim entendido os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) *interesses ou direitos coletivos* – assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; c) *interesses ou direitos individuais homogêneos* – assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[7] MORAIS, José Luis Bolzan de. “O surgimento dos interesses transindividuais”. In: *Revista Ciência e Ambiente* - Universidade Federal de Santa Maria, n. 17, Jul-dez/1988, p. 07.

[8] MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 226. No mesmo sentido, BENJAMIN acentua com propriedade em alentado artigo sobre a nova feição do Direito (material e processual) e a ruptura com sua veste liberal-individualista impulsionadas pela proteção do ambiente e defesa dos consumidores, destacando que o “individualismo, com a sua tônica no homem isolado e na presunção de igualdade, não só deu ensejo às ficções jurídicas mais diversas – entre elas a garantia “passiva” do acesso à justiça -, como podou, disfarçada ou abertamente, a tutela da supra-individualidade. O *laissez-faire* jurídico condenou os interesses e direitos meta-individuais a uma camisa de forças injustificável, satisfazendo-se com o massacre de tudo o que não fosse egoisticamente reduzido ou reduzível à pequenez do indivíduo”. BENJAMIN, Antônio Herman. “A insurreição da

aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor”. In: *Textos “Ambiente e Consumo”*, Volume I. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 1996, p. 288.

[9] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 69.

[10] MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional...*”, p. 69.

[11] MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional...*”, p. 69.

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 49.

[13] CAPPELLETTI; GARTH, “*Acesso à justiça...*”, pp. 67-73.

[14] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

[15] ZAVASCKI, “*Processo Coletivo...*”, p. 34.

[16] Sobre a atuação do Ministério Público na tutela dos interesses difuso, cfr. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 68 e ss.

[17] BARROSO, Luís Roberto. “Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

[18] Nesse prisma, merece destaque a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, a qual estabeleceu no seu art. 5º que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, reconhecendo que as diferentes dimensões de direitos humanos conformam um sistema integrado de tutela da dignidade humana. Sobre o tema, cfr. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, 117-121; e SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*: do sistema geracional ao sistema unitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[19] Sobre o princípio (e valor constitucional) da dignidade da pessoa humana, inclusive a considerar a *dimensão ecológica da dignidade humana*, cfr. a obra já clássica de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[20] Há inúmeras denominações para identificar a nova formatação jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, especialmente em razão da sua tarefa e objetivo de proteger o ambiente. Entre diferentes denominações, destacam-se: *Estado Constitucional Ecológico* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, pp. 493-508); *Estado Pós-social* (SARMENTO, Daniel. “Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?)”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 375-414; e PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direito*: lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002, p. 24); *Estado de Bem-Estar Ambiental* (PORTANOVA, Rogério. “Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o Século XXI”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental - 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde/Imprensa Oficial, 2002, pp. 681-694); *Estado Ambiental de Direito* (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. “Estado ambiental de Direito”. In: *Jus Navigandi*, n. 589, fevereiro/2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6340>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2005); *Estado do Ambiente* (HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128); *Estado de Direito Ambiental* (MORATO LEITE, José Rubens. “Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa”. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, pp. 13-40).

[21] No sentido de aprofundar ainda mais o processo constitucional de fortalecimento da Defensoria Pública, tramita no Congresso Nacional a PEC 487, de autoria do Ex-Deputado Federal Roberto Freire (PPS-PE), bem como o seu substitutivo proposto pelo Governo Federal (PEC 144).

[22] Com base em tal entendimento, CUNHA JÚNIOR assevera que a atribuição às Defensorias Públicas Estaduais, no plano constitucional, de autonomia funcional, administrativa e financeira, diante do novo § 2º acrescido ao art. 134 da nossa Lei Fundamental, representa manifesto compromisso do Estado brasileiro no tocante ao seu dever constitucional de garantir o direito fundamental de acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos financeiros. Como pontua o autor, “as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, conseqüentemente, de fortalecimento do Estado Democrático do Direito, vez porque atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao Poder Judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 979.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

[24] Nessa perspectiva, de forma exemplar, a lei que criou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Lei Complementar n.º 988, de 09 de janeiro de 2006) elencou, entre as suas atribuições institucionais, a promoção da: “tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos” (art. 5º, VI, “b”), “tutela do meio ambiente, no âmbito de suas finalidades institucionais” (art. 5º, VI, “e”) e “ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo” (art. 5º, VI, “g”).

[25] Para a superação do modelo clássico “assistencialista” da garantia constitucional de “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV), deve-se tomar hoje o acesso à justiça, especialmente para o caso das pessoas pobres, não como mero “favor” ou “benefício” prestado pelo Estado brasileiro, mas sim como dever constitucional estatal e, acima de tudo, como direito subjetivo do indivíduo que se encontrar em tal situação de carência, capaz de obrigar judicialmente o Estado a lhe garantir tal serviço essencial ao exercício dos seus direitos fundamentais e dignidade. De acordo com tal entendimento, cfr. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 325. A autora, com base em tal perspectiva, defende o entendimento de que seria plenamente possível ao Judiciário, no âmbito de uma ação coletiva, fixar prazo para que o Poder Público (estadual ou federal) pratique os atos necessários à instituição e estruturação da Defensoria Pública, sob pena de responsabilização do agente por descumprimento de decisão judicial (pp. 330-331).

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 362

[27] DINAMARCO, “*A instrumentalidade do processo...*”, p. 331.

[28] “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERESSE. CONSUMIDORES. A Turma, por maioria, entendeu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do interesse de consumidores. Na espécie, o NUDECON, órgão vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por ser órgão especializado que compõe a administração pública direta do Estado, perfaz condição expressa no art. 82, III, do CDC” (REsp 55.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 05.09.2006).

[29] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual*. Volume 4 (Processo Coletivo). Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 219.

[30] CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. “O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23. No mesmo sentido, cfr. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

[31] Há, por certo, três correntes doutrinárias a respeito da legitimação *ad causam* nas ações coletivas. Em síntese, a primeira corrente defende a tese da *substituição processual (legitimação extraordinária)*, de modo que a parte legitimada para a propositura da ação não se sub-roga na condição de titular do direito material defendido, mas apenas representa os interesses do titular do direito em juízo. A segunda corrente, por sua vez, adotada por MANCUSO (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. 4.ed. São Paulo: RT, 1997, p. 204.), faz uma leitura ampla do art. 6º do CPC, defendendo a *legitimação ordinária* da parte em razão de que estaria agindo, não por substituição processual, mas em defesa própria de seus objetivos institucionais. Por fim, há o entendimento formatado por NERY JR (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil anotado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, p. 1414), com base na doutrina alemã (*Prozessführungrecht*), a respeito da legitimação autônoma, ou seja, o “direito de conduzir o processo” conferido ao ente legitimado.

[32] Nesse sentido, cfr. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147.

[33] Cfr. MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1014. O autor destaca que a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela ambiental estaria circunscrita à tutela dos danos ambientais individuais sofridos por terceiros em decorrência da atividade poluidora, mas não autorizaria a defesa do ambiente em si mesmo, como bem de todos (dano ambiental coletivo).

[34] Tais dados podem ser deduzidos das informações constantes do Relatório do Ministério da Justiça sobre a “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais”, divulgado em setembro de 2007. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em: 16 de março de 2008.

[35] DIDIER JR.; ZANETI JR., “*Curso de direito processual...*”, p. 218.

[36] O próprio direito à saúde também pode tomar a feição de um interesse difuso, considerando-se não a lesão direta ao indivíduo, mas à saúde pública como um todo, o que é perfeitamente possível de ocorrer, por exemplo, na hipótese de uma epidemia de dengue, como registrado recentemente no Estado do Rio de Janeiro. Imaginar que a Defensoria Pública não tenha legitimidade para tutelar a saúde pública é subverter a sua finalidade institucional consagrada pela nossa Lei Fundamental, uma vez que o principal atingido por qualquer violação à

rede pública de saúde e à saúde pública em si é o cidadão carente, que não pode valer-se da rede privada de serviços de saúde por falta de recursos econômicos.

[37] ZAVASCKI traz um exemplo que evidencia tal zona “cinzenta” na classificação dos direitos coletivos. “O transporte irregular de produto tóxico constitui ameaça ao meio ambiente, direito de natureza transindividual e difusa. Mas constitui, também, ameaça ao patrimônio individual e às próprias pessoas moradoras na linha de percurso do veículo transportador (= direitos individuais homogêneos). Eventual acidente com o veículo atingirá o ambiente natural (v.g., contaminando o ar ou a água), o que importa ofensa a direito difuso, e, ao mesmo tempo, à propriedade ou à saúde das pessoas residentes na circunvizinhança, o que configura lesão coletiva a direitos individuais homogêneos”. ZAVASCKI, “*Processo coletivo...*”, p. 47.

[38] No mesmo sentido, GAVIÃO FILHO também destaca a caracterização da dimensão subjetiva do direito fundamental ao ambiente a partir da legitimação constitucional do cidadão para promover ação popular para anular ato lesivo ao ambiente. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39. Acerca da ação popular em termos gerais, cfr. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; e mais especificamente voltado para a proteção ambiental, cfr. MORATO LEITE, José Rubens. “Ação popular: um exercício da cidadania ambiental?”. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 17, Jan-Mar, 2000, pp. 123-140; e JUCOVSKY, Vera Lucia. “Meios de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública”. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 17, Jan-Mar, 2000, pp. 65-122.

[39] Cfr. a respeito dos direitos de vizinhança no CCB de 2002, os arts. 1277 a 1313, em vista de permitirem, de um modo geral, ao proprietário ou possuidor de um prédio fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização anormal de propriedade vizinha (art. 1277), podendo-se compreender em tal conceito as perturbações de natureza ambiental (ex. poluição sonora, atmosférica ou hídrica, etc.) provocada pelo uso inadequado da propriedade vizinha. Nesse sentido, PURVIN DE FIGUEIREDO destaca que, com o advento do novo Código Civil, o uso anormal da propriedade passou a comportar uma dimensão ambiental até então inédita, possibilitando ao proprietário ou ao possuidor pleitear a cessação dos conflitos ambientais, como a ocupação de áreas de mananciais, evidente hipótese de dano à saúde, com base na legislação civil. PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. *A propriedade no direito ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 94.

[40] No sentido de reconhecer a perspectiva subjetiva do direito fundamental ao ambiente, é exemplar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a legitimidade do cidadão para ajuizar ação popular, inclusive para impugnar atos administrativos omissivos que possam causar danos ao ambiente. “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL (...) 3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente. 5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaruaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente (...).” (STJ, RESP 889.766-SP, **Rel. Min. Castro Meira, julgado em 4/10/2007**).

[41] CASTRO MENDES, “*O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos...*”, p. 24.

[42] No caso do Ministério Público paulista, é bom destacar as Súmulas 28 e 29 do Conselho Superior do Ministério Público de SP, as quais descrevem nos seus fundamentos uma “grande sobrecarga” do Ministério Público na área do interesses difusos, notadamente no caso da improbidade administrativa e da proteção do ambiente.

[43] É bom ressaltar que não se trata de uma legitimidade subsidiária diante da omissão do Ministério Público e dos demais órgãos legitimados, como poderiam sustentar alguns, mas sim de legitimidade própria da Defensoria Pública, consubstanciada no seu *dever constitucional* (e objetivo institucional) de tutelar os direitos fundamentais e a dignidade da população carente, o que conduz necessariamente à tutela do ambiente e da qualidade de vida.

[44] Alinhada a tal perspectiva, registra-se a recente atuação conjunta entre o Ministério Público e a Defensoria Pública paulistas, onde a última ingressou como assistente litisconsorcial do Parquet em ação de execução de termo de ajustamento de conduta contra o Município de Ferraz de Vasconcelos, o qual descumpriu acordo relativo à regularização de deposição de lixo tóxico (resíduos de agrotóxico BHC, proibido no Brasil desde 1985 por causar danos severos ao sistema nervoso central das pessoas que o manipulavam). O Juiz, com parecer favorável do Ministério Público local, autorizou que a Defensoria Pública ingressasse no pólo ativo da referida ação. Disponível em: [/noticias/MostraNoti.asp?par=428](#). Acesso em: 05 de abril de 2008.

[45] Sensível a tal “estado da arte” do sistema processo civil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individual homogêneo. “Ação civil pública intentada pela Defensoria Pública do estado de São Paulo. Tutela de interesse difuso, coletivo e individual de pessoas carentes. Legitimidade ativa. LC 988/06. Concessão de liminar para impedir a desocupação dos moradores da favela do viaduto Atilio Fontana. Admissibilidade. Presença dos requisitos exigidos. Aplicação do conceito de interesse

público primário. (...) (TJSP, AI 711.429-5/5-00, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, julgado em 10.12.2007.)

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 164-165.

[47] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck (da 20.ed. alemã). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 287.

[48] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 9-10.

[49] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8.

[50] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, p. 472.

[51] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.

[52] CANOTILHO, "O direito ao ambiente como direito subjetivo", p. 187.

[53] MARINONI, "Teoria Geral do Processo...", p. 196.

[54] MARINONI, "Teoria Geral do Processo...", 198.

[55] MARINONI, "Teoria Geral do Processo...", 198.

[56] ALEXY, "Teoría de los derechos...", p. 474.

[57] A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em seu relatório Nosso Futuro Comum (*Our common future*), no ano de 1987, cunhou o conceito de desenvolvimento sustentável, que seria "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave: o conceito de 'necessidades', sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras". *Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 43.

[58] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 40-41.

[59] Conforme apontam ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, "o tema da *justiça ambiental* – que indica a necessidade de trabalhar a questão do ambiente não apenas em termos de preservação, mas também de distribuição e justiça – representa o marco conceitual necessário para aproximar em uma mesma dinâmica as lutas populares pelos direitos sociais e humanos e pela qualidade coletiva de vida e sustentabilidade ambiental". ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. 2.ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 16.

[60] Com tal enforque, é bom ressaltar que, se o Ministério Público é responsável pela tutela dos direitos da totalidade sociedade brasileira, a Defensoria Pública, conforme registrado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública (pp. 22-23), realizado pelo Ministério da Justiça, é responsável pela tutela dos direitos de mais de 85% da população brasileira, já que tal percentual da população estaria enquadrado na condição socioeconômica atendida pela referida instituição (até 03 salários mínimos). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em 06.03.2008.

[61] Como exemplo de atuação da Defensoria Pública na tutela do ambiente, registra-se a recente ação civil pública interposta contra a expansão da monocultura de eucaliptos no Município de São Luiz do Paraitinga, no Vale do Paraíba. Em Agravo de Instrumento (Proc. 759.170.5/3-00), foi proferida decisão pelo Des. Samuel Júnior, da 1ª Câmara de Direito Ambiental, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que suspendeu novos plantios e replantios de eucalipto na área do referido Município até que fossem realizados estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental.

TESE 05

Proponente:

Área: Cível

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

É lícito ao superficiário a concessão do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária – 'direito de laje' -.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de analisar a função social da posse na perspectiva civil-constitucional, especialmente no que tange o direito de laje, sustentando a possibilidade de concessão por parte do superficiário a um segundo concessionário do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Inicialmente, contudo, merece registro a constitucionalização das relações privadas.

Tradicionalmente, conforme demonstra o direito romano, o direito positivo sempre foi observado com base nos conflitos de direito individual, sendo separados, rigorosamente, em públicos e privados. Essa dicotomia foi visivelmente acentuada no século XIX, por conta da Revolução Francesa, pautado em um conceito abstrato de pessoa humana. Vale ressaltar a cátedra de Fábio Konder Comparato:

“A revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo.”^[1]

As relações públicas e privadas guardavam entre si um necessário distanciamento para época, vez que em voga o Estado Liberal, sendo o ser humano visto em sua unipessoalidade e o Estado apenas atuando negativamente, garantindo as liberdades públicas. Nesta fase o agente não se interagiu com o restante da sociedade, no que tange suas relações particulares, sendo observado em sua individualidade.

Contudo, a atuação negativa do Estado, posteriormente, não era mais eficaz para resolver uma série de necessidades da população. Segundo noticia Gustavo Tepedino:

“Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescente do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.”^[2]

O homem, então, passa a ser visto como sujeito de direito, afastando-se a idéia oitocentista de um ser humano abstrato, compondo uma sociedade organizada. Nascia aí o Estado Social de Direito, de cunho intervencionista, atuando de forma assistencialista.

Tal paradigma é verificado diante de novos fatos sociais, notadamente pelas dificuldades econômicas verificadas na primeira metade do século XX, assumindo o legislador compromissos com a limitação da autonomia privada, a propriedade e ao controle de bens. Os textos constitucionais, assim, paulatinamente incorporam em seus textos temas reservados exclusivamente a legislação civil, como por exemplo, a função social da propriedade.

Mas foi somente no Estado Democrático de Direito que o homem atingiu o epicentro das relações com o Estado, promovendo ampla reforma da ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista. Segundo informa Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

“A partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixam de ser meras cartas de intenções políticas, abrangendo a partir de então um extenso rol de direitos fundamentais, traduzindo um novo vetor axiológico:

*desloca-se o eixo valorativo do ordenamento, transferindo-se o indivíduo hipervalorizado dos códigos para o ser humano concreto que lhe é subjacente, portado de especial dignidade. Rompe-se a lógica patrimonial assentada na premissa da vontade, a partir de uma diferente metodologia que aprecia a pessoa a partir de sua inserção no meio social.”***[3]**

Na nuance da Constituição Cidadã de 1988, a função social da posse atinge seu ápice, ademais, diante da crise do positivismo jurídico verificado ao longo de todo o século XX, onde a propriedade não mais é vista de forma estanque, mas sim, aberta às transformações sociais. Um ordenamento, então, que se reputa perfeito, deve estar sensível e aberto aos apelos da sociedade.

O Código Civil de 1916, contudo, não foi sensível a tais fatos sociais, conforme adverte Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

*“Percebe-se que o Código Civil de 1916 é filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferindo prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranqüila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.”***[4]**

O novo Código Civil, por sua vez, procurou superar a tábua axiológica pautada exclusivamente em uma lógica patrimonialista. Contudo, conforme adverte Gustavo Tepedino, o código foi comedido no que concerne novas matérias e tecnologias. Leciona o renomado autor:

*“Diante da promulgação do Código, deve-se construí-lo interpretativamente, com paixão e criatividade, no sentido de buscar a máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional.”***[5]**

O autor carioca destaca, ainda, dois aperfeiçoamentos quanto à posse: a) o abandono da secular discussão acerca de sua concepção, definindo a posse, em sua natureza jurídica, como um exercício de fato; b) e o simples exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio já se constitui em posse, um direito autônomo, com ações próprias, independente em relação à propriedade.**[6]** Leciona Gustavo Tepedino:

*“Em outras palavras, a noção de vanguarda avançada do domínio, escapando dos limites entrevistos pela construção de Ihering, passa a ter bases axiológicas constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana, fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independente do domínio. A justificativa encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.”***[7]**

A posse, portanto, tem uma configuração tridimensional: a) posse real - seria a posse decorrente da titularidade da propriedade ou de outro direito real (v.g. usufruto, superfície); b) posse obrigacional – é a posse que advém da aquisição do poder sobre um bem em razão de relação de direito obrigacional (v.g. locação, comodato); c) posse fática – também chamada de posse natural, exercitada por qualquer um que assuma o poder fático sobre a coisa, independente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato, sendo suficiente que legitimamente seja capaz de utilizar concretamente o bem.**[8]**

A posse, nesta última perspectiva, é tutelada pela sua relevância, em cotejo à superior previsão constitucional do direito social à moradia, notadamente no art. 6º, da CF, com redação que lhe deu a emenda constitucional nº 26/01, bem este, segundo o Supremo Tribunal Federal, componente do mínimo existencial.

Dissertando sobre esta terceira esfera da posse, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal aduzem:

“Há ainda uma terceira esfera da posse, que se afasta das duas concepções patrimoniais tradicionais acima descritas. Cuida-se de uma dimensão possessória que não se localiza no universo dos negócios jurídicos que consubstanciam direitos subjetivos reais ou obrigacionais. Trata-se de uma posse emanada exclusivamente de uma situação fática e existencial, de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais. É aqui que reside a função social da posse.”^[9]

A Constituição Federal não previu expressamente a função social da posse, ao contrário da função social da propriedade. Nem era necessário fazê-lo. Vez que, sendo a posse um exercício de fato, a sua própria existência, por si só, como uma relação socialmente admitida, já pressupõe o exercício de uma finalidade socialmente relevante. A tutela da posse, neste diapasão, não pode ser desvencilhada dos valores sociais de que serve de instrumento.

A hermenêutica constitucional tem se orientado, modernamente, por uma interpretação pluralista da Constituição. Montesquieu definiu o juiz como a *“bouche de la loi”* (a boca da lei), vez que *“fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.”*^[10] Trabalhava-se que um mecanismo lógico de subsunção do fato à norma, próprio da exegese, sempre lastreado em um processo dedutivo, da norma para o caso concreto.

Tal assertiva, contudo, não resistiu diante da fraqueza de suas premissas, pois a linguagem empregada constitucionalmente merece abordagem detida, sendo a letra da lei apenas um marco inicial de referência para interpretação de qualquer norma. Não se concebe um juiz totalmente adstrito a letra da norma, sem margem para uma análise crítica sobre os fatos postos em juízo. Tais avanços foram frutos do neo-liberalismo e globalização, com a valorização dos princípios, onde o direito se encontrava *“na boca do juiz”*. Neste sentido, acolhendo a livre pesquisa do direito, dispõe o art. 5º, da LICC: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”*

Essa orientação, agora, mais consentânea com o nosso tempo, dá suporte à tese da *“sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”*, por uma interpretação pluralista da Constituição, de Peter Häberle. O direito, então, que antes estava na boca do legislador, em um segundo momento está na boca do juiz e, por fim, agora, na boca do povo, afastando o Poder Judiciário do centro decisório. Observa este autor que *“quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.”*^[11] Dispõe, ainda, este autor, citado por André Ramos Tavares:

“Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimes parlamentares. Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constitucional desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.”^[12]

Como advertiam Cappelletti e Saja, Presidente da Corte Constitucional italiana, o Direito Constitucional vivo, longe de ser mero discurso técnico, é *“realização de valores essenciais da coletividade.”*^[13]

Diante da crise sofrida pelo positivismo jurídico durante do transcorrer do século XX, o ordenamento jurídico não pode estar à margem das crescentes transformações sociais. Conforme afirmado anteriormente, a posse nesta nova ótica é vista como fato social, delineada de forma pluralista e despatrimonializada, fundamentando-se, também, em critérios intrínsecos. Sobre o tema, André Ramos Tavares leciona:

“Na teoria do Direito como fenômeno cultural elaborada por Peter Häberle, as forças sociais não podem ser tratadas simplesmente como objetos, devendo ser integradas na concepção de Direito e Constituição. Essa lição se mostra extremamente preciosa para fins de revelar a impossibilidade de afastar as normas de Direitos dos valores sociais que são consagrados em cada estrutura jurídica existente nos diversos países. A idéia de “Constituição aberta” leva a essa permeabilidade. Tais “valores”, a partir dessa concepção, passam a integrar o cerne do Direito. Seu endereço jurídico mais adequado é a Constituição, documento fundamental da ordem juridicamente positivada.”^[14]

Em um país como o nosso, assolado pela pobreza, onde freqüentemente observamos tensões sociais para garantia do direito de moradia, é forçoso reconhecer o direito de sobrelevação, onde constrói-se no plano inferior e vende-se o direito de laje para outro construir, tudo isso de maneira espontânea, se a necessidade de provisão legislativa expressa. Neste sentido, preceitua Ricardo Lira:

“Outro aspecto interessante a abordar quanto às formas de utilização da superfície é o direito de sobrelevação ou superfície em segundo grau. O superficiário concede a um segundo concessionário o direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Essa forma de utilização da superfície é contemplada no Código suíço. De resto, a criatividade do brasileiro também a utiliza no direito informal, nas formações favelares, onde o titular da moradia cede a outrem o direito de laje.”^[15]

O enfoque dado ao tema pelo Código Civil permite afirmar que, para melhor utilização do patrimônio imobiliário, é viável a separação do solo e de suas diversas possíveis superfícies, notadamente a superfície aérea.

Vale ressaltar, ainda, que o direito de sobrelevação não se confunde com o condomínio edilício – em que há fracionamento ideal do solo -, pois na superfície *“haveria uma tripartição de propriedades autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário.”*^[16]

Neste sentido, preceitua o art. 21, do Estatuto da Cidade:

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Alguns autores advogam a tese de que o Estatuto da Cidade, na parte pertinente ao direito de superfície, estaria derogado pelo Novo Código Civil, que tem disciplina mais abrangente. Tal interpretação, contudo, representa um retrocesso, tendo em conta a maior abrangência do art. 21, do Estatuto da Cidade. Correta a lição de Gustavo Tepedino:

“Em face de tais circunstâncias, consolida-se uma terceira interpretação, que considera que o direito de superfície do Código Civil restringe-se às superfícies rústicas, de zonas rurais, aplicando-se a disciplina do Estatuto da Cidade a todos os direitos de superfícies criados em solo urbano.”[17]

Indiscutível a proteção de tal direito na órbita constitucional, vez que estimulando o direito à moradia, direito fundamental de conotação existencial, colário da dignidade da pessoa humana. A título de exemplo, é inócua a previsão de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF), se o indivíduo sequer tem um domicílio.

Invocável, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde estes influenciam as relações privadas, irradiando seus princípios, afetando, inclusive, a autonomia privada, limitando o exercício do direito de propriedade. Neste sentido, é a lição de Daniel Sarmento:

“ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o judiciário deve mirar os valores constitucionais, que tem no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução em questão e, diante da eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. Esta obrigação deriva do princípio da supremacia da Constituição e da vinculação do judiciário, como órgão estatal, aos direitos fundamentais nela positivados.”[18]

Sendo assim, despatrimonializadas as relações privadas, sofrendo diretamente irradiação constitucional, torna-se forçoso reconhecer o prestígio as normas que garantam a destinação social do bem e o direito social à moradia, componente do mínimo existencial, essencial para uma vida digna, garantindo a tutela jurídica do direito de sobrelevação – direito de laje -.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e VI, “c” e “g”, da Lei 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

..

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover:

...

f) a tutela dos interesses dos necessitados no âmbito dos órgãos ou entes da administração estadual e municipal, direta ou indireta;

...

g) ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;" (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere

O processo de urbanização vivenciado no Estado de São Paulo, aliado à escassez de recursos e à histórica falta de planejamento adequado para uma política habitacional, trouxe conseqüências graves para a população de baixa renda no que tange à ocupação do solo urbano, **Item III – f) atuação na área de habitação de urbanismo – estimando-se que mais da metade da população viva em favelas**, cortiços, loteamentos clandestinos, loteamentos irregulares ou áreas de risco. Cumpre notar que muitas das situações de informalidade já se encontram absolutamente cristalizadas pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO decurso do tempo, fazendo jus os ocupantes a usucapião ou à obtenção de concessão de uso especial para fins de moradia.

Referências Bibliográficas:

- [1] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação história dos direitos humanos, p. 117.
 - [2] TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil, ed. Renovar, 3ª edição, p.4.
 - [3] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição.
 - [4] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 174/175.
 - [5] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 147.
 - [6] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 152.
 - [7] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 152.
 - [8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 39.
 - [9] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 37.
 - [10] Espírito das Leis, p. 160.
 - [11] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, p. 13. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes.
 - [12] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, p. 42. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes.
 - [13] CAPPELLETTI, Mauro, Questioni Nouvi (e Vecchie) sulla Giustizia Costituzionale, p.40.
 - [14] TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 6ª edição, pág.107.
 - [15] LIRA, Ricardo. Direito a Moradia, Cidadania e o Estatuto da Cidade, pág. 273.
 - [16] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 405.
 - [17] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II, Ed. Renovar, pág. 171.
 - [18] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 298.
-

TESE 06

Proponente:

Área: Cíve

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de analisar a pertinência subjetiva, com especial enfoque na legitimidade da Defensoria Pública, no que tange à tutela coletiva em juízo, sustentando o cabimento de litisconsórcio facultativo entre as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos. Inicialmente, contudo, merece registro a evolução da tutela ambiental no Brasil e no mundo.

Tradicionalmente, conforme demonstra o direito romano, o direito positivo sempre foi observado com base nos conflitos de direito individual. Essa tradição de privilegiar o direito individual foi acentuada no século XIX, por conta da Revolução Francesa. Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a detectar que os grandes temas adaptavam-se à necessidade da coletividade, não apenas em um contexto individualizado, mas também corporativo, coletivo.

O marco inicial das transformações deste período foi exposto na obra de Mauro Cappelletti^[1], trazendo à baila o abismo existente entre o público e o privado, sendo inconcebível a solução dos litígios apegados à velha concepção de que cada indivíduo poderia ser proprietário de um bem. Ou, por outro lado, se o bem não fosse passível de apropriação, que ele seria gerido por uma pessoa jurídica de direito público interno, assim como ocorrem com a água, o ar atmosférico, a saúde, o meio ambiente, etc. Neste contexto, a defesa de valores gerais da coletividade, ou seja, interesse público primário, não poderia ficar a cargo da própria gestora deles, ante não raras vezes, o seu interesse, na qualidade de administradora destes bens – interesse público secundário -, não coincidir com o primeiro.

Nascia aí o direito metaindividual, ou transindividual, para representar uma categoria intermediária de interesses, os quais se encontram entre o interesse particular e o interesse público. Transindividuais porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum, seja relação jurídica entre si ou com a parte contrária, seja mera circunstância ou situação fática. Os interesses transindividuais constituem gênero dos quais os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies.

Sendo a diferença existente muito tênue entre tais institutos, somente se verifica a existência de um ou outro, na análise do caso concreto. Importante frisar a colação posta por Nelson Nery Junior, o qual, com visão própria, esclarece que:

“um direito caracteriza-se como difuso (...) de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo”^[2], aduzindo que “a pedra de toque do método classificatório para classificar um direito como difuso, coletivo ou individual é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, sendo certo, para o autor, que, da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais.”^[3]

Sendo, pois, um campo “sui generis” que se encontra entre o público e o privado, surgem longos debates entre os processualistas acerca da legitimação para atuação em juízo, para defesa de direitos supra-individuais. Descabido analisar esse fenômeno à luz do ortodoxo sistema processual civil, que trata, em seu art. 6º, da legitimação ordinária e

extraordinária, resolvendo a questão na seara dos conflitos privados. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, assim se posicionam:

*“A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômeno envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.”***[4]**

Nesta esteira, Rizzatto Nunes assevera:

*“A legitimidade das entidades no caso das ações coletivas para a proteção dos direitos difusos e coletivos é autônoma: não se trata de substituição processual. Ela é típica do instituto da ação coletiva, pertencendo, por isso, autonomamente a cada uma das entidades, que respondem por si mesmas na ação.”***[5]**

Na nuance da Constituição Cidadã de 1988, a Defensoria Pública assume papel essencial no Estado Democrático de Direito, consubstanciado no seu art. 1º. O Estado Democrático de Direito, segundo Jorge Miranda:

*“é conceituado como corpo estatal em que a organização e o exercício do poder político estão sujeitos a uma limitação material, através da norma jurídica, equivalente à divisão e organização dos Poderes do Estado e enumeração e asseguramento dos direitos fundamentais. Portanto, não há verificação de mera sujeição do Estado ao Direito, ou, de outra maneira, atuação estatal vinculada a procedimentos jurídicos; mas, em sentido oposto, a ação estadual se realiza segundo procedimentos jurídicos diferenciados por grupos de órgãos independentes e harmônicos que exercem, com predominância, uma função do Estado, conforme o princípio da divisão do poder.”***[6]**

Destarte, não se concebe um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem uma Defensoria Pública forte e atuante, desvincilhada daquela velha noção de assistencialismo, assumindo, assim, a posição que lhe é inerente, qual seja, a de defensora do povo, na acepção mais ampla da palavra, atuando não só em caráter singular, resolvendo litígio tipicamente privados, mas, também, atuando de forma coletiva.

Ressaltamos, ainda, a legitimidade outorgada pela Constituição Federal à Defensoria Pública para a tutela de quaisquer interesses difusos e coletivos, tanto em caráter punitivo, como preventivo, haja vista o disposto em seu art. 134 da CF c/c art. 5, II, da Lei 7.347/85, que traz expresso a legitimidade ativa da Defensoria Pública para defesa dos interesses coletivos.

O Defensor Público Paulista Wagner Giron de la Torre resume bem a questão:

*“Como órgão instrumentalizador da proteção da dignidade humana, a Defensoria Pública do Estado tem ainda sua legitimação para o manejo da tutela de conflitos de trato transindividual consolidado pela conjunção dos artigos 81, 82 e 117 do Código de Defesa do Consumidor, que emprestou significado novo aos artigos 5º e 21 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública.”***[7]**

A lei 7.347/85 retrata a legitimidade da Defensoria Pública para, em sede de ação civil pública, conforme dispõe o art. 5º da referida lei, com redação dada pela Lei 11.448/07, tendo nossa Carta Magna de 1988 confirmado e ampliado essa legitimidade para a tutela em juízo

dos interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos, em substituição a uma grande quantidade de feitos individuais com as características supracitadas.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

“a nova redação do art. 5º da LACP (Lei 7.347/1985), determinada pela Lei n. 11.448/2007, prevê expressamente a Defensoria Pública (art. 5º, II, LACP) entre os legitimados para a propositura da ação civil pública. Atende, assim: a) a evolução da matéria, democratizando a legitimação, conforme posicionamento aqui defendido; b) a tendência jurisprudencial que se anunciava.”^[8]

A idéia de litisconsórcio entre órgãos surgiu inicialmente para melhor defesa ambiental. Contudo, somente no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº. 8.069/90) que o mesmo restou acolhido, notadamente no art. 210, §1º: *“admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.”*

A título de exemplo, imaginem surtos epidemiológicos que ultrapassem as fronteiras de mais de um Estado da Federação, como focos de febre amarela, doenças contagiosas, vírus, etc. A possibilidade, destarte, de intervenção simultânea dois ou mais órgãos atende à necessidade de somar forças em defesa da saúde pública, direito este supraindividual, ademais, pois os riscos de prejuízos para os estados limítrofes são incalculáveis, sejam econômicos ou sociais. Ainda mais quando quaisquer das partes envolvidas se mostrarem omissas, legitimando, inclusive, a Defensoria Pública de uma unidade da Federação ajuizar ações em outros Estados.

Dado o caráter supraindividual dos direitos difusos e coletivos, Hugo Nigro Mazzilli sustenta:

“Já então acreditávamos ser desejável ir até mais longe: especialmente na defesa do meio ambiente, deveríamos estipular um sistema de atribuições concorrentes entre o Ministério Público da União e dos Estados, de forma que até estes últimos pudessem estar legitimados a propor ações de defesa do meio ambiente perante a Justiça Federal, assim com o Ministério Público federal deveria poder propor ações ecológicas perante a justiça local: poderiam até fazê-lo em litisconsórcio, ou então, proposta por um deles, o outro poderia habilitar-se como assistente litisconsorcial.”^[9]

Corroborando este entendimento é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), ordinária. (...) A legitimação abrange a instituição do MP como um todo, isto é, o MP da União e o MP dos Estados (v. CF 128). O MP pode ajuizar ACP quando houver interesse processual na obtenção de provimento jurisdicional. Tanto o MP da União pode ajuizar ACP na justiça estadual, quanto o MP estadual na justiça federal. O MP de um Estado pode ajuizar ACP em outro Estado, pois o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo por ele defendido não encontra limites territoriais, impostos quando se trata de direito individual puro.”^[10]

Considerando, assim, em que pese as ponderações dos autores se dirigirem ao Ministério Público, vez que à época não havia sido aprovada a lei 11.448/07, ainda, que o trato constitucional destinado à Defensoria Pública é igual ao dado ao Ministério Público, sendo ambas as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, tendo, inclusive, princípios institucionais idênticos, conclui-se que, também, é lícito à Defensoria Pública de

outros Estados da Federação ajuizarem ações coletivas, respeitadas as regras de competência (art. 2º, Lei 7.347/85), que visem a tutela dos interesses difusos e coletivos.

A Defensoria Pública é órgão uno e indivisível e, antes de se evitar a legitimidade da forma acima defendida, deve, pelo contrário, ser estimulada, vez que as divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

Assim, a possibilidade ora aventada atende à necessidade de somar forças em defesa dos interesses difusos e coletivos e seria proveitosa sob todos os aspectos: a conjugação de esforços aumentaria em muito a eficiência da Defensoria Pública e estabeleceria entre os dois ou mais setores da Instituição, um necessário entrosamento.

Dado o caráter supraindividual dos direitos difusos e coletivos, é legítima a atuação coligada de Defensorias Públicas, diante do disposto no art. 5º, §5º, da Lei 7347/85, in verbis: “§5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direito de que cuida esta Lei.”

A Defensoria Pública deve ser compreendida como uma instituição una, existindo a divisão administrativa entre o federal e o estadual como forma de facilitar o exercício dos misteres constitucionais. Destarte, ao preceituar a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública no art. 134, da Constituição Federal c/c art. 5º, II, da Lei 7.347/85, assim o fez em franca alusão à unidade e à indivisibilidade da instituição.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Art. 5º, III, e VI, “c” e “g”, da Lei 988/06, in verbis:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

..

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou **coletivos**, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover:

...

c) a tutela individual e **coletiva** dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

...

g) **ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;**” (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere:

Item II – c) desafios – atuação judicial nos âmbitos cível e criminal, há que se dispensar especial atenção às áreas temáticas específicas e sensíveis como a situação prisional no Estado, a questão do adolescente em conflito com a lei, a questão da moradia e regularização

fundiária, e a questão da tutela dos direitos do consumidor, enfim, ao desempenho das atribuições do novo mandato claramente atribuído à Defensoria na tutela dos Direitos Humanos, não só no âmbito individual como **coletivo**.

Referências Bibliográficas:

[1] Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil, RP, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5:7, 1977.

[2] NERY, Nelson, **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**, Revista dos Tribunais, 1994, p.1232

[3] NERY, Nelson, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, passim.

[4] NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Comentado e legislação extravagante**, 2005, p.1012

[5] NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Ed. Saraiva. 3ª Edição. Pág. 761.

[6] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, pp. 177 e 178.

[7] Ação proposta em São Paulo pelo Defensor Público do Estado de São Paulo, Wagner Giron de la Torre em favor de moradores da Vila Rossi e bairros contíguos em face dos decretos nº 12.388/06, nº 12.317/06 e nº 12.319/06, editados pelo Município de São José dos Campos.

[8] DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, Ed. Podivm, pg. 219

[9] MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, Editora Saraiva, 2005, p.304/305.

[10] NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Constituição Federal Anotada**, Revista dos Tribunais, 2006, p.487.

TESE 07

A atuação do Defensor Público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que esta inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária. (II Encontro Estadual - 2008).

TESE 40

Proponente: Conectas Direitos Humanos

Área: Cível

Súmula:

Utilização do artigo 227 da Constituição Federal como parâmetro para estipular o quantum indenizatório em caso de indenização por danos morais decorrentes da morte de crianças e adolescentes.

Fundamentação teórica e fática

Um dos maiores desafios enfrentados em casos envolvendo indenização por danos morais é a fixação do *quantum* indenizatório. Este desafio é ainda maior em casos em que os danos morais são decorrentes da morte de uma pessoa querida, especialmente filhos menores. Em sua experiência com casos envolvendo morte de adolescentes mantidos sob custódia do Estado em cumprimento de medida sócio-educativa de internação, a Conectas Direitos Humanos pôde perceber uma enorme desproporção entre os valores estipulados em casos de morte e em outros casos muito menos graves. De fato, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem aplicado os seguintes parâmetros de indenização por danos morais:

- Ter sido objeto de referências caluniosas em jornal: 700 salários mínimos (Apelação Cível n. 283.062-1); Ter cheques devolvidos sem fundos em razão de uma conta bancária inativa: 500 salários mínimos (Apelação Cível n. 37.620-4); Ter recebido exame com diagnóstico equivocado: 300 salários mínimos (Apelação Cível n. 70.837-4).

Os casos de morte, principalmente de crianças e adolescentes, merecem, sem dúvidas, uma reparação maior e mais significativa do que as aplicadas nos casos acima exemplificados. No entanto, os valores aplicados pelo Judiciário em casos de indenização por morte de adolescentes privados de liberdade eram fixados em torno de 30 salários mínimos, em flagrante demonstração de desconsideração do valor da vida destes adolescentes.

Diante desta situação fática, a Conectas Direitos Humanos desenvolveu parâmetros visando aumentar o valor das indenizações por danos morais fixadas em casos de morte de adolescentes privados de liberdade. O principal destes parâmetros é a utilização do artigo 227 da Constituição Federal, que prevê a prioridade absoluta de crianças e adolescentes. Esta determinação constitucional constitui, em nosso entendimento, critério de majoração da proteção legal conferida à vida de crianças e adolescentes e, portanto, de maior reparação em casos de dano moral decorrente da violação deste direito.

Em suas ações, a Conectas tem estabelecido o patamar de 2.000 salários mínimos como valor mínimo capaz de minimizar o dano moral decorrente da morte de um filho mantido sob a custódia do Estado. Este valor foi estabelecido com base nos seguintes critérios:

- a) o bem jurídico violado é o direito à vida, direito supremo em nosso ordenamento jurídico;
- b) a vítima é um adolescente, que goza de proteção constitucional especial, sendo o único direito constitucionalmente reconhecido que goza de prioridade em relação aos demais (superproteção constitucional);
- c) a extensão do dano é enorme, e será sentido pelos membros familiares pelo resto de suas vidas;
- d) o causador do dano é o próprio Estado, que possui dever jurídico de zelar pela vida daqueles mantidos sob sua custódia;
- e) necessidade de educar o Estado nos casos de morte de pessoas privadas de liberdade, sendo notórias as violações de direitos humanos perpetradas contra este grupo vulnerável.

Com base nesta argumentação, em dois casos recentes a Conectas conseguiu majorar o valor da vida dos adolescentes pelo Poder Judiciário.

- 400 salários mínimos (recurso de apelação 053.03.800403-0)

- 525 salários mínimos (apelação cível com revisão nº 683.552-5/9-00)

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: </dpsp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010>)

TESE 41

Proponente: Movimento dos Trabalhadores Sem Teto

Área: Cível

Súmula:

O Defensor público deve pleitear, de forma incidental ou por ação própria, o reconhecimento da perda da propriedade em razão do abandono do imóvel, observar o disposto no artigo 1276, parágrafo segundo do Código Civil.

Fundamentação teórica e fática

O direito à moradia digna é um direito assegurado a todos por nossa Constituição Federal. No entanto, assim como ocorre com diversos outros direitos fundamentais, poucos têm acesso a esse direito. Milhões de pessoas vivem em condições precárias de moradia: na rua, em favelas, cortiços, áreas de risco, morando de favor na casa de amigos ou parentes. Dados oficiais estimam que o déficit habitacional no Brasil gira em torno de 7 milhões de moradias. Paradoxalmente, existem aproximadamente 6 milhões de imóveis vazios.

O Código Civil, ao versar sobre a propriedade, estabelece entre as hipóteses de sua perda o abandono (art. 1275, inciso III, CC). Na seqüência, o artigo 1276 dispõe que:

“Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

(...)

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.”

Assim, conforme estipulado no parágrafo 2º do artigo 1276 do CC, presumir-se-á, de modo absoluto a intenção de abandono, quando cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. Diante disso, é possível defender a tese de que quando o proprietário do bem não exercer atos de posse sobre o imóvel e deixar de pagar os

impostos respectivos, o bem poderá ser declarado como bem vago, perdendo-se a propriedade sem direito a qualquer indenização.

Apesar de esta argumentação ser utilizada nas defesas elaboradas nas ações de reintegração de posse ajuizadas contra ocupações organizadas pelo MTST, em nenhum caso houve qualquer manifestação judicial sobre o tema.

Infelizmente, não temos conhecimento do acolhimento desta tese em nenhum caso.

Uma possibilidade seria ajuizar uma ação declaratória para que determinado imóvel seja declarado vago, porém ainda não tivemos a oportunidade de ingressar com ação deste tipo.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

Caso se entenda pela necessidade de regulamentação do artigo 1276 do CC:

IV - manter comissões permanentes para formular e acompanhar propostas de elaboração, revisão e atualização legislativa;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: dpep/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010)

TESE 42

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: Cível

Súmula:

É requisito das ações possessórias e reipersecutórias a comprovação do cumprimento da função social da propriedade.

Fundamentação teórica e fática

O direito de propriedade, de uma forma geral, assumiu um novo enfoque desde a promulgação da Constituição de 1988, onde restou intensificada a idéia de função social, como princípio de ordem pública, ou seja, deve ser respeitado independentemente da vontade das partes. A função social da propriedade foi elencada entre os direitos fundamentais estabelecidos pelo artigo 5º da Constituição Federal (inciso XXIII). Foi também reafirmada como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III). Além disso, a Constituição Federal inscreveu o princípio da função social da propriedade com conteúdo definido em

relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (art. 182, 184 e 186). No entanto, o Poder Judiciário ainda tem uma concepção individualista do direito à propriedade, sendo raros os casos em que a função social da propriedade seja de fato considerada. De fato, após a Constituição Federal de 1988, **deve-se considerar a função social como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, o que leva a se considerar como inexistente o referido direito na ausência do cumprimento de tal função.** Assim, a propriedade só existe, por expressa determinação constitucional, quando cumpre a sua função social. **O não cumprimento da função social da propriedade implica na impossibilidade de reconhecimento do direito de propriedade e, conseqüentemente, de proteção da posse.**

Deste modo, o reconhecimento do direito à propriedade está condicionada ao cumprimento de sua função social, ônus este que cabe ao autor da ação possessória. E, caso o cumprimento da função social não seja demonstrado, não há que se falar em proteção judicial desta propriedade, ainda mais pela via de uma ação possessória.

Doutrina:

Fábio Konder Comparato: “Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese as garantias ligadas normalmente à propriedade, **notadamente a de exclusão de pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas.** (...) **Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato e as ações possessórias.** A aplicação das normas do Código Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso ...” (Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In A questão agrária e a justiça, São Paulo, RT, 2000, p. 145-146).

José Afonso da Silva: “O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda a sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), **não há como escapar ao sentido de que só garante o direito de propriedade que atenda sua função social.**” (Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 269.)

O mesmo entendimento também foi adotado por diversos membros do Ministério Público Estadual e Federal, reunidos no seminário “Meio Ambiente e Reforma Agrária”, realizado em dezembro de 1999 na cidade de Ribeirão Preto: “A função social define o conteúdo do direito de propriedade. A função social não é uma limitação do uso da propriedade, ela é elemento essencial, interno, que compõe a definição da propriedade. Só se legitima perante o ordenamento jurídico brasileiro a propriedade que cumpre a sua função social. **A propriedade que descumpra a função social não pode ser objeto de proteção jurídica.** Não há fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular da propriedade que não está a cumprir sua função social.”

Jurisprudência:

Tribunal de Justiça de São Paulo:

“(...) O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. **Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal,** ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam

de forma piramidal. **Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF submeteu ao princípio da função social** (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. **O princípio da função social atua no conteúdo do direito.** Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, 'Direito Constitucional Positivo', 5ª ed., p. 249/0, (com apoio em autores europeus). **Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.** 10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. **Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. O jus reivindicandi fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. (...).**" (TJ/SP, Apelação cível n. 212.726-1/8, Rel. Des. José Osório, j. 16/12/1994 - grifamos)

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: [/dpsp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010](#))

TESE 60

Proponente: Daniel Guimarães Zveibil

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

O defensor público deve considerar o local de domicílio civil do portador de deficiência como sendo o foro competente para o deficiente demandar ou ser demandado, com esteio na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ressalvada hipótese do caso concreto merecer proteção de outro direito fundamental em conflito.

Assunto.

O assunto da presente proposta diz respeito ao direito fundamental de *acesso à Justiça dos portadores de deficiência*, sustentando a proposta, nesta perspectiva, que o portador de deficiência possui o direito fundamental de propor demandas ou respondê-las na comarca em que estiver residindo. A finalidade é facilitar o acesso à Justiça deste vulnerável segmento da população.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública na Lei Complementar estadual n.º 988 de 09 de janeiro de 2006:

“Art. 5.º – São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

IV – promover:

(...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

c) a tutela individual e coletiva (...) das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

(...)”

Fundamentação jurídica.

a) Direito fundamental de acesso à Justiça e a questão do portador de deficiência.

É de conhecimento geral a importância capital do direito de *acesso à Justiça* para efetivação de inúmeros direitos que têm sido reconhecidos em prol de indivíduos e coletividades, pois que a mera titularidade de tais direitos seria destituída de sentido se não existissem mecanismos judiciais a lhes garantirem pelo menos alguma proteção. Não é sem razão, aliás, que *acessar a Justiça* não só tem sido visto como o direito “mais básico dos direitos humanos”, como “o ponto central da moderna processualística”^[1].

Devido, portanto, à crescente importância do tema elaborou-se estudo que se tornou clássico por identificar alguns dos obstáculos de efetivação do *acesso à Justiça*, catalogando e reunindo-os em três grandes grupos: (i) *custas judiciais*, (ii) *possibilidade das partes*, e (iii) *problemas especiais dos interesses difusos*^[2].

Evidentemente, acessar nosso sistema judicial continua sendo grave problema para significativa parcela da população, recrudescendo mais ainda quando envolve segmentos minoritários e mais vulneráveis da população. É o caso, sem dúvida, dos *portadores de deficiência*. A propósito, neste sentido é inequívoco o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 09 de julho de 2008^[3], por formalmente reconhecer o fato de que, não obstante diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo^[4].

b) A questão à luz da Constituição brasileira de 1988.

As Nações Unidas também aponta que os clássicos obstáculos de acesso à Justiça agravam-se quando submetem pessoas pertencentes ao vulnerável grupo das pessoas portadoras de deficiência. É o que explica a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas prescrever no artigo 13, "01", que:

"Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares".

Antes de adentrarmos no mérito do texto transcrito, importa ressaltar que o Tratado Internacional de Direitos Humanos intitulado e conhecido como *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 09 de julho de 2008 nos termos do § 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, sendo, portanto, o primeiro Tratado de Direitos Humanos com natureza formal de emenda constitucional no Brasil[5]. Logo, valendo-nos da conhecida classificação de Flávia Piovesan, este Tratado não pertence ao *bloco constitucional* brasileiro somente pelo aspecto material[6], mas igualmente encontra assento formal no texto constitucional[7], resultando no efeito prático deste Tratado voltado à proteção dos deficientes ser insuscetível de denúncia por conta do art. 60, § 4.º, IV da Constituição Federal[8]. Sendo assim, o artigo 13 supra transcrito é componente formal do texto constitucional brasileiro, além de estar entre as cláusulas pétreas.

Pode-se dizer, portanto, com inequívoco acerto que a Constituição Federal de 1988 prescreve formalmente a facilitação do acesso à Justiça aos portadores de deficiência, observando-se suas peculiaridades. Esta interpretação baseia-se no fato do texto do art. 13 prescrever que *"os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas"*. Tal prescrição é complementada pelo art. 1.º da mesma Convenção, o qual prescreve que devem ser consideradas portadoras de deficiência *"aquelas [pessoas] que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas"*.

Vê-se, portanto, que a combinação dos textos dos art. 1.º e 13 da Convenção em análise formam exata premissa maior no sentido de existir mandamento jurídico autorizando que o Estado dê tratamento processual desigual, ao longo do procedimento judicial, quando vise atender às peculiares limitações de parte(s) portadora(s) de deficiência. Nossa conclusão, em verdade, é corolário natural do aspecto mais básico do princípio da igualdade: *tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente*[9].

Ademais, o art. 13 da emenda constitucional de que cuidamos não pára por aí: estende aludida autorização a *todo e qualquer procedimento judicial*, investigações e fases preliminares inclusive. Daí o porquê deste mandamento constitucional não se cingir à família, mas incide sobre todos os campos do direito.

Desta forma, é a partir do texto constitucional em foco que sustentamos pela presente proposta de tese institucional o *direito fundamental do portador de deficiência demandar ou ser demandado, como regra geral, na comarca em que tenha seu domicílio civil*; direito este corolário do direito de acesso à Justiça.

Para melhor compreensão deste direito fundamental, é preciso que se tenha em mente que o direito positivo vigente, sobretudo a emenda constitucional em discussão, marca

profunda mudança do paradigma ético-jurídico nas atitudes e abordagens do Estado brasileiro em relação aos portadores de deficiência. Porque instaura formalmente em favor do portador de deficiência, no plano constitucional e amparado no princípio constitucional da dignidade humana (art. 1.º, III), o *processo de especificação do sujeito de direitos* a que se referiu Norberto Bobbio[10], na medida em que prescreve mandamentos que concretizam direitos específicos de uma classe especial de cidadãos: a dos portadores de deficiência.

Neste passo, reconhecer, como regra geral, a competência para demandas do portador de deficiência na comarca em que ele possui domicílio civil, de fato é realizar direito que corresponde a mais um passo no longo processo de concretização dos direitos humanos; o passo posterior à especificação abstrata do sujeito *pessoa portadora de deficiência*.

c) Objetivos fundamentais da República e o direito fundamental em questão.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja natureza é de emenda constitucional, reconhece em seu Preâmbulo que "(...) a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza"[11].

Portanto, é perfeitamente compatível aos objetivos fundamentais da Constituição admitir válido o direito fundamental em questão:

“Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...) 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 quais outras formas de discriminação.”

Não é o direito que sustentamos, portanto, pouca coisa. Não pode ser desprezado. Porque neste mesmo Preâmbulo da aludida Convenção, os Estados Partes salientam o fato de que *a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza* e, nesse sentido, reconhecem a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência[12].

d) Colisão de direitos fundamentais.

Ninguém ignora que o sistema constitucional é campo fértil para colisão entre direitos fundamentais, já que vigora o princípio da unidade da Constituição e que a Constituição protege, simultaneamente, outros grupos vulneráveis. Não é tão difícil imaginar colisões autênticas na hipótese em discussão: basta pensarmos que ambas as partes podem ser portadoras de deficiência; ou que o litígio se dê entre portador de deficiência de um lado, e idoso em idade avançada do outro, que depende de cuidados especiais; ou que o alimentante seja deficiente, enquanto o alimentado criança, que, pela sua condição, usufrui de proteção integral em absoluta prioridade reconhecida pela Constituição[13], princípio ao qual se vincula a regra infraconstitucional do art. 100, II do CPC. E assim por diante.

Evidentemente, estes possíveis conflitos devem ser resolvidos pela *técnica da ponderação*, tomadas, no entanto, devidas cautelas contra perigosos voluntarismos ou meros caprichos do intérprete, que são muitas vezes conseqüentes do exacerbado subjetivismo

próprio da técnica aludida. Assim, de um lado, como parte desta técnica deve o intérprete avaliar quem é a parte mais vulnerável naquele processo e principalmente pelas condições pessoais das partes e também pelas exigências da lide, porquanto “no juízo de ponderação indispensável entre valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso.”[14] De outro lado, porém, o intérprete deve observar alguns elementos de segurança que a doutrina vem trabalhando, a fim de que voluntarismos ou meros caprichos não torpedeiem o núcleo essencial e próprio de cada direito fundamental[15].

Exemplificando.

A menos que haja alguma particularidade específica do caso concreto, tendemos a acreditar, por exemplo, que a criança merece preferência em ação de guarda, porquanto o processo exige que a criança seja acompanhada de perto por profissionais do Fórum da comarca de seu domicílio civil, para feitura de laudos inclusive. Em ação de alimentos, no entanto, novamente excluindo a hipótese de alguma particularidade do caso concreto que nos obrigue a conclusão diversa, considerando que é prescindível a presença física da criança no Fórum, e sendo a condição social do alimentante agravada pela sua deficiência física, não seria absurdo dar preferência ao portador de deficiência em detrimento da criança.

O que não se pode admitir é a negativa do direito fundamental que sustentamos pela presente proposta de tese institucional em virtude, pura e simplesmente, das possíveis colisões com outros direitos fundamentais, até porque é a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja natureza é de emenda constitucional, que em seu art. 5.º, alínea “3”, dispõe sobre a idéia de *adaptação razoável* – que nada mais é do que o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. *In verbis*:

“Art. 5.º (...)

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a ***adaptação razoável*** seja oferecida.” (grifado)

E o dispositivo 2.º da mesma Convenção define “adaptação razoável”:

“(…) ‘Adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes ***necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido***, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;” (grifado)

Ou seja, no fim das contas a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência admite que os direitos do portador de deficiência possam entrar em rota de colisão com outros direitos protegidos pelo direito positivo, oferecendo, ainda que não expressamente, a técnica da ponderação que deve se apoiar no princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

e) *Importância da proposta.*

Ainda que o direito fundamental sustentado pela presente proposta de tese institucional proteja minoria vulnerável de nossa população, qual seja, pouco mais de dez por cento dela, em tese beneficiaria quase vinte e cinco milhões de brasileiros. É que de acordo com a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), órgão da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o IBGE acusou no censo de 2000 quase vinte e cinco milhões de pessoas portadoras de

deficiência em todo o Brasil[16], em meio a uma população total de mais de cento e sessenta e nove milhões de brasileiros[17].

Ademais, não se pode olvidar que o direito fundamental em questão reforça mais ainda a teia constitucional de proteção aos portadores de deficiência, tecida pelo Poder Constituinte originário por meio de inúmeros dispositivos constitucionais[18], não sendo exagero admitir a existência de princípio constitucional, mesmo que implícito, de proteção especial aos portadores de deficiência. A propósito, indo além e se referindo exclusivamente ao Título I da Constituição, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que “a proteção das pessoas portadoras de deficiência já pode ser extraída dos comandos principiológicos anunciados.”[19] Assim, na presente proposta de tese institucional é a implementação deste princípio constitucional de proteção especial aos portadores de deficiência que está em jogo.

Finalmente, a importância da presente proposta de tese institucional decorre do fato de ser inovadora mesmo entre autores que se dedicam ao tema dos portadores de deficiência. Apesar da amplitude do Brasil, que torna, portanto, impossível pesquisar todo o universo que engloba doutrina e jurisprudência brasileiras, não se encontrou nada parecido ao conteúdo da presente proposta de tese institucional. A proposta é nova, solidamente embasada no texto constitucional e na contemporânea doutrina de Direito Constitucional, e é capaz de contribuir grandemente na efetivação de acesso à Justiça ao portador de deficiência. Seria uma grande contribuição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo ao resto do país e, pelo prisma da carreira, contribuição especial dos defensores públicos da área de família.

Sítios digitais citados:

IBGE: , acesso em 23 de julho de 2009.

Ministério da Justiça do Brasil: , acesso em 23 de julho de 2009.

Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

Fundamentação fática.

A presente proposta de tese institucional não é mera elucubração acadêmica, mas nasceu justamente no cotidiano do dramático palco de nossas triagens. Uma senhora de setenta e oito anos de idade, deficiente física, havia perdido filho cujo domicílio civil era na cidade de Barueri/SP. Pelo texto expresso do art. 96 do CPC o inventário, sob forma de arrolamento, deveria ser proposto na comarca de Barueri/SP, a trezentos quilômetros da comarca em que residia a deficiente física: Bauru/SP. Não adiantava, no caso prático, tentar apelar para os incisos I ou II do art. 96 do CPC, pois a situação do bem era em Pirajuí/SP, e o óbito deu-se em Barueri/SP.

O desespero da senhora manifestado em seus apelos, os quais exclamavam a impossibilidade de seu deslocamento a qualquer dessas cidades dada sua precária condição social agravada pela deficiência física, foi o que nos impeliu à pesquisa empreendida e resumida na presente proposta de tese institucional.

Diante da fundamentação jurídica que apresentamos, o MM. Juízo da 2.^a Vara de Família e Sucessões da comarca de Bauru/SP deu-se por competente para processar e julgar o inventário daquela senhora, afastando a regra processual do art. 96 do CPC e concretizando o art. 13 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Este

resultado, sem dúvida, não só pode ser alcançado em outros processos da área de família, como é viável para o restante da área cível e também para o âmbito penal.

Sugestão de operacionalização.

Pode ser extraída do exemplo do item “V” de nossa proposta de tese institucional.

É importante salientar, no entanto, que na atividade forense nossa proposta de tese institucional deve ser apresentada na petição inicial fora do mérito e sob a roupagem de *preliminar*, porquanto é matéria ligada a pressuposto de validade da relação jurídica processual (competência).

Apresentada a tese em defesa, em regra deve ser apresentada por meio de *exceção de incompetência*, porquanto a competência em discussão, sem dúvida, é de natureza territorial.

Referências Bibliográficas:

[1] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (reimpressão 2002), cap. I, p. 11/13.

[2] *Ibidem*, cap. II, p. 15/29.

[3] Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009

[4] Item “k” do Preâmbulo. Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[5] Confira no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[6] CF/1988, art. 5.º, § 2.º.

[7] CF/1988, art. 5.º, § 3.º.

[8] Ao contrário do que acontece com os Tratados de Direitos Humanos que são exclusivamente constitucionais pelo ponto de vista material, devido ao § 2.º do art. 5.º da CF/1988. Cf.: o que sustenta PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: RAMOS TAVARES, André; LENZA, Pedro; e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, cap. “5”, p. 68/77.

[9] Faz muitos séculos que Aristóteles esclareceu o mundo com esta valiosa reflexão: “(...) Por exemplo, parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também só o é entre aqueles que não são iguais” (ARISTÓTELES. **A Política**, São Paulo: Martin Claret, 2004, Livro terceiro, capítulo V, § 8.º). Com base nela, disse Rui Barbosa em um de seus mais memoráveis escritos: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kury. 5.ª edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999, p. 26).

[10] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9.ª edição. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, Primeira Parte, capítulo “A Era dos Direitos”, p. 78: “Além dos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de *especificação*; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à idéia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa. Assim, com relação ao abstrato sujeito “homem”, que já encontrara uma primeira especificação no “cidadão” (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?”

[11] Item “m” do Preâmbulo. Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[12] Item “t” do Preâmbulo. *Idem*.

[13] CF/1988, art. 227.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, cap. 5, item “3.5.3.1”, p. 336.

[15] Luis Roberto Barroso admoesta sobre cuidados do intérprete ao realizar a técnica da ponderação: “De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete: a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, Parte II, cap. IV, item V (A técnica da ponderação), p.334 e seguintes).

[16] Consulte no sítio digital do Ministério da Justiça do Brasil: , acesso em 23 de julho de 2009.

[17] Confira o sítio digital do IBGE: , acesso em 23 de julho de 2009.

[18] CF/1988, *caput* do art. 5.º, art. 7.º, XXXI, art. 23, II, art. 24, XIV, art. 37, VIII, art. 203, IV e V, art. 227, § 1.º, II e § 2.º, e art. 244. Sem contar os direitos expressamente previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

[19] ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, Parte 10, item “6” (A proteção das pessoas portadoras de deficiência), p. 503.

TESE 61

Proponente: Sabrina Nasser de Carvalho

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

Na Ação Civil Pública, quando estiverem presentes os requisitos que ensejam o pedido de tutela de urgência, inaudita altera pars, diante do risco de ineficácia da decisão futura, deve-se defender a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.437/92, de forma difusa e em concreto, garantindo o controle da razoabilidade do dispositivo.

Assunto

A tese institucional ora apresentada versa sobre as tutelas jurisdicionais sumárias em sede de ação civil pública. O objetivo é questionar a constitucionalidade, *in concreto*, do artigo 2º da Lei 8.437/1992, que dispõe sobre restrições às tutelas sumárias pleiteadas em desfavor da Fazenda Pública, no bojo da ação civil pública.

Atribuições Institucionais

De acordo com o artigo 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, a Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública. A Lei complementar 988/06, em seu artigo 5º, reitera a previsão da legitimidade da Defensoria Pública para patrocinar o processo coletivo

Portanto, a ação civil pública trata-se de instrumento de trabalho constante do defensor público, que deve conhecer as técnicas inerentes ao processo coletivo, as quais diferem, em grande parte, do processo individual.

As tutelas de urgência são mecanismos de efetivação do direito veiculado no processo coletivo. As restrições às referidas tutelas nas demandas propostas contra a Fazenda Pública podem significar empecilho à efetividade do processo coletivo, apesar de legalmente institucionalizadas.

Desta forma, faz-se necessário o aparelhamento de tese institucional que defenda a inconstitucionalidade, em concreto, da limitação às medidas de urgência em face do Poder Público, quando há *periculum in mora* que não resiste à anterior diligência de oitiva do representante da pessoa de direito público.

Fundamentação Jurídica

A efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a solucionar os problemas oriundos do plano material. Portanto, ainda que o direito processual seja concebido como sistema instrumental para a aplicação do direito substancial, a cientificidade dos mecanismos estatais de solução de controvérsias não pode ser tratada com somenos importância, e deve estabelecer um estreito diálogo com as premissas do direito material e da realidade social.

Neste contexto, as normas processuais apresentam-nos a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, genericamente concebida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que exigem determinados requisitos para que o juízo antecipe os efeitos da tutela requerida

A hipótese que nos interessa neste trabalho exige a presença dos seguintes requisitos: verossimilhança fundada em prova inequívoca e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A técnica da antecipação dos efeitos da tutela é instrumento indispensável de efetivação da justiça. Sem o referido instrumento, o risco de dano anormal pode comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Por outro lado, não se pode olvidar a importância do Princípio constitucional do contraditório, inerente à sistemática processual. A celeridade processual deve acompanhar a ideia de paridade de armas. Em outras palavras, durante todo o trâmite processual, devem ser franqueadas às partes as mesmas oportunidades de atuação no processo, com os mesmos instrumentos de ataque e defesa.

E por ser um princípio inerente à técnica processual, não pode ser afastada da antecipação da tutela. Portanto, a regra é que, antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, o juiz deve ouvir o réu. Trata-se do reconhecimento do processo cooperativo, que tem como premissa estabelecer uma relação dialética entre as partes, com vistas a um processo democrático.

Caso o estabelecimento do contraditório enseje o esvaziamento da efetividade da tutela pleiteada, deve-se realizar a ponderação de princípios, *in casu*, entre o contraditório e a efetividade. Concluindo-se pela efetividade do provimento final, deve-se aplicar o contraditório diferido.

Desta forma, a concessão da providência *inaudita altera pars* é admissível em casos excepcionais. Consoante a doutrina de José Batista Lopes^[1], o critério a ser observado é o mesmo adotado no processo cautelar, devendo-se aplicar analogicamente, a regra do art. 804 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa a vir a sofrer.”

No âmbito do processo coletivo, a antecipação dos efeitos da tutela também se encontra regulamentada, *ex vi* do artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública, dispositivo este que

versa sobre medidas liminares de natureza satisfativa. O artigo 4º da referida lei, em que pese mencionar expressamente a tutela cautelar, trata-se, na verdade, de tutela inibitória e, portanto, satisfativa.

Entretanto, a questão ganha determinada particularidade com a edição da Lei Federal 8.437/1992, que em seu artigo 2º prescreve:

“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

De acordo com o referido diploma, haveria necessidade imperiosa de, antes de deliberar sobre a antecipação de tutela requerida, estabelecer o contraditório com o representante da Fazenda Pública, haja vista a possibilidade de suportar o ônus da providência jurisdicional sumária determinada. O dispositivo encontra-se na linha do parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil que impede a concessão de liminar possessória contra o Poder Público sem prévia oitiva dos seus representantes judiciais.

Como visto, a técnica processual estabelecida no Código de Processo Civil não tem previsão normativa obrigatória de oitiva da parte contrária antes da análise do pedido de antecipação da tutela. Ainda assim, a interpretação à luz de princípios constitucionais enseja a conclusão que, nos casos em que a eficácia e a efetividade da tutela sumária restar comprometida diante da observância da oitiva da parte contrária, o contraditório deverá ser afastado, sobrepondo-se, reiterando-se, a efetividade e a eficácia.

Desta forma, conclui-se que não é possível estabelecer, *a priori*, que em todos os casos em que há pedido de antecipação dos efeitos da tutela seja observado o Princípio do contraditório. A observância deste princípio não pode ser uma regra jurisdicional, mas sim compreendida como um princípio jurídico, sujeito, portanto, à ponderação no caso concreto e sem hierarquia no plano abstrato em relação aos demais princípios. De acordo com a sistemática principiológica, a ponderação deve ser feita caso a caso, e não de forma abstrata pelo legislador, como ocorreu no artigo 2º da Lei 8.437/1992.

O tratamento legislativo concebido na Lei 8.437/1992 franqueia uma sobreposição, em absoluto, ao princípio do contraditório.

Nesta linha de intelecção, é possível afirmar que o artigo 2º da Lei 8.437/1992 pode ser inconstitucional, no caso concreto, quando a diligência legislativa prescrita, qual seja, a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, comprometa a eficácia da tutela sumária pretendida. Trata-se da aplicação do controle difuso e concreto de constitucionalidade.

Perfilha este entendimento Cassio Scarpinela Bueno:

“Mas, desde que em determinado caso concreto, a prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (ou quem lhe faça as vezes, acrescentamos, à luz do inciso LXIX do artigo 5º, da CF) no prazo de setenta e duas horas seja providência que acarrete a ineficácia do ato, não poderá o juiz sujeitar a concessão da medida ao regime desde artigo 2º à liminar requerida no bojo do mandado de segurança coletivo, ou, acrescentamos, à liminar requerida no bojo (Lei 7.347/85, art. 12) ou preparatoriamente (Lei 7.347/85, artigo 4º) à ação civil pública. Evidentemente que, para chegar a tal conclusão, já deverá o magistrado ter realizado juízo de delibação favorável à tese do impetrante, concluindo pela militância em seu favor da conservação da “ordem pública” e pela premência do dano que se pretende evitar coma impetração coletiva.”[2]

Também comunga deste entendimento Fredie Didier:

“Existindo risco iminente de perda da eficácia da decisão ou mutilação de seus efeitos, não pode subsistir a vedação por inconstitucional.”^[3]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado a observância da diligência prescrita no artigo 2º da Lei 8.437/92, entendendo não haver nulidade em caso de deferimento de liminar *inaudita altera pars*, quando estão presentes os requisitos para o acolhimento da liminar em ação civil pública. É o que se depreende dos seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 7/STJ – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO – ART. 2º DA LEI 8.437/92 – AUSÊNCIA DE NULIDADE.

(...)

3. Em tese, não se aplica às hipóteses de concessão de liminar em ação de improbidade administrativa a regra de intimação prévia no prazo de 72 horas, prevista no art. 2º da Lei 8.437/92, porquanto, via de regra, a ação não se direciona de forma direta a impugnar ato administrativo da pessoa jurídica de direito público, mas atos praticados por agentes públicos. 4. Ademais, a jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.

5. Aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, inscrito nos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil, quando da nulidade do ato não resultar prejuízo para a defesa das partes. Precedentes. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido em parte." (REsp 1018614/PR, Min. Eliana Calmon, DJe de 06.08.2008).

Quando o objeto da tutela antecipada visa a assegurar o direito à saúde, e sendo esta medida de urgência, há também flexibilização da medida, conforme se depreendo do voto da Ministra Denise Arruda:

Por fim, não há falar em violação do art. 2º da Lei 8.437/92, pois o rigor do referido dispositivo deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente. O Tribunal de origem também consignou no aresto recorrido (fl. 122):

"(...) o pedido para a antecipação dos efeitos da tutela, assim como nas ações cautelares (vinculadas aos pressupostos da relevância da fundamentação e do perigo na demora) tem exame célere e, dada a urgência natural da demanda que ora se examina, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público era de fato prescindível, não sendo aplicável o art. 2º da Lei nº 8.437/92."

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DA

OITIVA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. DIREITO A VIDA. DESNECESSIDADE. 1. A regra inscrita no art. 2º da Lei n. 8.437/1992 sofre abrandamento em situações nas quais a prévia intimação do ente público para se manifestar sobre a concessão da liminar pode acarretar dano

irreparável à vida. 2. Tratando-se de hipótese na qual resta comprovada a necessidade do fornecimento de certo medicamento para garantir a sobrevivência da pessoa humana, deve ser dispensada a prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público interessada, sob pena de negar-se o direito à vida.

3. Recurso especial não-provido.(RECURSO ESPECIAL Nº 746.255 – MG, rel. João Otávio de Noronha).

Portanto, é possível o controle concreto e difuso de constitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.437/92, nos casos em que se faz necessária a medida de urgência (tutela cautelar ou tutela antecipada) *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, em setenta e duas horas.

Fundamentação Fática

A importância das medidas liminares, *inaudita altera pars*, ao processo coletivo é, portanto, inegável, mormente no que pertine à tutela inibitória, ou seja, quando a querela visa à tutela jurisdicional que impeça a prática de ato ilícito e a ocorrência do dano.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as ações civis públicas que veiculam direito à saúde também, recorrentemente, podem exigir urgência que não se compatibiliza com a restrição à medida liminar determinada no artigo 2º da Lei 8.437/92.

A tutela de outros direitos constitucionais fundamentais (de liberdade ou social) também podem exigir celeridade imperiosa e não pode ficar a mercê de regra estática e desarrazoada que retire das tutelas jurisdicionais o valor da efetividade.

O defensor público, no caso concreto, deve analisar a razoabilidade de observância da oitiva imposta de forma abstrata pelo legislador. Estando presentes os requisitos necessários ao deferimento da medida de urgência, e, caso haja risco de ineficácia da decisão futura, há possibilidade de interposição de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, argüindo a inconstitucionalidade, *in concreto*, do artigo 2º da Lei 8.437/92.

Referências Bibliográficas:

[1] Tutela Antecipada, Ed. Revista dos Tribunais, 4 ed., São Paulo, 2009, p. 120.

[2]BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança, p. 372.

[3] DIDIER, Fredie, Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, p. 312.

TESE 62

Proponente: Samir Nicolau Nassralla

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

Nas ações de reintegração de posse em que o pólo passivo for integrado por população de baixa renda decorrente de ocupação coletiva, a violação da função social da propriedade por parte do autor ensejará a perda da posse/propriedade, restando-lhe tão-somente o direito de pleitear indenização ao Poder Público em razão da desapropriação indireta.

Assunto

A presente proposta de tese possui o objetivo de trazer de forma sucinta uma explanação sobre o direito de propriedade, sua função social e a denominada desapropriação indireta.

Embora o direito de propriedade seja um direito fundamental, sua proteção só deve ser invocada quando o uso estiver em consonância com sua função social.

Não há que se falar em defesa do direito de propriedade caso não tenha sido dada a esta a função social que a Constituição lhe determina. Trata-se de nítido abuso do direito de propriedade.

Por outro lado, a Constituição Federal traz o direito à moradia digna como direito fundamental social, cuja política de desenvolvimento urbano incumbe ao Poder Público, dentro das diretrizes estabelecidas no Plano Diretor.

Vale dizer que o conceito de direito à moradia digna é muito mais amplo e complexo do que o próprio direito de propriedade. Basta verificarmos que para termos uma moradia digna não necessita obrigatoriamente termos a propriedade. Todavia, quando a Constituição elenca o direito à propriedade como direito fundamental traz direcionamento para que a propriedade seja exercida de acordo com sua função social.

Ou seja, é dever do Poder Público ordenar e planejar o desenvolvimento da cidade, como forma de garantir o direito de propriedade, de acordo com sua função social, o que gera, consequentemente, a garantia do direito à moradia digna e à cidade.

Para que a propriedade atenda sua função social, e, portanto, tenha a proteção constitucional, o direito à moradia acaba, muitas vezes, sobrepondo-se ao direito de propriedade, o que justifica admitir uma série de limitações a este último.

A Lei 10257/01 (Estatuto da Cidade), que regulamenta as diretrizes do desenvolvimento urbano das cidades, traz diversos instrumentos para a garantia da política urbana, dentre eles, a desapropriação.

Desta forma, embora a Constituição Federal garanta o direito de propriedade, sua violação, em razão da não atenção a sua função social, para garantia do direito à moradia e à cidade sustentável, o poder público deverá proceder à desapropriação da terra particular.

Muitas vezes o poder público se mantém inerte frente a violação à função social do direito de propriedade pelo seu titular, trazendo consequências diretas para o direito à moradia digna e à cidade de milhares de pessoas carentes.

Sabe-se que aproximadamente 50% (cinquenta por cento) da população brasileira vive, nos dias atuais, em centros urbanos. Entretanto, a migração do povo da área rural para a área urbana ocorre em meio a um sistema de segregação sócio-territorial, que gera, automaticamente, a migração deste povo do centro para a periferia.

Com isto, esta população excluída, para garantir a participação e usufruir das benéficas da cidade, acabam dando função social a terras abandonadas, formando comunidades de famílias carentes em áreas particulares.

Com o “bumm” imobiliário do local, ou mesmo para forçar a venda da terra para aquelas simples pessoas que já ocupam o local há muitos anos, sem o devido atendimento à legislação de uso e parcelamento do solo, o dito proprietário promove ação de reintegração de posse para a remoção das famílias, ou mesmo, como dito, para coagi-las à compra.

Todavia, aquela propriedade somente existe como uma abstração jurídica, pois, faticamente a terra recebeu destinação social, possui vida própria, contanto com uma realidade

completamente distinta da simples propriedade reivindicada. Lá existe uma outra realidade urbana, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, moradias são vendidas, comprados, alugados, tudo a mostrar que a primitiva propriedade hoje só tem vida no papel.

Assim, como incumbe ao poder público a implementação de uma política pública que garanta o direito à moradia digna, à propriedade, bem como o direito à cidade, resta somente ao proprietário reivindicar a devida indenização ao ente competente, haja vista a desapropriação indireta para fins de interesse social, mantendo-se os posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído suas habitações e formando núcleos residenciais, conforme dispõe o art. 2, da Lei 4.132 de 10.09.1962.

Indicação dos itens específicos relacionados às atribuições institucionais da Defensoria Pública.

A aplicação da referida tese encontra seu fundamento nos artigos 1º, 2º, 3º e 5º, inciso VI, “b”, “e”, “g”, “i”, “l” c/c art. 52, parágrafo único, “5”, todos da Lei Complementar Estadual 988 de 09 de janeiro de 2006.

Deve-se salientar que a referida lei estabeleceu como fundamento de atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo a busca de uma solução justa para os casos que atuar.

Sabe-se que o direito à moradia é o direito humano mais violado no mundo. No Brasil não é diferente.

Milhões de pessoas sofrem com o déficit habitacional, tanto quantitativo como qualitativo.

Sem entrar em minúcias; existe uma cultura no sistema jurídico brasileiro de proteção quase que absoluta do direito de propriedade na sua dimensão individualista e patrimonial. Isto tem causado um “apartheid” social, já que a grande maioria da população sofre com a exclusão sócio-territorial.

A partir do momento que a terra ganhou o valor econômico que possui dentro do sistema capitalista, bem como o poder público, que tem o dever de garantir o direito social à moradia, à cidade e o pleno desenvolvimento urbano, deixa de implementar políticas públicas na referida área, haja vista que muitas vezes se mistura com o próprio detentor do poder econômico, a população de baixa renda acaba sendo excluída de direitos sociais indispensáveis para sua existência digna.

Neste sentido, sendo a Defensoria Pública instrumento de garantia de direito fundamental, qual seja, o acesso pleno à justiça, a presente tese mostra extremamente relacionada com as atribuições institucionais, já que possui o condão de garantir o exercício efetivo da cidadania, com a mais ampla autonomia, indispensável para o sistema democrático.

Fundamentação jurídica

A fundamentação jurídica do presente trabalho encontra amparo na esfera constitucional, bem como no campo infraconstitucional.

A propriedade, antes da Constituição Federal de 1988, ainda que com previsão infraconstitucional, sempre teve uma proteção individualista. Neste sentido, o direito à propriedade atribuía ao seu titular o direito de usar, gozar e dispor da forma que melhor lhe aprouvesse.

Numa dimensão positiva, o direito à propriedade garantia ao seu titular o gozo exclusivo, sendo que, na dimensão negativa, o excluía de todos os demais.

Dispõe o art. 5º, XXII, da Constituição que :

"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:

XXII- é garantido o direito de propriedade;"

Com a promulgação da dita Carta Cidadã, o princípio da função social da propriedade foi elevado a nível Constitucional:

"Art. 5º (...)

XXIII- a propriedade atenderá sua função social;"

Como senão bastasse, no sistema capitalista, cujo objetivo primordial é a cumulação de riquezas, a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios, propriedade privada e função social da propriedade." (art. 170, CF)

O que se constata é que a nova ordem constitucional deu um viés social ao direito de propriedade, esvaziando a concepção individual e privatista deste direito fundamental.

Por outro lado, a Constituição Federal a fim de concretizar seus fundamentos e objetivos, em especial, a fim de garantir o mínimo existência para o ser humano viver com dignidade, estabeleceu no art. 6º o direito social à moradia digna.

Portanto, embora se proteja o direito de propriedade, este só deveria receber o respaldo do Estado quando exercido de acordo com sua função social, o que de fato não ocorre!

O Poder Público, como órgão de Estado incumbido do dever de ordenar e planejar políticas públicas de desenvolvimento das cidades, como forma de garantir, consequentemente, o direito de propriedade, de acordo com sua função social, à moradia e à cidade, é omissa frente ao particular que descumpra a função social "de sua propriedade".

Como dito, a terra é utilizada para fins exclusivamente econômicos; instrumento de especulação imobiliária, ou, quando menos, com o descaso próprio do poder econômico. Em casos com este, a terra é utilizada para fins especulativos (valorização), quando existe aproximadamente 7 milhões de pessoas sem um teto para morar.

Dispõe o Plano Diretor de São Paulo-PDE:

"Da função social da propriedade

urbana

Art. 11 - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, no mínimo, os seguintes requisitos:

I - o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, o acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico;

II - a compatibilidade do uso da propriedade com a infra-estrutura, equipamentos e serviços públicos disponíveis;

III - a compatibilidade do uso da propriedade com a preservação da qualidade do ambiente urbano e natural;

IV - a compatibilidade do uso da propriedade com a segurança, bem estar e a saúde de seus usuários e vizinhos.

Art. 12 - A função social da propriedade urbana, elemento constitutivo do direito de propriedade, deverá subordinar-se às exigências fundamentais de ordenação da Cidade expressas neste Plano e no artigo 151 da Lei Orgânica do Município, compreendendo:

I - a distribuição de usos e intensidades de ocupação do solo de forma equilibrada em relação à infra-estrutura disponível, aos transportes e ao meio ambiente, de modo a evitar ociosidade e sobrecarga dos investimentos coletivos;

(...)

VI - o acesso à moradia digna, com a ampliação da oferta de habitação para as faixas de renda média e baixa;

VII - a descentralização das fontes de emprego e o adensamento populacional das regiões com alto índice de oferta de trabalho;

VIII - a regulamentação do parcelamento, uso e ocupação do solo de modo a incentivar a ação dos agentes promotores de Habitação de Interesse Social (HIS) e Habitação do Mercado Popular (HMP), definidos nos incisos XIII, XIV;

Art. 13 - Para os fins estabelecidos no artigo 182 da Constituição da República, **não cumprem a função social da propriedade urbana**, por não atender às exigências de ordenação da Cidade, terrenos **ou glebas totalmente desocupados, ou onde o coeficiente de aproveitamento mínimo não tenha sido atingido**, ressalvadas as exceções previstas nesta lei, sendo passíveis, sucessivamente, de parcelamento, edificação e utilização compulsórios, Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo e desapropriação com pagamentos em títulos, com base nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º da Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade.

Destarte, dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXIV:

“Art. 5º (...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Em consonância com o exposto, determina o art. 1º da Lei 4.132 de 10.09.1962 que merece ser aplicado:

“A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 147 da Constitucional”.

E, mais adiante, preleciona o art. 2º da mesma Lei:

“Considera-se interesse social:

(...)

IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias;”

Para Hely Lopes MEIRELLES,^[1]

“desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda, interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º,XXVIV)”

Ora, se incumbe ao poder público o dever de garantir o direito à moradia e à cidade de todos, bem como o de planejar o desenvolvimento urbano, por meio de políticas públicas, como forma de construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e marginalização, como por exemplo, por meio da aplicação do instrumento da desapropriação de terra desocupada; óbvio que a ocupação coletiva e consolidada da propriedade particular que não recebeu de seu proprietário a devida utilização de acordo com a função social determinada pela Constituição, deu-lhe, de forma indireta, o tratamento legal para garantir uma distribuição justa da terra, garantindo-lhe o bem estar social.

Podemos aplicar a esta consequência social decorrente da omissão, não só do particular, mas também do Estado, o instrumento da desapropriação, especificadamente, como denomina a doutrina, de desapropriação indireta.

Em eventual ação de reintegração de posse, cujo o autor não deu à terra a devida função social, e, simultaneamente, exista posse coletiva e consolidada, restar-lhe-á somente exigir ao poder público, responsável pela política urbana, a devida indenização pela desapropriação indireta, haja vista que paira sobre o imóvel o interesse social de efetivar direito fundamental, qual seja, o direito à moradia digna.

Desta forma, reconhecendo-se a desapropriação indireta diante da obrigação do Poder Público de garantir o direito à moradia a toda população – como acima demonstrado, incabível se torna, assim, a ação, devendo a Autor(a) entrar com ação indenizatória frente ao Poder Público.

Fundamentação fática

Embora prevista em diversas normas infraconstitucionais, a função social da propriedade somente foi elevada a nível constitucional na CF88.

Por outro lado, ainda que previsto em diversos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, o direito à moradia só foi introduzido na CF88 com a emenda constitucional nº26/2000.

Em 2001 foi promulgada a Lei 10257, que regulamenta o art. 182 e 183, ambos da Constituição, que traça diretrizes para a implementação de uma política pública para o desenvolvimento urbano.

Em 2005 foi criado o Ministério da Cidade, cuja função primordial é combater as desigualdades sociais, transformando as cidades em espaços mais humanizados, ampliando o acesso da população à moradia, ao saneamento e ao transporte.

Somente em 2007 teve início a elaboração de um Plano Nacional de Habitação, tendo como objetivo conhecer a realidade habitacional do país, seus déficit quantitativo e qualitativo, visando a melhor alocação dos recursos nos planejamentos locais.

Assim, o país ainda caminha, a passos lentos, na proteção efetiva deste direito fundamental.

Consequentemente, são poucos os operadores do direito que atuam efetivamente na busca por uma cidade mais justa, inclusiva e sustentável. O próprio judiciário, muitas vezes, se mostra desconhecedor da amplitude e da interdependência deste direito aos demais direitos fundamentais.

Existe uma cultura institucional enraizada de proteção da propriedade individual!

Se por um lado o Estado ainda não se apoderou do seu dever de garantir o direito à moradia e à cidade, a população, em sua maioria carente, por sua vez, clama por uma política pública de acesso à terra, já que vive há anos, ou melhor, desde o descobrimento deste país, um “apartheid” social.

Nesse sentido, brilhante acórdão proferido pelo Juiz Relator José Luiz Gavião de Almeida, do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, j. 27.08.2002, Ap. 823.916-7, 9ª Câ., atento à essa realidade social assim prelecionou:

“AÇÃO POSSESSÓRIA. Reintegração de posse – Invasão coletiva em área de terras particulares – Milhares de pessoas que, se desalojadas, não terão para onde ir – Fato que faz com que o princípio da função social da propriedade seja invocado – Particular que deve buscar no Poder Público a indenização a que faz jus decorrente da desapropriação indireta – Inteligência do art. 2º, IV, da Lei 4.132/62 e art. 5º, XXIII da CF”.

No mesmo acórdão preleciona este nobre julgador que o:

“direito evolui, situação que, particularmente, atingiu o direito de propriedade. Não é mais possível idealizar a proteção desse direito no interesse exclusivo do particular, pois hoje princípios da função social da propriedade aguardam proteção mais efetiva. Não fora isso, a função do Judiciário, de solucionar conflitos de interesse, não pode desprezar a necessidade de pôr fim ao embate posto nos autos, mas de impedir, com a decisão dada, que outras lides venham a acontecer”.

Com a retirada das pessoas do local, o problema não estará resolvido, ao contrário, novo conflito será gerado, pois estas pessoas, ocuparão outro espaço, seja público ou privado; somente aparentemente teríamos uma solução do Poder Judiciário.

Ante tal realidade, entendeu o I. Juiz supra mencionado que: *“quando o Poder Público, responsável pela proteção de todos os cidadãos, inclusive dos aqui requeridos, permite durante muito tempo que muitos se instalem em determinado local, há de ser reconhecida a desapropriação indireta. É o sacrifício de um proprietário, indenizado entretanto por toda a sociedade, que servirá de solução a um conflito que se eterniza com a simples determinação de desocupação.”*

Nas exatas palavras do ilustre Juiz Relator da Ap. Civ. 823.916-7 supra mencionada:

“Entendido que o imóvel de forma indireta desapropriado, não caberia a ação possessória que tem por finalidade recuperar a posse em decorrência da propriedade. Mas tendo havido perda desta, para o interesse público em disputa, a pretensão deve ser, tão-somente, a indenizatória, contra o Poder Público responsável pela política urbana”.

E, seguindo este entendimento, no qual deve ser dada a real eficácia aos direitos fundamentais, neste caso a função social da propriedade e o direito à moradia, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ação reivindicatória – terrenos transformados em favela – função social da propriedade – direito dos proprietários de pleitear indenização” (Ap. Cív. 212.726-1-8SP, j. 16.12.1994).

Vale transcrever o trecho do acórdão proferido em Resp. pelo STJ, onde relata decisão do tribunal de Justiça de São Paulo:

“Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o jus reivindicandi (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a Doutrina e a Jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.

8 - No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

Ensina L. Recaséns Siches, com apoio explícito em Miguel Reale, que o Direito, como obra humana que é, apresenta sempre três dimensões, a saber:

'A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos

humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo.

B) Dimension normativa (...)

C) Dimension de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una série de necesidades humanas, esto intentan hacerlo con la exigencias de unos valores, de La justicia y de los demás valores que esta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros.

(...) pero debemos precatarnos de que las três (dimensiones) se hallan reciprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples

nexos de esencial. implicación mutua.' ('Introducción al Estudio Del Derecho', México, 1970, p. 45).

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, 'Direito Constitucional Positivos', 5ª ed., p. 249/0, com apoio em autores europeus).

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi

exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *jus reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

Diante do exposto, é dado provimento ao recurso dos réus para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, e prejudicado o recurso dos autores." (Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-) Rel. Min. Aldir Passarinho Junior)"

Sugestão de operacionalização

A tese proposta pode ser utilizada tanto em sede de contestação/embargos, bem como em recursos (agravo de instrumento, apelação, recurso especial e até mesmo em recurso extraordinário).

Em regra, a comunidade, tomando conhecimento da ação de reintegração de posse, se dirige até a Defensoria Pública do Estado, ocasião que, dentro do prazo, poder[íamos] ofertar contestação a fim de obstar o referido pedido de reintegração.

Fora do prazo de defesa, nada impede que possamos utilizar da tese aqui exposta tanto por meio de recursos como propriamente por meio de ação autônoma, haja vista a legitimidade para a propositura de ação civil pública para tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conforme dispões a Carta Mundial do Direito à Cidade, extraída do Fórum Social das Américas – Quito – Julho 2004 e do

Fórum Mundial Urbano – Barcelona – Outubro 2004, o direito à cidade é um direito difuso pertencente as presentes e futuras gerações!!!

De forma resumida e simplista, são pressupostos para a aplicação desta tese: **a)** a existência de uma ação em curso; **b)** a violação da função social da propriedade por parte do autor; **c)** que haja no local uma ocupação coletiva consolidada; **d)** o exercício da função social da propriedade e da cidade por parte dos ocupantes.

Porquanto, esta é a proposta de tese que se apresenta para este I. Colegiado.

Referências Bibliográficas:

[1] MEIRELLES Hely Lopes, *Direito Administrativo*, Malheiros, SP. 2001

TESE 63

Proponente: Felix Ricardo Nonato dos Santos

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

Nas obrigações de trato sucessivo admite-se a alegação da teoria do adimplemento substancial quando se verificar que ocorreu, por parte do devedor, o cumprimento de mais de 85% das prestações contratadas, afastando-se, dessarte, o pedido de rescisão contratual.

Assunto

A presente proposta de tese, possui o objetivo de trazer de forma sucinta uma explanação sobre o assunto denominado adimplemento substancial.

Necessário se faz observarmos, em um primeiro momento, o ponto de partida de todo o desenvolvimento desta teoria, que está ganhando adeptos em sua aplicação tanto em sede acadêmica, como na seara judicial.

A dita explanação iniciará com um aspecto histórico, e depois adentraremos nas peculiaridades da sociedade contemporânea.

O ser humano é um ser gregário. A convivência social é uma das características essenciais da pessoa humana. Este fato traz consigo inúmeras conseqüências, a principal delas é a forma como se buscará a *harmonia* e *paz* neste convívio diário e contínuo.

Nas sociedades primitivas, os referenciais de valores estavam diretamente relacionados com a obtenção de bens para o consumo, este consumo se relacionava

diretamente com a sobrevivência, não havia a preocupação com a idéia de estocagem, ou até mesmo, de circulação destes bens entre os seus membros.

Para romper esta cultura, nasceu o que os historiadores denominaram como **revolução neolítica** (ou agrícola). Aqui se tomou a terra como elemento de produção, e conjuntamente com esta, buscou-se a domesticação de animais, a consequência disto foi que o ser humano abandonou a vida errante e se fixou à terra.

Com esta dita revolução, inicia-se toda uma preocupação daqueles que detinham a posse destas terras em protege-las, nasce, neste momento, a busca de regulação através de normas de proteção destes meios, como por exemplo: a família patriarcal, a família extensa, a proteção irrestrita do matrimônio, e etc.

A referida proteção se reflete em vários países, inclusive na legislação brasileira como facilmente se percebe da leitura no Código Civil de 1916 revogado pelo atual.

Este meio de produção agrícola foi se desgastando, iniciando, então, no século XVIII a denominada **revolução industrial**, vale dizer, nasceu aqui a domesticação da energia motriz, e como já dito anteriormente, quando surge um complexo de meios de produção, nasce conjuntamente com ele, a necessidade de se proteger estes meios, e novamente se verifica a modificação das normas reguladoras destas matérias.

Com a revolução acima narrada, se percebe que os meios que demandavam proteção não eram mais a família, a terra, etc, pois, começou a existir uma inflação das cidades de pessoas para trabalharem, exigindo-se a partir de então a necessidade de capacitação da mão-de-obra, de alfabetização das pessoas, de conhecimentos técnicos específicos.

Pois bem, esta revolução ainda continua a se desenvolver no dias atuais, resultando em fenômenos conhecidos como a massificação de consumo, desenvolvimento de tecnológico, informática, telemática, telefonia e etc.

Assim, o eixo central em que girava a economia na primeira revolução apontada era rural; já na segunda, a circulação da riqueza passou a ser o principal elemento que demandava especial proteção.

Com este último dado descrito acima, era necessário criar-se meios de fácil escoamento dos produtos fabricados, verifica-se, então, uma grande valorização da figura do **contrato**, ganhando uma atenção toda especial.

O contrato passa a exercer uma função na sociedade dita moderna, qual seja: a de circular bens, e é exatamente aí que nasce a sua função social. Disto se conclui que o contrato é socialmente útil, e mais, que o Estado deve tutela-lo, buscando sempre a sua manutenção.

Para nós percebermos a tamanha importância deste instituto em nossas vidas, basta suprimirmos por um momento a figura do contrato do nosso cotidiano, não resta qualquer dúvida que seria instalado o caos completo.

Assim, com a massificação das relações, nasceram inúmeras conseqüências sociais, e conjuntamente com elas viu-se necessário a **intervenção do Estado nestas relações entabuladas**. A referida intervenção tinha como escopo a busca do equilíbrio, que toda e qualquer relação jurídica traz consigo, assim, nasceu uma doutrina embasada na boa-fé, que em verdade, nunca deixou de existir, mas que simplesmente por um longo período estava relegada a um segundo plano, não sendo nenhuma temeridade afirmar que foi completamente abandonada pelos operadores do direito.

A boa-fé é o elemento que funda toda e qualquer relação jurídica. Não há a menor possibilidade de estudarmos direito pensando em prevalecer negócios jurídicos animados

com a intenção clara de prejudicar outrem, se esta idéia abusiva for encampada, estamos simplesmente chancelando injustiças.

Contudo, quando tratamos de boa-fé, é indispensável fazermos a divisão que a doutrina apresenta, qual seja: uma de feição subjetiva, e outra de cunho objetiva.

A primeira está diretamente ligada às pessoas (sujeitos) que compõe as relações jurídicas, é o dito elemento intelectual, que é de aspecto interno, fica restrito ao sujeito não sendo objeto de apreciação, pelo menos num primeiro momento foge à análise do julgador.

A segunda, por sua vez, possui um aspecto mais perceptível, e, exatamente em razão disto, mais facilmente aplicável ao caso concreto, é o que a doutrina denomina como **deveres anexos** aos negócios jurídicos, vale dizer, independentemente da consciência daqueles que entabulam um negócio jurídico, estes deveres existem e serão vinculativos para os sujeitos.

Dentre estes deveres anexos podemos exemplificarmos alguns: dever de cooperação, informação, proteção, lealdade, lisura, etc., ou seja, é o mínimo que se espera de uma determinada pessoa quando da celebração de um negócio jurídico, para que não exista a frustração de uma expectativa criada, em resumo, é a confiança que se deposita no negócio.

Dessarte, o equilíbrio é o fim que embasa a boa-fé, e esta é fundamento da teoria que a doutrina denominou como **adimplemento substancial**, pois, mesmo se constando que formalmente existiu o descumprimento da obrigação, substancialmente já se tem presente o seu cumprimento.

Indicação dos itens específicos relacionados às atribuições institucionais da Defensoria Pública.

A aplicação da referida teoria encontra seu fundamento nos artigos 1º, 2º, 3º, e 5º, inciso IX, todos da Lei Complementar Estadual 988 de 09 de janeiro de 2006.

Deve-se salientar que a referida lei estabeleceu como fundamento de atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo a busca de uma solução justa para os casos que atuar.

Pois bem, aqui se mostra extremamente relevante o papel da atuação de todos os Defensores Públicos de São Paulo buscando a preservação do contrato entabulado entre as partes, uma vez que se tem como mais justa a sua manutenção.

É sobretudo importante frisarmos que a Defensoria possui papel fundamental na defesa dos interesses das pessoas necessitadas, assim, somente por intermédio desta I. instituição é que se poderá alegar a defesa em todos os graus de jurisdição, visando a mais completa atuação, esgotando-se todos os meios de defesas legítimos.

Corroborando o que acima se expõe, basta imaginarmos que uma determinada pessoa, realize um negócio jurídico referente a aquisição de um imóvel (compromisso de compra e venda), pelo prazo de vinte anos, e que por uma eventualidade da vida, deixe de pagar as três últimas parcelas.

Indaga-se: seria justo o promitente vendedor ingressar com uma ação de rescisão contratual buscando a retomada do imóvel?

A resposta para esta pergunta é não, uma vez que o **adimplemento substancial significa o cumprimento próximo do resultado final, que exatamente por estar muito próximo do resultado final, impede que se rescinda o contrato existente, facultando**

àquele que possui a condição de credor buscar o seu ressarcimento por outro meio, podendo-se incluir até mesmo perdas e danos.

Fundamentação jurídica

A fundamentação jurídica do presente trabalho encontra amparo na esfera constitucional, bem como no campo infraconstitucional.

No que concerne ao mote constitucional o principal artigo que podemos citar é o artigo 3º, inciso I, mais precisamente o aspecto da construção de uma sociedade justa.

Ainda na área constitucional, temos o que dispõe o artigo 5º, §2º do Texto Maior, que legitima a utilização de princípios como elementos norteadores da atuação dos operadores do Direito.

A afirmação feita no parágrafo anterior possui como arrimo as lições do mestre Paulino Jacques em sua obra Curso de Direito Constitucional, p.453 que afirma o seguinte: O Legislador–Constituinte, ao referir os termos ‘regime’ e ‘princípios’, quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da ‘equidade’ e da ‘construção jurisprudencial’ que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o ‘regime’, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os ‘princípios’ da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.

Importante registrar que o texto objeto de comentário pelo ilustre mestre, encontra-se presente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1891 (art.78), e sem exceções, nas Cartas que a sucederam, *vide* Constituições de 1934 (art.114), 1937 (art.123), 1946 (art.144), 1967 (art.150,§35) e na Emenda nº1/Constituição de 1969 (art.153,§36).

Dessarte, cai por terra a alegação de que se estaria distorcendo a utilização de princípios como fundamento legítimo de defesa de direitos, pois, como bem salientado pelo mestre, o princípio é fonte geradora de direitos, e, no presente caso, estamos a tratar de um princípio com aspecto de direito constitucional fundamental.

A teoria do adimplemento substancial procura ser um limite ao exercício de um direito, vale dizer, é um mecanismo de controle para que não se verifique aquilo que é conhecido como abuso de direito (art.187 do CC). Assim, estamos aqui a tratar do viés legal da dita teoria.

O abuso de direito pode parecer num primeiro momento uma expressão contraditória, mas não há qualquer contradição em seus termos, pois é perfeitamente possível existir um excesso quando do exercício de um direito que lhe assiste, em especial quando estamos a tratar de contratos.

Porquanto, a teoria do adimplemento substancial está diretamente fundada na boa-fé objetiva, sendo este seu arrimo principiológico.

A referida teoria é oriunda da *commom law*, e foi amplamente aplicada para neutralizar a formação de direitos potestativos ligados a rescisão contratual.

Fundamentação fática

Importante salientar que a referida teoria já encontra aplicação em alguns julgados que a seguir transcrevemos:

O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. TJRGS, Ap. Civ. 588012666, j.12-4-1998, Rel. Dês. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

Outros julgamentos de igual importância se refere a uma rescisão contratual de uma alienação fiduciária em que se almejava a reintegração na posse de um imóvel alienado fiduciariamente em que o devedor já havia adimplido vinte e uma das vinte e quatro prestações do financiamento do referido bem imóvel. TJRGS, Agr. I.70000027623, 1ª C. de Férias Civ. J. 18-11-1999, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Em sentido Similar, os agravos de instrumento 70000539908, 14ª.C.Civ, 16-12-1999, e 7001005586, 14ªC.Civ.j.29-06-2000, ambos tendo como relator o Dês. Aymoré Roque Pottes de Mello.

Contudo, para a aplicação desta teoria é necessário observar o caso concreto, e, em especial as peculiaridades de cada caso.

Esta afirmação é defendida pelo julgado a seguir transcrito que traz um norte a seguir quando se pretender utilizar a referida teoria:

Processo: RESP 226283. 1999/0071154-8 **Data de publicação:** 27/08/2001 **ementa:** **1)** a resolução do contrato por inadimplemento de devedor somente pode ser reconhecida se demonstrada e aceita a falta considerável do pagamento devido. Do contrário, a regra é a de que se preserve o contrato, permitindo ao credor ainda insatisfeito a propositura da ação de cobrança do que lhe for devido. É por isso que na legislação estrangeira, no tratado de comércio internacional e também na mais recente doutrina nacional, tem sido admitido que o adimplemento substancial pelo devedor impede a extinção do contrato. **2)** O r. acórdão recorrido, a respeito dessa questão, admitiu que a falta de prova dos pagamentos levava à procedência da ação. *Data vênia*, não posso concordar com tal orientação, uma vez que devem ser sempre examinadas a economia do contrato, as prestações de ambas as partes e seus valores, o modo pelo qual foram cumpridas pelos contratantes, para somente depois dessa ponderação aferir, nas circunstâncias do negócio, a conveniência da solução extrema, que é o desfazimento do contrato.

Tenho, portanto, como violado o disposto no art. 1092 do Código Civil(1916), implicitamente prequestionado, e passo a aplicar o direito à espécie.

3) No caso dos autos, de acordo com o pré-contrato referido na sentença (fls.428), o valor do negócio de compra e venda do apartamento em questão foi estabelecido em Cz\$ 6.800.000,00 (fl.97). A autora comprovou ter efetuado os seguintes pagamentos: Cz\$ 2.527.000,00 (recibo de fl.46); Cz\$ 1800.000,00 (recibo de fl.47); três prestações de Cz\$238.000,00 (recibos de fl.48 e 49); Cz\$ 472.000,00 (recebidos na escritura fl. 14.v); Cz\$238.000,00 (correspondentes à prestação vencida em 15/03/89, conforme admitido na petição inicial), e Cz\$ 200.000,00(sinal mencionado no pré-contrato de fls. 97 e 114).

O valor total dos pagamentos comprovadamente efetuados pela ré alcança a cifra de Cz\$ 5.951.000,00. Sabendo-se que o negócio foi avençado em Cz\$ 6.800.000,00, a conclusão inelutável é a de que a falta foi relativamente pequena, equivalente a menos de 15% do valor total do preço.

Em tais circunstâncias, a extinção do contrato não tem nenhuma justificativa na lei e contrariam os princípios que orientam o direito obrigacional.

Para essa conclusão, ainda dois fatores devem ser ponderados: **a)** É que, de um lado, está a empresa de construções, que tem um crédito cobrável pelas ações de adimplemento cabíveis; de outro, está uma senhora que aplicou as economias de uma vida para comprar a casa onde mora, hoje na iminência de perdê-la. A solução é altamente favorável à autora, construtora que sequer tem endereço conhecido (pelo que consta à fl.471) e está recebendo de volta um prédio valorizado; porém, é grave e irreversivelmente prejudicial à ré, que perde a morada e fica nessa situação indefinida com a perspectiva de vir a receber o que pagou depois de definidos estes valores. Não me parece razoável que se extinga o contrato para beneficiar uma construtora que recebeu quase noventa por cento do preço, e tem as vias adequadas para cobrar o seu crédito, para criar situação insustentável à compradora, valetudinária de 70 anos, que há vinte litiga sobre o imóvel. **b)** Além disso, a construtora cumpriu mal o seu contrato, deixando de realizar obras de sua conta, daí a origem de todas as demandas entre as partes, com cautelar de depósito e ação cominatória. Nestes mesmos autos ficou referido tal fato (testemunho de fl.395), tema que foi afastado das instâncias ordinárias por mera questão formal, mas que serve também, para a ponderação da melhor solução.

4) Posto isto, com a devida vênia, conheço do recurso pela alínea a e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação de resolução do contrato, ressaltando à autora a cobrança de seu eventual crédito, invertidos os ônus da sucumbência. É o voto. Rel. Min. Barros Monteiro.

Sugestão de operacionalização

A tese proposta pode ser utilizada tanto em sede de contestação/embargos, bem como em recursos (agravo de instrumento, apelação, recurso especial e até mesmo em recurso extraordinário).

Saliente-se, ainda, pela possibilidade de se utilizar concomitantemente, e em peças distintas, a referida linha de defesa como se deu no processo de nº 583.05. 132149/08 que tramitou perante a 1ª Vara Cível de São Miguel Paulista, em que utilizamos a teoria em sede de contestação e, também no Agravo de instrumento de nº1256239-0/8 da 25ª Câmara que transcrevemos a ementa:

Agravo de instrumento - Alienação fiduciária - Ação de busca e apreensão - Liminar - Irresignação do devedor - Pagamento de vinte e duas dentre as vinte e quatro prestações do financiamento - Quadro evidenciando abuso de direito na pretendida recuperação do bem objeto da garantia - Adequado nas circunstâncias, sim, pleito de cobrança - Inadequação da via eleita caracterizando carência da ação - Processo julgado extinto sem resolução do mérito, de ofício, prejudicado o agravo.

Agravo que se tem por prejudicado.

Data do julgamento: 31/03/2009 Data do registro: 01/07/2009

Dessarte, os pressupostos para a aplicação desta teoria seriam os seguintes:

a) a existência de um contrato bilateral;

b) que este contrato seja de prestações continuadas;

c) que a existência de uma infração apontada seja de pequena gravidade (este requisito pode ser analisado à luz do acórdão acima descrito no percentual de 15% do restante da obrigação total); e

d) o exercício desequilibrado de um direito, que geraria a extinção do contrato não observando as consequências deletérias desta rescisão.

Porquanto, esta é a proposta de tese que se apresenta para este I. Colegiado.

Demais casos jurisprudências:

Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo

Apelação Cível 4907514100

Relator(a): Francisco Loureiro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/12/2007

Data de registro: 11/01/2008

... a purgação da mora - Aplicação da teoria do , pela qual não se justifica a resolução contratual por inadimplemento se houve descumprimento de pequena parte do contrato, mantendo-se a utilidade, contudo, do recebimento das prestações pelo credor - Permanência do vínculo contratual entre as partes, uma vez quitadas todas as parcelas em atraso na ação ...

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Conexão entre ação de obrigação de fazer e ação de consignação em pagamento - Cancelamento automático de contrato de plano de saúde por inadimplemento de três mensalidades consecutivas - Provas nos autos de que o consumidor não recebeu os respectivos boletos para cobrança, e não foi notificado dos atrasos nos pagamentos - Resolução automática que infringe o próprio ajuste entre as partes e se mostra abusiva, por não permitir ao consumidor a purgação da mora - Aplicação da teoria do **adimplemento substancial**, pela qual não se justifica a resolução contratual por inadimplemento se houve descumprimento de pequena parte do contrato, mantendo-se a utilidade, contudo, do recebimento das prestações pelo credor - Permanência do vínculo contratual entre as partes, uma vez quitadas todas as parcelas em atraso na ação consignatória - Ações procedentes - Recurso não provido.

Relator(a): Afonso Celso da Silva

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 14/12/2007

Data de registro: 19/12/2007

Ementa: SEGURO - Pagamento em atraso da sexta prestação, dois dias após o sinistro e nove dias após o vencimento- **Adimplemento substancial** do contrato que determina o pagamento do valor contratado, mormente diante da ausência de notificação por parte da seguradora, para pôr fim à avença, antes da ocorrência daquele - Recurso provido.

Apelação Com Revisão 2709224800

Relator(a): José Carlos Ferreira Alves

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/10/2007

Data de registro: 14/11/2007

... saldo devedor - Cobrança de saldo residual decorrente da correção mensal, pelo devedor, do valor da parcela, e não do saldo devedor (anualmente) - Diferença devida, sob pena de enriquecimento sem causa - Cobrança, a determinar a manutenção do contrato, sob pena de grave infringência ao princípio da boa-fé objetiva - Recurso parcialmente ...

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Parcelamento e correção do saldo devedor - Cobrança de saldo residual decorrente da correção mensal, pelo devedor, do valor da parcela, e não do saldo devedor (anualmente) - Diferença devida, sob pena de enriquecimento sem causa - **Adimplemento substancial** da obrigação, a determinar a manutenção do contrato, sob pena de grave infringência ao princípio da boa-fé objetiva - Recurso parcialmente provido

Julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no Ag 607406 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004/0067492-0

AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Tendo o *decisum* do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súpula 07/STJ.

2. Agravo regimental não provido. 09/11/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 29.11.2004 p. 346.

REsp 656103 / DF

RECURSO ESPECIAL

2004/0059113-9

RECURSO ESPECIAL - OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - INEXISTÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - MÉRITO RECURSAL - AÇÃO RESCISÓRIA - AFRONTA AO ART. 485, III, DO CPC - DOLO DA PARTE VENCEDORA CARACTERIZAÇÃO - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA AVENÇA PELO RÉU - AFASTAMENTO DA TEORIA DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - INDUÇÃO DO RÉU À REVELIA NA AÇÃO ORIGINÁRIA - EMBARAÇO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - CONFIGURAÇÃO - EFETIVA VULNERAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA - REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO - RETOMADA DO JULGAMENTO PELA INSTÂNCIA SINGULAR.

1 - A alegada omissão do v. acórdão recorrido não encontra respaldo no entendimento assente nesta Corte, porquanto é pacífico o cabimento de prequestionamento implícito para os fins da abertura da via especial.

2 - A procedência do pedido rescisório exige o enquadramento da situação nas hipóteses elencadas pelo art. 485 do Código de Processo Civil. In casu, a pretensão do recorrente em caracterizar o comportamento da parte contrária como dolo, a teor do inciso III do dispositivo mencionado, resta caracterizada, considerando-se o

quadro fático-probatório delineado pela instância ordinária.

3 - O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios consignou que as partes celebraram acordo extrajudicial após a propositura da ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, tendo a autora se obrigado a desistir de sua pretensão desde que o réu doasse imóvel à filha comum do casal, com usufruto pela mãe, sendo que o demandado cumpriu substancialmente com a avença, embora não em sua integralidade; a autora, por seu turno, quedou-se

inadimplente. Desta forma, não incide a Teoria da Exceptio Non Adimpleti Contractus.

4 - In casu, o réu foi induzido a quedar-se inerte na esfera da ação originária, o que culminou com a decretação de sua revelia e a prolação de sentença que julgou procedentes os pedidos insertos na inicial, o que evidencia a violação ao art. 485, III, 1ª parte, do diploma processual civil.

5 - A doutrina interpreta que a noção de dolo traz ínsita, ainda, a idéia de que a parte sucumbente sofreu impedimento ou gravame em sua atuação processual para que reste delimitada a causa de rescindibilidade, tal como se descortina no presente caso.

6- Assim, uma vez constatada a ocorrência de afronta ao dispositivo indicado, dá-se provimento ao presente recurso especial para determinar a desconstituição da r. sentença de mérito, com a retomada do julgamento da ação originária pelo órgão jurisdicional de 1º grau. J. 12/12/2006, data da publicação DJ 26.02.2007 p. 595.

REsp 469577 / SC

RECURSO ESPECIAL

2002/0115629-5

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Recurso não conhecido. J. 25/03/2003, data da publicação DJ 05.05.2003 p. 310

RNDJ vol. 43 p. 122.

Referências bibliográficas:

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004;

Gomes, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro, Forense: 1998;

Jacques,Paulino. Curso de Direito Constitucional. 9.ed., Rio de Janeiro:Forense,1983;

Martins-Costa, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002;

Noronha, Fernando. Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil: volume 1, São Paulo: Saraiva, 2003;

Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito civil. Rio de Janeiro, Forense, 2000;

Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005;

Reale, Miguel. História do Novo Código Civil- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005- (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v.1).

TESE 70

Proponente: Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

É obrigatória a designação de audiência preliminar de justificação (art. 804 do CPC), nas hipóteses de pedido liminar de qualquer tutela de urgência na defesa de direitos fundamentais, quando o juiz entender por insuficientes as provas documentais apresentadas e a prova oral apresenta-se útil e adequada à apreciação da medida urgente pleiteada.

Assunto:

A tese em tela tem por objetivo assegurar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere nas hipóteses de necessária proteção dos direitos fundamentais, mormente quando o decurso do tempo puder agravar os efeitos dessa concreta violação, e as provas documentais contidas nos autos forem insuficientes à demonstração dos pressupostos necessários à concessão das tutelas urgentes (tutela antecipada ou tutela cautelar), hipótese em que o juiz, antes de indeferir o pedido, deve designar audiência de justificação, para que a parte demandante, com ou sem a presença da parte contrária, a partir de provas orais, possa justificar a necessidade desse provimento jurisdicional liminar.

Em outras palavras, nas hipóteses de potencial violação aos direitos fundamentais, como ao direito à vida, à saúde, à liberdade, deve o juiz, antes de indeferir o pedido de tutela de urgência por insuficiência probatória, permitir que o requerente, a partir de provas orais, demonstre o alegado, como garantia de um provimento jurisdicional adequado, pertinente, efetivo e célere, ou seja, como garantia de efetivo acesso à Justiça.

Para ilustrar a questão, narramos o atendimento a uma assistida que teve seu plano de saúde extinto por inadimplemento de uma das parcelas mensais, sendo tal consumidora pessoa idosa e doente (mal de Alzheimer), que deixara de efetuar o pagamento por simples esquecimento (caso fortuito), fato comum em pacientes desse tipo, mas que necessitava, com urgência, de assistência médica intensiva e constante. Diante desse contexto, propusemos ação judicial para a manutenção do contrato, com fundamento na escusabilidade da mora, e pedimos, em tutela antecipada, a obrigação de prestar assistência médica contra a empresa operadora do plano de saúde. O juiz, por sua vez, sob alegação de falta de provas em relação à ocorrência do caso fortuito (esquecimento em razão dos sintomas causados pelo mal de Alzheimer), simplesmente indefere o pedido liminar, sem, contudo, buscar outros elementos para sua convicção.

Ora, o caso traz em seu bojo o direito à vida e à saúde e merece uma atenção especial. Se a falta de provas documentais levaria ao indeferimento da tutela urgente, de rigor, como medida de efetivo acesso à Justiça (ou à ordem jurídica justa e efetiva), a busca por outras provas, no caso, provas orais, a partir de audiência específica a ser designada, intimando-se ou não a parte contrária.

Em suma, a proposta em questão sugere que o Defensor Público, diante de violações aos direitos fundamentais, busque a tutela mais adequada e célere, com o esgotamento dos meios de prova, ainda que em fase de cognição sumária.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V e X da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Fundamentação jurídica:

Em tese, a audiência de justificação foi concebida para a produção de provas orais, em fase liminar, nos processos cautelares, para a comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme dispõe o artigo 804 do CPC: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)”.

Porém, em busca de uma tutela efetiva, propomos a possibilidade/necessidade dessa audiência preliminar em toda e qualquer hipótese de tutela de urgência, seja ela de natureza cautelar (art. 796 e seguintes do CPC), seja de natureza de tutela antecipada (art. 273 CPC), para a complementação probatória acerca dos pressupostos indispensáveis à sua concessão.

E nessa busca pelo ideal de efetivo acesso à Justiça, nos apoiamos em princípios estruturantes do moderno direito processual: o princípio da primazia da proteção aos direitos fundamentais, o ativismo judicial, princípio da colaboração no processo, princípio da flexibilidade procedimental, princípio da adequação, dentre outros.

No Brasil, o constituinte originário enunciou, já no preâmbulo da CF/88, como elemento formal de aplicabilidade a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Essa opção em adotar o princípio democrático é reafirmada no artigo 1º do texto constitucional, que o estabelece como fundamento do Estado brasileiro. O emprego do termo “democracia” como qualificativo de “Estado” possibilita a irradiação dos seus efeitos sobre todos os componentes constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica estabelecida, que a recebe como componente de transformação do *status quo*. Por ser impossível afirmar o princípio democrático sem permitir que o Direito, por ele imantado, se enriqueça do sentir popular e se ajuste ao interesse coletivo, a CF/88 abre perspectivas para a sua concretização em um Estado de Direito com função prospectiva de modificação social por meio do império da lei comprometida com o ideal de Justiça.

Por oportuno, faz-se imperioso para o presente estudo apontar os contornos principais do Estado Brasileiro que, por suas peculiaridades, revela um Estado Constitucional de Direito *sui generis*. Dentre as notas distintivas que podem ser apresentadas, encontramos os fundamentos deste Estado, que são elencados no artigo 1º da CF/88, a saber: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Pela leitura dos dispositivos retro, é possível traçar o ponto central de nossa democracia: o respeito à pessoa humana em sentido universal, considerando o homem como o “valor fonte” de todos os valores. Dessa estrutura constitucional decorre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que a proteção desses direitos não prescinde de uma tutela jurisdicional acessível, justa, célere e efetiva, cujos contornos são traçados pela própria Constituição Federal. Cândido Rangel Dinamarco, dimensionando o processo na ordem constitucional, afirma que “a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos

princípios que descendem da própria ordem constitucional” (A instrumentalidade do Processo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P.25 e seguintes). Nesse sentido, importante citar a contribuição de Nelson Nery Júnior no desenvolvimento dos princípios constitucionais processuais, que poderiam ser assim enumerados: devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); isonomia (CF, art. 5º, caput); inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação) (CF, art. 5º, XXXV); contraditório (CF, art. 5º, LV); proibição de prova ilícita (art. 5º, XII); publicidade dos atos processuais (CF, art.5º, IX e 93, IX); duplo grau de jurisdição; e motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) (Princípios do processo civil na Constituição Federal, 7.Ed. Revista dos Tribunais).

É certo que, até mesmo por uma questão terminológica, os princípios estão atrelados à idéia de “início”, “fonte”, “base” ou “estrutura fundante”. Há uma proximidade entre o conceito de princípio e a idéia de Direito: princípios possuem um caráter de fundamentalidade, são fontes primeiras do Direito, externam uma natureza normogênica, na medida em que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas. Pode-se ainda afirmar, que os princípios possuem um caráter de primariedade (porque precedem materialmente às demais normas), originalidade e superioridade. Em uma acepção sistêmica do Direito, pode-se dizer que os princípios “conformam o sistema (...) bases axiológicas estruturantes, positivadas ou não, que delimitam e dotam de racionalidade sistêmica determinado ordenamento jurídico” (ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003).

Aliás, novos princípios processuais são concebidos nessa busca pela efetiva tutela jurisdicional, quais sejam: o princípio do ativismo judicial, a princípio da adequação e o princípio da efetividade.

Sobre o primeiro, Cândido Rangel Dinamarco afirma, em uma de suas obras dedicadas ao estudo das Instituições de Direito Processual Civil, que o “juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. p.224-225).

José Roberto Bedaque aponta como precursor doutrinário do embate ao imobilismo judicial Alexandre Gusmão. Já em 1922, o jurista invocava estudos das legislações alemã, austríaca e húngara para defender a possibilidade do juiz ordenar, de ofício, qualquer diligência necessária à apuração dos fatos, sempre que disso dependesse a resolução do processo. Estas idéias foram incorporadas na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, que afirmou caber ao juiz a direção do processo, podendo, inclusive, intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade (Poderes instrutórios do Juiz. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P.73).

Quanto ao princípio da adequação, processo e procedimento devem então ser adequados a amparar os interesses judicializados, sob pena de ter esvaída a sua finalidade. Sobre esse princípio, lembramos estudo realizado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Eles o dividem em dois sub-princípios: o da adaptação e o da adaptabilidade. O sub-princípio da adaptação se refere à atividade do legislador ao prever procedimentos e ritos diversos para os variados tipos de direitos a serem tutelados. Nesse sentido, identificamos na previsão das tutelas de urgência, cuja congnição sumária atende à necessária urgência do caso concreto. Já o sub-princípio da adaptabilidade destina-se ao operador e construtor do direito, vislumbrando hipótese para que ele molde e lapide o rito legal à hipótese concreta, atendendo, assim, às peculiaridades do interesse a ser tutelado e, com isso, garantindo a máxima efetividade da tutela pretendida. Aliás, exatamente nesse segundo sentido, encontramos o fenômeno da flexibilização procedimental, e como exemplo, defendemos a possibilidade/necessidade de realização de audiência de justificação quando da apreciação dos pressupostos da tutela liminar, para a adequada complementação probatória, mormente quando envolver a proteção aos direitos fundamentais:

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema jurídico não pode ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.51).

No tocante à efetividade, notamos que seu conceito traz em seu bojo a concretização de algo. Este “algo”, em processo civil, é a própria tutela jurisdicional do direito material questionado. Para Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano de direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. *Como direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.* [grifo nosso] (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P.114 e 115).

Aliás, pondera José Carlos Barbosa Moreira sobre a efetividade do processo: “Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena: em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, José Carlos B. Por um processo socialmente efetivo. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, 2001, nº 11, p.5).

Portanto, a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais exige do Juiz um ativismo responsável e dos postulantes, incluindo o Defensor Público, uma postura ostensiva e criativa.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda influenciado pelo ideal liberal-individualista de proteção ao patrimônio, prevê tal audiência na apreciação da liminar nas ações possessórias: “Se a petição inicial não traz provas suficientes para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe a segunda parte do art. 928 do CPC e determinar a realização de audiência de justificação prévia com o fim de permitir ao autor a oportunidade de comprovar suas alegações” (STJ, REsp 900534/RS).

Ocorre que a Constituição Federal estabelece novo plano axiológico, menos vinculado à propriedade e mais focado na dignidade da pessoa humana.

Portanto, a tese da obrigatoriedade da audiência de justificação, nos processos que veiculam a proteção de direitos fundamentais, para a complementação probatória, atende exatamente aos ditames dessa tutela mais efetiva, justa, célere e adequada do ser humano.

Fundamentação fática:

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público, que diariamente atende a casos de violação ou ameaça a direitos fundamentais, deverá, em hipóteses de urgência, pleitear a concessão de tutelas emergências em cognição sumária, mas não precária.

Em outros termos, deve o Defensor Público buscar a completude probatória de elementos suficientes à apreciação das tutelas de urgência, sendo imprescindível a colheitas de provas orais, desde que úteis, antes do juiz pronunciar eventual indeferimento dessa medida por simples falta de provas quanto aos seus pressupostos.

Sugestão de operacionalização:

Como sugestão de aplicação da tese acima exposta, deve o Defensor Público pleitear a concessão da tutela antecipada em ações de conhecimento ou da medida liminar em ações cautelares e, subsidiariamente, caso houver necessidade, diante da urgência do caso concreto, pleitear a designação de audiência preliminar de justificação para a colheita de provas orais para, somente após esse ato, apreciar o pedido da tutela de urgência.

Caso o juiz indefira, de imediato, a tutela pretendida, deve-se utilizar do agravo de instrumento para a reforma desse pronunciamento e concessão da tutela urgente ou, subsidiariamente, requerer a anulação dessa decisão inicial, por cerceamento de defesa e violação do direito de ação, para determinar a realização da audiência preliminar de justificação.

TESE 71

Proponente: **Alúcio lunes Monti Ruggeri Ré**

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

É aplicável a 'teoria do adimplemento substancial' para a manutenção dos con-tratos de plano de saúde, ainda que transcorrido o prazo de 60 dias do inadim-plemento e mesmo que tenha ocorrido a regular notificação do cliente, desde que não haja reincidência ou má-fé.

Assunto:

A presente tese tem por escopo fornecer um amparo jurídico ao cliente de plano de saúde, em muitos casos pessoa idosa, que por longo tempo pagou regularmente suas prestações, mas que deixara de adimplir uma ou algumas delas e, por tal razão, teve extinto seu contrato de seguro saúde.

Nesse caso, defendemos que o inadimplemento de parte mínima das prestações não deve levar à resolução do contrato de plano de saúde, mas elas devem ser cobradas pelos meios ordinários de execução, salvo se a situação de mora persistir por considerável período, após regular e clara notificação do consumidor, ou se ocorrer reiterados períodos de inadimplência.

Tal instrumento tem relevância considerável, pois o Defensor Público, no seu diário atendimento, se depara, reiteradamente, com situações de pessoas, em geral idosos, que sempre pagaram regularmente seus planos e, no momento de suas vidas que mais necessitam, em razão de eventual inadimplência, não podem gozar dos benefícios de um plano de saúde e são obrigadas a se submeterem a novos contratos, excessivamente onerosos, em razão de suas condições pessoais, além da exigência de novos prazos de carência e da presença de doenças pré-existentes.

Portanto, a manutenção do antigo contrato é, sem dúvida, a medida mais adequada.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c”, e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI, da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Fundamentação jurídica:

Em tese, a Lei nº 9656/98, no seu artigo 13, permite a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, após período superior a 60 (sessenta) dias de inadimplemento, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, “desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o 50º (quinqüagésimo) dia da inadimplência” (art. 13, § único, II):

“Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (...)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinqüagésimo dia de inadimplência”;

Porém, em casos de planos com longo tempo de vigência e pagamentos regulares no decorrer dos anos, não é justo que o inadimplemento de parcela mínima das prestações acarrete a rescisão unilateral pela operadora do plano, ainda que cumpridas as determinações da Lei nº 9656/98, acima descritas.

De fato, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, o ideal de manutenção das relações jurídicas para a completude de seus ciclos vitais, e a teoria do adimplemento substancial, são as bases jurídicas para a tese ora apresentada.

Assim, a opção por resolver o contrato em razão de cumprimento tardio não deve ser encarada com excessiva rigidez. Conforme a esclarecida doutrina de Antunes Varela, “a resolução deve ocorrer apenas quando a prestação perca parte substancial de sua utilidade, tornando objetivamente justificada a decisão do credor de se libertar da sua obrigação apenas quando a mora equiparar-se ao seu não cumprimento definitivo” (ANTUNES VARELA, João de Matos. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2. p. 55).

Por outro lado, o reflexo maior do regramento jurídico moderno dos contratos é justamente conferir a eles uma conotação de cooperação, em que as partes não são apenas credora e devedora uma da outra, mas partícipes de um processo que visa ao adimplemento. O dever de cooperação mútuo inclui o dever de compreensão mútuo, decorrente de uma relação norteada pela boa-fé objetiva entre partes, já que esta “polariza todo o direito das obrigações”, conforme previsões do Código Civil (art. 422) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III) (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.5. t.1. p. 57).

Por ser a boa-fé objetiva verdadeira fonte de integração do contrato, é necessário que as partes compreendam a situação uma das outras, para que, a partir disso, integrem as lacunas resultantes de uma execução que transcende a previsão seca das cláusulas contratuais e chegue aos reais problemas da vida cotidiana, direcionando os caminhos para que a obrigação possa efetivamente gerar os melhores resultados para ambos.

Mais que entendimento doutrinário, a boa-fé objetiva é acolhida pelos tribunais não apenas como geradora de deveres cujo descumprimento leva à indenização, mas também como verdadeiro elemento de integração do contrato:

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.(...)” (STJ. 3ª Turma. REsp 595.631-SC. Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 08 jun. 2004, publ. 02 ago.2004.).

Reconhece-se tanto o “dever anexo de proteção dos interesses do outro contratante, derivado da boa-fé objetiva”, bem como o dever positivo de cooperar para o bom desenvolvimento do contrato, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

Evidencia Paulo Nalin, quanto à chamada cooperação nas relações:

“Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção. Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos. Do dever de cooperação imposto ao credor, salienta-se ser tentadora a derivação ou a aproximação a princípios outros, como da boa-fé objetiva e com o intraduzível dever ou princípio de *correttezza* do ordenamento italiano, estando, o último sempre presente em função de qualquer dos obrigados, pois resulta em um específico dever negativo ao credor de não obstaculizar o adimplemento enquanto a cooperação lhe impõe um dever positivo específico de cooperar com cumprimento.” (TJPR. 10ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n. 0506745-8. Rel. Des. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, julg. 10 jul.2008).

Também albergada pelo direito positivo (art. 421 do Código Civil), a compreensão de que os contratos atendem a uma função social é diferente da ideia liberal de que, satisfazendo os interesses individuais das partes, viria o bem de todos. Entende-se hoje que não basta que um contrato não seja socialmente danoso (ilícito). “Somente se enquadra na sua função social o contrato que, sendo útil, é também justo” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 775, p. 20, mai. 2000).

No tocante à sua incidência nas relações particulares, vale a pena citar:

“A doutrina liberalista só excepcionalmente fazia referência à função social como parâmetro de interpretação da autonomia negocial, menos ainda como fundamento da liberdade contratual. A função social do contrato, ao contrário, era tratada como um aspecto não-jurídico, ligado ao papel que o contrato desempenha no fomento às trocas e práticas. (...) Anteriormente à Constituição de 1988, à falta de um preceito legal expresso, a função social apresentava-se, em geral, assimilada à função econômica do contrato,

tomado este em abstrato. (...) No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes.” (TEPEDINO, Gustavo e outros. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*. V.2, Renovar, 2006).

Consoante as lições acima citadas, assim, a saúde, protegida pela Constituição Federal nos arts. 196 e seguintes, como bem de interesse geral da comunidade, deve ser considerada durante a formação e execução dos contratos, assim como deve ser observada a adequada finalidade econômico-social dos negócios jurídicos que envolvem a saúde das pessoas, especialmente as idosas.

Aliás, a preocupação do legislador com a função social dos contratos foi tão grande que, nas disposições transitórias do Código Civil de 2002, o art. 2.035 estabelece que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Importante salientar que em contratos de longa duração, como este de plano e seguro de saúde, incide também o princípio da continuidade. Ou seja, em relações contratuais que se protraem no tempo, a habitualidade gera expectativas nas partes de que o vínculo entre elas, com o passar do tempo, se torne mais forte. Assim, não é qualquer espécie de inadimplemento que conduz à extinção do contrato, mas apenas um inadimplemento qualificado, que rompa a barreira do relacionamento ordinário entre as partes. Não é à toa que a doutrina denominou-os de contratos relacionais e cativos.

Conforme lição de Cláudia Lima Marques, “em um contrato de longa duração e cativo como o de plano e seguro-saúde, o que o consumidor almeja é a cobertura dos eventos de saúde do futuro, e não só os do presente. Logo, seu interesse básico (base do negócio, causa inicial e final) é justamente a continuação do vínculo” (MARQUES, Cláudia Lima. *Conflito de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Roberto de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Orgs.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 152.).

Sustenta-se, inclusive, que o princípio da conservação dos contratos está implícito no art. 6º, V, e explícito no art. 51, §2º, do CDC, traduzindo a intenção do legislador de conservar as relações contratuais sempre que possível, para que a ruptura não traga mais desvantagens do que benefícios ao consumidor. Aliás, esse esforço pela manutenção da relação contratual deve ser maior quando envolve a vida e a saúde dos consumidores:

Por serem futuros e incertos os riscos e a ocorrência concreta de doenças e a necessidade de amparo médico-hospitalar, pretendendo assegurar a proteção da saúde e de seus familiares, os consumidores contratam as empresas de saúde.

Ocorrido, então, o ‘sinistro’, surge a obrigação da empresa de prestar ao consumidor e aos seus familiares, ou dependentes, os serviços contratados, quais sejam, a realização de exames e tratamentos médicos, internações hospitalares, intervenções cirúrgicas, partos etc.

Por isso, a vinculação existente entre fornecedor e consumidor é marcada por serviços de trato sucessivo. O consumidor busca a cobertura por um risco futuro à saúde, pagando mensalmente à empresa, para que esta lhe ofereça os serviços pactuados na hipótese da ocorrência de eventos danosos à sua saúde (LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. *Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada*. In: MARQUES; LOPES; PFEIFFER, op. cit., p. 106-107).

Na hipótese em questão, se o interesse no fim do negócio jurídico é unicamente do fornecedor (a operadora de plano de saúde), o consumidor deve ser protegido para que os contratos sejam mantidos, quando o contrário importar em prática que lhe coloque em situação difícil, como ocorre com idosos doentes, já triplamente vulneráveis, em razão da idade (art. 2º da Lei n. 10.741/2003), da saúde debilitada e consumidora (art. 4º, I, do CDC).

Como se não bastasse, a jurisprudência acatou, para solucionar conflitos oriundos de diversos tipos de contrato, a “teoria do adimplemento substancial”, que prega que, quando uma das partes está muito próxima de adimplir toda a soma que deve pagar à outra, o contrato não seja resolvido, mas sim que a parte credora se utilize das vias normais de cobrança, sem, contudo, privar a parte devedora do bem jurídico essencial previsto em contrato:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE APREENSÃO E DEPÓSITO. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. A teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. O adimplemento de 90% das parcelas avençadas no contrato de compra e venda com reserva de domínio conduz à ausência de mora, que, por ser pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de apreensão e depósito, enseja a extinção do feito sem resolução de mérito. Negado seguimento. (TJRS. 14ª Câm. Cível. Apelação Cível nº 70027842699. Rel. Des. Katia Elenise Oliveira da Silva, julg. 16 dez.2008, publ. 16 jan.2009).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a esse respeito, inclusive, em contrato aleatório, como ocorre com o plano de saúde:

Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio.

Recurso conhecido e provido. (REsp 76362 / MT, Min. Relator Ruy Rosado De Aguiar).

Segundo recentes pesquisas e escritos sobre o tema, “o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder frente ao pressuposto do atendimento quase que integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigura razoável, daí, a extinção do contrato” (ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (“Substancial Performance”) do negócio jurídico. *In*: Leituras complementares de direito civil. Ed. Jus Podivum, 2.ed. 2009).

Por derradeiro, não podemos nos esquecer que a questão envolve o direito fundamental à saúde e à vida. São direitos essenciais do ser humano que também devem ser observados nas relações privadas, segundo a “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (Cf. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. Ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2007).

Fundamentação fática:

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público que se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer dessa arquitetura jurídica de direito contratual para resgatar/reconstituir o contrato de plano de saúde extinto unilateral e abusivamente pela respectiva empresa operadora, o que garante ao consumidor, em geral idoso e doente, a não se submeter a novo contrato, com período de carência e prestações excessivamente onerosas, além das limitações decorrentes das chamadas “doenças pré-existentes”.

Sugestão de operacionalização:

Portanto, o direito ao resgate do contrato de plano de saúde pode ser garantido por meio de ação declaratória de manutenção de vínculo contratual, cumulada com ação de obrigação de fazer (restabelecer a cobertura e expedir boletos bancários), com pedido de tutela antecipada, proposta contra a empresa operadora do plano de saúde. Caso não concedida a antecipação da tutela liminarmente, deve o Defensor Público recorrer com agravo de instrumento e pleitear, ao Desembargador Relator, a concessão de efeito ativo ao recurso para restabelecer a cobertura do plano e a expedição de boletos bancários para o pagamento das respectivas prestações, nos valores originalmente contratados.

TESE 72

Proponente: Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe o direito material ao pagamento parcelado, na forma prevista pelo artigo 745-A do CPC, independentemente da existência de processo de execução contra o devedor e da anuência do credor, desde que o inadimplemento tenha ocorrido de boa-fé e seja justificado, para purgação da mora.

Assunto:

A tese a ser apresentada rompe com um antigo dogma do direito civil obrigacional, qual seja, “ninguém é obrigado a receber parcelado, se o ajuste foi o pagamento único”, corolário do princípio burguês-liberal do *pacta sunt servanda*, que velava pela intangibilidade das convenções privadas.

Aliás, um de seus aspectos restou positivado pelo Código Civil, segundo o qual “não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou” (artigo 314).

Ocorre que, por questão de política civil legislativa, a regra acima exposta passa a comportar uma importante exceção. De fato, o artigo 745-A do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 11.382/2006, criou, além de uma faculdade processual, um verdadeiro direito subjetivo e material ao devedor inadimplente de saldar seu débito de forma parcelada.

Porém, defendemos que seu exercício pode se dar tanto no bojo da execução ou do cumprimento de sentença, como também por meio de ação de consignação em pagamento ou como forma de purgação da mora em ação de despejo por falta de pagamento e em ação

de busca e apreensão no contrato de alienação fiduciária, cujos pressupostos serão abaixo examinados, tudo em contemplação aos novos princípios da boa-fé objetiva e da função social que passaram a reger as relações privadas.

Em outros termos, com o advento da Lei nº 11.382/2006, o devedor inadimplente de boa-fé, que reconhecer o débito e justificar a mora, poderá purgá-la de forma fracionada, evitando o agravamento de suas conseqüências gerais, como juros, correções monetárias, cláusulas penais, indenizações, bem como de seus efeitos específicos como rescisão do contrato de locação, a consolidação da propriedade ao credor fiduciário e a interrupção de serviços públicos essenciais como o fornecimento de água e energia elétrica.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V e X da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Fundamentação jurídica:

O artigo 745-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.382/06, autoriza o devedor executado, no prazo para os embargos à execução, reconhecendo o crédito e depositando a quantia inicial de 30% do valor executado, incluindo as custas e honorários advocatícios, a pagar o restante do débito em 6 (seis) parcelas mensais, com correção monetária e juros de 1% ao mês. Tal proposta será apreciada pelo juiz que poderá deferi-la ou indeferi-la (§ 1º). O não pagamento das prestações implicará em vencimento antecipado do débito, incidindo multa de 10% sobre as prestações não pagas, vedada a apresentação de embargos (§ 2º).

Nestes termos, o legislador criou um verdadeiro direito subjetivo do devedor ao pagamento parcelado, cujo exercício independe da anuência do credor. Ao juiz, por sua vez, somente lhe cabe averiguar se presentes estão os requisitos ao exercício dessa faculdade, não podendo indeferi-la injustificadamente. De fato, é “a melhor interpretação ao artigo 745-A a de entender a iniciativa do executado como vinculante para o exeqüente e para o próprio juiz, é dizer: desde que sejam observados os pressupostos da lei, não há como o exeqüente não aceitar a moratória que não poderá ser recusada pelo juízo, que deverá ser deferida. Não se trata de impor um ‘acordo’ ao exeqüente. Trata-se, bem diferentemente, de um direito que a lei reconhece, diante de seus respectivos pressupostos, não pode ser afastado por mera vontade pessoal. A atividade a ser prestada no caso concreto é eminentemente jurisdicional”.(BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – v 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306)

Ocorre que, conforme a tese ora apresentada, a faculdade acima descrita não é meramente processual, mas constitui um verdadeiro direito subjetivo material. Assim, entendemos autorizado ao devedor inadimplente saldar seu débito de forma parcelada, cujo exercício pode se dar tanto no bojo da ação de execução ou do cumprimento de sentença, como também por meio de ação de consignação em pagamento ou como forma de purgação da mora em ação de despejo por falta de pagamento (artigo 62, II, da Lei nº 8.245/1991) e em ação de busca e apreensão no contrato de alienação fiduciária (artigo 3º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/1969), cujos pressupostos serão abaixo examinados, tudo em contemplação aos novos princípios da boa-fé objetiva e da função social que passaram a reger as relações privadas.

Em outras palavras, com o advento da Lei nº 11.382/2006, o devedor inadimplente de boa-fé, que reconhecer o débito e justificar a mora, poderá purgá-la de forma fracionada, evitando o agravamento de suas conseqüências.

Vale a pena frisar ainda que tal direito poderá ser exercido inclusive por terceiro, interessado ou não na quitação do débito, que utilizará de todos os meios para tal finalidade, desde que presentes os pressupostos abaixo analisados.

Aliás, esse direito material goza de amplo amparo jurídico. De fato, atualmente, a doutrina civilista moderna elenca como os dois principais pilares do direito privado os princípios da boa-fé objetiva e da função social, sendo indiscutível a compatibilidade da presente tese com tal principiologia.

Realmente, a boa-fé objetiva exige dos sujeitos da relação obrigacional uma postura de parceria e cooperação, dentro de um complexo de direitos e deveres voltados ao adimplemento da prestação. “A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva.”(MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 394)

Isso significa que o princípio do *pacta sunt servanda*, que prezava pela intangibilidade da vontade das partes, resta enfraquecido e flexibilizado em contemplação ao bom desfecho do processo obrigacional, o adimplemento, dentro de um contexto complexo de direitos e deveres impostos às partes, que comportarão com parceria e cooperação. “A colaboração e a tutela da confiança, decorrentes da operatividade do princípio da boa-fé objetiva, orientam, axiologicamente, a complexidade, a dinamicidade e a potencial transformabilidade que caracterizam as obrigações duradouras, na medida em que as situações jurídicas subjetivas complexas são compostas por um dinâmico ‘todo’ de direitos, deveres, faculdades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados”, sendo esta finalidade o bom desfecho da obrigação. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil - v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 57.)

Portanto, conclui-se que o direito material ao pagamento parcelado, desde que razoavelmente justificada a mora pelo devedor, condiz com o ideal de parceria e cooperação entre as partes, visando à regular solução da avença, viabilizada com o pagamento fracionado da prestação.

Outro importante fundamento a endossar a tese em tela é a função social dos contratos e das obrigações. É inegável que existe um interesse público ao regular adimplemento da obrigação como forma de pacificação social e prevenção de conflitos. O interesse do credor à permanência dos ônus moratórios não pode prevalecer em detrimento ao interesse público à extinção satisfativa da obrigação. “No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise (artigo 421 do CC), a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Daí a dicção contida no parágrafo único do artigo 2.035, CC, segundo a qual ‘nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos’”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código civil interpretado conforme a Constituição da República, v 2. São Paulo: Renovar, 2006, p. 8) Como se não bastasse tais argumentos, o direito material ao pagamento fracionado tem outros respaldos jurídicos igualmente convincentes. De fato, o Direito dos Contratos abriga o princípio da máxima manutenção da avença, segundo o qual a resolução da relação contratual somente é admitida excepcionalmente, ou seja, se esgotadas todos os meios de

preservação e manutenção do contrato, até sua natural extinção, com a satisfação dos interesses envolvidos.

Outrossim, a doutrina processualista civil elenca, como princípio da execução, a regra do menor ônus ao devedor, com o escopo de amenizar os efeitos da invasão estatal sobre a esfera privada. “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor” (Artigo 620 do Código de Processo Civil). Esse dispositivo representa a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade ao processo civil de execução que, segundo a doutrina, possui amparo constitucional, pois representa a faceta substancial do princípio do devido processo legal (Artigo 5º, LIV, da Constituição Federal). Nessa mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor prevê a regra da incolumidade moral do devedor submetido à cobrança de dívidas que, considerando o princípio constitucional da dignidade de pessoa humana, não se limita às relações de consumo, mas se aplica a qualquer tipo de relação obrigacional (Artigo 42 do CDC).

Por derradeiro, não podemos nos esquecer da tão almejada efetividade do processo, que atualmente figura como a principal meta da ciência processual, cujos esforços se voltam a garantir a instrumentalidade dos meios e ritos, com a supressão do excesso de formalismo, visando à efetiva realização dos direitos materiais envolvidos.

Em suma, o direito material e subjetivo ao pagamento parcelado goza de amplo amparo constitucional e legal, trilhando os ditames da moderna doutrina civilista que prega a revisitação do direito privado sob o prisma constitucional.

Fundamentação fática:

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público, que diariamente atende a pessoas que não conseguem se livrar das dívidas, são “torturadas” pelos ônus de mora e não mais possuem acesso ao crédito, poderá utilizar do direito ao pagamento parcelado, desde que presentes alguns pressupostos.

De fato, o próprio artigo 745-A do Código de Processo Civil requer o prévio reconhecimento do débito pelo executado, o depósito inicial de 30% do valor cobrado e o pedido expresso de parcelamento do restante devido em até 6 (seis) parcelas mensais, no prazo para os embargos.

Ressalte-se que esta faculdade, embora prevista na parte do Código de Processo Civil que regulamenta a ação de execução de título extrajudicial, alterada pela Lei nº 11.382/06, também se aplica ao cumprimento de título executivo judicial, estabelecido pela Lei nº 11.232/05, nos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que a lei não veda essa aplicação e não há motivos para justificar qualquer impedimento.

Porém, se o exercício desse direito ocorrer por meio de ação própria de consignação em pagamento, ou como forma de defesa em ação de despejo por falta de pagamento ou em ação de busca e apreensão em alienação fiduciária, exige-se, além dos requisitos gerais, a inadimplência e, conseqüentemente, a incidência dos ônus moratórios, como juros, correção monetária, cláusulas penais e eventuais perdas e danos, para compensar o benefício concedido ao devedor. Ou seja, não se admite que este possa, antes do vencimento da prestação, pagar em parcelas, sem a incidência dos ônus de mora, o que fora convencionado pagar de forma una. Isso é inaceitável.

Requer também, como corolário da boa-fé objetiva, uma justificativa plausível acerca do não adimplemento da prestação no momento adequado, pois, caso contrário, estaríamos admitindo a má-fé e legitimando o “direito ao calote”. Portanto, o devedor, ao

apresentar a proposta de parcelamento deve justificar os motivos do não pagamento no tempo inicialmente fixado pelas partes, cabendo ao magistrado apreciar o pleito, segundo os critérios da razoabilidade e verossimilhança das alegações, juízo semelhante ao realizado pelo juiz na execução de prestações alimentícias regida pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil, após a defesa do executado alimentante.

Vale frisar que essa justificativa não é necessária no bojo da ação de execução ou do cumprimento de sentença, uma vez que a lei nada diz a esse respeito, mas somente na ação de consignação em pagamento e como forma de defesa nas ações acima citadas.

Sugestão de operacionalização:

Como dissemos acima, o direito ao pagamento parcelado pode ser exercido nas seguintes hipóteses: no prazo para embargos no bojo da ação de execução de título extrajudicial ou no prazo para impugnação na fase de cumprimento de sentença; em ação própria de consignação em pagamento (artigos 891 e seguintes do CPC); em defesa na ação de despejo por falta de pagamento nas locações urbanas, visando o locatário devedor à manutenção do contrato (artigo 62, II, da Lei nº 8.245/91); e em defesa na ação de busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, com o fim de evitar que o credor fiduciário consolide sua propriedade sobre o bem, objeto da avença (artigo 3º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69).

Em suma, o direito material em tela não exige uma forma rígida e preconcebida para ser concretizado. Por exemplo, temos pleiteado judicialmente, em benefício de devedores de boa-fé, o reconhecimento do direito ao pagamento fracionado. Na ação de consignação em pagamento, Autos nº 483/2009, em trâmite perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto/SP, foi comprovado que o requerente E.A. restou inadimplente junto à empresa concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica em razão de onerosas despesas médicas e com medicamentos, após a descoberta de graves problemas de saúde de seu filho, ainda de tenra idade. Assim, demonstrada a boa-fé do devedor, que assumiu o débito, foi autorizado pelo juiz competente o depósito judicial dos valores, relativos às parcelas da dívida, com correção monetária e juros de 1% ao mês, dando-se por purgada a sua mora.

Em outra ocasião recente, mais especificamente no decorrer do mês de maio de 2010, nos Autos nº 1138/2010, em tramitação perante a 10ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto/SP, ficou demonstrado que a autora A.I.P. assumiu uma dívida perante uma instituição financeira em razão de informações errôneas prestadas por representantes do próprio banco. Em decisão liminar, o juiz competente reconhece a boa-fé da requerente e concede a antecipação de tutela para autorizar o pagamento parcelado da dívida, nos termos do artigo 745-A do CPC, e determina que o requerido se abstenha de proceder à retenção dos valores que seriam creditados na conta corrente da autora oriundos do pagamento de seus proventos de aposentadoria.

Em resumo, o direito material ora defendido prescinde de uma forma rígida ou de um procedimento específico para sua realização e configura adequado instrumento em defesa dos necessitados, mais especificamente de seu crédito, sua dignidade e sua honra.

TESE 73

Proponente: Maíra Coraci Diniz

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

A Propositura da ação de alteração de registro civil com a finalidade da adequação da identidade de gênero e do nome civil não depende da realização da cirurgia de transgenitalização.

Fundamentação:

Transexual é a pessoa humana que possui a firme convicção de pertencer ao sexo oposto àquele determinado em seu Registro de Nascimento, reprovando ou não, seus órgãos sexuais externos, dos quais, pode ou não, livrar-se por meio de cirurgia.

O transexual masculino é uma mulher num corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o oposto, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identificam, psíquica e socialmente.

No direito da personalidade configura-se a busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, a adequação de sexo e prenome que, ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e, principalmente, no direito à identidade sexual, primordialmente à identidade pessoal (arts. 60 e 196 da Constituição Federal), tem seu livre arbítrio aviltado

A adequação do Registro Civil, no que diz respeito ao prenome e ao sexo, é uma das etapas a ser transposta pelo transexual, devendo, neste momento, recorrer ao Judiciário.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem determina que os países dela signatários, acolham pedido de adequação de sexo do transexual. Os Juízes da referida Corte entendem que o não acolhimento do pedido é uma transgressão ao artigo 8º: "1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros".

Em São Paulo, um magistrado da 7ª Vara de Família e Sucessões, concedeu a João B. L. N., o direito de se chamar Joana e que, em sua Certidão de Nascimento, diante da designação do sexo, houvesse a inscrição "transexual". Houve desistência por parte do transexual que contentou-se, parcialmente, com a decisão do Magistrado, posto que, evidente é que tal solução não satisfaz à Joana, visto que continuará sendo marginalizada e ridicularizada pela sociedade.

Depreende-se, portanto, que, apesar de toda motivação, o sistema Judiciário ainda vê, com muita restrição, qualquer adequação e tratamento igualitário às solicitações das pessoas que sejam "aparentemente" diversas das outras.

Em Pernambuco, Severino do R. A, recebeu autorização para que se procedesse a modificação do sexo, no assento do Registro Civil, de masculino para feminino e, no prenome, de Severino para Sílvia, cancelando, inclusive, os deveres de reservista.

Não se vislumbra, nesses dois fatos relatados, nenhuma hipótese em que possa ocorrer prejuízo a outrem, posto que, os requerentes fazem jus ao reconhecimento legal do gênero sexual que melhor se adapta a toda sua personalidade.

Diversos transexuais já conseguiram em Juízo a adequação de sua documentação, obtendo, prenome e sexo adaptados à sua realidade.

O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, defendeu o direito do transexual em adequar sua documentação, no que concerne ao nome e ao sexo. Segundo ele, “de nada adianta superar esse impasse – a dicotomia entre a realidade morfológica e psíquica – se a pessoa continua vivendo o constrangimento de se apresentar como portadora do sexo oposto.”

Os representantes do Judiciário e do Ministério Público acompanham a evolução científica, reconhecendo a relevância do sexo psicológico. Ademais, o advento da Lei 9.708, de 18 de novembro de 1998, contribuiu para a adequação do nome, alterando a redação do artigo 58 da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), a qual prevê a imutabilidade do prenome. A atual redação prescreve que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único: Não se admite a adoção de apelidos proibidos por lei.”

De nada adianta ostentar um prenome pelo qual não se é conhecido, que não identifica, que não exprime a verdade. O registro deve estar em consonância com a realidade.

Denota-se tal fundamento nas palavras do Ilmo. Sr. Relator Rodrigues de Carvalho, TJSP, em recurso sobre Apelação Cível 86851.4/7, de São José do Rio Preto: “... a sexualidade humana, com parte do direito da personalidade, é algo muito mais amplo. Não se restringe aos genitais externos, mas sim, a todo um conjunto de fatores, tanto biológicos, como familiares, sociais e culturais, que incidem sobre a vida de um indivíduo, influenciando o seu comportamento e modo de agir e interagir com os demais indivíduos no ambiente social. Além disso, o aspecto psicológico não pode deixar de ser considerado, pois também fator decisivo no desenvolvimento de um ser. Não se pode negar o sofrimento daqueles que aparentemente são o que não querem ser, ou seja, que sua intimidade subjetiva mostra-se incompatível com suas características morfológicas, biológicas. Há uma dualidade dentro do próprio ser, que o impede de se bem relacionar e situar dentro da sociedade em que vive, dada a discriminação social existente ... Note-se que entre um dos princípios que regem atualmente a Constituição Federal está a igualdade entre as pessoas. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações perante a lei. Como não reconhecer essa igualdade aos que querem participar do convívio social ... Não se diga que a pretensão tem caráter anômalo ou patológico, ou mesmo antijurídico ou imoral. A moral é bem mais ampla ...”.

Uma questão apareceu no que toca à concessão legal de adequação do prenome e do sexo do transexual: deve-se realizar uma averbação no registro já existente ou deve produzir-se um novo?

Os Registros Públicos relatam fatos históricos da vida do indivíduo e, segundo uma parte dos aplicadores do direito, a adequação de prenome e de sexo deve constar do referido documento, para demonstrar que aquele indivíduo passa, oficialmente e, a partir daquele momento, e não do seu nascimento, a chamar-se fulano de tal, pertencente ao sexo X (não retroativo). Entendem que os direitos dos transexuais e de terceiros estariam muito mais explicitamente assegurados se, no Registro Civil, constar a alteração ocorrida.

Trata-se de uma ação modificadora do estado da pessoa, com a adequação de sexo no registro, devendo, portanto, ser averbada (art. 29, & 10., letra f, da lei 6.015/73). Todavia, defendem que não deverá ocorrer nenhuma referência à aludida alteração na Carteira de Identidade, Cadastro de Pessoa Física, Carteira de Trabalho, Cadastro Bancário, Título de Eleitor, Cartões de Crédito etc, para que, obviamente, não traga um grau ainda maior de discriminação em relação a essa pessoa.

Esse também é o entendimento da ministra Nancy Andrighi, afirmando em sua relatoria de recurso no STJ, que a observação sobre alteração na certidão significaria a continuidade da exposição da pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias.

Diante de todas estas considerações, que demonstram uma progressiva construção doutrinária e jurisprudencial consonantes com a prevalência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana retratado no respeito à identidade de gênero dos cidadãos e cidadãs transexuais, somados ao fato da Defensoria Pública do Estado ter como atribuição institucional promover a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório (artigo 5º, inciso VI, alínea 'c' da Lei Estadual nº 988/2006), é imprescindível que as ações de retificação de registro cível para adequação da identidade de gênero e do nome civil sejam propostas pelos defensores e defensoras em consonância com a finalidade buscada pelo assistido ou assistida, que não se resume a uma adequação formal de uma identidade civil a um "novo" sexo, diante da transgenitalização, mas sim, o respeito a um fator prévio e que independe de cirurgia, que é o reconhecimento pessoal da própria identidade, dentro da sua liberdade individual.

TESE 74

Proponente: Luís Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

Em ações que visam o custeio de tratamento médico com base no direito constitucional à saúde a alteração do medicamento pleiteado, no curso do mesmo processo, em virtude de nova prescrição médica, não implica violação ao disposto nos artigos 264 e 293 do CPC.

Assunto

Possibilidade de alteração dos medicamentos pleiteados com base no direito constitucional à saúde a qualquer tempo no curso do processo, independentemente de consentimento da parte demandada, mesmo após a citação da Fazenda Pública, em caso de ação de conhecimento, ou da notificação da autoridade coatora para prestar informações, em caso de Mandado de Segurança.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5º, inciso III e inciso VI, alínea "b", da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

Como todos sabemos, é crescente a judicialização de políticas públicas, em especial no que toca ao fornecimento gratuito, pelos entes federativos, de tratamentos médicos específicos à pessoas que não possuem condições financeiras de custear tais tratamentos.

Em virtude disto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuíza, diariamente, centenas de ações visando à concessão gratuita, pelos Entes Federados, de medicamentos a pessoas hipossuficientes, tendo como fundamento os direitos constitucionais à saúde e à vida digna.

Tais ações, em suma, são instruídas (i) com relatório médico que descreve o tipo de doença do postulante e prescreve o tratamento com um determinado medicamento, (ii)

comprovantes do custo do medicamento e (iii) da renda do postulante, e (iv) comprovante da negativa do pedido administrativo de fornecimento gratuito do medicamento pelo Ente Federado demandado.

De acordo com o entendimento jurídico de cada Defensor Público, a ação em questão é veiculada por meio de um Mandado de Segurança ou de uma Ação Condenatória, sendo que, em ambos os casos, de regra, há concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, determinando o custeio imediato do tratamento pelo Estado/Município, com fornecimento gratuito do medicamento prescrito.

Ocorre que, não raro, por conta de alterações no quadro clínico do postulante durante o curso do processo, o médico responsável, visando o melhor tratamento da mesma doença, prescreve a utilização não mais da droga inicialmente pleiteada, mas sim de outro medicamento que, por vezes, também não é fornecido gratuitamente pela Fazenda Pública demanda.

Nesses casos, mesmo que já tenha havido citação da Fazenda Pública, em caso de ação condenatória, ou notificação da Autoridade Coatora, em caso de Mandado de Segurança, é possível, dentro da mesma ação, pleitear a substituição do insumo médico inicialmente requerido pela nova droga prescrita, sem que isso implique alteração do pedido vedada pelo artigo 264 do CPC.

Isso porque, continua sendo pleiteado o custeio pelo Ente Federativo do tratamento do problema de saúde diagnosticado, tendo havido apenas uma variação da prescrição médica, normal dentro da evolução do tratamento, a qual não afeta o direito constitucional cuja satisfação é buscada na ação *sub judice*.

Ou seja, em que pese a alteração no suplemento médico prescrito, o pleito da parte postulante continua o mesmo: tratamento médico de sua doença custeado pelo Ente Federativo demandado com base no direito público subjetivo à saúde previsto no artigo 196 da CF/88, nada havendo que se falar em violação ao artigo 264 do CPC.

Ressalte-se, por oportuno, que a interpretação do pedido inicial das ações em questão como sendo pedido de custeio de tratamento médico, incluindo-se neste eventual alteração do medicamento prescrito, está em consonância com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça (CF; art. 5º, inciso XXXV), não havendo que se falar, por conseguinte, em ofensa ao artigo 293 do CPC. Explica-se.

Tendo por norte o direito fundamental ao acesso à justiça, entendido enquanto apreciação pelo judiciário de tudo o quanto se postula em juízo, entende-se que o artigo 293 do CPC, ao asseverar que “os pedidos são interpretados restritivamente”, determina que o juiz, **quando houver dúvida insuperável** quanto à extensão da demanda, deverá optar pelo sentido de menor amplitude. Porém, **se dos elementos da demanda for possível extrair racionalmente o pedido mais amplo, é dever do juiz considerar tal pedido, sob pena de lesão ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.**

Nesse sentido, vale transcrever a precisa lição de Cândido Rangel Dinamarco, exposta em seu livro “Instituições de Processo Civil”, volume II, 6ª edição, Editora Malheiros, páginas 140 e 141:

“Mas essa cautela do juiz não deve ir além dos casos em que haja *dúvida* invencível quanto às intenções do autor. Não seria converter o zelo pela integridade da máxima *ne eat iudex ultra vel extra petita partium* em motivo para denegar justiça mediante julgamentos *citra petita*. Que o juiz jamais conceda coisas não pedidas ou em quantidade maior que a pedida, ou por fundamento diverso do invocado pelo autor (arts. 128 e 460), mas também que não se negue a decidir sobre todo o pedido e por todos os fundamentos

trazidos. Não sendo suficientemente forte a dúvida sobre a extensão da demanda, a solene promessa constitucional de acesso à justiça impede as opções pelo mais estrito (Const., art. 5º, inciso XXXV). Entre dois riscos opostos – o de ir além e o de ficar aquém dos reais limites da demanda do autor – sendo eles razoavelmente equilibrados, é dever do juiz a assunção do primeiro, sob pena de denegar justiça.

(...)

Esse é o espírito e essas são as regras contidas no art. 293 do Código de Processo Civil, o qual no entanto não tem redação propriamente adequada. Ele merece dois reparos fundamentais, para não conduzir a enganos interpretativos e danos à efetividade do processo justo.

Primeiro, não é correto mandar, como no texto do art. 293 está, que os pedidos sejam interpretados *restritivamente* (*infra*, n. 942). Interpretação restritiva é o oposto de interpretação ampliativa. Interpretar restritivamente é interpretar para menos, *reduzindo* o que aparentemente o texto contém. Interpretam-se restritivamente os termos legais sempre que, segundo o intérprete, *lex majus dedit quam voluit*. A interpretação justa das demandas não deve ser restritiva nem ampliativa, mas *declarativa*, i.é, ela deve colher com precisão o significado das palavras usadas pelo demandante. As restrições conduziram a sentenças *citra petita*, que por sua vez importam denegação de justiça. Onde o art. 293 fala em *interpretação restritiva*, leia-se interpretação *estrita*. O legislador *majus dedit quam voluit*.”

Sendo assim, considerando-se como abrangido no pedido inicial eventual alteração, por força de nova prescrição médica, do medicamento requerido ao longo do tratamento da doença que acomete o defendido, é perfeitamente lícito o pedido de alteração da droga a ser fornecida gratuitamente pelo Ente Federativo demandado, mesmo após sua citação, nenhuma afronta havendo às normas dos artigos 264 e 293 do CPC.

A jurisprudência já vem esposando tal conclusão, valendo como exemplo, por sua clareza e precisão quanto ao tema, o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. MODIFICAÇÃO DE FÁRMACOS. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. I - O Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo claramente se manifestado sobre a ofensa ao art. 264 do CPC. **II - A simples alteração de alguns medicamentos postulados na inicial não se configura como modificação do pedido, o qual é o próprio tratamento médico. III - É comum durante um tratamento médico que haja alteração dos fármacos, o que não resulta, com isso, em qualquer ofensa ao art. 264 do CPC, pois a ação em comento encontra-se fulcrada no art. 196 da CF/88, o qual garante o direito à saúde à população.** IV - Recurso especial improvido.”

(STJ – REsp 1062960/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – Jul. 14/10/2008 – v.u. – g. n.)

Fundamentação fática

Com a adoção da tese institucional sugerida, evita-se que, por força das comuns alterações dos medicamentos prescritos para o tratamento do defendido no curso das ações que visam o custeio de tal tratamento pelos Entes Federados, o Defensor Público seja obrigado a desistir da ação já interposta e propor nova demanda.

Isso garante maior agilidade na tutela do direito constitucional à saúde dos defendidos, bem como redução do número de demandas a serem propostas pelos Defensores Públicos, em clara atenção aos princípios da economia e da celeridade processual.

Sugestão de operacionalização

Petições nos termos da que segue.

EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JAÚ/SP.

Processo nº 847/2010

KAMILLY MORENO CUNHA, devidamente representada por sua genitora, **ANA CAMILA MORENO CUNHA**, ambas já qualificadas na ação em epígrafe, que a primeira move em face do **MUNICÍPIO DE JAÚ/SP**, pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem à presença de Vossa Excelência expor e requerer o quanto segue:

1. A Autora, por ter nascido prematura e ser portadora de refluxo gástrico grave, teve prescrito por sua médica pediatra o tratamento com o leite **APTAMIL A.R.**, necessitando de 15 latas por mês do referido insumo (v. fls. 15 dos autos).
2. Todavia, como não possui condições financeiras de adquirir o referido insumo, a Autora, com base em seu direito constitucional à saúde, ingressou com demanda em análise, visando a condenação do Município de Jaú ao fornecimento gratuito do suplemento alimentar prescrito para o seu tratamento médico.
3. Com efeito, houve concessão de tutela antecipada obrigando o Município de Jaú a fornecer gratuitamente o suplemento solicitado, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso (v. fls. 27), e posterior confirmação da decisão interlocutória por sentença (v. fls. 63/68), pelo que a Autora passou a receber corretamente as 15 latas mensais do leite **APTAMIL A.R.** necessárias para seu tratamento.
4. Ocorre que, justamente por ter feito o tratamento corretamente, a Autora apresentou uma melhora clínica em seu refluxo gástrico, razão pela qual a sua médica pediátrica prescreveu o uso pela Autora não mais de **APTAMIL A.R.**, mas sim do leite **APTAMIL – 2** (v. prescrição médica anexa).
5. Destarte, a Autora, por esta, requer seja o Município de Jaú oficiado para que passe a fornecer, agora, o 15 latas mensais do leite **APTAMIL – 2** e não mais do leite **APTAMIL A.R.**.
6. Ressalte-se, nesse passo, que a substituição do suplemento alimentar ora pleiteada **não implica em alteração do pedido inicial vedada pelo artigo 264 do CPC**. Isso porque, a Autora continua pleiteando o custeio pelo Município de Jaú do tratamento de seu problema de saúde, qual seja, refluxo gástrico, tendo havido apenas uma variação da prescrição médica normal dentro da evolução do tratamento, a qual não afeta o direito constitucional cuja satisfação é buscada na ação *sub judice*.

7. Ou seja, em que pese a alteração no suplemento médico prescrito, o pleito da Requerente continua o mesmo: tratamento médico de seu refluxo gástrico custeado pelo Município com base no direito público à saúde previsto no artigo 196 da CF/88, nada havendo que se falar em violação ao artigo 264 do CPC.

8. Outrossim, cumpre destacar, por oportuno, que a interpretação do pedido inicial das ações em questão como sendo pedido de custeio de tratamento médico, incluindo-se neste eventual alteração do medicamento prescrito, está em consonância com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça (CF; art. 5º, inciso XXXV), não havendo que se falar, por conseguinte, em ofensa ao artigo 293 do CPC. Explica-se.

9. Tendo por norte o direito fundamental ao acesso à justiça, entendido enquanto apreciação pelo judiciário de tudo o quanto se postula em juízo, entende-se que o artigo 293 do CPC, ao asseverar que “os pedidos são interpretados restritivamente”, determina que o juiz, **quando houver dúvida insuperável** quanto à extensão da demanda, deverá optar pelo sentido de menor amplitude. Porém, **se dos elementos da demanda for possível extrair racionalmente o pedido mais amplo, é dever do juiz considerar tal pedido, sob pena de lesão ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.**

10. Nesse sentido, vale transcrever a precisa lição de Cândido Rangel Dinamarco, exposta em seu livro “Instituições de Processo Civil”, volume II, 6ª edição, Editora Malheiros, páginas 140 e 141:

“Mas essa cautela do juiz não deve ir além dos casos em que haja *dúvida* invencível quanto às intenções do autor. Não seria converter o zelo pela integridade da máxima *ne eat iudex ultra vel extra petita partium* em motivo para denegar justiça mediante julgamentos *citra petita*. Que o juiz jamais conceda coisas não pedidas ou em quantidade maior que a pedida, ou por fundamento diverso do invocado pelo autor (arts. 128 e 460), mas também que não se negue a decidir sobre todo o pedido e por todos os fundamentos trazidos. Não sendo suficientemente forte a dúvida sobre a extensão da demanda, a solene promessa constitucional de acesso à justiça impede as opções pelo mais estrito (Const., art. 5º, inciso XXXV). Entre dois riscos opostos – o de ir além e o de ficar aquém dos reais limites da demanda do autor – sendo eles razoavelmente equilibrados, é dever do juiz a assunção do primeiro, sob pena de denegar justiça.

(...)

Esse é o espírito e essas são as regras contidas no art. 293 do Código de Processo Civil, o qual no entanto não tem redação propriamente adequada. Ele merece dois reparos fundamentais, para não conduzir a enganos interpretativos e danos à efetividade do processo justo.

Primeiro, não é correto mandar, como no texto do art. 293 está, que os pedidos sejam interpretados *restritivamente* (*infra*, n. 942). Interpretação restritiva é o oposto de interpretação ampliativa. Interpretar restritivamente é interpretar para menos, *reduzindo* o que aparentemente o texto contém. Interpretam-se restritivamente os termos legais sempre que, segundo o intérprete, *lex majus dexit quam voluit*. A interpretação justa das demandas não deve ser restritiva nem ampliativa, mas *declarativa*, i.é, ela deve colher com precisão o significado das palavras usadas pelo demandante. As restrições conduziram a sentenças *citra petita*, que por sua vez importam denegação de justiça. Onde o art. 293 fala em *interpretação restritiva*, leia-se interpretação *estrita*. O legislador *majus dixit quam voluit*.”

10. Nesse sentido, segue entendimento jurisprudencial do E. STJ acerca do assunto:

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. MODIFICAÇÃO DE FÁRMACOS. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. I - O Tribunal a quo julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo claramente se manifestado sobre a ofensa ao art. 264 do CPC. II - A simples alteração de alguns medicamentos postulados na inicial não se configura como modificação do pedido, o qual é o próprio tratamento médico. III - É comum durante um tratamento médico que haja alteração dos fármacos, o que não resulta, com isso, em qualquer ofensa ao art. 264 do CPC, pois a ação em comento encontra-se fulcrada no art. 196 da CF/88, o qual garante o direito à saúde à população. IV - Recurso especial improvido.”

(STJ – REsp 1062960/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – Jul. 14/10/2008 – v.u. – g.n.)

11. Desta feita, tendo-se em vista os princípios da economia, celeridade e efetividade processual, bem como o direito constitucional à saúde, é a presente para requerer a Vossa Excelência que officie o Município de Jaú para que, a partir de agora, em atenção à receita médica anexa, passe a fornecer à Autora 15 latas mensais do leite **APTAMIL - 2**, por força da condenação já exarada nos autos.

Termos em que,
pede deferimento.

Jaú/SP, 23 de setembro de 2010.

LUÍS GUSTAVO FONTANETTI ALVES DA SILVA

2º Defensor Público da Comarca de Jaú

TESE 90

Proponentes: Ana Carvalho Ferreira Bueno De Moraes, Anaí Arantes Rodrigues, Carlos Henrique Aciron Loureiro e Douglas Tadashi Magami.

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

É inconstitucional e ilegal o ato de remoção compulsória de pessoas de baixa renda pelo Poder Público sem autorização judicial, com exceção dos casos de área de risco devidamente comprovado e por meio do devido processo legal administrativo, e, nesse caso, como o devido atendimento habitacional.

Assunto

A presente tese tem como assunto o direito à moradia de pessoas de baixa renda, o poder dever do Poder Público criar políticas públicas tendentes a promoção do direito à

moradia, o princípio do devido processo legal, a inviolabilidade do domicílio, o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública

A presente tese está relacionada aos objetivos da Defensoria Pública, bem como às funções institucionais.

Inicialmente destacamos que a Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC n. 80/94), em seu art. 3º-A, declara quais são objetivos da instituição: “São objetivos da Defensoria Pública: *I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório*”. É certo que esses objetivos coincidem com os princípios constitucionais do Estado Democrático que devem nortear a política urbana e as normas de direito urbanístico¹¹.

Ademais, é função institucional da Defensoria Pública a defesa, judicial e extrajudicial, da população vulnerável, em especial para assegurar direitos humanos fundamentais, dentre os quais, sem qualquer dúvida, encontra-se o direito à moradia digna.

Fundamentação jurídica

O direito à moradia é um direito fundamental, reconhecido pela Constituição (art. 6º da CF/88) e por diversos Tratados de Direito Internacional dos quais o Brasil é signatário¹².

Neste sentido, pode-se dizer que o direito à moradia possui dois aspectos: um negativo, que diz com a proibição de políticas públicas que dificultem ou impossibilitem o exercício do direito à moradia, e outro, positivo, que diz com a obrigação do Estado de criar políticas públicas tendentes a promover e proteger o direito à moradia.

No que concerne aspecto positivo, é certo que o Poder Público, dentro da programação de políticas públicas urbanas, deve promover e proteger o direito à moradia, com a intervenção do Estado no domínio econômico para a garantia do acesso à terra urbana, seja por meio da regulamentação do seu uso, de modo a atender a sua função social, ou pela regulamentação do mercado fundiário, na disposição de sistemas de financiamento de habitação de interesse social ou na disposição de projetos de urbanização que passem pela promoção da regularização fundiária dos assentamentos informais.

O direito à cidade e o direito à moradia devem ser compreendidos no contexto em que o crescimento dos parcelamentos irregulares e clandestinos nas cidades só ocorre, em verdade, por conta de um processo de exclusão territorial impulsionado por um modelo perverso de desenvolvimento econômico: a intensa especulação imobiliária no centro e nos bairros dotados de melhor infra-estrutura urbana empurram a população marginalizada para a ocupação de espaços livres em áreas periféricas da cidade, eis que desamparadas da concretização de uma política habitacional de interesse social.

De fato, o fracasso da política habitacional levou a construção de um pequeno holocausto: o déficit habitacional no Estado de São Paulo é de 740 mil moradias e a inadequação habitacional de 2,9 milhão de moradias (Fonte: FSEADE/GIBGE/CDHU – SPE/GPS – 2004). No Município de São Paulo, o déficit é de 348 mil moradias (SINDUSCON/FGV), sendo que 3,4 milhão de pessoas habitam em moradia subnormal (favelas, cortiços, loteamentos irregulares).

Desta feita, além de existir o dever do Poder Municipal promover programas de construção de moradias, o Poder Público tem o dever de se abster em realizar atos que violem o direito à moradia, como a remoção compulsória de moradores de baixa renda ocupantes de áreas públicas nos casos de inexistência de risco, mormente quando estiverem presentes os requisitos legais para se promover a regularização fundiária, sob pena de incorrer em abuso de poder, eis que tal medida afrontaria o princípio do devido processo legal, a inviolabilidade do domicílio e configuraria abuso do direito de autoexecutoriedade.

O princípio do devido processo legal insculpido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal restaria violado em caso de remoção compulsória por parte do Poder Público, eis que tal procedimento configuraria reintegração de posse por via oblíqua, por meio de desforço possessório não imediato, e, em assim sendo, tal procedimento constitui-se em verdadeiro uso arbitrário das próprias razões, violando-se o próprio poder jurisdicional.

Quando o Poder Público determina a demolição de moradias, não respeita o critério da adequação do princípio da proporcionalidade, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, no aspecto material. Ou seja, não constitui meio adequado para a consecução do fim pretendido, já que não inibe a formação dos loteamentos irregulares ou clandestinos, já que estes se formam por conta do processo econômico de exclusão sócio-territorial aliada à falta de uma política de habitação de interesse social eficaz.

Aliás, mesmo que fosse adequada, não respeitaria o critério da necessidade, pois a demolição das moradias é medida mais gravosa que a realização eficaz de uma política habitacional de interesse social. O problema é que essa opção é mais custosa para o Estado, e aí talvez esteja a razão pela qual se costuma demolir moradias, a pretexto de aumentar o rigor da fiscalização dos assentamentos irregulares, do que realizar uma política habitacional de interesse social que pudesse absorver a demanda por moradia, de modo a, efetivamente, inibir a procura desenfreada da população mais pobre por espaço na cidade, ainda que este espaço seja o da exclusão, em áreas de risco ou de proteção ambiental.

Lamentavelmente, entretanto, é comum observar algumas municipalidades exercerem indevidamente o poder de autoexecutoriedade, ao se permitir iniciar operação de desocupação dos ocupantes da referida comunidade, notificando-os para desocupação imediata, sem qualquer amparo em provimento judicial.

Com efeito, a autoexecutoriedade dos atos administrativos, que nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, é a possibilidade de coação material para execução do ato, não é regra dos atos administrativos. Sendo exceção, apenas possuem tal atributo, quando a lei o confere ou quando a autoexecutoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público ou, ainda, quando se tratar de medida urgente^[3].

Vale mencionar, a título de exemplo, que no caso da Municipalidade de São Paulo, existe um Decreto, Decreto Municipal nº 48.832/2007, que a permite simplesmente despejar famílias que estão em áreas municipais, sem qualquer restrição nem mesmo com relação ao tempo de ocupação dessas áreas. Tal decreto, a toda evidência, olvida-se que a Lei 11.977/09 ao estabelecer que, nos casos de assentamentos irregulares ocupados predominantemente por população de baixa renda em que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos; de imóveis situados em Zonas Especiais de Interesse Social ou de áreas decretadas pelos entes federativos como de interesse social, obriga o Poder Público a, nessas hipóteses, promover a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos como forma de dar cumprimento a diretriz da política urbana relativa a regularização fundiária e urbanística de áreas ocupadas por população de baixa renda (art. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01) e da obrigação do Poder Público Municipal de promover o adequado ordenamento territorial na execução da política urbana (art. 30, VIII c.c. 182, ambos da C.F.).

Mesmo deixando de lado, por ora, a já explanada obrigatoriedade do Poder Público, em especial da Municipalidade, de garantir o direito à moradia digna dos cidadãos, observe-se que, se é verdade que a lei permite ao poder Público tomar providências no sentido de desocupar áreas públicas, é também verdade que ela não pode fazê-lo por conta própria, com base tão somente no poder de polícia. Assim como não pode a Prefeitura vender, por conta própria, um imóvel cujo proprietário deve IPTU, para ver sanado o débito, devendo entrar com uma ação de execução fiscal para tanto.

Demais disso, o desfazimento das edificações sem ordem judicial viola, ainda, o art. 5º, inc. XI da CF/88, que garante a inviolabilidade do domicílio.

Ora, se a intimidade deve ser preservada, de modo a se impedir que qualquer pessoa, particular ou pública, penetre na casa, sem consentimento do morador, só podendo ser razoavelmente afastada quando em situação de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou por determinação judicial, a moradia, que constitui o próprio domicílio, não pode ser demolida sem ordem judicial.

Mas, mesmo que o desfazimento das edificações seja absolutamente necessário, torna-se necessária a intervenção judicial, especialmente para garantir que a população atingida pelo desfazimento decorrente da autoexecutoriedade do poder de polícia, possa ser controlado, de modo a se ter assegurado o direito fundamental a moradia!

Ou seja, antes de se preocupar com a demolição de edificações, o Poder Público deve cuidar de promover uma política habitacional de interesse social que efetivamente dê conta de proporcionar moradia digna a uma grande parcela da população que não escolheu viver na ilegalidade, mas que não teve outra alternativa face a omissão do Estado.

Previsões em legislações municipais, como se verifica no Decreto 48.832/07 acabam criando regras que estabelecem um desvio de poder, a tornar os atos nela fundados nulos. Decerto, a demolição de edificações não vai interromper o processo de assentamentos irregulares, se as causas da exclusão territorial não forem corrigidas, de modo a se constituir uma política de habitação de interesse social eficaz!

Desta feita, é necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade da autoexecutoriedade nos casos de remoção compulsória que não se configurem como área de risco à vida ou à saúde, por violar o disposto nos incisos XI e LIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Fundamentação fática

É rotineira, em várias unidades da Defensoria Pública, a vinda de moradores de baixa renda com intimações do Poder Público, especialmente da Prefeitura local, determinando a saída e a demolição do imóvel, em prazo exíguo, sem se fundar em qualquer mandado judicial de reintegração de posse.

Sugestão de operacionalização

A fundamentação jurídica pode ser utilizada em ações civis públicas para a impedir a remoção de uma comunidade de forma genérica. Também pode ser utilizada em ações individuais para impedir a remoção de determinada moradia.

Ademais, com os argumentos apresentados para fundamentar a presente tese, é certo que é possível tentar um diálogo com a Poder Público, visando uma composição, independentemente do ajuizamento de ação judicial.

Referências Bibliográficas:

^[1] Sobre os princípios constitucionais do direito Urbanístico, ler: SALE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da Política Urbana, Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 43-73.

^[2] Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 – art. XXV, item 01; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 – art. 11); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. V); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – art. 14.2, item h; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 – art. 21, item 01; Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 – Seção III “8” e Capítulo II “A.3”; Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 – Capítulo 7, item 6)

^[3] Curso de Direito Administrativo, 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 413-416.

TESE 91

Proponente: **Danilo Mendes Silva de Oliveira**

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula:

É aplicável o instituto processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas em defesa dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Assunto

A presente proposta versa sobre a tutela de direitos coletivos através da ação civil pública, com enfoque na aplicação do instituto processual da inversão do ônus da prova, que em nosso ordenamento jurídico encontra previsão legal no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública

A pertinência da proposta é evidente, em razão da legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública.

Sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações para tutela de interesses coletivos, ou seja, para a propositura de ação civil pública, há extensa previsão normativa em nosso ordenamento jurídico, exposta nos artigos 5º, II da Lei nº 7.347/85^[1] (Lei da Ação Civil Pública), com redação introduzida pela lei nº 11.448/07; artigos 1º^[2] e 4º, inc. VII e X^[3] e 106-A^[4] da Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), conforme recente alteração pela Lei Complementar 132/2009.

Não obstante anterior previsão normativa da legitimidade da Defensoria Pública inculpada no art. 5º, inc. II da Lei da Ação civil Pública (redação introduzida pela lei nº 11.448/07), recentemente foram introduzidas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94) vários dispositivos prevendo como atribuição institucional das Defensorias Públicas a propositura de ações coletivas (para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) no interesse de pessoas hipossuficientes.

A Constituição Federal, em seu artigo 134, dispõe que à Defensoria Pública incumbe a assistência jurídica **integral** e gratuita aos necessitados. Por conseguinte, o objetivo da Defensoria Pública é de servir como instrumento para o acesso à ordem jurídica justa pela população carente. Decerto, sem a ação civil pública a Defensoria Pública não conseguiria cumprir a sua vocação constitucional, que, em última análise, visa a promoção da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, mesmo antes da edição da Lei nº. 11.448/07, a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública já havia sido reconhecida na doutrina e jurisprudência^[5] com base na Teoria dos Poderes Implícito, visto que, se a Constituição outorga à Defensoria Pública o dever de assistir integralmente os necessitados, é natural que lhe atribua os meios legítimos para tanto.

Portanto, resta demonstrada a relação de pertinência da presente proposta de tese institucional com as atribuições da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica e fática

É de conhecimento dos operadores do direito que para a obtenção da vitória em um processo judicial não basta um excelente trabalho profissional ou o acerto da tese jurídica. Ainda que somados tais elementos, mesmo que a parte “tenha razão”, sua vitória pode ser prejudicada tendo em vista o simples fato de não ser capaz de *provar o fato constitutivo de seu direito* (conforme art. 333, inc. I do Código de Processo Civil).

Ocorre que mesmo tendo o ordenamento jurídico a seu favor e sendo assistida processualmente por profissional de excelência, o sucesso da parte em um processo judicial certamente estará ameaçado diante de situação em que não tenha condições de produzir a prova necessária à demonstração da constituição de seu direito.

Significa, portanto, que diante da necessidade de prova cuja produção se mostre muito difícil ou impossível para a parte, de pouco adiantará se ela tem a seu lado um bom profissional e até mesmo o ordenamento jurídico.

Tendo em vista tal situação é que a ciência processual desenvolveu o conceito de *inversão do ônus da prova*, tendo havido, por parte do legislador, expressa previsão deste instituto jurídico-processual no conhecido art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

A previsão da regra da inversão do ônus da prova em favor do consumidor encontra justificativa na necessidade de se equilibrar a relação de desigualdade entre fornecedor e consumidor.

Desse modo, diante de situação de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do consumidor, é permitido ao juiz aplicar a inversão do ônus da prova, afastando do consumidor o ônus que originariamente lhe impõe o art. 333, inc. I do Código de Processo Civil.

Conforme expõe a doutrina, “inverter o ônus da prova significa não só isentar uma das partes de provar os fatos afirmados, mas também transferir tal incumbência outra.”^[6] “Quando o magistrado inverte o ônus da prova, ele isenta a parte autora do fato constitutivo do seu direito, impondo que o réu ofereça a contraprova.”^[7]

O fato de a regra do art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor não estar inserida no Título III do diploma legal, intitulado “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, não impediu que doutrina e jurisprudência avançassem em uma interpretação sistemática para estabelecer que a regra da inversão do ônus da prova também se aplica na defesa de

interesses metaindividuais de consumidores. Em outras palavras: o art. art. 6º, inc. VIII do CDC é aplicável não apenas na defesa de interesses individuais, mas também na defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Nesse sentido se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados se verifica nos julgados do REsp 736.308-RS^[8] e REsp 951.785-RS.^[9]

Ocorre que a doutrina desenvolveu a idéia da inversão do ônus da prova (juntamente com a idéia da *distribuição dinâmica do ônus da prova*), avançando para a concepção de que outros direitos, diversos dos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, também justificam a utilização do instituto processual.

Nesse sentido, o entendimento exposto por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em estudo exaustivo sobre as provas no direito processual civil:

“Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.”^[10]

Segundo os mesmos autores, “a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar sua inexistência.”^[11]

No mesmo sentido:

“O magistrado pode, sem previsão legal, inverter o ônus da prova contrariando a regra geral do art. 33 do CPC para beneficiar o cidadão quando litiga o poder Público? A resposta é positiva.

Se a Constituição e também o Código de Processo civil exigem o tratamento isonômico; se existem no ordenamento jurídico normas que determinam a inversão do ônus da prova como a do mandado de segurança e do Código de Defesa do Consumidor com fundamento na hipossuficiência da parte, não poderia agir diretamente o magistrado.

A inversão do ônus da prova é uma forma de concretizar o direito ao ônus da prova justo. Assim, do ponto de vista sistemático, a inversão do ônus da prova é possível.”^[12]

“Os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos processuais para a concreta efetividade da tutela de seus direitos, motivo que, só por si, torna imprescindível a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, em qualquer relação jurídica de natureza civil, como garantia constitucional do devido processo legal.”^[13]

O avanço da ciência processual na concepção do instituto da inversão do ônus da prova, chegando-se ao entendimento de que sua aplicação não se restringe apenas em processos judiciais que tratam de direito do consumidor, também refletiu no campo da tutela coletiva.

Nesse sentido, passou-se a discutir sobre a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova em ações civis públicas de tutela do meio ambiente.

É certo que houve divergência doutrinária no tocante à aplicabilidade da regra processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas em defesa do meio ambiente.^[14]

No entanto, o fato é que **o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da possibilidade da aplicação da regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito ambiental**, conforme se verifica nos seguintes julgados:

Recurso Especial 1.049.822 - RS (1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 23/04/2009)^[15];

Recurso Especial 972.902 – RS – (2ª Turma, Re. Min. Eliana Calmon, j. 25/08/2009)^[16]

Recurso Especial 1.060.753-SP (2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1/12/2009);^[17] e

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.192.569 - RJ (2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19/10/2010).^[18]

Verificado, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de conferir aplicação da regra processual da inversão do ônus da prova, é possível avançar em busca da aplicação desse instituto em demandas que versem sobre outros direitos de categoria constitucional.

De fato, se o Superior Tribunal de justiça admitiu a aplicação da regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito ambiental, tendo sido consignado que *a inversão do ônus da prova, em verdade, se dá em prol da sociedade*, é possível também admitir a aplicação da regra da inversão do ônus da prova na defesa de direitos não menos relevantes do que o direito do consumidor ou o direito ao meio ambiente saudável.

A **base legal para a aplicação da inversão do ônus da prova em processos que versem sobre os demais direitos que podem ser tutelados pela ação civil pública** (e não somente em defesa de direito do consumidor e meio ambiente) encontra-se no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Conforme observado, sem divergências, pela doutrina processualista, as normas que regem os processos de tutela coletiva no Brasil são basicamente compostas pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que formam uma *sistemática de processo coletivo*.

A integração entre a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor é consequência da expressa previsão legal do art. 117 do CDC.^[19]

Conforme exposto em obra escrita pelos próprios autores do anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor:^[20]

“Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais”.

No dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor

“se interagem conforme se fossem *vasos comunicantes*: a Lei 8.078/90, ao regular a defesa judicial coletiva de consumidores (art. 81 – 104) inseriu no art. 117 a autorização para o traslado da parte processual do CDC para o ambiente da ação civil pública da Lei 7.347/85, nesta inserindo um artigo (21º).”^[21]

Ainda segundo Rodolfo de Camargo Mancuso:^[22]

“Ressalte-se que, apesar da citada menção ao Título III do CDC, a melhor exegese é a de que ficou autorizado o aproveitamento de outros dispositivos do CDC para o ambiente da ação civil pública (até porque o objeto desta última inclui a proteção coletiva dos consumidores – art. 1º, II da Lei 7.347/85), e assim se passa, v.g., com o alvitre da *inversão do ônus da prova* (art. 6º, inc. VIII do CDC).”^[23]

Consequência que se extrai dessa integração entre a Lei da ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor é a de que a regra da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII do CDC vem a ser aplicável a todos os processos coletivos.^[24]

Importante ressaltar que o fato de os titulares dos interesses estarem sendo representados judicialmente por órgãos considerados poderosos, como Ministério Público, não afasta a invocação da hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova. O que há de se ter em mente é o seguinte: **para que a inversão do ônus da prova possa ser invocada não se considera a *suficiência* do legitimado à propositura da ação, mas sim a *hipossuficiência* dos titulares dos interesses em questão.**

Esta é a lição de Hugo Nigro Mazzili, nos seguintes termos:

“Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto processual. Desta forma, a inversão do ônus da prova pode aproveitar a grupos de consumidores, em ações civis públicas ou coletivas movidas em seu benefício por associações civis ou quaisquer legitimados.”^[25]

A **base constitucional para a aplicação da inversão do ônus da prova em processos que versem sobre os demais direitos que podem ser tutelados pela ação civil pública** (e não somente em defesa de direito do consumidor e meio ambiente) é extraída do texto da Constituição Federal de 1988, que consagra, mais do que qualquer outra Constituição da história de nosso país, direitos e garantias fundamentais e direitos sociais (arts. 5º e 6º).

Com efeito, seria ilógico, sob o enfoque da hermenêutica constitucional, admitir a inversão do ônus da prova para tutela coletiva de direito do consumidor e do meio ambiente, e não admitir para tutela coletiva de outros direitos fundamentais, como o direito fundamental à saúde, que valorativamente pode ser considerado superior.

De fato, o direito à saúde pode ser considerado o direito social mais prestigiado pelos Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento do caráter fundamental do direito à saúde vem sendo realizado reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que nossa Suprema Corte, na interpretação dos mandamentos constitucionais do art. 5º *caput* e 196 da Constituição da República, vem consignando em seus julgamentos que o Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional, incumbindo, assim, ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.^[26]

Importante registrar que o direito à saúde vem gozando de tanto prestígio perante o Supremo Tribunal Federal que nossa Suprema Corte já decidiu que em face de tal direito não pode ser admitido que os entes públicos requeridos invoquem a chamada “teoria da reserva do possível”, pela qual invocam limitações de ordem orçamentária para a consecução dos mandamentos constitucionais referentes a direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência sobre o direito à saúde, já se posicionou no sentido de que incumbe ao ente federativo requerido demonstrar sua incapacidade financeira de suportar os gastos com o tratamento de saúde de que se socorre do Judiciário, de modo a julgar improcedente pedido de suspensão de segurança por não demonstração de grave lesão à ordem ou à economia.^[27]

Da mesma forma, em se tratando de questão afeta ao dever constitucional de proteção integral da criança e adolescente, o Supremo Tribunal Federal também já afastou a invocação, pelo Poder Público, do princípio da reserva do possível, conforme se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário 482.611 – SC.^[28]

Desse modo, da forma como Suprema Corte brasileira vem conferindo proteção incondicionada ao direito à saúde e ao direito à proteção integral à criança e ao adolescente, constituiria conclusão bizarra a de que as ações civis públicas promovidas na tutela de tais direitos não podem gozar do benefício da aplicação do ônus da prova, enquanto que se admite a inversão do ônus da prova em defesa de direito do consumidor, que, embora goze de amparo constitucional, não possui, à toda evidência, a mesma carga valorativa.

Em outras palavras: se o Supremo Tribunal Federal, Corte constitucionalmente investida na competência de interpretar a Lei Maior brasileira, vem conferindo máxima carga eficaz aos direitos relativos à saúde e à infância e juventude, conclui-se ser indevida interpretação que exclua a aplicação da inversão do ônus da prova na defesa de tais direitos.

Da mesma forma, se a Constituição elegeu os direitos sociais de maior relevância em seu art. 6º (“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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”), a posição hierárquica de tal dispositivo em nosso ordenamento jurídico exige que se dê prioridade na tutela de tais direitos.

Assim, não se pode negar o instrumento processual da inversão do ônus prova na defesa de tais direitos, na medida em que se confere tal instrumento na defesa do consumidor, direito este que, embora de grande relevância, possui carga valorativa inferior aos direitos expressamente mencionados no texto do art. 6º da Constituição.

De fato, basta um breve exercício de imaginação que se chega a várias situações em que se mostra contraditória a aplicação do ônus da prova em favor do consumidor e a não aplicação em favor da tutela de outros interesses de incontestável relevância.

Seria o consumidor, diante de um fornecedor, mais hipossuficiente do que o detento recluso em condições desumanas perante o sistema penitenciário? Ou mais hipossuficiente do que o paciente moribundo à espera de vaga em UTI perante Sistema Único de Saúde? Ou, ainda, mais hipossuficiente do que crianças moradoras de rua diante do Estado que se omite em lhes dar a assistência determinada pelo art. 227 da Constituição?

Ante todo o exposto, resta demonstrada, por fundamentos legais, doutrinários, jurisprudenciais e constitucionais, a possibilidade de aplicação do instituto processual da inversão do ônus da prova em ações civis públicas promovidas em tutela dos direitos fundamentais, especialmente os dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelo Defensor Público, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público conduzirá o processo exigindo que se atribua ao requerido da ação civil pública (que em caso de tutela dos direitos fundamentais sociais será de regra o Estado *lato sensu*), o ônus da prova quanto à demonstração de inveracidade da causa de pedir suscitada pelo Defensor Público na petição inicial, naturalmente acompanhada de elementos de convicção aptos a conferirem verossimilhança às suas alegações.

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote e defenda o entendimento proposto na condução do processo.

Referências Bibliográficas:

^[1] “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

II - a Defensoria Pública”;

^[2] “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”;

^[3] “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”;

^[4] “A organização da Defensoria Pública do Estado deve primar pela descentralização, e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar, bem como a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

^[5] O Superior Tribunal de Justiça, anos antes da expressa previsão na Lei da Ação Civil Pública, já reconhecia a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. No REsp n. 181.580/SP, 3ª T- Min. Ministro Castro Filho – DJU, DE 22.03.2004, o STJ reconheceu legitimidade da até então “Procuradoria de Assistência Judiciária”, órgão que fazia as vezes da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, para a propositura de ação civil pública no interesse de consumidores.

A legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações coletivas vem sendo reiterada pelo STJ em diversos julgados, citando-se como exemplos: REsp 555.111-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 5/09/2006; REsp 912.849-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 26/02/2008.

^[6] MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 204.

^[7] MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 205

^[8] No acórdão do REsp 736.308-RS (4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15/12/2009), que reconheceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público em ação civil pública em defesa de direito do consumidor, colhe-se a seguinte fundamentação:

“A inversão do ônus da prova nas causas consumeristas, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é medida processual relevante, que assegura a proteção privilegiada dos interesses do consumidor e deve ser reconhecida tanto no plano de sua tutela individual como na coletiva, já que a própria legislação consumerista não faz distinção entre consumidor individual e coletividade - art. 81 do CDC.

(...)

A inversão é aplicável à ação civil pública em razão do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347, *in verbis* :

‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.’

A facilitação da defesa do consumidor em juízo decorre de sua inferioridade, que pode ser técnica, processual, ou de qualquer outra natureza, sendo imprescindível a inversão do ônus para o estabelecimento da igualdade processual.”

^[9] Já o REsp 951.785-RS (4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão) conta com a seguinte ementa:

“CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LEGALIDADE. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, ainda que se cuide de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

2. Deveras, “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas” - a qual deverá sempre ser facilitada, por exemplo, com a inversão do ônus da prova - “poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (art. 81 do CDC).

3. Recurso especial improvido.”

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT. 2010, p. 186.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT. 2010, p. 186.

¹¹² MIRANDA NETO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 213/214.

O mesmo autor ainda demonstra a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova quando o cidadão não se encontra em situação de consumidor, mas em situação usuário de serviço público, nos seguintes termos: “o fato de o cidadão - em relação aos serviços públicos - não ser do ponto de vista técnico um consumidor, mas usuário, não impede que as regras do Código de Defesa do Consumidor possam ser a ele aplicadas. A razão não colhe fundamento apenas na posição de vulnerabilidade do cidadão- consumidor e do cidadão- usuário diante do sujeito que detém maior poder econômico ou decisão dentro da relação; e pelo fato de a utilização de serviços públicos como no uso de serviços privados ser idêntica - o que já autorizaria a aplicação da analogia. É que a lei dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995) ressalva, expressamente, em seu art. 7º, os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.” (MIRANDA NETO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 207/208).

¹¹³ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2006 p. 99.

São da mesma autora as seguintes passagens, todas colhidas de sua obra *A inversão do ônus da prova*: “defendemos a inclusão do instituto da inversão como garantia constitucional do devido processo legal, toda vez que, presente ao menos um dos requisitos legais, haja necessidade para obtenção do justo.

Nas relações de consumo, o legislador reconheceu o consumidor como a parte mais fraca, fato que o levou a criar mecanismos, como o instituto da inversão, para equilibrar a balança jurídica, buscando nitidamente a aplicação da igualdade real.

Ocorre que existem outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes, fora do âmbito das relações de consumo, em que a hipossuficiência de uma das partes, no tocante à impossibilidade material de produzir a prova, é tamanha, que chega a causar verdadeiras injustiças sociais” (p. 92).

“Concluindo, o instituto da inversão processual do ônus da prova deve ser largamente utilizado, na medida em que nos deparamos com situação de desigualdade, que obste, só por si, a garantia constitucional do devido processo legal” (p. 93).

“A aplicação do instituto do ônus da prova é medida que se impõe, toda vez que esteja presente um dos requisitos legais: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte” (p. 99).

¹¹⁴ A propósito, verifica-se divergência doutrinária entre Édis Milaré e Renata Castanho que de um lado defendem a impossibilidade da inversão do ônus da prova em ações em defesa do meio ambiente, e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que de outro defendem que “são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova.” (MILARÉ, Édis. CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT. 2007, p. 256-257.

¹¹⁵ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido.”

¹¹⁶ “PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.
2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.
3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.
4. Recurso especial parcialmente provido.”

¹¹⁷ “PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial.”

¹¹⁸ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF).
2. “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.” (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido.”

¹¹⁹ Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹²⁰ Nelson Nery Junior. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 1057.

¹²¹ *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. RT: São Paulo. 2007, p. 57.

¹²² Mancuso, após expor sua lição, invoca idêntico entendimento exposto também pelo processualista Marcelo Abelha.

¹²³ *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. RT: São Paulo. 2007, p. 57.

¹²⁴ Nesse sentido, a obra do magistrado paulista Swarai Cervone de Oliveira: *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009, p. 82.

¹²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 159.

¹²⁶ Nesse sentido o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, em que se reconheceu o dever do Poder Público no tocante a fornecimento gratuito de tratamento e medicamentos a pessoas destituídas de recursos financeiros, portadoras de HIV.

¹²⁷ Nesse sentido o histórico julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de tutela antecipada 175.

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.

TESE 99

Proponente: NUDEM

Área: Cível

Súmula:

É inconstitucional o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que estabelece que, na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges, eis que tal previsão fere os direitos fundamentais à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana.

Assunto

Direito cível, direito das obrigações, direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

A defesa dos direitos das mulheres é atribuição do defensor público prevista na Lei Complementar Estadual 988/2006 (artigo 5º, incisos III e VI, alíneas c, i, l), na medida em que se trata da proteção de direitos de vítimas de discriminação de gênero, de violência e opressão.

Fundamentação jurídica

A conceituação dos direitos sexuais e reprodutivos não é tarefa fácil.

Somente nos anos 60 que as mulheres passaram a romper com a pretensa naturalidade da opressão feminina através da nova ordem liberal, que tinha como base fundamental discutir a desigualdade como componente das relações sociais, que antes eram baseadas na dominação de sexo.

A construção da idéia de gênero deu-se com o movimento de mulheres, principalmente na década de 70, quando estas buscaram espaço para a constituição de uma cidadania feminina.

A utilização da categoria de gênero vem a ser o resultado da construção histórica e cultural que objetiva compreender as designações e os pressupostos relativos ao sexo biológico como elemento definidor e naturalizador de características, qualidades e potencialidades de homens e mulheres, através da história e das diferenças culturais.

Como consequência dessa nova visão acerca dos direitos das mulheres, surgem no cenário mundial discussões acerca de ditos direitos e o aperfeiçoamento das legislações. Foi na Conferência Mundial de Direitos Humanos, no Teerã, em 1968, onde surgiu a primeira idéia do que viria a ser, internacionalmente, os direitos reprodutivos:

“Capítulo 16:

Os pais têm o Direito Humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos.”

Tal norma prevê a total liberdade de decisão do casal com relação a sua reprodução, ou seja, o direito individual de cada um decidir sobre seu próprio corpo, sem referir-se ao controle ou responsabilidades do Estado e tampouco aos direitos sociais.

A partir daí, outros documentos internacionais de direitos humanos também trouxeram previsões relativas a direitos sexuais e reprodutivos, como a seguir será explicitado.

Inicialmente, necessário esclarecer a diferenciação conceitual entre direitos sexuais e direitos reprodutivos.

Os direitos reprodutivos estão intimamente ligados à sexualidade do ser humano, sendo que englobam não somente as funções do aparelho genital ou do processo reprodutivo, mas também no direito de cada cidadão buscar o seu próprio prazer.

Ao considerarmos que o sexo entre homens e mulheres não é somente uma necessidade biológica, reconhecemos o direito de cada cidadão de ter prazer, manter relações sexuais, sem, necessariamente, o intuito da reprodução. Sendo assim, podemos claramente separar os direitos reprodutivos dos direitos sexuais.

O marco inicial desses inovadores direitos foi a liberdade de decisão das mulheres com relação a sua fecundidade e sua vida sexual. No Brasil e mundo, surgem, então, normas e preceitos legais para a proteção de ditos direitos, sendo os temas mais debatidos o aborto legal e o acesso a contracepção não coercitiva.

A separação da relação sexual com a reprodução foi determinada pelo advento da pílula anticoncepcional, que proporcionou a mulher o gerenciamento de sua reprodução.

O conceito de direitos reprodutivos implica obrigações positivas ao Estado, no sentido que imputa responsabilidades na promoção do acesso à informação e aos meios necessários para viabilizar as escolhas com relação à reprodução. Em contrapartida, os direitos sexuais decorrem de obrigações negativas, ou seja, o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual.

Surge ainda o conceito de saúde reprodutiva, que pode se definida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidade ou doença, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. Conseqüentemente, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de sua vida sexual satisfatória e sem riscos, de procriar, bem como implica a liberdade para escolher entre fazê-lo ou não, no período e na freqüência desejada. Nessa última condição, encontram-se implícitos os direitos do homem e da mulher de serem informados e de terem acesso a métodos de planejamento familiar seguros, efetivos, aceitáveis e de custos acessíveis, assim como o direito de buscarem/usarem métodos de sua escolha para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos. Está também implícito o direito de receber serviços apropriados de atenção à saúde que permitam gravidez e parto sem riscos e ofereçam aos casais as melhores oportunidades de terem filhos sadios. Define-se com **atenção a saúde reprodutiva** o conjunto de métodos, técnicas e serviços que

contribuam para a saúde e bem-estar reprodutivos mediante a prevenção e solução dos problemas de saúde reprodutiva. Inclui também a **saúde sexual**, cujo objetivo é a melhoria da vida e das relações pessoais, e não somente o aconselhamento e a atenção referentes à reprodução e as doenças sexualmente transmissíveis.

Portanto, a saúde reprodutiva relaciona-se à possibilidade de o indivíduo desfrutar de uma vida sexual satisfatória, podendo ainda decidir se quer ter filhos, quantos filhos deseja ter e com quem terá esses filhos. É essa a ideia de planejamento reprodutivo.

Inicialmente, cumpre salientar que apesar de o texto constitucional adotar o termo planejamento “familiar”, fala-se atualmente em planejamento “reprodutivo”, uma vez que pode ser exercido fora do contexto da família, ou seja, a decisão poderá ser tomada pelo indivíduo no sentido de não ter filhos e de não constituir uma família. Ademais, o termo é mais amplo e pode abranger agrupamentos de pessoas que não necessariamente sejam definidos como família.

O planejamento reprodutivo pode ser definido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o livre exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ele é orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para que a mulher, o homem ou o casal exerçam de forma livre o seu direito de escolher se terão ou não filhos, e quantos filhos terão.

Trata-se de preceito que somente ganhou “status” constitucional em 1988. Com efeito, dispõe o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. As constituições anteriores (1934, 1937 e 1946) limitaram-se a prever o dever do Poder Público socorrer “as famílias de prole numerosa”.

Como já ressaltado, documentos internacionais de direitos humanos também disciplinaram a matéria. A Convenção sobre Discriminação contra a Mulher, de 1979 (CEDAW- ratificada pelo Brasil em 01.02.1984 e promulgada pelo Decreto 4.377, de 13.09.2002) ordena que os Estados adotem medidas apropriadas para assegurar a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família (artigo 10, h) e o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar (artigo 12, 1). A Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989 (ratificada pelo Brasil em 24.09.1990 e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990) ao tratar de direito à saúde, determinou que os Estados a garantissem com vistas a desenvolver a assistência médica preventiva e serviços de planejamento familiar (artigo 24, 2, f).

Oportuno mencionar o Princípio 8 da Conferência das Nações Unidas sobre população e desenvolvimento (Cairo, 1994): “os Estados devem tomar medidas apropriadas para assegurar, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, o acesso universal aos serviços de saúde, compreendidos os relacionamentos à saúde em matéria de reprodução, integrados pelo planejamento familiar e a saúde em matéria de sexualidade. Os programas de saúde da reprodução devem oferecer a mais vasta gama possível de serviços, sem nenhum recurso à coerção. Todo casal e todo indivíduo tem o direito fundamental de decidir livre e responsabilmente acerca do número de seus filhos, do espaço de seu nascimento e de dispor da informação, da educação e dos meios desejados na matéria.” (g.n.)

No mesmo sentido, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995) adotou em sua Declaração, no Princípio 15: “a igualdade dos direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a partilha igual das responsabilidades familiares e a parceria harmoniosa entre as mulheres e homens são essenciais a seu bem-estar e de suas famílias,

como ao fortalecimento da democracia.” Dispõe o Princípio 96: “os direitos fundamentais das mulheres compreendem o direito de ter domínio de sua sexualidade, nela inserida sua saúde em matéria de sexualidade e procriação, sem nenhuma coação, discriminação ou violência e de tomar livremente, e de modo responsável as decisões neste domínio. A igualdade entre mulheres e homens no que concerne à sexualidade e à procriação, compreendido o respeito total da integridade da pessoa, exige o respeito mútuo, o consentimento e a partilha da responsabilidade dos comportamentos sexuais e de suas consequências.” (g.n.)

O planejamento reprodutivo constitui expressão dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação e em nada se relaciona com qualquer ação de controle demográfico, o que, inclusive, é vedado expressamente pelo parágrafo único do artigo 2º, do diploma legal supracitado. Afirma Maria Berenice Dias que “o planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva...” (*Manual de Direito das Famílias*, 4ª edição, São Paulo, RT, 2007, pp.322/323).

Pedro Thomé Arruda afirma: “O Estado brasileiro desempenha, na célula social da família, um papel interventivo necessário, respeitando pari passu a esfera das liberdades dentro do núcleo familiar, conquista histórica e direito fundamental insculpido na Lei Maior (art.5º).” (*Aspectos Jurídicos do Planejamento Familiar no Brasil*, in *Família e Jurisdição III*, Belo Horizonte: Delk Rey, 2010, p.397).

Dessa forma, cabe ao Estado uma atuação positiva, no sentido de possibilitar a todos os cidadãos o amplo acesso às informações e a todos os métodos contraceptivos e conceptivos. Ademais, deve o Estado também atuar de forma negativa, abstando-se de qualquer interferência no processo decisório dos homens e mulheres no tocante ao planejamento reprodutivo. A escolha dos indivíduos deve ser livre de qualquer forma de estímulo ou desestímulo estatal.

Trata-se de aplicação do princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família, pelo qual se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares somente deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como última *ratio*, uma vez que prevalece a regra geral da liberdade do indivíduo no âmbito da família. Por força do reconhecimento do princípio supracitado, identifica-se atualmente um Direito de Família Mínimo, no qual prevalece o exercício da autonomia privada dos indivíduos no âmbito da família, a fim de preservar a sua liberdade e a implementação de seus demais direitos fundamentais.

J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam: “O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais- informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação.” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, São Paulo: RT, Coimbra, 2007, v.1, p.858)

De toda sorte, salienta-se que o planejamento reprodutivo deve ser analisado em consonância com o direito fundamental à saúde, garantindo-se a todas as pessoas o amplo acesso a todos os métodos contraceptivos, assim como com o direito fundamental à educação, possibilitando que todos tenham informações adequadas para que exerçam seu direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e consciente. Trata-se de expressão dos princípios da dignidade humana e da liberdade, assim como da paternidade/maternidade responsáveis.

As mulheres são, por certo, aquelas a quem mais interessa o amplo acesso às informações, meios e métodos relativos ao planejamento reprodutivo. Ana Claudia Silva Scalquette afirma: “Tendo sido examinados os principais princípios relacionados ao direito ao planejamento familiar, resta-nos concluir que a mulher é, indubitavelmente, aquela que mais

sofre as consequências da decisão de ter um filho, pois é aquela que, em regra, carrega a criança em seu ventre durante os nove meses de gestação, que passa pelas dores do parto, que se submete a um procedimento cirúrgico, que tem o dever de alimentar o seu filho recém-nascido por meio da amamentação, ou que, principalmente, busca a realização da maternidade superando todos os obstáculos físicos, sociais e jurídicos, além de continuar desempenhando todos os papéis que, até então, exercia, como o de esposa e de profissional.” (*Mulher e planejamento familiar*, in *Mulher, sociedade e direitos humanos: Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz*, São Paulo: Rideel, 2010, p.447).

Nesse sentido, toda mulher deve exercer o seu direito ao planejamento reprodutivo de forma consciente e livre de qualquer interferência, tanto do Estado como de qualquer outro indivíduo. A escolha sobre ter ou não ter filhos, ou sobre o número de filhos que terá, deve ser feita pela mulher, como titular do direito à liberdade de escolha e de disposição sobre o seu próprio corpo.

Com o objetivo de regulamentar o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, foi promulgada a Lei n.9.263, de 12 de janeiro de 1996.

A Lei n. 9.263/96, em seu artigo 10, disciplinou de forma detalhada a realização do procedimento de esterilização voluntária, a qual será executada por meio de laqueadura tubária, vasectomia ou outro método cientificamente aceito. Nota-se que o legislador elegeu a esterilização voluntária como última opção dentre os métodos contraceptivos, estabelecendo vários requisitos para sua efetivação. Basicamente, a esterilização voluntária poderá ser feita em homens ou mulheres com capacidade civil plena, maiores de 25 anos ou com pelo menos dois filhos vivos, observado o prazo de mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e a realização da cirurgia, período no qual haverá aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

A lei traz ainda no parágrafo 5º de seu artigo 10 a exigência de autorização expressa do cônjuge na vigência da sociedade conjugal para a realização do procedimento de esterilização voluntária.

Percebe-se que o legislador, ao disciplinar a matéria, procurou evitar a esterilização precoce; no entanto, indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional (artigo 226, §7º, da CF/88) e aos documentos internacionais de direitos humanos. Por certo, a esterilização cirúrgica, por ser método contraceptivo irreversível (ou de difícil reversibilidade), há de ser adotada pelo indivíduo de forma livre e consciente. Nesse sentido, deve o Estado garantir o amplo acesso à informação sobre tal método, e jamais interferir na escolha do indivíduo, de modo a desestimulá-lo ou desencorajá-lo.

Com efeito, tem-se revelado uma crescente preocupação com a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos dos cidadãos, notadamente com relação ao planejamento reprodutivo. Em documento elaborado pelo Ministério da Saúde (*Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo*, Brasília: Ministério da Saúde, 2005), pontuou-se: “Entendendo o planejamento familiar como direito do(a) cidadão(ã) e dever do Estado, a política do planejamento familiar tem sido colocada como prioridade pelo Presidente da República em vários pronunciamentos públicos e pelo Ministério da Saúde.”

Entretanto, indicadores revelam deficiências no tocante à efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da população brasileira, principalmente para as camadas mais pobres.

A disciplina legal para a realização do procedimento de esterilização voluntária, trazida pelo artigo 10 da Lei n.9.263/96, mostra-se em desacordo com o disposto no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, como já explicitado.

Nesse tocante, cumpre agora analisar um dispositivo em especial, a saber, o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que assim dispõe:

“§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.”

A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226, §7º da nossa Constituição.

A seguir, serão analisadas as normas constitucionais violadas pelo conteúdo do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96.

1-Do princípio da dignidade humana

Antes de iniciar a análise dos dispositivos constitucionais violados, deve-se ressaltar a importância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

A respeito, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que “(...) há como afirmar, sem medo de errar, que, a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.80).

Destarte, o ser humano está no centro do ordenamento jurídico nacional e internacional, de modo que tudo é pensado a fim de assegurar sua primazia e garantir seus direitos.

A dignidade humana foi erigida como fundamento do Estado Brasileiro, conforme preceitua o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

“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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

Documentos internacionais de proteção dos direitos humanos também ressaltam a dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“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,

(...)

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Também devem ser mencionados o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 45 da Carta da Organização dos Estados Americanos:

“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

“Artigo 45

Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:

a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica;”

Por fim, ressalte-se trecho da Declaração e Programa de Ação de Viena:

“Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização.”

A dignidade humana “(...) concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.” (MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 16).

Flávia Piovesan ressalta a “(...) primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.” (PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 11 e 12).

Marcos José Gomes Corrêa assim trata da dignidade: “(...) *Seja qual for o ângulo em que analisemos o homem, vemos que ele tem a mesma origem e a mesma natureza, possuindo um valor de dignidade, ou seja, não pode ser reconhecido como coisa mas sim como pessoa. Tal dignidade é atribuída ao homem pelas suas características de racionalidade, sendo o único ser que transforma o mundo em que vive e que comunica suas experiências a seus semelhantes. (...) Ora, se todos os seres humanos são portadores de dignidade, possuindo uma igualdade intrínseca, comungando das mesmas potencialidades, natural que tenham os mesmos direitos. (...) Hoje, com certeza, atribui-se a todo ser humano um predicado de dignidade e essa dignidade o transforma em pessoa, sujeito de direitos essenciais, direitos esses derivados da própria condição humana (...)* A dignidade humana reclama para ela, do alto de sua autoridade, um setor inteiro do campo do direito: os direitos humanos, cuja missão é preservar a dignidade humana.” (CORRÊA, Marcos José Gomes, *Direitos Humanos: Concepção e Fundamento*, in PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (Coord)., *Direitos Humanos, Fundamento, Proteção e Implementação, perspectivas e desafios contemporâneos*, v. II, Curitiba: Juruá, 2007).

Maria Berenice Dias assim se manifesta “*Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz.*” (DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 25).

Feitas algumas considerações a respeito da dignidade humana e tomando-se como premissa a dignidade inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer peculiar característica, passa-se a discorrer a respeito da inconstitucionalidade dos demais dispositivos supramencionados.

2-Da violação do direito à liberdade, à autonomia privada e ao planejamento reprodutivo, nos moldes do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal

Prevê o artigo 5º, caput, da Constituição Federal:

“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:” (g.n.)

A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, sendo entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar o seu próprio comportamento individual. Segundo Daniel Sarmiento, “*esta autonomia significa o poder o sujeito de autogoverno de sua esfera jurídica, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas.*” (*Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*, in *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.308).

O constituinte de 1988 procurou reforçar a tutela da autonomia privada do indivíduo, trazendo um rico e não exaustivo rol de direitos fundamentais no artigo 5º, e prevendo também a garantia das condições materiais para o exercício dessa liberdade, ao disciplinar os princípios norteadores da ordem social e da ordem econômica brasileiras.

Nesse sentido, todo indivíduo deve ter ampla liberdade para autodeterminar-se, para fazer as escolhas que vão reger a sua vida privada, sem qualquer ingerência indevida.

Na seara da autonomia privada do indivíduo, insere-se a sua autonomia corporal, a qual, na lição de Ana Carolina Brochado Teixeira, significa que “*o corpo pertence à própria*

peessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza.” (Saúde, Corpo e Autonomia Privada, Rio de Janeiro:Renovar, 2010, p.52).

O indivíduo tem o poder de governar o seu próprio corpo e a sua própria saúde, ou seja, é ele o senhor de seu corpo, livre de ingerências, sejam elas advindas de outro indivíduo ou do Estado.

Sendo dotado de plena autonomia corporal, o indivíduo também goza da liberdade de definir como será a sua vida sexual; se quer ter filhos; quantos filhos quer ter e com quem terá esses filhos. Trata-se, como já explicitado, do direito ao planejamento reprodutivo, o qual, igualmente, deve ser exercido de forma livre e incondicionada.

Prevê o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Não deve o Estado estimular ou desestimular condutas relativas ao exercício do direito ao planejamento reprodutivo; cabe a ele, tão somente, proporcionar ao indivíduo os recursos educacionais e de saúde para que tal direito possa ser adequadamente exercido. Da mesma maneira, será indevida qualquer ingerência de outro indivíduo sobre o exercício do direito ao planejamento reprodutivo.

Tanto tal assertiva é verdadeira que a Lei 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha) traz a seguinte previsão em seu artigo 7º, inciso III:

“Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

....

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”.

Destarte, condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo, constitucionalmente assegurado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal.

Cabe à mulher, e tão somente a ela, decidir o que fará com seu próprio corpo, bem como fazer todas as opções relativas ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada.

Nem se argumente que a existência de sociedade conjugal e a affectio maritalis justificaria a exigência legal de anuência do cônjuge. Isso porque o conceito atual de família dissociou-se do escopo reprodutivo, sendo caracterizada pela existência de um vínculo de afeto entre seus membros. Assim, surge a família eudemonista, que é aquela que tem como objetivo principal a plena realização e felicidade de seus membros, valorizando-se o indivíduo e tornando a família não mais um fim em si mesma, mas sim um meio para que seus integrantes alcancem a felicidade. Dessa forma, a família, e também o casamento, *“identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da*

solidariedade e da responsabilidade recíproca” (DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 53).

Assim, o atual modelo de família não mais guarda compatibilidade com a necessidade de procriação, nem com a indevida ingerência entre seus membros, no sentido de limitar a plena garantia da liberdade, da igualdade, da dignidade e da busca da felicidade.

Destarte, por todos os argumentos expostos, conclui-se pela inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96.

Fundamentação fática

Como é sabido, a Defensoria Pública, em especial o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, deve atuar em favor da defesa de todos os direitos da mulheres, assegurando, assim, a proteção integral de seus direitos, principalmente seus direitos fundamentais.

Assim, condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso específico da Lei 9.263/96, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo, constitucionalmente assegurado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal.

Diante disso, a alegação de inconstitucionalidade quando solicitada pela mulher usuária da Defensoria Pública e que necessita realizar a cirurgia de laqueadura, mas entende ser dispensável a concordância do seu marido, eis porque este se recusa a fazê-lo ou porque este tem paradeiro desconhecido, em que pese ainda permanecerem legalmente casados.

Sugestão de operacionalização

A alegação de inconstitucionalidade deverá ser feita sempre que a mulher que deseja fazer a cirurgia de laqueadura, porém está enfrentando dificuldades na sua realização, pois está sendo dela exigida a declaração de seu cônjuge manifestando concordância para a realização de cirurgia.

Assim, é sugestão que a alegação seja feita já no início da ação, a qual será discutida no âmbito cível, pois mais do que a relação familiar existente, a questão a ser discutida versa sobre direitos fundamentais da mulher.

TESE 109

Proponente: Fernanda Maria de Lucena Bussinger

Área: Cível

Súmula:

É possível o levantamento do valor de PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor) para pessoas em situação de rua, ainda que esta não seja hipótese prevista expressamente no §1º do artigo 4º da LC 26/76, em observância do princípio da dignidade da pessoa humana, da finalidade da norma e em razão da peculiar situação de hipervulnerabilidade desta população.

Assunto

A presente tese tem por escopo fornecer amparo jurídico à pessoa em situação de rua que pretende levantar fundo de PASEP acumulado enquanto laborou como funcionário público em período anterior a 1988, mas que não se enquadra nas restritas hipóteses legais autorizadas para o levantamento.

Nesse caso, defendemos que a situação de rua destas pessoas que amealharam tal fundo é situação autorizadora em razão da própria finalidade da criação do fundo (amparo ao trabalhador) e que não há lógica em cercear tão importante auxílio financeiro à esta população^[1], ignorando o fato de que dificilmente eles virão a se enquadrar nas hipóteses legais, postergando a devolução dos valores até que venham a óbito para que eventuais herdeiros venham a se habilitar para o levantamento.

Tal instrumento tem relevância considerável, pois esta é uma população que depende inteiramente da atuação diligente da Defensoria Pública para ver cumpridos os seus direitos. Ademais, não são raros os casos em que as pessoas em situação de rua outrora trabalharam como funcionários públicos e possuem tais fundos depositados em seus nomes para levantamento. Não há que se questionar, ainda, a importância que o recebimento destas quantias terá no cotidiano destas pessoas que geralmente vivem em situação de pobreza extrema.

A medida judicial se torna necessária uma vez que o Banco do Brasil S.A. – gestor do referido fundo – costuma indeferir o levantamento da quantia sem autorização judicial sob o pretexto de que a situação de rua não é hipótese prevista em lei para tal.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 134 da CF/88 e artigo 103 da CE/SP.

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c”, “l”, “l”, IX e XII da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI, da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Fundamentação fática

O problema social da existência de população em situação de rua nasceu com a formação das cidades brasileiras.

Contudo, apenas a partir de meados da década de 1970 a população de rua passou a ter maior visibilidade, sendo objeto de estudos e alvo de políticas públicas. Foi a partir de então que se iniciou a preocupação em se reunir dados para traçar o perfil dessa população^[2].

Importante notar que a concessão de visibilidade à questão vem permitindo o fornecimento de instrumentos para lidar com o universo de relações que constitui o mundo da rua.

Vale ponderar, contudo, que não se pode tratar a população de rua como um grupo homogêneo, o que torna difícil sua caracterização unívoca e imediata. O laço que os une é justamente o fato de utilizarem a rua como abrigo permanente ou momentâneo. Geralmente as pessoas em situação de rua têm problemas que precedem a sua atual condição, tais como alcoolismo, dependência química, desemprego crônico, doenças e dificuldade de convivência coletiva. Outras são marginalizadas por serem imigrantes ou mesmo egressos dos sistemas penitenciários e psiquiátricos^[3].

O Decreto Federal nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, delimita no artigo 1º, parágrafo único, o conceito de população em situação de rua, a seguir descrito:

Artigo 1º, parágrafo único – Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Tamanho é a dificuldade de mensurar e caracterizar a população de rua, que os censos, como o IBGE não contabilizam dados indicativos oficiais. Outras pesquisas, no entanto – em que se pese certa variação nos critérios metodológicos – indicam que o número de pessoas em situação de rua vem aumentando significativamente apenas no município de São Paulo (3.852 em 1991 e 14.478 em 2012 – aumento de 275%)^[4].

Além contagem da população, a pesquisa de 1991 indicou que **no passado, 87% já tinha trabalhado com carteira assinada** mas, no momento de preencher o questionário, a grande maioria (85%) realizava somente “bicos”.

Pesquisa feita pela FIPE em 2006 acerca dos usuários de albergues notou o **envelhecimento dos usuários, além do crescimento do número de idosos**^[5].

A Defensoria Pública tem em sua gênese a função institucional e constitucional de atendimento aos interesses dos necessitados^[6].

O conceito de necessitado, que em sua concepção inicial adquiriu conotação estritamente financeira, tem sido constantemente expandido para abarcar àqueles que tem o seu acesso à justiça obstado por razões que não apenas carência de recursos financeiros, mas também “organizacionais”^[7], tais como: consumidores, mulheres em situação de violência doméstica, idosos, etc.

Em que se pese a salutar evolução do conceito, é inegável que na sociedade brasileira e dentro do nosso sistema de justiça existem aqueles **mais necessitados que outros**, como é o caso das pessoas em situação de rua.

Esta população sofre do que Fernando Braga da Costa definiu em sua dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo (USP) de “invisibilidade pública”.^[8] Em alusão a este conceito de invisibilidade social, André Peralta Grillo^[9], pós-graduado na Universidade Federal de Juiz de Fora, explicita a condição de não-ser do morador de rua:

“Como não estranhar um “farrapo humano” transitando pelos bairros prósperos, sujando a paisagem de quem de outra forma não tem que conviver diariamente com a miséria, com sua feiúra, se não fosse esse mecanismo peculiar da invisibilidade social. Essa invisibilidade, como já apontado, não é um não-perceber.”

Não obstante a invisibilidade que amargam, tais pessoas continuam tendo todos os direitos fundamentais violados: vida, moradia, saúde, alimentação, emprego, vida privada, intimidade e, inevitavelmente, a sua dignidade.

Portanto, conclui-se que se a Defensoria Pública tivesse um usuário por excelência seria esta população. Quase que como se a expansão da atuação da Defensoria Pública só se justificasse depois que toda esta população em situação de rua tivesse sido atendida.

i) PASEP e a População em situação de Rua

O Programa de Formação do Patrimônio do Servidor (PASEP) e o Programa de Integração Social (PIS) foram criados respectivamente pelas Leis Complementares 08/1970 e 07/1970. A Lei Complementar nº 19/1974, contudo, unificou os institutos, resultando na criação de um Fundo PIS-PASEP, constituído de recursos advindos de ambos os programas^[10].

Entretanto, o PIS e o PASEP têm patrimônios e agentes operadores distintos, uma vez que se destinam, respectivamente, aos trabalhadores que atuam no setor privado e aos funcionários e servidores públicos^[11].

O Banco do Brasil S.A. é o agente operador do PASEP, enquanto que a Caixa Econômica Federal, do PIS. Decorre desta distinção a competência da Justiça Estadual^[12] para a apreciação de pedidos de levantamento de fundos do PASEP^[13].

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a destinação da verba dos fundos foi modificada, dispondo atualmente o artigo 239 que a arrecadação do PIS-PASEP se vincula ao custeio do seguro-desemprego e do abono aos empregados^[14] com média de até dois salários mínimos de remuneração mensal. Nada obstante esta alteração de objetivos, a Constituição Federal garantiu aos trabalhadores públicos e privados o levantamento dos valores depositados até então (até 04 de outubro de 1988) em suas contas individualizadas, nas situações previstas em leis específicas.^[15]

As atuais hipóteses legais estão listadas no §1º do art. 4º da Lei Complementar 26/1975^[16]. São elas: i) aposentadoria; ii) transferência para a reserva remunerada; iii) reforma ou invalidez do titular da conta individual; iv) e morte, caso em que os valores serão pagos a seus dependentes^[17].

Note-se, ainda, que a resolução nº 2/92 do Conselho Diretor do Fundo de Participação do PIS/PASEP, estendeu ao referido fundo à hipótese do trabalhador não aposentado possuir Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS)^[18].

Assim, o indivíduo cadastrado no Fundo PIS/PASEP até 04/10/1988 poderá ter saldo a receber, referente aos créditos a título de participação nos exercícios financeiros de 1971 a 1988, pela atualização monetária e pelos rendimentos não sacados.

Como se observou por meio do mapeamento dos moradores do Município de São Paulo de 2009, cerca de 67% dos indivíduos em situação de rua tinha algum tipo de profissão. Denota-se que muitas destas pessoas trabalharam como servidores públicos em seu passado, e possa, conseqüentemente, ter acumulado saldo de PASEP.

Outro elemento fático que corrobora com a necessidade de defesa da possibilidade de levantamento de PASEP por esta população é o fato de que as pesquisas revelaram o envelhecimento do perfil. Desta forma, percebe-se que muitas destas pessoas podem ter sido funcionários públicos nos períodos de 1971 até 1988.

O levantamento de eventual quantia que exista depositada em favor do indivíduo consiste na possibilidade de emprego dos valores para amenizar a situação de violação ampla de direitos e invisibilidade sofrida pela população de rua.

Fundamentação jurídica

Nada obstante a legislação trate as hipóteses de levantamento de valores depositados pelos trabalhadores como sendo taxativas, a jurisprudência tem sido liberal em ampliar as possibilidades de levantamento destas verbas. Exemplo do que ora se afirma é o

reconhecimento por parte da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) de que é possível a aplicação do artigo 20, inciso VIII, da Lei 8.036/1990, por analogia, para autorizar o saque de valores do PIS depositados na conta de trabalhador em comprovada situação de desemprego involuntário há mais de três anos.^[19]

Além dessa hipótese, verifica-se a existência de outros casos em que os tribunais entenderam possível o levantamento dos fundos de auxílio ao trabalhador mesmo sem expressa previsão legal, entre eles a situação de extrema dificuldade financeira do beneficiado^[20], o padecimento de doença grave (*Diabete Melius*)^[21] e deferimento de levantamento para beneficiário cuja mãe é portadora de doença grave^[22] - estes dois últimos entendimentos confirmados pelo STJ, inclusive.

Com relação especificamente ao PASEP, há precedentes do STJ no sentido de admitir o levantamento do fundo, em que se pese a inexistência de previsão legal, para os casos de deficiência motora grave^[23], tratamento de irmã inválida de pessoa em situação de miserabilidade^[24] e doença grave^[25].

Deste modo, conforme se depreende da jurisprudência consolidada do STJ e dos tribunais, não é possível admitir como taxativas as previsões legais, em razão das inúmeras situações de fato que podem se apresentar em consonância com a finalidade constitucional da norma, apesar de não se enquadrarem exatamente nas hipóteses específicas previstas na lei regulamentadora. E nem poderia ser diferente.

Com a já admitida possibilidade de levantamento dos fundos PIS-PASEP em hipóteses não expressamente previstas pela lei, defendemos que a condição de uma pessoa em situação de rua deve ser admitida como uma destas exceções.

Como bem observado pela Ministra Denise Arruda em seu voto acerca da possibilidade de levantamento do PIS em caso de doença grave *“o julgador não está limitado à observância da letra fria da lei, mas deve aplicar a norma de maneira que melhor atenda aos anseios da sociedade (...), pois não se compreende a proteção ao patrimônio do trabalhador, quando em risco a própria vida”*^[26].

Não é exagero afirmar que a pessoa que vive em situação de rua e está exposta a todas intempéries inerentes à esta condição tem em risco a sua própria vida^[27].

Estar-se-ia diante de uma total inversão dos valores constitucionais não permitir o levantamento de valores depositados em nome do próprio indivíduo que se encontra desprovido de seus direitos mais básicos, esperando o dia em que este se aposentasse; se transferisse para a reserva remunerada; ficasse inválido ou viesse a falecer. Seria a mera subsunção da lei ao caso concreto em completa afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários.

Frise-se que a maioria destas indivíduos que fazem jus ao levantamento dos fundos depositados sem seus nomes não tem perspectiva de vir a se enquadrar a alguma das hipóteses legais de levantamento – com exceção da invalidez permanente e, por óbvio, do óbito. Assim, a interpretação legalista e rígida da hipóteses legais de levantamento pode vir a ocasionar o óbice completo de acesso dos indivíduos em situação de rua aos fundos que lhe pertencem.

Para além do prestígio aos valores constitucionais em detrimento de uma interpretação fria da lei, o emprego de interpretação teleológica da lei nos leva ao mesmo desfecho pela possibilidade do levantamento dos valores para os indivíduos em situação de rua.

O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que:

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Como se viu, tanto o PIS quanto o PASEP visam constituir um fundo de ajuda ao trabalhador, mormente quando há perda de emprego. Justamente em razão do escopo dos referidos programas – auxílio, ajuda – é de se entender que, diante do estado de miserabilidade – situação muito mais violadora da dignidade da pessoa do que a perda de emprego - é possível o levantamento das quantias vinculadas nas contas dos titulares.

Como se sabe, todavia, não raras vezes o legislador não tem condições de prever todas as situações de fato que podem se apresentar em consonância com a finalidade da norma. Em assim sendo, deparando-se os aplicadores do Direito com tais situações, devem interpretar as disposições legais sempre de acordo com sua teleologia e se valer de técnicas como a interpretação extensiva para resolver os casos concretos^{[28][29]}.

A população em situação de rua pode ser considerada população em condição de hipervulnerabilidade, por estar submetida a diversas violações simultâneas de direitos fundamentais.

A conceituação de uma população que não apenas é vulnerável por alguma razão pontual mas sim hipervulnerável^[30] em razão do não exercício de diversos direitos já foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, abaixo transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. Fornecimento de prótese auditiva. Ministério PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

(...)

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

(...)

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais – in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

(...).”

(STJ - REsp 931513 - RS – Primeira Seção – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin – DJE 27/09/2010

Em sendo da própria razão da existência do PASEP o auxílio ao trabalhador em situações em que este enfrenta algum grau de vulnerabilidade ou instabilidade econômica, quanto mais deve servir esta poupança obrigatória em casos em que este outrora trabalhador enfrenta situações de hipervulnerabilidade.

Assim, em que se pese a lei não ter contemplado todas as hipóteses legais de vulnerabilidade que justificassem o levantamento do fundo, deve o legislador se utilizar de expedientes que integrem estas lacunas. No caso em tela, lançando mão da interpretação extensiva da lei, possível que o aplicador do direito inclua novas hipóteses não contempladas diretamente na lei, mas que se podem inferir pela análise da própria finalidade da lei.

Destarte, a interpretação extensiva das hipóteses em que a lei elegeu como dignas de possibilitarem que o trabalhador se socorresse do fundo acumulado enquanto na ativa à hipótese de pessoa em situação de rua, é uma subsunção antecedida e tornada possível por uma ampliação do sentido da norma.

Em outras palavras, não se pode aguardar que o indivíduo venha a óbito para somente então se deferir a liberação do montante que, em essência, já lhe pertence.

Do dever da concessão de tutela antecipada

Como sabido, o artigo 273 do Código de Processo Civil proclama os principais requisitos da concessão da tutela antecipada o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Por todo já exposto na presente tese, inegável a presença de fumaça do bom direito, visto que é manifestamente reconhecido pela jurisprudência o fato de que a interpretação do rol das hipóteses para o saque do fundo PIS-PASEP deve ser feita de maneira extensiva.

Ademais, facilmente se comprova a situação de rua do usuário por meio de declaração feita pelos assistentes sociais das entidades em que eles pernoitam, ainda que de forma eventual. Já a comprovação da existência de saldo – em que se pese não entendermos como requisito legal para a propositura da ação em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) – também se comprova sem dificuldade pela respostas aos ofícios encaminhados ao Banco do Brasil pela Defensoria Pública.

Resta evidente, também, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Referido risco decorre da demora natural da prestação da tutela jurisdicional. Como já mencionado, esta é uma população hipervulnerável, em sua maioria de idade avançada, em situação de pobreza extrema e exposta a diversos tipos de riscos à sua integridade física.

Todavia, o deferimento antecipado do levantamento dos valores depositados – muitas vezes essencial à própria utilidade da ação – é na maioria dos casos obstada pelo argumento de que tal medida seria irreversível, o que posterga o levantamento em meses ou anos.

Tal como ensina Júlio Ricardo de Paula Amaral, a irreversibilidade não pode ser vista de forma isolada nos requisitos para a concessão de tutela antecipada, “a intenção é a de que, se cumpridos os requisitos necessários para o deferimento da tutela antecipatória e que somente se esbarrou na questão da irreversibilidade, o juiz deverá analisar os direitos em litígio e, se concluir que o direito do autor é o mais provável, mesmo correndo risco, deverá

antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada” (2001, p. 103). Assim, havendo cotejo do princípio da dignidade da pessoa humana com a apontada irreversibilidade, este deve ser alçado em primeiro plano.

Ora, não estão estas pessoas a requerer nada que não lhe seja devido ou solicitando qualquer tipo de ajuda de cunho financeiro de qualquer pessoa que seja. Apenas querem ver assegurado e reconhecido seu direito de verem-se amparados, minimamente, pelos frutos de seu próprio trabalho.

Como se vê, não há prejudicados no deferimento de tal provimento.

Todavia, trata-se o instrumento jurídico adequado de ação de obrigação de fazer e não pedido de alvará, vez que reiteradamente o Banco do Brasil S.A. resiste à pretensão dos nossos usuários, provavelmente porque pretende aumentar o período em que lucra com os rendimentos dos valores depositados e, ainda, por contar com a possibilidade de vindo o titular da quantia a óbito, nenhum herdeiro se habilite e o banco embolse definitivamente a quantia.

Não permitir o levantamento dos valores é, assim, afrontar todos os valores já mencionados que circundam a matéria e, ainda, privilegiar o enriquecimento sem causa da instituição financeira (artigo 884 do Código Civil).

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já tem proferido decisões neste sentido, nas quais se verifica de modo claro a menção ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

“Agravo de instrumento. Decisão que indeferiu a antecipação de tutela para liberar o levantamento do valor depositado no PASEP em favor do ora agravante, ante a irreversibilidade da medida. Inconformismo. Agravante em situação de miserabilidade, desempregado e residindo em albergue para moradores em situação de rua. Valor depositado na conta do PIS não representa quantia significativa, contudo, de significativa importância para o agravante. Impossibilidade de reversibilidade da medida, dada a peculiaridade do caso, não pode ser posta como óbice ao levantamento - o direito que se visa a assegurar com a garantia da reversibilidade da medida envolve a pessoa do próprio agravante, e não de terceiro. A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento constitucional, deve ser alçada ao primeiro plano. Recurso provido. (TJ/SP – Agravo de instrumento n. 2000618-23.2014.8.26.0000 – 9a Câmara de Direito Privado – Relator Piva Rodrigues, julgado em 03.06.2014)”

Poder-se-ia alegar que a situação de rua se trata de eventual circunstância reversível na vida de um indivíduo. Todavia, tal como já demonstrado, este argumento não encontra respaldo na realidade da maioria absoluta das pessoas em situação de rua do Estado de São Paulo. E, ainda que assim felizmente se sucedesse, eventual levantamento precoce do saldo só teria o condão de prejudicar o próprio titular do fundo.

Tal fato, por si só, não deixa dúvida de que há hipótese clara de liberação do PASEP em sede de antecipação de tutela, para que o programa atenda à sua função social^[31].

Sugestão de operacionalização

Como o levantamento do fundo do PASEP para pessoas em situação de rua ainda não é consolidado na jurisprudência ou sumulado pelos tribunais superiores, o Banco do Brasil S.A. não realiza o levantamento sem decisão judicial a respeito.

Desta forma, é necessário por parte do Defensor Público a elaboração de ofício para que o usuário tente realizar o levantamento do numerário depositado em seu nome. Neste

ofício deve-se requisitar resposta negativa por escrito entregue ao usuário ou diretamente à Defensoria Pública.

Após a invariável negativa por parte do banco (verbal ou escrita), deverá o Defensor Público ajuizar Ação de Obrigação de Fazer com pedido de Tutela Antecipada.

Cabe mencionar, ainda, que a operacionalização jurídica da presente tese não é a única medida que deve ser tomada para que esta população hipervulnerável tenha acesso a este importante meio de obtenção de recursos financeiros.

Em razão das peculiaridades deste heterogêneo grupo – que sofre todo tipo de segregação e óbice no acesso aos instrumentos públicos - sugerimos que seja elaborada política de inclusão desta população nos quadros de usuários da Defensoria Pública em cada uma de suas unidades.

Fontes:

Sites:

<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Pis-Pasep-Cria%C3%A7%C3%A3o-e-Benef%C3%ADcios/688594.html>

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Fundos/Pispasep/index.html

<http://www.unifesp.br/dgineco/mastologia/apoio-ao-paciente/direitos-das-pacientes-portadoras-de-cancer-de-mama-1/9-direito-ao-saque-do-pis-pasep>

https://www.fazenda.sp.gov.br/folha/nova_folha/pis_pasep.asp

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0207200531>

COSTA, FERNANDO BRAGA DA. Garis: um estudo de psicologia sobre invisibilidade pública. 2002. 177 f. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo (USP). Instituto de Psicologia São Paulo.

GUARDA, Mariana de Gouveia, Políticas Públicas e Direitos: Um estudo de caso. 2014. 138 f. Tese (Mestrado em Direito) –, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

GRILLO, André Peralta. Incoerência e fracasso: estudo de caso sobre a inserção precária de um morador de rua na cidade de Juiz de Fora/ MG. pp. 55. In ANAIS SEMINARIO NACIONAL POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, 1411/2008, UFSCAR, São Carlos-SP. Disponível online: <http://www.senaposirua.ufscar.br/anais-do-seminario-1>

PEREIRA, Felipe Pires. Meios Alternativos de Resolução Urbano e Justicialidade do Direito Fundamental Social à Moradia, 2013. 225 f. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013

SIMÕES JUNIOR. José Geraldo. Moradores de Rua. São Paulo: Pólis, 1992. pp. 35-37.

Referências Bibliográficas:

[1] Em levantamento realizado, considerando 10 casos que tramitam no Foro Central, patrocinados pela Defensoria Pública Cível, por meio do POPRUA, os objetos das demandas, que objetivam o levantamento de saldo de PASEP de pessoas em situação de rua, foram os seguintes: **R\$ 7.642,79** (1081516-31.2014.8.26.0100, 23ª VC), **R\$ 3.212,90**(1062027-08.2014.8.26.0100, 21ª VC), **R\$ 1.993,75** (1071976-90.2013.8.26.0100, 29ª VC), **R\$ 1.810,90** (1058734-30.2014.8.26.0100, 9ª VC), **R\$ 1.539,22** (1066752-40.2014.8.26.0100, 15ª VC), **R\$ 1.501,93** (1071072-36.2014.8.26.0100, 3ª VC), **R\$ 1.112,83**(1065325-42.2013.8.26.0100, 22ª VC), **R\$ 1.080,77**, 1101407-72.2013.8.26.0100, 8ª VC), **R\$ 598,84** (1102766-57.2013.8.26.0100, 28ª VC) e **R\$ 281,36** (Autos nº 1023089-41.2014.8.26.0100, 4ª VC).

[2] Foi apenas a partir de 1989 por exemplo que medidas começaram a ser tomadas pela Prefeitura do Município de São Paulo em atenção a este grupo de indivíduos.

[3] GUARDA, Mariana de Gouveia, Políticas Públicas e Direitos: Um estudo de caso. 2014. 138 f. Tese (Mestrado em Direito) –, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, pp. 51-52.

[4] SIMÕES JUNIOR. José Geraldo. Moradores de Rua. São Paulo: Pólis, 1992. pp. 35-37.

[5] GUARDA, Mariana de Gouveia, op. cit., p. 55

[6] Artigo 134 da Constituição Federal.

[7] GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública. Revista da Defensoria Pública, v. 4, p. 143-166, 2011.

[8] COSTA, FERNANDO BRAGA DA. Garis: um estudo de psicologia sobre invisibilidade pública. 2002. 177 f. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo (USP). Instituto de Psicologia São Paulo.

[9] GRILLO, André Peralta. *Incoerência e fracasso: estudo de caso sobre a inserção precária de um morador de rua na cidade de Juiz de Fora/ MG*. pp. 55. In ANAIS SEMINARIO NACIONAL POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, 1411/2008, UFSCAR, São Carlos-SP.

[10] Os objetivos dos programas são (i) integrar o empregado na vida e no desenvolvimento das empresas; (ii) assegurar ao empregado e ao servidor público o usufruto de patrimônio individual progressivo; (iii) estimular a poupança e corrigir distorções na distribuição de renda; e (iv) possibilitar a paralela utilização dos recursos acumulados em favor do desenvolvimento econômico-social.

[11] PASEP é constituído por depósitos mensais efetuados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações realizados no Banco do Brasil S/A para o beneficiário, isto é, todos os servidores públicos em atividade, sejam civis ou militares, e que estejam cadastrados ao programa.

[12] O rol do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal diz respeito às hipóteses taxativas de competência da Justiça Federal. Contudo, não se verifica a inclusão da sociedade de economia mista, situação do Banco do Brasil. Todavia, foi editada Súmula 42 do Superior Tribunal de Justiça que aclarou a questão. In verbis: *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento*.

[13] CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA DO PASEP. BANCO DO BRASIL. GESTOR DO FUNDO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SÚMULA 42/ST. (STJ - CC 48.376/GO, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 115).

[14] O abono do PIS/Pasep é o pagamento de um salário mínimo anual aos trabalhadores que receberam, em média, até dois salários mínimos mensais no ano anterior. Para ter direito a ele, o trabalhador precisa estar cadastrado em um dos programas há pelo menos cinco anos e ter trabalhado no ano anterior, com vínculo empregatício, por pelo menos 30 dias.

[15] CF, art. 239, § 2º - Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o "caput" deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

[16] "Art. 4º - As importâncias creditadas nas contas individuais dos participantes do PIS-PASEP são inalienáveis, impenhoráveis e, ressalvado o disposto nos parágrafos deste artigo, indisponíveis por seus titulares. § 1º - Ocorrendo casamento, aposentadoria, transferência para a reserva remunerada, reforma ou invalidez do titular da conta individual, poderá ele receber o respectivo saldo, o qual, no caso de morte, será pago a seus dependentes, de acordo com a legislação da Previdência Social e com a legislação específica de servidores civis e militares ou, na falta daqueles, aos sucessores do titular, nos termos da lei civil."

[17] A hipótese "casamento" foi expressamente revogada pelo §1º do art. 239 da CF.

[18] <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=162&data=21/12/1992>.

[19] "As hipóteses previstas na Lei Complementar nº 26/75 para levantamento do PIS não são taxativas e comprovada a **situação de desemprego involuntário do trabalhador há mais de três anos**, justifica-se a aplicação analógica da Lei nº 8.036/90, para permitir o saque dos valores depositados em sua conta". (PEDILEF 200235007011727 Relator (a) MARIA DIVINA VITORIA Data da Decisão 20/08/2002 Fonte/Data da Publicação DJGO 28/08/2002).

[20] TRF-5 - AC: 369571 CE 2004.81.00.009255-2, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Substituto), Data de Julgamento: 13/09/2007, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 11/10/2007 - Página: 1247 - Nº: 197 - Ano: 2007.

[21] REsp 760593 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0101443-5 Relator (a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/09/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 03/10/2005 p. 231.

[22] STJ - REsp: 698894 AL 2004/0148352-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 05/09/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/09/2006 p. 295

[23] Recuso Especial nº 844.568 - RS (2006/0095525-0, rel. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

[24] REsp 760.123/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 8.5.2006

[25] REsp 957.794/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23.8.2007

[26] Recuso Especial nº 871.341- RS, Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 03/09/2008.

[27] *Quanto à incidência de problemas de saúde e de segurança na população em situação de rua: 34.6% dos não albergados e 37.3% dos não albergados informaram que tiveram problemas de saúde nos últimos 7 meses. Quanto à segurança, o índice de agressão é alto, sendo que foram considerados abusos verbais ou físicos, sexuais, roubos e furtos, ferimentos com facas ou revólver ou jatos d'água.*

[28] Cabe ressaltar que no caso entende-se mais adequada o uso da interpretação extensiva e não do método de integração analógico visto que o que torna a inclusão da hipótese pelo legislador não é o elemento de conexão entre as hipóteses legais existentes e a que se pretende defender, mas sim a finalidade da lei que previu as hipóteses de levantamento dos valores depositador no PASEP.

[29] *Acerca do método de interpretação das leis afetas aos fundos de amparo ao trabalhador, vale sugerir a leitura do REsp 1251566/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011.*

[30] PEREIRA, Felipe Pires. Meios Alternativos de Resolução Urbano e Justicialidade do Direito Fundamental Social à Moradia, 2013. 225 f. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013, pp. 120-121.

[31]“**AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAQUE. FGTS. PIS. HIPÓTESES LEGAIS. EPENDÊNCIA ECONÔMICA. SÚMULA 07/STJ. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. CABIMENTO.**[...]3. *Em relação às hipóteses de saque do saldo de PIS, esta Corte, em casos excepcionais, tem admitido a liberação do saldo do PIS/PASEP para fazer face às despesas com doença grave, mesmo que não conste no rol de hipóteses previstas em lei. [...] O PIS/PASEP nada mais é do que a poupança do trabalhador. E, são justamente nessas situações, de preservação da sua vida e saúde, bem como de seus familiares, que o mesmo precisa recorrer aos depósitos fundiários, como tábua de salvação e esperança única à solução desses infortúnios. (...) Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça tem conferido uma interpretação extensiva a esse dispositivo legal, viabilizando a liberação do PIS fora das hipóteses legais, tendo em vista situações de emergência, a exemplo de doença grave e miserabilidade do titular da conta. A finalidade social do PIS, que emerge de maneira evidente da leitura do art. 239 da Constituição Federal, somada ao direito à uma vida digna e ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil que é erradicar a pobreza e a marginalização (art. 1º, III, e art. 3º, III, da CF), autorizam concluir pela não taxatividade das hipóteses legais permissivas do saque. De fato, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que é possível, em casos excepcionais, a liberação do PIS mesmo nos casos de ausência de previsão legal”.* (Processo:Ag1376064,Relator(a):Ministro CASTRO MEIRA,Publicação:DJ 17/02/2011). (grifo nosso).

TESE 110

Proponente: Maiara Canguçu Marfinati

Área: Cível

Súmula:

A área “non aedificandi” trazida pelo artigo 4º, inciso III da lei 6.766/79, quando servir de fundamento para a remoção de pessoas, necessariamente, deve ser harmonizada com o direito fundamental à moradia.

Assunto

A presente tese tem como assunto a área “non aedificandi”, direito à moradia de pessoas de baixa renda e a necessidade de harmonizar a proibição abstrata de ocupação da área “non aedificandi” prevista no artigo 4º, inciso III da Lei 6.766/1979 com o direito à moradia.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública

A presente tese está relacionada aos objetivos da Defensoria Pública, bem como às funções institucionais.

Inicialmente destacamos que a Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC n. 80/94), em seu art. 3º-A, declara quais são objetivos da instituição: “São objetivos da Defensoria Pública: *I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório*”.

Ademais, é função institucional da Defensoria Pública a defesa, judicial e extrajudicial, da população vulnerável, em especial para assegurar direitos humanos fundamentais, dentre os quais, sem qualquer dúvida, encontra-se o direito à moradia digna.

Fundamentação jurídica

A proibição absoluta de não edificar trazida pelo artigo 4º, inciso III da Lei 6.766/79 necessariamente deve ser harmonizada com o direito à moradia, sobretudo, após a Emenda Constitucional 26/2000, que expressamente incluiu esse direito no rol de direitos sociais.

A área “non aedificandi” prevista na Lei 6.766/79 consiste na reserva de faixa de quinze metros de cada lado de rodovias e ferrovias, bem como de águas correntes e dormentes. O legislador silenciou acerca dos bens jurídicos protegidos por esta norma. Por outro lado, o Poder Público e o Poder Judiciário, em regra, justificam a existência da proibição contida na lei na necessidade de proteção das famílias residentes, bem como de usuários, para as hipóteses de ferrovia e rodovia, ou de proteção ao meio ambiente, para as hipóteses de água corrente e dormente.

Acerca da questão, em 09 de março de 2004, na exposição de motivos do Projeto de Lei 3003/2004, o Ministério das Cidades, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério de Minas e Energia apresentaram ao Presidente da República como justificativa para retirar a obrigatoriedade da reserva da faixa “non aedificandi” de quinze metros, de cada lado das faixas de domínio público, ao longo de dutos, a constatação de que um dos objetivos do legislador de 1979 ao instituir a reserva de faixa seria facilitar a duplicação dos sistemas, face o elevado crescimento econômico que caracterizou a década de 1970.

Como se vê, uma das razões aventadas para a instituição da área “non aedificandi” seria não a preocupação com a segurança da população vizinha ou com o meio ambiente, mas sim o interesse econômico em garantir que, no futuro, caso necessária a duplicação do sistema, haveria “reserva de terra” para tanto.

Na exposição de motivos, consta ainda a justificativa de que a instituição de faixa “non aedificandi” não considera que estas áreas sejam densamente ocupadas, nem que a segurança da população vizinha possa ser garantida por outros meios, vez que o critério aleatório de distanciamento de 15 metros não considera outros fatores como: “o tipo de produto transportado, as pressões de transporte, os materiais dos dutos, a topografia da região do entorno, os equipamentos de segurança instalados e os sistemas de monitoramento e alerta implantados”^[1].

Muito embora a justificativa acima tenha sido apresentada para a remoção da necessidade de reserva de faixa “non aedificandi” para dutos, as razões podem ser estendidas para as rodovias, ferrovias e águas correntes e dormentes.

Com efeito, a Lei 6.766/79 apresenta critério aleatório de distanciamento de 15 metros sem considerar que, além dessas faixas de terra serem densamente ocupadas, há possibilidade de a segurança das comunidades vizinhas ser garantida por mecanismos diversos, tornando desnecessária a remoção.

Mais, a Lei 10.932/2004 alterou o inciso III do artigo 4º da Lei 6.766/1979 para excluir a previsão de reserva de faixa não-edificável para a construção de dutos. Ora, se houve a alteração legislativa para excluir a necessidade de faixa “non aedificandi” para dutos que, em regra, transportam produto explosivo ou inflamável, não se vê justificativa para que a proibição remanesça para rodovia e ferrovia ou águas correntes e dormentes.

Ainda que a seara para esta discussão seja a reforma legislativa, quando concretamente a questão é trazida para apreciação judicial, não pode o julgador se furtar à análise da aplicabilidade da lei, mormente quando a aplicação desta norma pelo mecanismo da subsunção viola direito social assegurado pela Constituição Federal.

Embora claramente a norma trazida pelo inciso III, do artigo 4º da Lei 6.766/79 seja hipótese de regra, cuja aplicação se dá pela subsunção e não por sopesamento, na hipótese de conflito com a norma-princípio “direito à moradia”, necessário se faz a identificação do princípio no qual se baseia àquela norma^[2] para futura harmonização.

Há duas interpretações possíveis para identificar os princípios nos quais se baseia o inciso III, artigo 4º da Lei 6.766/79: direito à segurança dos usuários da via e da população residente na área “non aedificandi” ou proteção ao meio ambiente, como sustentam ordinariamente o Poder Público e o Poder Judiciário; ou direito ao desenvolvimento econômico, como lembram os autores do Projeto de Lei 3003/2004.

Para solucionar esse conflito, deve-se realizar o sopesamento, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, verificando-se, no caso concreto, se a remoção das famílias é medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para assegurar os valores protegidos pela norma do inciso III do artigo 4º da Lei 6.766/79.

Virgílio Afonso da Silva^[3] esclarece que uma medida estatal que intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente, deve ter como objetivo assegurar um fim constitucionalmente legítimo. A análise da adequação passa pela resposta à pergunta: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?”

Em outras palavras, a remoção das famílias que ocupam área não edificável seria medida estatal adequada para assegurar um fim constitucionalmente legítimo, qual seja, a segurança dos moradores e dos usuários da via, bem como o desenvolvimento econômico ao possibilitar o aumento de rodovia e ferrovias, ou ainda a proteção ambiental, quando se tratar de águas correntes ou dormentes?

Em um primeiro momento, verifica-se que a remoção das famílias poderia proteger os valores trazidos pelo artigo 4º da Lei 6.766/79, revelando-se, por esta razão, adequada. Seria, no entanto, medida necessária e proporcional em sentido estrito?

A medida estatal somente será necessária, segundo a aplicação da regra da proporcionalidade, se a realização do objetivo perseguido – desenvolvimento econômico, segurança dos moradores e dos usuários da via e proteção ambiental - não puder ser alcançado em mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido – direito à moradia^[4].

A desocupação não pode ser tida com medida necessária para a garantia do desenvolvimento econômico, pois nesse caso se estaria privilegiando bens jurídicos patrimoniais em detrimento de bens existenciais diretamente ligados à dignidade humana. Além disso, estar-se-ia ignorando a realidade hoje existente marcada pela ocupação irregular,

fruto da expulsão da população de baixa renda para as periferias pela especulação imobiliária, tida como regra nos grandes centros urbanos.

Da mesma maneira, a desocupação realizada com fundamento no risco aos moradores e usuários, nos casos de ferrovias e rodovias, ou na justificativa de proteção ao meio ambiente, nos casos de águas correntes e dormentes, somente será necessária, caso se verifique que inexistem alternativas à remoção das famílias.

No que concerne à remoção de famílias ocupantes de área não edificável em decorrência da existência de ferrovia e de rodovia entendemos imprescindível a realização de estudos e adoção de medidas para eliminação dos riscos, como a construção passarelas, muros, barreiras de acesso, bem como a instalação de equipamentos de segurança e sistemas de monitoramento e de alerta.

Além disso, entendemos ser aplicável o artigo 3-B da Lei 12.340/2010, com redação dada pela Lei 12.608/2012, que trata dos procedimentos mínimos necessários para remoção de famílias em áreas de risco, a saber:

Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 1º A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos: (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 2º Na hipótese de remoção de edificações, deverão ser adotadas medidas que impeçam a reocupação da área. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

§ 3º Aqueles que tiverem suas moradias removidas deverão ser abrigados, quando necessário, e cadastrados pelo Município para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, de acordo com os critérios dos programas públicos de habitação de interesse social. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

Ademais, no que tange à análise da necessidade e proporcionalidade da remoção das famílias ocupantes de margens de rodovias e ferrovias, impossível presumir a existência de risco sem qualquer espécie de estudo relativo ao índice de acidentes nestes locais.

Quanto à remoção de famílias ocupantes de área não edificável em decorrência da existência de águas correntes e dormentes, imperioso aferir se inexistem alternativas à desocupação da área. Para tanto, entendemos forçosa a realização de estudo técnico para apurar o dano efetivo ao meio ambiente, bem como a comprovada impossibilidade de regularização fundiária, inclusive a regularização fundiária de interesse social criada pela Lei 11.977/2009 (artigo 53 e seguintes).

“Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo”^[5].

Se não é comprovadamente necessária a desocupação, em razão da ausência de alternativas à remoção das famílias ocupantes de áreas não edificáveis, conseqüentemente, não é proporcional em sentido estrito.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, deste modo, somente deve ser realizado se o caso concreto demonstrar que inexistem alternativas à desocupação das famílias.

Caso seja essa a hipótese, a remoção das famílias ocupantes de área não edificável somente será proporcional em sentido estrito se as vantagens causadas pela promoção do fim forem proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.

Em outras palavras, a remoção das famílias ocupantes de área “non aedificandi”, mesmo que seja medida adequada e necessária, segundo o exposto acima, ainda exige do julgador o exercício argumentativo para demonstrar que a promoção do fim - desenvolvimento econômico, segurança dos moradores e dos usuários da via e proteção ambiental – apresenta vantagens tais que justifiquem o sacrifício ao direito à moradia dos ocupantes.

O que pretendemos com a presente tese é exigir do julgador que a aplicação do artigo 4º, inciso III, da Lei 6.766/79, quando envolver a remoção de famílias ocupantes de áreas “non aedificandi”, não se dê por subsunção, mas necessariamente após a harmonização com o direito fundamental à moradia, nos termos expostos.

Fundamentação fática

Não raras vezes, as demandas que chegam às portas da Defensoria Pública trazem a questão da remoção da população de baixa renda que ocupa áreas “non aedificandi”, seja por ordem judicial, seja por notificações extrajudiciais.

Sugestão de operacionalização

A fundamentação jurídica pode ser utilizada em iniciais ou como tese de defesa em ações individuais ou coletivas para impedir a remoção de famílias que ocupam área não edificável, sem prejuízo de poder ser utilizada no âmbito extrajudicial em negociações com o Poder Público para discutir alternativas à remoção.

Referências Bibliográficas:

[1] EM Interministerial nº 004/2004-MCIDADES/MMA/MME integra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/4-MCIDMMAMME.htm

[2] Silva, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais*, 2009, p. 53

[3] Op. cit, p 169.

[4] Op. cit, p. 171.

[5] Op. cit. 171.

TESE 111

Proponente: Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo

Área: Cível

Súmula:

É possível a usucapião de imóvel que companhia habitacional como COHAB ou CDHU figure como titular registral.

Assunto

A presente tese versa sobre a tutela do direito individual à moradia, de população de baixa renda, através do instituto da usucapião de imóveis em que companhia de habitação figura como titular registral.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Verifica-se pertinência entre a tese proposta e as funções institucionais da Defensoria Pública.

Assim, a Lei Complementar 80/94 em seu artigo 4º trata das funções institucionais da Defensoria Pública e no seu inciso X dispõe que:

“X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Ademais, o artigo 134, da Constituição da República de 1988, disciplina que:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

Desta forma, sendo a ação de usucapião uma das formas de regularização fundiária acessíveis à população de baixa renda, com a titulação da propriedade, demonstrada a pertinência entre a proposta de tese apresentada e as atribuições da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica

A COHAB, Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo, criada pela Lei Municipal nº 6.738/1965, foi constituída nos termos da Lei das Sociedades Anônimas, como se deduz do artigo 1º, da aludida norma:

“Art. 1º - Fica o Executivo autorizado a subscrever, em nome do Município, ações da Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo (COHAB - SP), a ser constituída nos termos da Lei das Sociedades Anônimas, por escritura pública ou Assembleia Geral dos Incorporadores, até o montante de Cr\$2.000.000.000 (dois bilhões de cruzeiros).

Parágrafo Único - O Município subscreverá e realizará no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) do capital inicial e de seus aumentos.”

A CDHU, Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo, por sua vez, é igualmente sociedade de economia mista gerida pelo Governo Estadual, vinculada à Secretaria da Habitação. Foi fundada em 1949, sendo que até hoje recebeu diversos nomes, como CECAP e CODESPAULO, até a mudança da atual denominação em 1989.

Cuida-se, igualmente, de uma sociedade por ações, conforme artigo 1º, de seu estatuto social:

“ARTIGO 1º - A sociedade por ações denominada COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU é parte integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, regendo-se pelo presente estatuto, pela Lei Federal nº 6.404/76 e demais disposições legais aplicáveis.”

Ambas são sociedade de economia mista, cujo objeto é ser instrumento de ação do Estado. Essa característica demonstra que são entidades voltadas à busca de interesses transcendentais aos meramente privados, ainda que parte de seu capital não seja público. [MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, © 2008]

A despeito da singularidade de seu capital, entende-se que “os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreendendo que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica. Assim, o regime que a estas últimas naturalmente corresponde, ao ser transposto para empresa pública e sociedade de economia mista, tem que sofrer – também naturalmente – significativas adaptações, em atenção as suas peculiaridades” [op. cit. p. 195]

Esse regime misto, ainda que sob a natureza jurídica de pessoa não pública, lhe confere deveres e prerrogativas que não são compartilhadas com as demais pessoas privadas.

Exsurge, ainda, do texto da lei, que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, são considerados bens dominicais, que constituem bens públicos. Confira-se:

“Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.”

Por essa razão a doutrina se inclina ao entendimento de que é a afetação que estabelece a natureza jurídica dos bens dessas sociedades. Assim, se a sociedade de economia mista é prestadora de serviço público ou desenvolve outra atividade pública, seus bens são submetidos às normas de direito público e, logo, insuscetíveis de usucapião. [DI

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo: Atlas. © 2012, p. 519]

A doutrina, aliada ao entendimento jurisprudencial, compreende que sociedades com a finalidade diferenciada devem ser protegidas, sob pena de comprometer o próprio interesse público, a saber:

"É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico."

Diversa é a situação das sociedades de economia mista que tem por finalidade desenvolver atividade econômica pura e simples. Estas, por concorrerem com empresas particulares, não podem ser beneficiadas ou privilegiadas com benesses concedidas para proteção do erário. Ao contrário. A Justiça reclama um tratamento paritário.

No caso das companhias habitacionais, existe dúvida acerca de como caracterizá-las para autorização – ou não – dos benefícios. Com efeito, as sociedades prestam serviço público relevante consistente na construção e alienação de moradias de baixo custo, destinada à população carente. A finalidade é essencialmente pública. Porém, a perda de uma unidade não afeta de modo imediato a continuidade do serviço prestado.

Poder-se-ia argumentar que a falta de pagamento compromete as finanças da entidade, que, assim, não tem numerário suficiente para construção de outras moradias.

Contudo, a desídia na cobrança dos valores devidos pela unidade sugere que não há prejuízo imediato e suficiente para comprometer a finalidade da sociedade.

Destaca-se que, assim como a doutrina, a jurisprudência também não é uníssona a respeito do tema, havendo clara divergência entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça.

Verificam-se, no Tribunal de Justiça de São Paulo, três posicionamentos nas Câmaras pertencentes ao grupo do Direito Privado I, que detém a competência para análise de ações dessa natureza:

1. Bens de sociedade de economia mista têm natureza privada, porquanto a pessoa jurídica proprietária tem tal natureza. Assim, imóveis são bens particulares, suscetíveis de usucapião.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. Usucapião constitucional julgada procedente. Art. 252 do Regimento Interno. Ré que não se desincumbiu de seu ônus de prova. Autora que comprovou não ser proprietária de outro bem imóvel. Bem imóvel da sociedade de economia mista que pode ser usucapido. Sentença de procedência mantida. RECURSO IMPROVIDO. [AP 0008980-14.2005.8.26.0566; 2ª Câmara de Direito Privado; Des. Rel. José Joaquim dos Santos; DJe 26/08/2013]

Juristas que agasalham o entendimento argumentam que sociedade de economia mista não é ente paraestatal e, portanto, seus bens ostentam natureza privada.

O Superior Tribunal de Justiça abraçou o posicionamento em alguns julgados: REsp120.702/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28/06/2001; REsp 647.357/MG, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, Dj 19/09/2006; REsp 725.764/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03/05/2005; Ag 589.846/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 09/08/2004.

2. Bens de entidade estatal incorporados ao patrimônio de sociedade de economia mista não perdem sua natureza de coisa pública, motivo pelo qual são insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

Nesse sentido:

USUCAPIÃO. Bem dominical Propriedade da COHAB, empresa de economia mista. Impossibilidade de aquisição do domínio por usucapião. Vedação expressa contida nos artigos 183, par. 3º, e 1914, par. 1º, da Constituição Federal. [AP 0033972-91.2010.8.26.0007, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Donegá Morandini, DJ 15/01/2013]

O argumento dos relatores consiste na adoção da súmula 340 Supremo Tribunal Federal, qual seja, “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Considerando que bens de sociedades de economia mista são dominicais, por força do artigo 99, do Código Civil, impossível usucapir.

Os julgados transcrevem os artigos 183,§3 e 191, parágrafo único da Constituição da República de 1988, abaixo colacionados:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Trata-se do posicionamento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

3. Empresas de economia mista podem ter imóveis usucapidos, mas, no caso da CDHU, cuja finalidade social enseja construção de moradias populares, há impeditivo para usucapião. Esses imóveis específicos têm uma destinação especial, estando afetado e, portanto, ostenta natureza pública.

Nesse sentido:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Sentença de parcial procedência – Apelo do réu. Argumentos do recorrente que não convencem – Imóvel

pertencente à Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB/SP – Bem não suscetível de usucapião, porque ostenta natureza pública, por dizer diretamente como os fins da pessoa jurídica autora, qual seja, construção de moradias populares – Precedentes deste e. Tribunal de Justiça. Sentença mantida – Recurso Desprovido. [AP 0048229-87.2011.8.26.0007, 37ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Sérgio Gomes; DJ 23/04/2013]

Acórdãos neste sentido entendem que o bem é público, a despeito de tratar-se de autora com personalidade jurídica de direito privada, justamente diante da predominância do capital público e da finalidade social existente.

Esclarecem, ainda, que não são todos os bens de sociedade de economia mista que ostentam essa natureza, mas no caso concreto, compreendeu-se que “o bem imóvel em questão passível de utilização par o fim especial a que se destina a demandante, qual seja, construção de moradias populares, encontra-se afetado e, portanto, é insuscetível de usucapião”.

O posicionamento, também desfavorável aos usuários, é frequente no Tribunal de Justiça local.

Aliás, verifica-se na tabela anexa o posicionamento de cada câmara do Direito Privado a respeito do tema, inclusive as de Direito Privado II e III, que por vezes se deparam com a matéria, alegada em defesa de ações possessórias, com exemplos de julgados.

Abaixo, segue tabela indicando o entendimento das câmaras do Direito Privado I, donde se conclui que o Tribunal Paulista inclina-se a negar a possibilidade de usucapião de bem das empresas ora estudadas, ressalvados poucos julgados em sentido contrário:

| CÂMARA | POSICIONAMENTO |
|--------|----------------------------|
| 1 | MAJORITARIAMENTE CONTRÁRIA |
| 2 | MAJORITARIAMENTE CONTRÁRIA |
| 3 | CONTRÁRIA |
| 4 | CONTRÁRIA |
| 5 | MAJORITARIAMENTE CONTRÁRIA |
| 6 | MAJORITARIAMENTE CONTRÁRIA |
| 7 | CONRÁRIA |
| 8 | MAJORITARIAMENTE CONTRÁRIA |
| 9 | CONTRÁRIA |

Diversamente, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para efeito de prescrição aquisitiva, deve ser analisada a natureza jurídica da proprietária. No caso de sociedades de economia mista, de natureza de direito privado, tem-se que os bens são de ordem privada e suscetíveis de usucapião.

Acredita-se que, ainda que existam certas reservas feitas por lei à essas pessoas, não são modificações relevantes a ponto de atingir a essência do instituto, cuja natureza é privada.

Nesse sentido: REsp 647.357/MG, DJ19/09/2006, Rel. Min. Castro Filho, REsp 120.702/DF, DJ 20/08/2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 37.906/ES, DJ 15/12/1997, Rel. Min. Barros Monteiro, REsp 725.764/DF, DJ 03/05/2005, Rel. Min. Nancy Andrighi, Ag 589846/RJ, DJ 09/08/2004, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 647357/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Fiho, DJe 23/10/2006.

Observe-se, ainda, ementa e voto exarada contra a Cohab/SP:

Ementa:

1. *Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Precedentes desta Corte.*

2. *AGRAVO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.*

[AREsp 126717, REl. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 11/12/2012]

Voto:

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO - COHAB/SP contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que em juízo de admissibilidade, negou seguimento ao recurso especial.

Cuidam os autos de ação de usucapião sobre bens de sociedade de economia mista, em que o tribunal de justiça, reformando a sentença, assentou entendimento pela possibilidade de usucapião de bens de sociedade de economia mista.

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega violação ao artigo 98 do Código Civil, ao argumento de que os bens da sociedade de economia mista são públicos, insuscetíveis de usucapião, portanto.

É o relatório.

Passo a decidir.

A irresignação recursal não merece guarida. Com efeito, o entendimento do tribunal de origem encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, consoante se depreende da leitura do seguinte julgado: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA DE DEFESA. BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

I Entre as causas de perda da propriedade está o usucapião que, em sendo extraordinário, dispensa a prova do justo título e da boa-fé, consumando-se no prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, em consonância com o artigo 550 do Código Civil anterior, sem que haja qualquer oposição por parte do proprietário.

II Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Precedentes. Recurso especial provido" REsp 647.357/MG, Rel. Min. CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, DJ 23/10/2006, p. 300

Ante o exposto, conheço do agravo para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial. Evidente, pois, a chance razoável de sucesso no Tribunal.

Na Corte Constitucional, por sua vez, está sedimentado o posicionamento da possibilidade de usucapião contra sociedades de economia mista e empresa pública, ainda que no caso concreto se trate de entidade exploradora de atividade econômica (Caixa Econômica Federal). [RE 536297, Min. Ellen Gracie, DJe 24/11/2010]

Contudo, veja-se do trecho do voto que o Tribunal faz distinção entre empresa prestadora de serviço público e exploradora de atividade econômica:

"Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja natureza jurídica é de direito privado, há duas situações distintas, uma vez que essas entidades estatais podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Os bens das empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e que estejam afetados a essa finalidade são considerados bens públicos. Já os bens das estatais exploradoras de atividade econômica são bens privados, pois, atuando nessa qualidade, sujeitam-se ao regramento previsto no art. 173."

Desse modo, é possível obter-se uma decisão favorável, a depender da interpretação a ser dada às sociedades – se são efetivamente prestadora de serviços públicos.

Conclui-se, a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, em que pese entendimento contrário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ser possível a usucapião de imóveis de propriedade da CDHU e COHAB.

Fundamentação fática

Diariamente usuários comparecem nas Unidades da Defensoria Pública do Estado de São Paulo com intuito de salvaguardar seu direito à moradia.

Por diversas vezes, o cidadão reside em imóvel abandonado da CDHU ou COHAB. Ou, ainda, sem nunca ter sido mutuário das companhias de habitação. Nas hipóteses ventiladas, a usucapião é um instrumento importante que visa declarar a nova propriedade e resguardar o direito à moradia.

Sugestão de operacionalização

A tese pode fundamentar ações de usucapião em face das companhias de habitação – CDHU e COHAB sempre que preenchidos os requisitos da prescrição aquisitiva, bem como

pode ser utilizada como defesa em sede de eventual ação possessória ou petítória que o usuário figure como réu ou terceiro interessado.

TESE 114

Proponentes: Luiza Lins Veloso, Marina Costa Craveiro Peixoto e Rafael de Paula Eduardo Faber

Área: Cível/Fazenda Pública

Súmula:

É possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio.

Assunto

A presente tese versa sobre a tutela do direito individual à moradia de população de baixa renda, através do exercício da posse de bem imóvel público.

Justifica-se a importância da presente tese em razão de o Judiciário posicionar-se negativamente ao reconhecimento da posse de imóvel público, sob o argumento de tratar-se, na realidade, de mera detenção, em claro prejuízo à população de baixa renda.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Verifica-se pertinência entre a tese proposta e as funções institucionais da Defensoria Pública.

Assim, a Lei Complementar 80/94 em seu artigo 4º trata das funções institucionais da Defensoria Pública e no seu inciso X dispõe que:

“X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Ademais, o artigo 134, da Constituição da República de 1988, disciplina que:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

Desta forma, sendo o reconhecimento da posse de bem imóvel público, independentemente de consentimento do ente federado titular do domínio, indispensável para assegurar o direito constitucional à moradia digna da população de baixa renda, demonstrada a pertinência entre a proposta de tese apresentada e as atribuições da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica

O posicionamento majoritário dos tribunais pátrios afirma inexistir posse de imóvel público por particular. Nestes casos, os Tribunais entendem se tratar de hipótese de mera detenção.

A jurisprudência que vem se firmando nos Tribunais é claramente prejudicial à população de baixa renda, já que entender não ser possível exercício da posse de imóvel público implica não só em violar o direito à moradia, como alijar o possuidor de boa-fé de todos os seus direitos. Neste sentido, a título de exemplo:

“Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA. Bertioga. Bem público. Imóvel recebido em doação. DM nº 299/97 de 3-10-1997. Esbulho. Ocupação clandestina. Reintegração de posse. Indenização. Direito de retenção. Colisão de direitos. – 1. Cerceamento de defesa. O indeferimento de provas inúteis, protelatórias ou irrelevantes não constitui cerceamento de defesa, a teor do art. 130 do CPC. Preliminar rejeitada. – 2. Inadequação da via eleita. Não se admite a posse ou detenção por particular de bem público. A posse da municipalidade se presume e decorre da natureza do bem e da propriedade. Esbulho configurado, diante da ausência de autorização, permissão ou concessão e do caráter clandestino e precário da posse; ajuizamento de ação possessória que se afigura adequada na espécie. Preliminar rejeitada. – 3. Reintegração de posse. Indenização. Direito de retenção. O imóvel foi recebido em doação pela Prefeitura Municipal de Bertioga, conforme DM nº 299/97; trata-se de bem público dominical que afasta a posse ou direito de terceiros. Comprovada a ocupação e o uso privado do bem sem fundamento em lei ou permissão administrativa, a concessão da reintegração na posse é medida de rigor. Pagamento de indenização pelas construções realizadas ou direito de retenção das benfeitorias que não se admite no caso concreto. – 4. Colisão de direitos. O direito à moradia e o direito de propriedade não são colidentes; são complementares, uma vez que um e outros são exercidos na forma da lei. Inexistência de dispositivo ou princípio constitucional que assegure a apropriação privada de bem público para satisfação imediata de interesse particular. – Procedência. Recurso dos réus desprovido.” TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Torres de Carvalho, Apelação 0003157-33.2012.8.26.0075, DJE 23.06.2015.

“Apelação – Ação de REINTEGRAÇÃO DE POSSE com pedido liminar – Ação proposta por fundação com personalidade jurídica de direito público - Área rural de sua propriedade ocupada - Bem objeto desta ação possessória é público e os réus somente exercem detenção sobre o mesmo - Não se exige que o Poder Público demonstre antigo exercício possessório para retomar a posse do bem, que é simplesmente detida pelo particular – O imóvel em questão é parte integrante de um programa de assentamento rural promovido pelo Governo do Estado de São Paulo - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de procedência mantida - Recurso improvido.” TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, APL 30015589220138260262, DJE 08.07.2015.

Corroboram referido entendimento os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 146.367/DF, REsp 945.055/DF, AgRg no REsp 1190693/ES, AgRg no REsp 1200736/DF, AgRg no REsp 648180/DF. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo temos os seguintes julgados: 0289576-11.2009.8.26.0000, 0005668-08.2007.8.26.0292, 0047614-97.2007.8.26.0602, 2112884-50.2014.8.26.0000, 0251766-31.2011.8.26.0000, 0014411-74.2009.8.26.0344, 0001001-73.2013.8.26.0322, 0036108-19.2012.8.26.0451, 1013225-72.2014.8.26.0554 .

Face ao entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, que somente admitem detenção e não a posse, importante, inicialmente, distinguir os dois institutos.

A detenção constitui situação fática que o detentor, também conhecido como fâmulos da posse, tem sobre a coisa em razão de uma subordinação ou dependência econômica, seguindo regras e designações do seu dono ou possuidor. Assim sendo, não lhe cabe direito de invocar em nome próprio ações possessórias ou até mesmo direito às benfeitorias ou retenção.

A toda evidência, o entendimento citado não possui qualquer respaldo na legislação vigente afrontando, inclusive, o texto constitucional que tutela a posse sem distinção quanto à titularidade do bem imóvel e possui como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, observa-se, no que tange ao objeto da posse, inexistir qualquer vedação legal ao exercício da posse de imóvel público por particular. Ao contrário, o ordenamento jurídico vigente confirma sua possibilidade quando, aponta o exercício da posse de imóvel público pelo particular dentre os requisitos necessários para o reconhecimento de diversos institutos.

Neste contexto, o artigo 183, § 1º, da Constituição da República de 1988, disciplinado pela Medida Provisória nº 2.220/2001, prevê a concessão de uso especial para fins de moradia. Trata-se de instrumento urbanístico que assegura a quem exerça, ou tenha exercido, posse de imóvel público em área urbana por cinco anos ininterruptos o direito de usá-lo para fins de moradia.

Destaca-se que, antes da edição da Medida Provisória nº 2.220/2001, a concessão de uso especial para fins de moradia estava prevista para entrar em vigor com o Estatuto da Cidade. Em que pese o veto ao instituto pela Presidência da República, as razões já apontavam a possibilidade de exercício de posse de imóvel público:

“o instituto jurídico da concessão especial de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares.”

A relevância da concessão de uso para fins de moradia relaciona-se, intimamente, à proteção possessória que confere ao concessionário:

*“Como direito real, a concessão de uso para fins de moradia é oponível erga omnes, inclusive à própria pessoa jurídica titular do bem, que só pode extinguir o direito de uso quando o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia ou quando adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (art. 8º da Medida Provisória). E o concessionário pode exercer em relação a seu direito a **proteção possessória, também contra a própria Administração Pública**”.*
ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Uso privativo de bem público por particular, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

Sem prejuízo, outros marcos legais indicam a legalidade do exercício da posse de imóvel público por particular, não sendo casos de mera detenção.

Com efeito, a Lei 11.481/2007 prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, com a facilitação do procedimento via Secretaria do Patrimônio da União ou mediante parceria com os Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei 11.952/2009, por sua vez, disciplina a regularização fundiária das ocupações em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal. Verifica-se a importância da referida lei, uma vez que a Amazônia Legal abrange mais da metade do território nacional (artigo 2º da Lei Complementar 124/2007).

Tem-se, ainda, a Lei 11.977/2009 que dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas privadas ou públicas (artigo 47, inciso VI).

Sobre a ocupação de imóvel público e a justificativa para sua titulação leciona José Renato Nalini:

“Em outras palavras, as terras públicas, inclusas as devolutas, não se podem usucapir; entretanto, nelas há ocupação a reclamar titulação, no quadro do interesse social. Daí, pois, a disciplina legal de regularização fundiária de terras públicas: (a) a Medida Provisória 2.220/2001, instituindo a concessão de uso especial para fins de moradia, que, a seu modo, faz às vezes da usucapião especial para as áreas públicas ocupadas, que reclamam regularização fundiária de interesse social; (b) a Lei 11.481/2007, dispondo sobre a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; (c) a Lei 11.952/2009, disciplinando a regularização fundiária em terras da União no âmbito da Amazônia Legal.

A justificação ou a ratio da regularização fundiária das terras da União, portanto, passa por razões (a) históricas (no foco do processo de titulação e ocupação das terras do Brasil), (b) sociológicas (que reclamam inclusão social), (c) econômicas (que demandam por propriedade formal) (d) antropológicas (que exigem atenção especial à demarcação das reservas indígenas), (e) culturais (que impõem respeito às comunidades quilombolas) e (f) jurídicas, pela ratio iures que repousam na função social (ou socioambiental) das terras públicas da União ocupadas, embora não suscetíveis de usucapião.” NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. Regularização Fundiária. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

Verifica-se, portanto, a diversidade normativa que não só possibilita, como prevê o exercício da posse de imóvel público por particular – Constituição da República de 1988 (artigo 183, §1º); Medida Provisória nº 2.220/2001; Lei 11.481/2007; Lei 11.952/2009; Lei 11.977/2009.

A esse respeito, a Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhece a possibilidade de concessão de uso para fins de moradia e, conseqüentemente, a posse de imóvel público por particular:

“Com efeito, ao menos em sede de cognição sumária e conforme documentos acostados aos autos, parece-me que os agravados atendem aos requisitos do art. 1º, da Medida Provisória nº 2.220/01, fazendo jus, por conseguinte, à permanência no imóvel.

Ademais, não há premência na pretensão do réu. Pelo contrário, a remoção dos autores do imóvel é que causaria danos de difícil reparação.

Nesse sentido as observações do i. Des. Edson Ferreira, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2016658-17.2013.8.26.0000:

“[...] há indicações de que se trata de área pública, não sendo crível que o Município desconhecesse a ocupação. Se permitiu que, durante longos anos, o agravante e sua família estabelecessem moradia na área ocupada, não é razoável nem digno que, de forma abrupta, os obrigue a se retirar do local, relegando-os ao abrigo.”

Assim, também, já decidiu esta E. Câmara. Confira-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPADA Deferimento Ação de Concessão Especial para fins de moradia Medida Provisória nº 2.220/2001 Manutenção na posse do imóvel Requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil Discricionariedade do Juízo singular. ADMISSIBILIDADE: O exame dos requisitos autorizadores da concessão ou não da antecipação da tutela é discricionariedade do Juízo monocrático, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil". (AI nº 9024164-61.2009.8.26.0000 Rel. Des. Israel Góes dos Anjos j. 26/10/2009).

Desta feita, nos estreitos limites de apreciação da medida, anotando-se que em sede de cognição sumária é defeso o estudo mais aprofundado da questão sub judice, de rigor a manutenção da r. decisão guerreada, sendo certo que os argumentos elencados no presente instrumento, não se revelam, por ocasião do momento e da sede do exame, suficientes para modificar a decisão atacada." TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leme de Campos, AI nº 2018981-92.2013.8.26.0000

Por sua vez, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou a existência de ligações de água e energia elétrica, ou seja, a efetiva função social da posse, para reconhecer a possibilidade de posse em imóvel público:

"REINTEGRAÇÃO DE POSSE Área pública local ocupado há vários anos, havendo inclusive pagamento de tributo municipal despacho que indefere liminar ausência dos requisitos necessários decisão mantida recurso desprovido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital que, em sede de ação de reintegração de posse, indeferiu pedido de liminar por entender ausente o requisito do periculum in mora. Alega a Municipalidade, em síntese, que é legítimo possuidor da área em questão, que não há que se falar em posse de área pública pelo particular, mas em mera detenção, e que a manutenção do decisum lhe trará dano de difícil reparação. Recurso processado sem liminar, a parte contrária não apresentou resposta.

É o relatório.

A bem lançada decisão deve ser mantida intacta por seus próprios e jurídicos fundamentos, ora integralmente adotados como razão de decidir.

Muito embora não se discuta que o imóvel se trata de área pública, impossível ignorar a realidade fática. O argumento de que a demora no provimento jurisdicional acarretará à agravante, por si só, dano de difícil reparação, não se sustenta.

Vê-se das fotos acostadas que no local foram erguidos prédios urbanos, os quais, em análise perfunctória, própria para o momento, contam com ligações de água e luz. Há até uma borracharia sendo certo ainda que há, pelo proprietário, recolhimento de ISS desde 2006 (fls. 105/115).

Mais ainda, a ação foi proposta em julho p.p., havendo o despacho de indeferimento no dia 25 daquele mês. A intimação desta decisão só veio agora, com a publicação no DOE para que a autora se manifestasse sobre a contestação. Assim, muito embora o presente recurso tenha sido interposto dentro do prazo, constata-se que não era tão urgente o provimento liminar pleiteado, visto que passaram-se mais de dois meses sem que nenhum Procurador do Município tenha demonstrado interesse em acompanhar de forma mais próxima o andamento do feito."

Ademais, consoante entendimento da doutrina mais moderna, não só é possível o exercício da posse de imóveis públicos por particular como também o reconhecimento da prescrição aquisitiva – usucapião, a saber:

“Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Entretanto, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado ‘tem’ função social, o bem público ‘é’ função social.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 328-329.

Ainda, não se pode olvidar que o Brasil adotou a teoria objetiva da posse^[1]. Ihering, autor da teoria objetiva, descreve a posse como a situação de fato que exterioriza a possibilidade de exercício de algum poder sobre a coisa, independentemente da existência ou não de *animus domini*.

Surge, aqui, a possibilidade de desdobramento da posse em direta e indireta. A detenção, por sua vez, exigirá preceito legal que retire da situação fática sua natureza de posse. Assim, dispõe o artigo 1196 do Código Civil:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

A ressalva à teoria objetiva, feita pelo Código Civil de 2002, pode ser localizada quando da análise do instituto da prescrição aquisitiva – usucapião - que exige a presença de elemento volitivo, qual seja, *animus domini*.

Registre-se que o legislador não inseriu a posse no rol dos direitos reais (artigo 1225, Código Civil). De igual modo, o instituto sob exame também não se encontra junto aos direitos pessoais. Conclui-se, sob a ótica do legislador pátrio, não se tratar a posse de um direito, idealizando meramente um fato.

Entretanto, consoante ensinamento do jurista Miguel Reale, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado e aplicado a partir dos seus três princípios pilares – eticidade, socialidade e operabilidade. Pela socialidade, a inserção da função social deve ser feita em todos os institutos jurídicos do Novo Código. Assim, a posse só estará caracterizada quando observada sua função social.

Em que pese a função social da posse não estar expressamente codificada, indiscutível sua previsão implícita (artigos 1238, parágrafo único; 1242, parágrafo único; 1228, §§ 4º e 5º) que se relaciona diretamente com os objetivos fundamentais da República (artigo

3º da Constituição da República) de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais a partir da tutela do direito constitucional à moradia (artigo 6º da Constituição da República).

Assim, consoante leciona a Maria Celina Bodin de Moraes, a regra infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios e ordenamentos constitucionais, como a função social, a saber:

“Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, a.17, n.65, p. 21-32, jul/set 1993.”

Ao analisar a expropriação judicial, Judith Martins-Costa registra ser o artigo 1228, §§4º e 5º marca indeclinável da positivação da função social da posse:

“A função social da posse, que, no Código agora aprovado, não se prende apenas à concepção abstrata de Von Jhering, refletida no art. 485 do Código Civil de 1916, mas engloba, também, a noção autônoma da posse. Por isso, paralelamente ao regramento da posse como mera ocupação do bem, o conceito de posse-trabalho, aquela posse que ‘vem acompanhada de um ato criador do trabalho humano’ (MIGUEL REALE) e que, bem por isso, deve ter uma proteção maior do que a outra.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 154.

Com isso, a partir dos ensinamentos da melhor doutrina, imprescindível considerar, juntamente com a teoria objetiva adotada pelo Código Civil, a função social da posse e sua devida destinação econômica.

Diante do exposto, conclui-se, a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, em que pese entendimento contrário da jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, em desacordo com a melhor doutrina, ser possível o exercício da posse de bem imóvel público por particular.

Fundamentação fática

Diariamente usuários comparecem nas Unidades da Defensoria Pública do Estado de São Paulo com intuito de salvar seu direito à moradia.

Por diversas vezes, o cidadão ocupa imóvel público abandonado pelos entes federados, exerce posse de boa-fé e dá função social.

Ainda assim, muitos cidadãos têm sua posse ameaçada e seu direito à moradia violado ante o posicionamento majoritário de nossos tribunais.

Nas hipóteses ventiladas, a concessão de uso para fins de moradia, bem como defesas em ações possessórias, fundadas na possibilidade de posse em imóvel público, são instrumentos fundamentais para salvar o direito à moradia.

Sugestão de operacionalização

A tese pode fundamentar ações de concessão de uso para fins de moradia em face do ente federado titular do domínio, bem como pode ser utilizada como defesa em sede de

eventual ação possessória ou petítória em que o assistido da Defensoria Pública figure como réu ou terceiro interessado.

Possível, ainda, fundamentar indenizações por benfeitorias ou até mesmo postular direito de retenção.

Referência Bibliográfica:

[1] Em contraposição à teoria subjetiva, de Savigny, segundo a qual a posse é um fato composto por dois elementos, o *corpus* (possibilidade física de exercer sobre a coisa os poderes inerentes ao domínio) e o *animus domini* (vontade de ter a coisa como sua). Neste sentido, posse seria definida como a possibilidade física do possuidor de exercer sobre a coisa poderes inerentes à propriedade, desde que tenha a intenção de ser seu proprietário. Aqui, locatários e comodatários, por exemplo, não são considerados possuidores, mas mero detentores.

TESE 115

Proponente: Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Área: Cível

Súmula:

A remoção dos habitantes carentes de áreas objeto de ações envolvendo conflitos fundiários movidas por entes públicos, ainda que fundadas na busca de regularização ambiental ou urbanística, está condicionada a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes àqueles.

Assunto

A presente tese tem por objetivo conferir amparo jurídico aos ocupantes de áreas pertencentes a entes públicos, os quais, não obstante o longo período em que se encontram no local com a aquiescência do poder público, são subitamente removidos do local sem disporem de qualquer alternativa habitacional, nem mesmo a correspondente indenização pelas acessões e benfeitorias que lá empreenderam.

Em regra, a ordem judicial em tais casos, muitas vezes em sede de liminar e sem sequer a oitiva dos habitantes, limita-se a determinar a desocupação dos ocupantes do local, sem condicioná-la a uma disponibilidade concreta, por parte do autor da ação, de uma alternativa habitacional àqueles, em flagrante violação do direito fundamental à moradia desses indivíduos.

Cabe anotar que essa alternativa habitacional há de ser prestada, ainda que se trate de área pendente de regularização ambiental ou urbanística, como resultado de um necessário juízo de ponderação a ser feito pelo magistrado entre os bens jurídicos em aparente conflito (moradia x meio ambiente e/ou ordem urbanística, entre outros), a conduzir na preservação de todos eles.

Em outras palavras, essa alternativa habitacional atenderá o direito à moradia dos habitantes do local, assim como permitirá a desocupação do local em atendimento ao meio ambiente e/ou à ordem urbanística, conferindo uma solução razoável e equânime em tais casos.

Portanto, a tese em análise serviria para solucionar essa difícil situação enfrentada comumente pelos ocupantes de áreas pertencentes a entes públicos, salvaguardando-se o direito fundamental à moradia.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Artigo 5º, inciso III da Lei Complementar estadual n. 988/06 e artigo 4º, incisos I, V e X da Lei Complementar federal n. 80/94.

Fundamentação jurídica

A presente tese tem por fundamento jurídico os seguintes princípios e normas internacionais e constitucionais:

a) **Artigo XXV, item 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:** “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”;

b) **artigo 11, item 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992:** “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (...);

c) **Comentário Geral nº 4 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU)**, que densifica o significado de “**moradia adequada**” estabelecido pelo mencionado artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966);

d) **Comentário Geral nº 7 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU)**, que trata do despejo ou deslocamento forçado, assinalando que estes “não devem ocasionar **indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos**. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma **adequada alternativa habitacional**, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível”;

e) **Princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1, inciso III da Constituição Federal);

f) **Direito fundamental à moradia** (artigo 6, “caput” da Constituição Federal);

g) **Princípio da concordância prática ou harmonização**, no sentido de se realizar um **juízo de ponderação** entre o direito fundamental à moradia assegurado pelo artigo 6º, “caput” da Constituição Federal e os demais bens jurídicos em jogo (tais como o meio ambiente, a ordem urbanística, entre outros), de modo a preservá-los, de modo a evitar o sacrifício total de um deles em detrimento do outro;

É importante salientar que a solução objeto da presente tese já foi adotada em casos análogos pelo **E. TJ/SP**, bem como pelo **TRF da 4ª Região**, como se vê pelos julgados abaixo transcritos (grifos nossos):

9170307-87.2007.8.26.0000 Apelação

Relator(a): Rui Stoco

Comarca: Barueri

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/06/2011

Data de registro: 21/06/2011

Outros números: 994070512286

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Loteamento irregular. Legitimidade do Ministério Público. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Agravo retido não provido. Decreto n.º 4.872/2001, do Município de Barueri, que desafetou bem de uso comum do povo, transformando-o em dominical, com o fito de permitir sua alienação nos termos do plano de parcelamento popular municipal. Ausência de inconstitucionalidade. Possibilidade de afetação ou desafetação de bem público, seja qual for sua natureza. Medida no mais que atende ao interesse público (construção de moradias populares).

Loteamento de área que serviria à recreação de outro loteamento. Possibilidade. Equipamento comunitário que não compõe a infraestrutura obrigatória do loteamento, nos termos da Lei n.º 6.766/79. Área ocupada por moradores de rua. Parcelamento popular iniciado para regularizar a posse desses moradores sobre a área e que, no entanto, padece de inúmeras irregularidades. Construções erigidas em áreas non aedificandi e de preservação permanente (beira de córrego). Ausência de licenciamento ambiental. Águas servidas despejadas no próprio córrego canalizado, sem qualquer planejamento/estudo hidrológico. **Condições precárias do loteamento que não sobrelevam as mazelas expiadas por aqueles que se encontram despojados de qualquer abrigo, fadados à perambulação sem rumo ou à habitação de vias e logradouros públicos. Mera e simples remoção dos indivíduos que não se coaduna com os valores constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Inviabilidade, por outro lado, de legitimar a promoção desajustada do parcelamento popular. Tutela da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III). Solução proposta: estabelecer que qualquer providência tendente à remoção dos habitantes da área - ainda que se relacione à regularização ambiental e urbanística - dependerá de alternativa viável à moradia, a ser providenciada pela Municipalidade.** Absoluta nulidade dos compromissos de compra e venda dos lotes. Devolução dos valores já pagos - e cessação de quaisquer outras obrigações pecuniárias oriundas desses contratos - que é medida adequada ao retorno das partes ao status quo ante. Condenação genérica, nos termos do art. 95, do CDC, sujeita a posterior liquidação. Ação julgada improcedente na origem. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

Trecho do voto do Relator no acórdão acima transcrito:

“(...)Na ponderação entre a moradia e o meio ambiente equilibrado, não se evidencia relação de prevalência, mas sim, de

conformação, consubstanciada no condicionamento do uso daquela (moradia) ao respeito deste (meio ambiente), o que se traduz no cumprimento da já mencionada função sócio-ambiental da propriedade.

A mera e simples remoção dos indivíduos lá situados, devolvendo-se às ruas aqueles que já lograram encontrar habitação, sob esse prisma, não se coaduna com os valores constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

De outra banda, não é possível admitir a concessão especial de uso, o que implicaria análise individualizada do caso de cada um dos habitantes - do que não se fez prova nos autos - devendo-se até mesmo questionar a legitimidade processual do Ministério Público para tal pedido.

Entretanto, ressuma claro que se faz imperiosa a adoção de medidas que se destinem à regularização da área, seja sob o ponto de vista ambiental, seja sob o ponto de vista urbanístico. Lastimavelmente - como já asseverado - tais medidas não foram requeridas na presente ação, fenecendo a esta Egrégia Câmara poderes para determinações nesse sentido.

De qualquer forma, o que se pode garantir aos moradores é um meio termo, que se por um lado não implica disposição patrimonial definitiva da propriedade pública, por outro assegura sua existência digna.

Trata-se de estabelecer que qualquer providência tendente à remoção dos habitantes da área - ainda que se relacione à regularização ambiental e urbanística - dependerá de alternativa viável à moradia, a ser providenciada pela Municipalidade (...)."

Ação Civil Pública. Direito Ambiental. Direito à moradia. Direito internacional dos direitos humanos. Desocupação forçada e demolição de moradia. Área de preservação permanente. Posse antiga e indisputada. Aquiescência do poder público. Disponibilidade de alternativa para moradia. Terreno de marinha. Desnecessidade de perícia judicial. Proteção à dignidade humana, despejo e demolição forçadas para proteção ambiental. Prevenção de efeito discriminatório indireto. 1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão. 2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente. **3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia.** 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há largo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. **5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia.** **6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (The Right to adequate housing (art. 11.1): forced evictions: 20/05/97. CESCR General comment. 7), implica que "nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos**

direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade" (item 14, tradução livre), "não devendo ocasionar indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível." 8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade. 9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais.

(TRF 4 - 3a T. - Ap. 2006.72.04.003887-4 - Rei. Roger Raupp Rios - DJ 10.6.2009).

Agravo de Instrumento. Reintegração de Posse. Insurgência do Município de São Paulo contra a determinação do Juízo de origem, que **condicionou sejam adotados, pela exequente, os meios necessários para abrigar as crianças deficientes e portadores de "Síndrome de Down", que estão alojadas em pequena e insignificante área pública, como condição para a efetivação da ordem de reintegração na sua posse.** Decisão mantida. Recurso não provido. — **"O Estado não é — e não pode ser — um fim em si mesmo. Também não se admite que esse mesmo Estado coloque a propriedade de bens públicos como valor que supere a vida humana e o bem-estar das pessoas que lhe outorgaram a prerrogativa de as proteger. Ademais, a invasão de terras improdutivas ou não aproveitadas convenientemente ou a ocupação de "sobras" mal utilizadas ou não utilizadas pelo Poder Público, por parte de pessoas doentes e desamparadas, está a revelar um desacerto social, um desvio de rumo e um indício de que alguma coisa não vai muito bem na distribuição de renda e no cumprimento dos objetivos do Estado, estabelecidos expressamente na Constituição Federal"** (TJSP - 3a C. Dir. Público - AI 335.347-5/0 - Rel. Rui Stoco - j. 21.10.2003 – autos n. 9034112-37.2003.8.26.0000)

Fundamentação fática

Caso acolhida a presente tese, o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses dos habitantes das áreas em comento e se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer do raciocínio acima, tendo por fundamento os princípios e normas internacionais e constitucionais supra mencionados e corroborado pela jurisprudência acima colacionada, como forma de condicionar a remoção de tais habitantes a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto pelos entes públicos responsáveis pelo ajuizamento de tais ações, em preservação do direito fundamental à moradia.

Sugestão de operacionalização

Na linha acima exposta, sugere-se que o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses dos habitantes de tais locais formule, nas defesas relativas às ações em comento ajuizadas pelos entes públicos, pedido subsidiário consistente em, acaso sejam julgadas procedentes tais ações, a remoção dos habitantes da área seja condicionada

a uma prévia e adequada alternativa habitacional a ser prestada em concreto por estes entes públicos em favor dos mencionados habitantes.

TESE 116

Proponentes: Felipe Hotz de Macedo Cunha, Isabela Halley Hatty, João Guilherme Ponzoni Marcondes, Leandro de Marzo Barreto, Lucia Thome Reinert, Renata Flores Tibyriçá e Viviane Remondes Caruso.

Área: Cível

Súmula:

Qualquer rol normativo que pretenda enumerar características a serem consideradas para a fruição de direitos por pessoas com deficiência deve ser entendido como exemplificativo, por força da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Assunto

A presente proposta versa sobre a interpretação compatível com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a ser conferida, na atuação da Defensoria Pública, a qualquer rol normativo que, nos mais diversos âmbitos, sejam de estatura federal, estadual ou municipal, delimitem os destinatários de direitos correspondentes às pessoas com deficiência.

Como é cediço, diante da abertura constitucional no tema, tratando a proteção das pessoas com deficiência assunto de competência comum entre a União, os Estados e os Municípios (art. 23, II) e, ainda, matéria de competência legislativa concorrente (art. 24, XIV), houve uma proliferação de normas e atos administrativos, em todas estas instâncias, a tratar do tema, sem uniformidade quanto aos destinatários.

A situação se agrava pela utilização, na grande maioria dos casos, de uma classificação médica, que remete a um modelo médico, que desconsidera a interação do sujeito com o meio em que está inserido, a qual se tornou expressamente obsoleta a partir da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro, com estatura constitucional, a reclamar a releitura de todo o arcabouço normativo preexistente.

Portanto, a construção presente, fruto de reflexão no âmbito do Núcleo de Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, se propõe a auxiliar a atividade dos órgãos de execução que se depararem com estas normas, trazendo norteador para sua adequação à realidade jurídica atual, em prol dos direitos das pessoas com deficiência usuárias dos serviços da Defensoria Pública e de seu acesso às políticas públicas destinadas a este grupo vulnerável, sem discriminação.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 134 da Constituição Federal e Artigo 1º da LC 80/94 – à Defensoria Pública incumbe a promoção dos direitos humanos. Sendo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência um tratado internacional de direitos humanos no âmbito do Sistema Organização das Nações Unidas (ONU), incorporado com estatura constitucional, evidente que tais direitos se encontram no centro da atuação da Defensoria Pública.

Artigo 4º, XI da LC 80/94 e artigo 5º, VI, “c” da LC Estadual 988/06, que descrevem atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo a promoção da tutela individual e coletiva dos direitos das pessoas com deficiência.

Evidência desta preocupação no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP) é a existência de um Núcleo Especializado na temática, que tem entre seus integrantes os proponentes da presente Tese Institucional.

Fundamentação jurídica

A preocupação do Direito com as pessoas com deficiência não é nova, sendo certo que de há muito se verifica a existência de legislação, no âmbito dos diversos entes federativos, destinadas a este grupo.

Todavia, nem sempre o tratamento jurídico dado a estas pessoas se pautou pela ótica dos direitos humanos e, em especial, pelo modelo estabelecido no plano internacional para a abordagem de seus direitos, qual seja, o **modelo social**.

Pelo contrário, o que se coloca é que tal modelo teve seu reconhecimento pleno inaugurado com a adoção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

A doutrina esclarece:

“Os diferentes modelos de tratamento conferido às pessoas com deficiência são, em geral, divididos em três pela doutrina: o modelo de prescindência, o modelo médico (ou reabilitador) e o modelo social, a saber:

O modelo de prescindência considerava que as causas que dão origem à deficiência possuem fundo religioso, além do que as pessoas são consideradas inúteis por não contribuírem com as necessidades da comunidade, guardam mensagens diabólicas e suas vidas não merecem ser vividas. A sociedade, portanto, ‘prescinde’ dessas pessoas, seja por intermédio da adoção de submodelos como o eugenésico, situado na antiguidade clássica, com a prática de infanticídio [...] ou mediante o submodelo de marginalização, cujo traço característico, na Idade Média, é a exclusão, seja por compaixão, seja por medo de considera-las objetos de malefícios, ou advertência de um perigo iminente.

[...]

O modelo médico/reabilitador, que surge ao fim da Primeira Guerra Mundial, ante os efeitos laborais suportados pelos ‘feridos de guerra’, considera que as causas que deram origem à deficiência são científicas, e as pessoas com deficiência à medida que sejam reabilitadas não mais são consideradas inúteis ou desnecessárias. Busca-se normalizar as pessoas com deficiência, cujo problema está em suas limitações, daí a necessidade imperiosa de reabilitá-la psíquica, física e sensorialmente. A deficiência é vista como um problema individual da pessoa, incapaz de enfrentar a sociedade, surgindo daí os serviços de assistência sociais institucionalizados, a educação especial, os benefícios de reabilitação médica e as cotas laborais.

[...]

Já o modelo social aponta a inadequação da sociedade para incluir aquela coletividade. O problema está ‘na sociedade’ e não no indivíduo, este sim no centro de suas decisões. É o contexto social que gera a exclusão. A valoração do indivíduo como pessoa e a necessidade de sua inclusão social acercam o modelo social das premissas baseadas nos direitos humanos, máxime do princípio da dignidade humana, ao considerar em primeiro plano o respeito à pessoa, seguida, quando necessário, de outras circunstâncias relacionadas propriamente com a sua deficiência, tal como a sua história clínica.

[...]

*Dessa maneira, a deficiência, do ponto de vista social, implica admitir que o 'problema não está no indivíduo e sim no próprio comportamento estigmatizante em relação àqueles taxados de 'diferentes' e, por este motivo, inferiorizados e discriminados. Significa que o 'problema' tem raízes sociais, econômicas, culturais e históricas, e sua resolução passa por uma sociedade acessível a todos os seus membros, sem distinção. **Significa dizer que a deficiência é uma questão de direitos humanos.***

*Em suma, os postulados do modelo social exerceram papel fundamental, seja na desmistificação da deficiência como uma tragédia; no fim de sua vitimização; na autovalorização do ser como humano independentemente de sua utilidade no meio social; no engajamento político dos movimentos sociais das pessoas com deficiência etc., e hoje servem de paradigma para a moderna conceituação de deficiência, como previsto na atual Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.”**[1]***

Assim, o advento da Convenção Internacional em questão não pode passar despercebido quando da análise de qualquer normativa, anterior ou posterior, a tratar dos direitos das pessoas com deficiência, pois representa uma verdadeira mudança de paradigma.

Como é também sabido, no caso brasileiro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui significado particular e representa a inauguração de uma nova era no trato dos direitos humanos.

Isto porque foi este tratado internacional de direitos humanos, juntamente com seu protocolo facultativo, o primeiro instrumento a ser internalizado sob o procedimento aportado pela Emenda Constitucional 45/2004 ao §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o que significa dizer que seu conteúdo tem equivalência às emendas constitucionais, integrando não apenas materialmente (como todos os tratados de direitos humanos), mas também formalmente o Bloco de Constitucionalidade.

Tal circunstância robustece ainda mais a necessidade de leitura de toda a normativa infraconstitucional, e mesmo da própria CRFB, à luz do tratamento próprio conferido aos direitos das pessoas com deficiência pela Convenção.

Além disto, trata-se de obrigação decorrente do regime internacional de direitos humanos, na medida em que não se pode alegar direito interno para justificar o descumprimento de obrigação assumida em tratado internacional (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 27) e, além disso, é previsão expressa da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Artigo 4 – Obrigações gerais

1.Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

Entretanto, como já destacado em itens anteriores, a questão dos direitos das pessoas com deficiência era, muito antes do advento da Convenção, tratada pelos diversos níveis federativos de legislação e pela própria Constituição.

Assim, os mais diversos direitos reconhecidos como afetos a este grupo possuem normatização ainda não uniforme, constatando-se critérios e definições de seus destinatários diversas, em descompasso com a definição aberta trazida pela Convenção Internacional.

O que se verifica é que a técnica normativa utilizada, em quase todos os casos, se vale da enumeração de características das próprias pessoas, com lastro médico, na busca da delimitação daqueles beneficiados pelas políticas públicas inseridas nas normas em questão. Por vezes, há inclusive a descrição minuciosa, em listagem própria, de tais condições, com indicação da Classificação Internacional de Doenças (CID) e dos impedimentos correspondentes, levando as autoridades administrativas e, não raro, também jurisdicionais a interpretar como excluídos de tais direitos aqueles que não se enquadram nas especificações.

Nessa toada, é evidente que, a depender do direito, do território e do ente federativo responsável pela legislação, ainda hoje é possível que haja tratamento desigual entre pessoas nas mesmas condições, o que afronta o postulado da igualdade e permite situações de injustiça flagrante, alijando pessoas com deficiência da plena fruição dos direitos humanos, em igualdade de condições com os demais.

Daí a necessidade de (re)leitura desta normativa à luz da Convenção, na medida em que a própria fixação de critério estanque e de rol que se pretende exaustivo, *a priori*, não se coaduna com o hodierno ordenamento internacional e constitucional do direito das deficiências.

Isto porque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD) trouxe formulação aberta e ela própria inclusiva, reconhecendo, desde seu preâmbulo, que ***a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas*** (item “e”).

O conceito trazido no artigo 1º da Convenção, como não poderia deixar de ser, adota a técnica de abertura e inclusão declarada no preâmbulo:^[2]

Artigo 1 – Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Portanto, a conceituação atual de pessoa com deficiência não permite que o legislador estabeleça enumerações estanques ou mesmo que adote definições menos abrangentes, sob pena de se admitir, ainda que de maneira indireta, a supressão de pessoas da proteção que a normativa de regência, no mais alto patamar hierárquico, lhes confere.

A impossibilidade de minimização do significado desta nova conceituação é bem pontuada pelas palavras de Luiz Alberto David Araújo:

*“É inegável que a Convenção traz comandos variados. No entanto, quando trata do conceito de pessoa com deficiência, é clara, objetiva e certa, apresentando norma de eficácia plena (se adotarmos a classificação clássica de José Afonso da Silva em Eficácia das normas constitucionais). Nesse particular, portanto, **temos um novo conceito, que deve ser seguido pelo sistema jurídico brasileiro. E não se pode falar em conceito de pessoa com deficiência para determinado fator ou situações. Não podemos utilizar um conceito para obter isenção de determinado imposto e outro conceito para obter o salário mínimo existencial ou para vagas reservadas. Para qualquer tema há um novo conceito de pessoa com deficiência, que é amplo, abrangente e muito mais adequado que o outro.** Não há um vínculo com aspectos médicos, mas uma relação com o ambiente.*

[...]

A Convenção, portanto, trata a questão da deficiência de maneira diferente. Inova, avança e torna revogada a legislação brasileira anterior. Inegável que o decreto regulamentar era mais fácil de ser aplicado. Trazia índices, referências mais precisas. No entanto, não se pode deixar de louvar a Convenção e seu novo conceito, porque exigirá melhor critério e mais discussão do que o anterior. O Direito não é simples, e muitas vezes traz soluções complexas. É o caso da Convenção, que está propondo uma mudança no pensar dos brasileiros (e de outros tantos povos), trazendo um conceito mais amplo, voltado ao ambiente da pessoa com deficiência. Talvez esse conceito permita que mais pessoas se enquadrem na ideia de pessoa com deficiência. Pode ser que deficiências que antes eram enquadradas percam essa qualidade. A Convenção produziu, portanto, direta e importante modificação na ordem interna. Muitos Tribunais ainda não atentaram para tal mudança. [...]”[3]

Não por outro motivo, o art. 4.1 da Convenção, transcrito *supra*, impõe ao Brasil a obrigação de adotar todas as medidas legislativas (o que inclui a modificação e a revogação de normas) para a realização dos direitos ali reconhecidos e o combate à discriminação contra pessoas com deficiência – o que implica na adoção do conceito convencional (e constitucional, frise-se) para toda a legislação pertinente, sob pena de violação ao tratado-constituição.

Tais determinações deixam clara a vinculação de todos os poderes, inclusive o legislativo e o executivo, que não gozam de um cheque em branco para definir as políticas relativas às pessoas com deficiência. É dizer: não se pode pensar em discricionariedade, que se relaciona com uma concepção de *favores* e não de *direitos* – o que não se coaduna com a atualidade dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Assim, deve incidir na espécie, também forte, o postulado de tratamento não discriminatório previsto na Convenção de Nova Iorque: se já é proibida a discriminação das pessoas com deficiência diante daquelas sem deficiência, **com muito mais razão é absolutamente inadmissível a discriminação entre pessoas com deficiência no intuito de retirar-lhes direitos**, somente sendo cabível para determinar as adaptações razoáveis necessárias em decorrência dos impedimentos e barreiras específicas de cada circunstância.

Ou seja, não se verifica na espécie o espaço normativo para delimitação outra que não a abertura da Convenção, de modo que **a única interpretação cabível para preservar este tipo de normativa é de que qualquer “rol de deficiências” seria meramente exemplificativo**, simplificando a fruição dos direitos pelas pessoas que nele se enquadrem por uma presunção de deficiência relacionada às condições ali especificadas.

Assim, a previsão de “deficiência” específica em rol normativo gera presunção absoluta, contra a qual não prevalece prova em contrário, resultando no preenchimento

inexorável deste requisito subjetivo. De seu turno, a ausência da deficiência no rol normativo não impede o reconhecimento do direito subjetivo, mediante verificação da caracterização dentro dos parâmetros trazidos pela Convenção.

Assim, a verificação da condição de pessoa com deficiência não poderá ser afastada caso não prevista no rol normativo, restando plenamente realizada com a compatibilidade entre as circunstâncias fáticas e a previsão normativa da Convenção Internacional.

Tal compreensão é essencial diante da inadequação da vinculação médica comumente realizada, bem como frente à inconstitucionalidade e inconveniência da delimitação em rol fechado das “deficiências”, assinaladas *supra*.

Isto porque, como se sabe, quando se está a tratar de direitos humanos, somente as interpretações ampliativas, pautadas pelos postulados da máxima efetividade, da primazia da norma mais favorável e do *pro homine*.

Na lição de André de Carvalho Ramos:

“O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade integral destes direitos, uma vez que todos seus comandos são vinculantes. Também implica a aplicabilidade direta, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente nos casos concretos. Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade imediata, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal.

Já o critério da interpretação pro homine exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Grosso modo, a interpretação pro homine implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência da adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo.

[...]

Na mesma linha do critério pro homine, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprido o ideal pro homine das normas de direitos humanos.”^[4]

A aplicação de tais postulados interpretativos aos casos ora tratados reitera a necessidade de incidência do conceito convencional, de modo que qualquer outra formulação, menos abrangente, somente pode ser interpretada como geradora de uma presunção absoluta em desfavor do seu elaborador (o ente público correspondente).

Por certo que, na impossibilidade de aplicação administrativa deste entendimento, a via judicial deve ser utilizada, na medida em que, para além dos poderes executivo e legislativo, a Convenção, dirigida ao Estado como um todo, impõe também ao Poder Judiciário (e de entidades autônomas do Sistema de Justiça, como a Defensoria Pública) os deveres de respeito e garantia dos direitos ali assinalados, importando no necessário controle de constitucionalidade e convencionalidade, para que a normativa existente e não revogada formalmente seja interpretada de acordo com a Convenção.

Não se pode falar em um Estado Democrático de Direito propriamente dito quando não existe um forte sistema garantidor dos direitos fundamentais necessários para assegurar a existência de uma vida digna. Nas palavras de Maria Tereza Sadek

“os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei, e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. Daí ser legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania”.[5]

Não restam dúvidas, portanto, de que a ausência de efetividade dos direitos enfraquece o sistema como um todo e inviabiliza sua concretização, permanecendo como promessas não cumpridas.

Assim, imperioso que a Defensoria Pública, como instituição constitucionalmente prevista para tutelar os direitos dos mais vulneráveis, neles compreendidos as pessoas com deficiência, atue em prol da integração e efetivação desses direitos, sempre com o viés ampliativo inerente aos direitos humanos, se necessário mediante utilização das vias jurisdicionais cabíveis.

Nesse ponto, importa ressaltar que a matéria não é nova e é possível encontrar julgados que adotam o ponto de vista aqui esboçado. De forma exemplificativa, citam-se os seguintes, relacionados à gratuidade de transporte (seara na qual se proliferam as listagens fechadas de condições médicas tratadas como deficiências, em descompasso com a normativa convencional):[6]

AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação ordinária Bilhete Único Especial Autora que carece de recursos financeiros, além de ser portadora de enfermidades Iseção tarifária Alegação de que as doenças descritas na exordial não constam da Portaria Intersecretarial nº 001/11- SMT/SMS Irrelevância (**rol meramente exemplificativo**) Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada Decisão reformada. Agravo provido.

(TJ/SP AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2086568-63.2015.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, Relator Leme de Campos, dj 27.07.15).

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER TRANSPORTE PÚBLICO GRATUITO PARA DEFICIENTES. Obtenção de Bilhete Único Especial, nos termos da LeiMunicipal nº. 11.250/92. Possibilidade. Autora portadora de patologia que não consta no rol da Portaria Intersecretarial nº 003/06-SMT/SMS. Inteligência do art. 1º da Lei nº 11.250/92. Legislação que visa compensar as barreiras físicas e psicológicas suportadas pelas pessoas que detém algum tipo de limitação. **Portaria que restringe o comando constitucional e legal.** Precedentes desta Corte. Agravo de instrumento provido.”

(TJ/SP, AI nº 2017061-49.2014.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. CAMARGO PEREIRA, j. de 24.06.2014).

*Agravo de instrumento - Ação de obrigação de fazer - Bilhete Único Especial - Relevantes indícios de que o agravado que sofre limitação motora e dificuldade de locomoção, necessitando de regular acompanhamento médico e que não possui condições financeiras para custear o transporte coletivo, sem prejuízo de seu sustento próprio - Transporte que é utilizado para a viabilização de seu tratamento - **Alegação de que as doenças que afligem o agravado não estão contemplados pelo Anexo I da Portaria nº 001/11 - SMT/SMS - Impertinência da alegação - Decisão mantida. Recurso desprovido.**”*

(AI nº 2016367-17.2013.8.26.0000, , 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. MARREY UINT, j. de 05.11.2013).

*TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. Renovação de bilhete único especial a portador de hérnia discal na coluna cervical. Consequente comprometimento da capacidade deambulatória. Necessidade de uso de transporte público para tratamento médico. Hipótese de isenção. **Rol apenas exemplificativo da lei, que não permite excluir outros tipos de deficiência, segundo o real sentido e finalidade da norma.** Demanda procedente. Custas e despesas do processo a cargo do vencido, sem motivo para excluir essa responsabilidade e tampouco para redução dos honorários advocatícios, fixados em mil reais, para não aviltar o trabalho profissional. Recurso não provido.*

(TJ/SP, APELAÇÃO nº 0032137-61.2009.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Relator Edson Ferreira, dj. 01.09.14)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER Transporte coletivo gratuito Isenção tarifária concedida pela Lei Municipal nº 5.373/99 aos portadores de deficiência Laudo pericial de que a autora não se enquadra nas hipóteses da Lei Municipal nº 6.213/04 - **Rol exemplificativo do art. 1º que deve ter uma interpretação ampliativa, não podendo prevalecer o conceito restritivo** de deficiente Sentença de procedência Recurso não provido.

(APEL.Nº: 0006739-52.2010.8.26.0482, 6ª. Câmara de Direito Público, Rel. Reinaldo Miluzzi, dj. 28.07.14).

Assim, na falha do reconhecimento administrativo, cabe ao Judiciário, à luz das obrigações estabelecidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência intervir e garantir a fruição dos direitos humanos a todas as pessoas com deficiência, sem discriminação, de modo a contemplar o conceito aberto trazido pelo tratado em questão.

Fundamentação fática

É recorrente que o defensor público se depare com casos envolvendo direitos de pessoas com deficiência previstos em normas municipais, estaduais ou mesmo federais que elenquem características ou mesmo listagem de condições que compreenderão como deficiência.

Tal questão é larga e pode ser vislumbrada desde políticas públicas de gratuidade, como no caso da isenção tarifária em transporte público, como também em âmbitos outros, a exemplo dos regimes previdenciários próprios dos entes públicos municipais e estaduais e até mesmo na própria questão carcerária, a envolver a concessão de indulto e outras previsões de prisão domiciliar.

Assim, sem pretensão de esgotar as hipóteses, tem-se uma vasta gama de dispositivos legais e regulamentares a envolver fatos aplicáveis aos usuários da Defensoria Pública que se encontram em desacordo com o conceito trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A necessidade de adequação tratada na presente formulação contempla estes casos, corriqueiros no dia-a-dia da Defensoria Pública, de modo a estender direitos que, de outro modo, seriam reservados a parcela populacional menor do que aquela que o Brasil, enquanto Estado, se obrigou a proteger perante a comunidade internacional e seu próprio povo, ao incorporar o tratado com *status* constitucional.

Sugestão de operacionalização

O espectro de operacionalização da presente proposta de tese institucional é largo, já que salienta entendimento comum da Defensoria Pública, adequando-se a instituição à ordem jurídica vigente desde a incorporação da Convenção da ONU.

A partir deste norteador, toda atuação que envolva direitos das pessoas com deficiência passará a contar com o crivo de constitucionalidade e convencionalidade em questão, pela leitura proposta, de modo a vislumbrar possibilidades jurídicas de atuação mesmo diante de listagens normativas que, à primeira vista e em leitura isolada, possam parecer indicar o contrário.

Deste modo, todo tipo de atuação em prol das pessoas com deficiência, preventiva ou reparadora, judicial ou extrajudicial, individual ou coletiva, deverá ter em conta (e poderá ter mesmo como base) o alargamento e a abertura da conceituação deste grupo e seu reflexo na fruição dos direitos correlatos.

Assim, de início, no âmbito da educação em direitos (LC 80/94, art. 4º, III) será importante considerar esta questão, com a possibilidade de confrontação com a realidade local e identificação de demanda reprimida.

Também é de relevo a tese institucional para a participação em conselhos de direitos das pessoas com deficiência (LC 80/94, art. 4º, XX), auxiliando na orientação de políticas públicas que tenham em conta o conceito abrangente proposto.

Ainda, no plano da atuação extrajudicial (LC 80/94, art. 4º, II e L. 7.347/85, art. 5º, §6º), será relevante para a composição de casos individuais, desde a expedição de ofícios requerendo a prestação correspondente até eventual conciliação, e, no plano coletivo, para embasar a expedição de recomendações ou mesmo adoção de termos de ajustamento de conduta, no sentido da preservação da abertura do conceito.

Por certo que, na via judicial, também individual ou coletiva (LC 80/94, art. 4º, VII, X e XI), exsurge a tese institucional como verdadeira base para pedidos relativos a direitos das pessoas com deficiência que não estejam contempladas nas listagens existentes, valendo-se da argumentação *supra* e da interpretação constitucional e convencionalmente adequada aqui exposta para embasar a exigência do direito denegado na esfera administrativa.

Referências Bibliográficas:

[1] MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 58-61.

[2] Aliás, é importante notar que mesmo a tradução realizada para o português, aparentemente, poderia ser mais próxima do texto original, que, em inglês, aponta que “*Persons with disabilities **include** those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others*”, ou seja, ele mesmo, ainda que com formulação aberta, não encerra a definição de pessoas com deficiência, mas exemplifica situações que permitem esta classificação, o que parece mais consentâneo com um conceito em evolução, reconhecido no preâmbulo. O mesmo ocorre com a versão em espanhol: “*Las personas con discapacidad **incluyen** a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

[3] Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil, in FERRAZ, Carolina Valença, et. al. (Coord.), *Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência*, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 55-56. Destaques acrescentados.

[4] Cf. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 105-106.

[5] Acesso à Justiça (org). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p.7.

[6] Destaques nossos.

Tese 120

Proponente: Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Área de Atividade: cível

Súmula:

É indevido o corte de energia elétrica, ainda que decorrente de dívida atual, quando a ausência de seu fornecimento acarretar ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário.

Assunto

A presente tese tem por objetivo conferir amparo jurídico àquele usuário que, embora inadimplente com suas contas atuais de energia, depende, direta ou indiretamente, do fornecimento de energia elétrica para preservar os seus direitos fundamentais à vida e à saúde.

Atualmente, prevalece na jurisprudência de nossos tribunais que o corte de energia elétrica é indevido, em princípio, apenas quando se tratar de dívida pretérita, o mesmo valendo quando se tratar de dívida de pessoa jurídica de direito público, com a ressalva, nesse último caso, em relação ao fornecimento de energia às unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches. Nesse sentido, os seguintes julgados do STJ:

“(...) Esta Corte pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos.

Precedentes: AgRg no AREsp. 817.879/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 12.2.2016; AgRg nos EDcl no REsp. 1.073.672/RS, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 5.2.2016; REsp. 1.117.542/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 3.2.2011; AgRg no REsp 1.016.463/MA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 2.2.2011 (...)” (AgRg no AREsp 180.362/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016)

“(...) tratando-se de pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Corte a tese de que o corte de energia é possível (Lei 9.427/96, art. 17, parágrafo único), desde que não aconteça indiscriminadamente, preservando-se as unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches (...)” (REsp nº 654818/RJ, 1ª Turma, Relª Minª Denise Arruda, DJ de 19.10.2006);

“(...) é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o Município devedor não solve dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia. Entretanto, para que não seja considerado ilegítimo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como as, ruas, hospitais e escolas públicas (...)” (REsp nº

É certo, porém, que há inúmeras situações nas quais, mesmo em se tratando de dívida atual do usuário, o corte de energia acarreta ofensa aos seus direitos fundamentais à vida e à saúde, não devendo, por tal motivo, prevalecer.

Portanto, a tese em análise serviria para coibir/evitar o corte de energia elétrica do usuário, ainda que decorrente de dívida atual, quando a ausência de seu fornecimento puder comprometer os direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Artigo 5º, inciso III da Lei Complementar estadual n. 988/06 e artigo 4º, incisos I e X da Lei Complementar federal n. 80/94.

Fundamentação jurídica

A presente tese tem por fundamento jurídico os seguintes princípios e normas constitucionais:

- a) **Princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III da Constituição Federal);
- b) **Direito fundamental à vida** (artigo 5º, “caput” da Constituição Federal);
- c) **Direito fundamental à saúde** (artigo 6º, “caput” e artigo 196, “caput”, ambos da Constituição Federal);
- d) **Princípio da concordância prática ou harmonização**, no sentido de se realizar um **juízo de ponderação** entre os direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário e o direito de crédito da empresa concessionária de energia elétrica, de modo a evitar o sacrifício total de um deles em detrimento do outro, assegurando-se, assim, o direito de cobrança da última por outros meios que não o corte de energia elétrica;

É importante salientar que a solução objeto da presente tese já foi adotada pelo **E. TJ/SP**, como se vê pelos julgados abaixo transcritos (grifos nossos):

Energia elétrica. Interrupção do serviço. Decisão que determina o restabelecimento de energia elétrica à consumidora inadimplente. Manutenção. **O corte, ainda que decorrente de débito atual e precedido de aviso, somente pode ser permitido se a supressão do serviço não acarretar prejuízos irreparáveis à vida e à saúde do usuário. Consumidora que padece de câncer de mama, em estado disseminatório da doença, faz uso de medicação de alto custo e necessita de cuidados especiais que podem ser supridos ou mitigados pela utilização da energia elétrica. Proteção do bem maior da vida em detrimento do direito patrimonial da concessionária.** Decisão mantida. Recurso desprovido (0191550-70.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Fornecimento de Energia Elétrica -Relator(a): Júlio Vidal; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/02/2013; Data de registro: 08/02/2013)

Prestação de serviços de energia elétrica – Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela antecipada – Revelia – **O corte, ainda que decorrente de débito atual e precedido de aviso, somente pode ser permitido se a supressão do serviço não acarretar prejuízos irreparáveis à vida e à saúde do usuário – Prova nos autos de que a autora padece de câncer e diabetes, fazendo uso diário de medicamento**

que deve ser mantido sob refrigeração. Recurso não provido (0015213-67.2012.8.26.0344 Apelação / Fornecimento de Energia Elétrica - Relator(a): Sílvia Rocha; Comarca: Marília; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2016; Data de registro: 25/08/2016).

Fundamentação fática

Caso acolhida a presente tese, o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses do usuário e se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer do raciocínio acima, tendo por fundamento os princípios e normas constitucionais supra mencionados e corroborado pela jurisprudência colacionada, como forma de coibir/evitar o corte de energia elétrica fornecida à residência daquele, em preservação aos direitos fundamentais à vida e à saúde dos quais aquele é titular, ressaltando-se o direito de cobrança da concessionária por outras vias que não o corte de energia.

Sugestão de operacionalização

Na linha acima exposta, sugere-se que o(a) Defensor(a) Público(a) que estiver representando os interesses do usuário que se encontre nas situações acima narradas ajuíze a competente ação em face da correspondente empresa concessionária de energia elétrica, formulando pedido de obrigação de fazer (ou de não fazer) c.c. pedido de tutela de urgência na forma antecipada, no sentido de: a) evitar o corte de energia elétrica a ser realizado (obrigação de não fazer) ou b) reestabelecer o fornecimento de energia elétrica já cortado (obrigação de fazer), buscando, sempre que possível, carrear aos autos documentos que atestem: 1) a dificuldade econômico/financeira do usuário para o custeio das contas atuais de energia elétrica; 2) o quadro de saúde do usuário e, 3) quando o caso, a correspondente necessidade do fornecimento de energia elétrica para a preservação de sua vida e saúde. Também se reputa interessante fazer constar no pedido inicial a ressalva quanto ao direito de cobrança da concessionária por outras vias que não o corte de energia.

Tese 121

Proponentes: NEDIPED, NUDEM, NCDH, Carlos Weis, Claudia Aoun Tannuri, Davi Quintanilha Failde de Azevedo, Fernanda Dutra Pinchiaro, Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos Bressane, Gisele Souto Durante, Lucia Thomé Reinert, Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes, Renata Flores Tibyriçá, Rodrigo Tadeu Bedoni.

Área: Cível

Súmula:

"O parágrafo 3º, parte final, e o parágrafo 6º, do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 ('Lei do Planejamento Familiar') são incompatíveis com o bloco de constitucionalidade e não autorizam a esterilização sem o consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre da pessoa com deficiência, inclusive daquela submetida a curatela e/ou com deficiência mental ou intelectual".

Assunto

A proposta trata de direito existencial da pessoa com deficiência, cuja capacidade jurídica é presumida e não pode ser negada pelo Estado nem por terceiros. Deve ser ressaltada a condição especial das mulheres com deficiência, cujos direitos reprodutivos devem ser assegurados a todas, independentemente de qualquer discriminação. Tal direito é assegurado nacional e internacionalmente, de modo que se o Estado Brasileiro violar ou

obstar a efetivação dos direitos poderá ser internacionalmente responsabilizado, eis que atentatório à Dignidade da Pessoa com Deficiência.

Sustenta, nessa linha, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º, parte final, e do parágrafo 6º, do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 (“Lei do Planejamento Familiar”), que dispõem:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados **ou incapacidade mental temporária ou permanente.**

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º **A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.**

Os dispositivos legais em destaque autorizam, direta ou indiretamente, a esterilização de pessoas com deficiência, especialmente daquelas submetidas a curatela, sem o seu consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre.

Do mesmo modo, as normas em comento autorizam o Estado ou terceiros a negar a capacidade jurídica e o direito à integridade das pessoas com deficiência, principalmente mulheres submetidas a curatela, sob a justificativa da falta de aptidão para tomar decisões que garantam o seu bem-estar. Não bastasse isso, tais dispositivos condicionam a uma decisão judicial o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos de que são inegavelmente titulares todas as pessoas.

A proposta de tese institucional nasce de um caso concreto e individual levado ao Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos (NCDH) no ano de 2012 em comarca em que inexistia atuação da Defensoria. A interessada era pessoa com deficiência mental não curatelada, contava com 19 anos e não tinha filhos, sendo que o Ministério Público ajuizou ação de laqueadura forçada, em razão de suposta conduta “desajustada”, recusa de uso de contraceptivos e relações sexuais com “sujeitos inescrupulosos”. A medida, assim, se justificaria uma vez que “a requerida é uma pessoa incapaz de cuidar de si mesma e também não há ninguém em sua família que se preocupe com ela. Logo, não pode ficar gerando filhos; aliás, diante das circunstâncias, filhos absolutamente indesejáveis”.

A atuação do NCDH se deu em dois sentidos: a) na busca da reversão da ordem judicial de laqueadura forçada, em feito já transitado em julgado, cuja sentença ainda não

havia sido executada; b) no ajuizamento de ação indenizatória em face do Estado, hoje em curso em uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, em que se pleiteia ressarcimento pelos danos materiais e morais causados à defendida pelos agentes estatais envolvidos na concessão da ordem de laqueadura forçada.

Em 2015, o NCDH, visando ampliar a abrangência e profundidade da questão e buscando uma atuação conjunta entre Núcleos, encaminhou parecer sobre o tema para o Núcleo Especializado dos Direitos do Idoso e das Pessoas com Deficiência (NEDIPE) e para o Núcleo Especializado de Defesa da Mulher (NUDEM).

Ambos os Núcleos, após análise, elaboraram também pareceres que foram submetidos as Plenárias de cada órgão para aprovação.

Na reunião ordinária de fevereiro do NEDIPE deliberou-se como medida imediata a elaboração de recomendação pelo NEDIPE e NUDEM para as Secretarias Municipais, onde há unidades da Defensoria Pública, e para a Secretaria de Estado da Saúde para que providências sejam adotadas dentro destes órgãos a fim de difundir a informação entre agentes de saúde. Além disso, será apresentada proposta de projeto de lei para alteração da Lei de Planejamento Familiar para Deputado Federal com atuação na área da deficiência.

Com a proposta de tese institucional, assim, objetiva-se proteger o direito à integridade física e mental da pessoa com deficiência, previsto no artigo 17 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e, ainda, garantir a preservação dos direitos sexuais e reprodutivos e o integral desenvolvimento da vida de todas as pessoas com deficiência, principalmente daquelas submetidas a curatela. A vivência da sexualidade com todas as suas nuances é um direito existencial de todas as pessoas com deficiência; abrange uma vida afetiva e sexualmente ativa, baseada na escolha informada de parceiros, de constituir ou não família e de ter ou não filhos.

Em última análise, o intuito não é negar a deficiência e sim sensibilizar a todos/as para o dever do Estado ou de terceiros de garantir à pessoa com deficiência uma orientação segura, com linguagem adequada e que supere barreiras, assegurando-lhe o exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Enfim, é preciso promover o redimensionamento do exercício da sexualidade por pessoas com deficiência, especialmente aquelas submetidas a curatela e com deficiência mental e/ou intelectual, a partir da normativa inovadora da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 134 da Constituição Federal, artigo 1º da LC 80/94 e artigo 5º, VI, “b”, da LC 988/06 – à Defensoria Pública incumbe a promoção dos direitos humanos e sua tutela em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas regional e global.

Artigo 4º, XI da LC 80/94 e artigo 5º, VI, “c” da LC Estadual 988/06 - inserem entre as atribuições institucionais da Defensoria Pública a promoção da tutela individual e coletiva dos direitos das pessoas com deficiência.

Ainda, enquanto instituição permanente do Estado brasileiro que compõe o sistema de justiça e que se comprometeu a promover os direitos humanos (artigo 134, CF/88) cumprir e fazer cumprir as normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Defensoria Pública sujeita-se à recomendação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, exarada em suas *Observações finais sobre o relatório inicial do Brasil*, no sentido de proibir, incondicionalmente, a esterilização de pessoas com deficiência sem o seu consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre (item 35.a).

Fundamentação jurídica

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“CDPD”) e seu protocolo facultativo foram incorporados ao ordenamento nacional pelo rito do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República, passando a compor, assim, o bloco de constitucionalidade.

Promulgada pelo Decreto nº 6.949/09 e estando em vigor desde 25 de agosto de 2009, a CDPD apresenta-se como legislação constitucional superveniente à Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

No artigo 4.b e 4.c, a CDPD impõe ao Estado brasileiro as obrigações gerais de:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

Em relação aos direitos específicos previstos na CDPD, é preciso destacar, inicialmente, o artigo 12[1], que contém o novo paradigma instituído no ordenamento jurídico da presunção de capacidade jurídica de todas as pessoas com deficiência. A excepcional substituição da vontade, ainda que admitida na Lei Brasileira de Inclusão, no Código Civil e no Código de Processo Civil (curatela), limita-se aos atos de natureza negocial e patrimonial, não se permitindo substituição da vontade em relação a atos de natureza existencial (art. 85, *caput*, LBI).

Sobre o artigo 12 da CDPD, a Observação Geral nº 1 do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, legítimo intérprete da Convenção que o criou, a quem o Brasil está submetido, determina que as práticas de substituição da vontade que permitem tratamentos forçados sejam abolidas (item 7). Afirma, ainda, que o artigo 12 da Convenção dispõe que todas as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica e que a negação desse direito priva a pessoa com deficiência de direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos reprodutivos, o de outorgar seu consentimento para relações íntimas e o de receber tratamento médico (item 8). Afirma, enfim, que a deficiência e, no que toca à deficiência intelectual e mental, a falta de aptidão para tomar decisões, não podem ser utilizadas pelo Estado ou por terceiros para negar a capacidade jurídica e privar a pessoa dos direitos fundamentais (itens 9/13/14/15/16/17/18/29/41).

A Observação Geral nº 1 ainda destaca, no item 35, que as mulheres com deficiência apresentam taxas mais elevadas de esterilização forçada e com frequência são privadas de seus direitos reprodutivos e do direito de adotar decisões em relação a seus direitos reprodutivos, como, por exemplo, o direito de consentir com uma relação sexual.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assegura de forma ampla o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência nos artigos 5.1 e 5.2[2], 6[3], 12, 15.1[4], 16.2[5], 17[6], 23.1.a, 23.1.b e 23.1.c[7], 25.a e 25.d[8]. Tais dispositivos garantem, a um só tempo, a todas as pessoas com deficiência, o apoio necessário para o exercício da capacidade jurídica, o respeito à integridade física e psíquica e a eliminação da discriminação em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, inclusive no que toca à preservação da fertilidade; o consentimento livre e esclarecido em relação a casamento, família, maternidade e relacionamentos e o direito de decidir sobre tais questões; e, ainda, o dever de garantir educação em saúde reprodutiva que propicie o consentimento livre e informado.

Mais especificamente, a Recomendação Geral nº 24 do Comitê sobre a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ao interpretar o artigo 12 da Convenção que a criou, veda expressamente a esterilização sem consentimento (item 22).

Vale ainda ressaltar o informe da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, Rashida Manjoo, sobre a violência contra as mulheres com deficiência:

28. La esterilización forzosa de las mujeres con discapacidad sigue siendo un problema mundial¹². Las mujeres con discapacidad que eligen tener un hijo suelen ser criticadas por su decisión y se enfrentan a barreras para acceder a servicios de salud y a otros servicios para ellas y para sus hijos¹³. Aunque el temor de la sociedad de que las mujeres con discapacidad produzcan niños supuestamente “defectuosos” es en gran parte infundado, esos miedos desafortunados han llevado a discriminar a las mujeres con

discapacidad que tienen hijos. Existe una dicotomía entre, por un lado, la idea de que todas las mujeres deben ser madres y, por el otro, el hecho de que se suele desalentar a las mujeres con discapacidad a asumir el papel de madre, e incluso se las fuerza a rechazarlo independientemente de sus deseos personales³. Las investigaciones indican que ningún otro grupo ha sufrido una restricción tan dura de sus derechos reproductivos ni ha sido tratado tan negativamente como las mujeres con discapacidad^[9].

Nesse sentido, o caso I.V. x Bolívia da Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou do tema, estabelecendo que:

185. El Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico²³⁴; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales²³⁵, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud²³⁶ (infra párr. 187). Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento^[10].

Ainda, nas Observações Finais do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 04 de setembro de 2015, em seu item 35, o Estado brasileiro foi instado a: "(a) revisar imediatamente a Lei No. 9263/1996 e explícita e incondicionalmente proibir a esterilização de pessoas com deficiência, na ausência de seu consentimento prévio, plenamente esclarecido e livre; (b) garantir que pessoas com deficiência recebam apoio para fazer escolhas informadas e tomar decisões relativas a procedimentos médicos e intervenções; (c) conduzir campanhas para sensibilizar famílias, tutores, profissionais médicos e gestores de instituições sobre os direitos da pessoa com deficiência, particularmente mulheres, crianças e meninas com deficiência, nos termos do artigo 17 da Convenção."

Assim, deve prevalecer a ótica do respeito à diversidade, à diferença e à autonomia, na esteira dos princípios gerais previstos no artigo 3º da CDPC, entre eles, o respeito pela dignidade inerente, pela independência das pessoas com deficiência e pela autonomia individual, aí incluída a liberdade de fazer as próprias escolhas (art. 3.a da CDPC).

Partindo-se, portanto, dessa visão humanista, a deficiência não pode inviabilizar o respeito à dignidade sexual, sob risco de atentar contra o objetivo constitucional da construção de uma sociedade mais justa e solidária (artigo 3º, I e IV da CF/88).

Além disso, o respeito a pessoa com deficiência corrobora com outro objetivo constitucional, qual seja a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

Ademais, o respeito às particularidades de cada pessoa, preza a pessoa humana enquanto sujeito de direito, digno de proteção, tal como assegurado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

De maneira mais acentuada, a submissão das mulheres com deficiência à esterilização forçada, sobremaneira fundamentada em posicionamentos que reforçam estereótipos de gênero, pode configurar conduta discriminatória ou exposição vexatória, o que deve ser rejeitado sob a ótica dos Direitos Humanos.

No mais, a visão reducionista é discriminatória, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático, signatário de diversos instrumentos internacionais de proteção.

Nota-se, no caso específico das mulheres com deficiência, que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - "Convenção de Belém do Pará", prevê o direito a não ser submetido a tortura (art.4º.d), o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa (art.4º.e), o direito à igualdade de proteção

perante a lei e da lei (art.4º.f), bem como o direito da mulher ser livre de toda forma de discriminação (art.6.a.). No mais, o artigo 5º expressamente assegura que “Os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos”.

Além disso, o artigo 115 da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, 1995,^[11] reconhece como prática de violência contra a mulher “a esterilização forçada e o aborto forçado, a utilização coercitiva ou forçada de anticoncepcionais, o infanticídio feminino e a seleção pré-natal”.

Sob outra ótica, e no limite, a Convenção para Prevenção e a Repressão ao Crime de Genocídio (1948) enquadra no crime de genocídio a intenção de adotar “medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo” (art. 2.d); e o Estatuto de Roma (que institui o Tribunal Penal Internacional) enquadra como crime contra a humanidade, no quadro de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, o ato de esterilização forçada (art. 7.1.g).

Na mesma linha, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) veda expressamente a esterilização compulsória e consigna que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa para exercer os direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, II e IV) [12].

Aliás, especificamente em relação à pessoa com deficiência submetida a curatela, a LBI, em seu art. 85, parágrafo 1º, é expresso em afirmar que a substituição da vontade não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade e ao matrimônio. [13]

Tal concepção guarda íntima relação com o Estado Democrático de Direito que deve respeitar as crenças, valores e afetos da pessoa com deficiência, de modo que a individualidade não seja massacrada em razão de uma deficiência.

Além disso, impõe ao Estado o dever de proibir discriminação baseada na deficiência (arts. 4º e 5º, LBI) [14]; e o dever de garantir atenção especializada em saúde sexual e reprodutiva a pessoas com deficiência (art. 18, LBI).

Isto porque, se adotamos a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, (artigo1º, III, CF/88[15]), necessário a proteção, promoção e efetivação dos direitos da pessoa com deficiência, sem distinção de qualquer natureza, tal como assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos.

Por fim, a Nota Técnica nº 071 de 14/06/2016 do Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção à Saúde – Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Coordenação Geral de Saúde da Pessoa com Deficiência, coloca a necessidade de adequação do procedimento de esterilização de pessoas com deficiência à Lei Brasileira de Inclusão e, portanto, afirma a necessidade de consentimento da pessoa com deficiência para a realização do procedimento de esterilização no âmbito dos serviços de saúde.

Ocorre que, na contramão do contexto jurídico-normativo acima exposto, a Lei Federal nº 9.263/96 (“Lei do Planejamento Familiar”) faz remissão a dispositivo não mais existente na legislação federal e desconsidera o novo paradigma da presunção de plena capacidade jurídica de todas as pessoas com deficiência.

Com a promulgação da Lei Federal nº 13.146/15 – Lei Brasileira de Inclusão, em vigor desde 5.1.2016, que promoveu a alteração do artigo 3º do Código Civil, aboliu-se do ordenamento jurídico o instituto da incapacidade absoluta para maiores de 16 anos (art. 114 da LBI). Assim, a remissão da “Lei de Planejamento Familiar” à incapacidade absoluta não encontra mais lugar no ordenamento jurídico.

Nessa seara, importante o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como diploma legislativo interno de inclusão social e de cidadania da Pessoa com Deficiência, eis que a antiga Legislação Brasileira voltada para a pessoa com deficiência não estava em consonância com os Tratados Internacionais de Proteção da Pessoa Humana.

De todo modo, ainda que a legislação anterior apresentasse dispositivos legais contrários a Constituição Federal, apenas uma interpretação ampliativa e maximizada de direitos é que poderia ser admitida à luz da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante desse feixe de normas que garante o direito da pessoa com deficiência, inclusive daquela submetida à curatela, de manifestar seu consentimento sobre a realização de procedimento médico que atinja diretamente o seu corpo e que diga com direito existencial, é imperiosa uma revisão normativa dos parágrafos 3º, parte final, e 6º, do artigo 10 da “Lei do Planejamento Familiar”, a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que reconhecem capacidade jurídica a todas as pessoas com deficiência e que, mesmo ante eventual falta de aptidão para tomar decisões, impeçam que o Estado e terceiros lhe neguem o exercício de direitos sexuais e reprodutivos, ou violem o direito ao próprio corpo e à integridade física e mental.

Fundamentação fática

Eventualmente o/a defensor/a público/a se depara com casos que envolvem obrigação de fazer, pedidos em ação de curatela ou pretensões indenizatórias em relação ao procedimento de laqueadura tubária ou outro método cientificamente aceito, conforme previsto no artigo 10, parágrafo 4º, da Lei Federal nº 9.263/96.

A solicitação de realização de procedimento de esterilização de pessoas com deficiência pode surgir da família, do/a curador/a, de agente público ou da própria da pessoa.

Eventualmente, os interesses são conflitantes: a família e agentes públicos sustentam uma posição, em geral com o discurso de garantir o bem-estar da pessoa ou de terceiros, e a pessoa a ser submetida ao procedimento deseja outra coisa. O problema se agrava em casos extremos, quando a pessoa não consegue por qualquer meio exprimir a sua vontade; ou quando se encontra em situação de curatela, caso em que a oitiva do/a curador/a, em substituição da vontade do/a curatelado/a, acaba sendo naturalizada.

O conflito de interesses dificulta o atendimento e a definição de estratégias, e se acentua a depender das posições pessoais e da divergência entre os profissionais envolvidos.

Assim, o estabelecimento de uma posição institucional adequada à legislação constitucional e federal, adequada, também, à posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, irá propiciar um atendimento jurídico e interdisciplinar seguro e focado no respeito à pessoa com deficiência por parte da Defensoria Pública, a fim de contribuir para a construção de uma sociedade livre da violência contra as pessoas com deficiência, em especial mulheres e meninas com deficiência. ”

Sugestão de operacionalização

Tendo em vista a superveniência de legislação constitucional e federal contrária à esterilização de pessoas com deficiência, na falta de seu consentimento, prévio, plenamente esclarecido e livre, e da necessidade de se efetivar a recomendação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a tese institucional aqui proposta tem lugar, principalmente, em quatro âmbitos de atuação do/a Defensor/a Público/a:

- (i) no atendimento jurídico e interdisciplinar prestados à rede, às famílias e à pessoa com deficiência, momento, inclusive, de sensibilizá-los para o redimensionamento dos direitos sexuais e reprodutivos a partir da necessidade de se garantir uma orientação segura, com linguagem apropriada e que supere barreiras;
- (ii) na composição assistida ou mediação realizada no âmbito da Defensoria Pública;
- (iii) na definição das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis a partir do pressuposto de que a esterilização da pessoa com deficiência, inclusive daquela submetida a curatela, depende de seu consentimento prévio, livre e informado;

(iv) na argumentação em peças jurídicas de processos individuais (ações de obrigação de fazer, de indenização e de curatela) e coletivos sobre a revogação tácita dos parágrafos 3º, parte final, e 6º, do artigo 10 da “Lei de Planejamento Familiar”;

(v) nos projetos sociais de educação em direitos.

Em qualquer caso que esteja em discussão o procedimento de esterilização de pessoa com deficiência, será necessário verificar, primeiramente, se os requisitos da esterilização voluntária, previstos no artigo 10, incisos I e II, da Lei de Planejamento Familiar estão preenchidos, a saber: (i) pessoa maior de 25 anos ou com dois filhos vivos, observado o período mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e a esterilização, assegurada orientação de saúde sexual e reprodutiva por equipe multidisciplinar em todos os casos; ou (ii) risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Em caso positivo, é preciso verificar se há consentimento prévio, livre e esclarecido em realizar o ato cirúrgico, declinado por escrito pela pessoa com deficiência, conforme parágrafo 1º do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/1996.

Havendo questionamento sobre a sua capacidade jurídica ou sobre a situação de curatela, a pessoa com deficiência precisará ser consultada e sua vontade, expressa sob qualquer forma, não necessariamente verbal, deverá ser respeitada, cabendo à rede de proteção à pessoa com deficiência prover os apoios necessários para a manifestação do consentimento prévio, livre e esclarecido – vedada medida substitutiva da vontade, ou seja, a prevalência da decisão do/a curador/a, pois, repise-se, a LBI dispõe que a curatela não atinge o direito ao próprio corpo e à sexualidade.

Em casos extremos, na impossibilidade de manifestar a sua vontade sob qualquer forma, mesmo após a disponibilização de todos os apoios possíveis, a pessoa com deficiência não poderá sofrer a esterilização através de medida substitutiva da vontade, a não ser na hipótese de emergência médica que coloque em risco a própria vida ou a do feto, nos moldes previstos no artigo 10, II, da “Lei do Planejamento Familiar”.

Tratando-se de solicitação pela pessoa com deficiência, todos os requisitos da esterilização voluntária deverão estar preenchidos, conforme antes exposto. Em relação ao consentimento, havendo suspeita do órgão da Defensoria Pública de que não seja livre e/ou esclarecido, ou verificada a ausência de orientação sobre saúde sexual e reprodutiva para a escolha, sugere-se, antes de se definir a melhor estratégia, o encaminhamento do/a requerente para atendimento interdisciplinar, inclusive do CAM, além de solicitação à rede de orientação segura e adequada sobre saúde sexual e reprodutiva, da qual poderão participar a pessoa com deficiência e sua família.

Assim, nos atendimentos realizados no âmbito da Defensoria Pública, a aplicação prática da tese institucional ora proposta deve ser norteadada pela necessidade de consentimento prévio, livre e informado da pessoa com deficiência, principalmente daquela submetida a curatela, e da disponibilização do apoio necessário através dos serviços encontrados na rede de proteção à pessoa com deficiência.

Referências Bibliográficas:

[1] “Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

- 1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
- 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
- 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
- 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam

isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

[2] “1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.”

[3] “1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.”

[4] “1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.”

[5] “2. Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.”

[6] “Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.”

[7] 1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos. c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.”

[8] “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral; (...) d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência”.

[9] Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rep. of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, para. 60, U.N. Doc. A/67/227 (Aug. 3, 2012) (by Rashida Manjoo). párr. 28:

[10] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO I.V.* VS. BOLIVIA SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf, par. 237

[11] http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf, último acesso em 05.04.2017.

[12] “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - **exercer direitos sexuais e reprodutivos**; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - **conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória**; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

[13] “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º **A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio**, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. (...)”.

[14] “Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.”

“Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no **caput** deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.”

[15] “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: I - a soberania ;II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ;V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE 10

Súmula

É inexecutável o título executivo judicial para cobrança de honorários sucumbenciais de codevedores quando fundado em solidariedade, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

O CPC/1973 não regulamentava o tipo de obrigação que se instalava entre codevedores, em razão da condenação às verbas de sucumbência. Em matéria processual vige o princípio *tempus regit actum*, e como sentenças de méritos prolatadas até a data de 17.03.2016, obedecem às regras do diploma processual vigente à época, qual seja, o CPC/1973. Nesse turno, certo é que no Capítulo II, versava-se sobre os deveres das partes e de seus procuradores e dentro desse capítulo, a Seção III regulamentava as despesas e multas do processo. Ocorre que, compulsando-se todos os artigos de referida seção em nenhum deles fica estabelecida a obrigação solidária dos vencidos ao pagamento das despesas de sucumbência. Lado outro, como sabido, a solidariedade não se presume: deriva de lei ou de contrato (art. 265, do Código Civil). Assim, ante ao silêncio da legislação processual de 1973, não se pode concluir que a obrigação dos codevedores é solidária em relação ao pagamento das verbas sucumbenciais. Com efeito, o antigo diploma processual possuía tão somente a

seguinte disposição no artigo 23: "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção". Ocorre que, quando da prolação da sentença de mérito, se não houve a fixação da proporcionalidade mencionada em referido dispositivo legal, inviável pender-se para solidariedade, visto que esta não se presume em razão de imperativo de lei. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO ATIVO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SOLIDARIEDADE DETERMINADA PELA SENTENÇA, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. REDISCUSSÃO DA QUESTÃO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 275 DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I. O art. 23 do Código de Processo Civil estabelece que, "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção". II. Conforme a jurisprudência, em regra inexistente responsabilidade solidária entre os litisconsortes vencidos, condenados ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Vigora a regra do art. 23 do CPC, que impõe o princípio da proporcionalidade e a presunção legal da não solidariedade (STJ, REsp 129.045/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJU de 06/04/1998). III. No caso dos autos, porém, a sentença, transitada em julgado, proferida no processo de conhecimento, estabeleceu a solidariedade dos litisconsortes ativos vencidos, em relação aos honorários de advogado, o que transitou em julgado, de forma a acarretar a preclusão da matéria, em consonância com o disposto no art. 473 do CPC. IV. Nesse contexto, estabelecida a solidariedade dos autores vencidos, quanto aos ônus sucumbenciais, pela sentença proferida no processo de conhecimento, com trânsito em julgado, descabe rediscutir a matéria, por força da preclusão, podendo o credor utilizar-se da faculdade que lhe é outorgada pelo art. 275 do Código Civil, escolhendo contra quem executará referidos honorários de advogado. V. Na forma da jurisprudência, "expressamente imposta na sentença, com trânsito em julgado, a solidariedade na condenação da verba honorária sucumbencial, aplica-se a norma do art. 275 do Código Civil, permitindo-se ao vencedor da demanda escolher contra quem executará referidos honorários, em valor total ou parcial" (STJ, REsp 1.343.143/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2012). VI. Recurso Especial improvido. (STJ - REsp: 1426868 RS 2013/0331529-8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 22/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014) Na mesma linha: PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SOLIDARIEDADE – INEXISTÊNCIA. 1. A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265 CC). Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção (art. 23 CPC). 3. Execução de honorários advocatícios. Pluralidade de partes no polo passivo. Ausência de solidariedade entre os executados. Precedentes. Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 00027418620128260165 SP 0002741-86.2012.8.26.0165, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 26/08/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/08/2015) AGRAVO DE INSTRUMENTO ? EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL ? HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ? LITISCONSORTE PASSIVO ? RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - IMPOSSIBILIDADE ? APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ? ART. 23 DO CPC ? RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Conforme disposição do art. 23 do CPC, "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e hono (TJ-AM - AI: 40020831120158040000 AM 4002083-11.2015.8.04.0000, Relator: Lafayette Carneiro Vieira Júnior, Data de Julgamento: 07/03/2016, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 08/03/2016) Assim, superada a celeuma sobre a inexistência de solidariedade entre os codevedores pelos débitos sucumbenciais, necessário prosseguir no raciocínio jurídico para enfrentar os consectários desta conclusão. Por hipótese, se o polo passivo é ocupado por 5 (cinco) integrantes e todos sucumbentes em razão da improcedência da ação, de acordo com o artigo 23 do CPC/1973, a sucumbência de cada um seria proporcional. Todavia, se a distribuição da responsabilidade pela sucumbência não foi efetivada na sentença de mérito, falta ao título executivo um de seus requisitos. O artigo 783 do CPC/2015 dispõe que: A execução para cobrança de crédito

fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. A certeza, que é o primeiro requisito necessário para conferir legitimidade à obrigação, define-se em torno do conceito da própria existência da obrigação. O conceito acerca da exigibilidade da obrigação impõe que a prestação obrigacional não poderá ser exigida enquanto pendente alguma situação que, quando consumada, confere ao credor o poder de exigir do devedor que cumpra coercitivamente sua obrigação. A liquidez está ligada à ideia da perfeita definição do que é devido, sobretudo em relação ao fator quantitativo. Vale dizer, o título deve conter o valor exato da obrigação a ser cumprida. A obrigação somente será líquida quando o título não deixar dúvida acerca do seu objeto. Para Marinoni e Sérgio Arenhart [4] “Por fim, toda espécie de obrigação que se pretenda exigir judicialmente deve ser líquida. A liquidez diz respeito à extensão e à determinação do objeto da prestação (art. 1.533 do Código Civil revogado). De fato, não se pode exigir de alguém a prestação de alguma coisa que não se sabe exatamente o que é. Portanto, a liquidez diz respeito à exata definição daquilo que é devido e de sua quantidade”. Na hipótese aqui tratada, verifica-se vício no título executivo, no tocante ao seu requisito de liquidez. Vejamos: Como o artigo 23 do CPC/1973 determina que as custas serão arcadas de forma proporcional, se isso não foi estabelecido na sentença e esta que transitou em julgado, não é possível identificar qual seria o quantum debeat de cada um dos sucumbentes. Desta feita, não se pode executar valores ilíquidos, visto que não apurado qual é a quantia devida por cada um dos sucumbentes. Ademais, a fase de cumprimento de sentença não é o cenário processual adequado para liquidar a sentença e estabelecer a responsabilidade proporcional de cada sucumbente, devendo isto ser feito por meio dos procedimentos de liquidação de sentença. Desta feita, o título que eventualmente se pretenda executar nos próprios autos é ilíquido, pois não há distribuição proporcional da sucumbência entre os vencidos, não havendo que se falar em solidariedade da obrigação, pois esta não pode ser presumida. Outra consequência não resta, portanto, no panorama apresentado, que não seja a imediata extinção da execução, fundada na iliquidez do título.

Fundamentação Fática

É recorrente no atendimento cível da Defensoria Pública casos em que o usuário comparece com mandados de intimação ou conta bancária bloqueada para pagamento de custas e honorários sucumbenciais de processos que tramitaram à revelia. Pontualmente, observou-se casos em que em hipótese de codevedores, a obrigação era tratada como sendo de natureza solidária, tal como é o atual regramento do CPC/2015. Ocorre que melhor estudando o instituto da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais do CPC/1973 verifica-se não se tratar de obrigação solidária e, invariavelmente, as sentenças de mérito deixam de fixar a proporcionalidade mencionado no artigo 23, do CPC. Como decorrência, os cumprimentos de sentença e as restrições patrimoniais deles derivados, fundam-se em título executivo judicial ilíquido, devendo ser combatidos com base nos argumentos expostos na fundamentação jurídica.

Sugestão de Operacionalização

A tese aqui proposta deve ser manejada em impugnação ao cumprimento de sentença, nos moldes do artigo 525, caput, do CPC.

TESE 09

Súmula:

É ilegal a retenção perpetrada por instituições financeiras que utilizam verba de natureza alimentar para amortizar saldo bancário negativo. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

É pacífica na jurisprudência a abusividade da conduta do credor que utiliza o saldo em conta bancária oriundo de salário ou outra verba alimentar para amortizar dívidas oriundas de concessão irresponsável de créditos, notadamente cheque especial. O Código de Processo Civil possui norma expressa (artigo 833, inciso IV) estabelecendo a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões e outras verbas destinadas ao sustento do devedor e de sua família. Dessa forma, se nem ao Poder Judiciário é permitido reter salários, que dirá a instituição financeira fazê-lo administrativamente. Nos casos de amortização das dívidas bancárias mediante o depósito da verba salarial na conta corrente com saldo devedor, implica penhora administrativa de salário, o que vedado pela lei processual vigente. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento sólido acerca da ilicitude de retenção pela instituição financeira de salário para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Vejamos: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO - EXAME DO MÉRITO - PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE SUPERADOS - RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA DO CORRENTISTA - IMPOSSIBILIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE – RECURSO IMPROVIDO. (STJ - AgRg no Ag: 1114720 SP 2008/0238938-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/08/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2009) AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. RETENÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE. 1. A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. 'Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. 'Agravo improvido" (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010). 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 876856 MG 2006/0181245-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/03/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2013) Na mesma linha, é o entendimento pacífico do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. AGRADO. ESPÉCIE POR INSTRUMENTO. AÇÃO DE TUTELA INIBITÓRIA. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONTA CORRENTE. RETENÇÃO DE SALDO. ORIGEM. VERBA SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE. Verba salarial. Retenção. Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para pagamento de empréstimo. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será instituição privada autorizada a fazê-lo. 1 Recurso provido. (TJ-PR 8403325 PR 840332-5 (Acórdão), Relator: Jurandyr Souza Junior, Data de Julgamento: 25/01/2012, 15ª Câmara Cível) Conforme preceitua o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Verifica-se que a conduta das instituições bancárias de reter todo o salário dos consumidores para amortizar saldo devedor implica em constrangimento não admitido pelo diploma consumerista e pela lei processual civil. Por outro lado, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que na ação que tenha por objeto a obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente. Com efeito, conforme assentada jurisprudência, para obter o pagamento de dívidas, deve a instituição financeira mover ação judicial para tanto, lhe sendo vedado a retenção de verba de natureza alimentar que nem mesmo podem ser penhorados por ordem judicial (artigo 833, inciso IV, do CPC). Desta feita,

nesses casos, é de rigor a concessão de tutela inibitória para obstar a retenção dos salários do consumidor para amortizar o saldo devedor decorrente da contratação de cheque especial.

Fundamentação Fática

Os créditos pré-aprovados são uma prática recorrente no cotidiano bancário e verifica-se que a facilidade de acesso ao crédito é proporcional ao número de consumidores superendividados que, consumindo a prazo, perdem o controle financeiro e são tragados por juros que reduzem à insolvência. O que se verifica, na verdade, é uma concessão irresponsável de crédito, de forma que os consumidores devem receber tutela estatal para restabelecer a sua condição econômica. Em recorrentes casos, a instituição financeira fornece créditos que comprometem mais de 50% (cinquenta por cento) de toda a renda do contratante. É evidente que a concessão de carta de crédito é realizada de forma irresponsável. Em que pese a vedação de comprometimento de mais de 30% (trinta por cento) da renda nos empréstimos consignados, esta margem não é verificada nas demais modalidades de contratação, conduzindo ao endividamento perpétuo do consumidor. Não é raro, outrossim, que as instituições bancárias insiram a modalidade de pagamento por débito automático, de forma que em razão das múltiplas concessões de crédito, toda a verba alimentar do consumidor é devorada pelo saldo negativo e juros moratórios cobrados. A facilidade do crédito pré-aprovado, sem dúvidas, desperta e instiga o consumidor que, diante de alguns cliques no caixa eletrônico, adquire valores. A propaganda é muito sedutora e convida os consumidores ao endividamento. O desfecho óbvio para esses casos é o inadimplemento. A instituição financeira, por sua vez, para não ter prejuízo, illicitamente autoexecuta todos os valores depositados para cobrir o saldo negativo. Nesses casos, todo o salário do consumidor é engolido pela instituição financeira para abater o saldo negativo. Com efeito, essa prática, além de ilegal, leva o consumidor ao endividamento perpétuo, pois utilizará para sobreviver os limites de cheque especial e cartão de crédito, gerando dívidas para pagar dívidas, infinitamente.

Sugestão de Operacionalização

A tese aqui proposta deve ser manejada em ação ordinária com pedido de tutela de urgência e, caso haja o indeferimento da medida liminar, deve-se interpor o recurso de Agravo de Instrumento para o respectivo Tribunal de Justiça, a fim de reverter a decisão a quo.

TESE 12

Súmula

A previsão de intervenção da Defensoria Pública contida no art. 554, § 1º do CPC é hipótese de intervenção na qualidade de "custos vulnerabilis" de natureza exemplificativa, não limitada a ações possessórias ou por critérios econômicos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

No presente projeto de tese institucional, iremos analisar a possibilidade de atuação judicial da Defensoria Pública em processos na qualidade de interveniente no cumprimento de suas atribuições e interesses constitucionalmente previstos. Em outros termos, processos judiciais em que o órgão defensorial vem a atuar não como representante judicial da parte – algo que se dá, na atualidade, na maioria das vezes – ou como parte propriamente dita – quando atua na qualidade de substituto processual da sociedade ou grupo de pessoas em ações coletivas,

mas sim como interveniente na tutela de interesses de necessitados, ainda que eventualmente representados judicialmente por advogado particular. Trata-se, portanto, da atuação da Defensoria Pública na qualidade de custos vulnerabilis. Tal atribuição institucional, ainda pouco explorada pela doutrina e pela jurisprudência, e muitas vezes negligenciada até mesmo pela própria instituição – provavelmente em decorrência de estrutura deficitária do órgão - possui forte lastro constitucional e legal, e decorrente das diversas atribuições do órgão. A respeito, vejamos o art. 134, caput, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 80/2014: Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. Nesta senda, denota-se, enquanto missão institucional da Defensoria Pública: (a) ser expressão e instrumento do regime democrático, situação pela qual deve ser vista como um dos porta-vozes dos direitos fundamentais dos membros da sociedade, muitas vezes com nítida função contramajoritária – como se dá, por exemplo, na defesa de direitos daquele processado e/ou condenado criminalmente; (b) promover a defesa dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro – e não simplesmente a Lei, a tornar possível eventuais embates entre este órgão e o próprio Ministério Público –; e (c) realizar a defesa dos necessitados em suas diversas modalidades (judicial ou administrativa; de forma individual ou coletiva), nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF. Especificamente em relação à defesa dos necessitados, cumpre observar quais os limites dessa atribuição, e, em paralelo a isto, deve-se considerar quais as imbricações do contido no art. 5º, LXXIV, que determina a prestação de assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos. Talvez uma leitura apressada acerca da questão possa levar o leitor a interpretar que a atuação da Defensoria Pública se limita àqueles casos em que presente indivíduos economicamente necessitados. Sem razão, porém. Não se ignorando que a carência econômica é um indicativo acerca da qualidade de necessitado de determinada pessoa ou grupo, percebe-se que, em nenhum momento, o constituinte limitou o caráter de necessitado ao economicamente necessitado. Muito pelo contrário. Em realidade, mais adequado apontar a existência de necessidades/necessitados juridicamente relevantes, a ensejar a atuação da Defensoria Pública, sendo a insuficiência financeira apenas uma delas. Vislumbra-se, assim, diversas categorias de necessitados constitucionais sem qualquer relação com eventual condição econômica. Veja-se, por exemplo: o consumidor (art. 5º, XXXIII); a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, caput); o idoso (art. 230, caput); o indígena (art. 231, caput); etc. Aludida situação de necessidade, aliada ao papel da Defensoria Pública estabelecido constitucionalmente, atrai, por conseqüência lógica, o interesse institucional do órgão defensorial, não sendo feita qualquer análise da situação econômica do indivíduo que vem a se encaixar no perfil de necessitado. Não por outra razão, é garantido o acesso a toda criança e adolescente aos serviços da Defensoria Pública e não só de toda criança e adolescente economicamente desprovidos (art. 141, caput, do ECA). A mesma situação ocorre em relação à mulher vítima de violência doméstica, à qual é garantido a assistência da Defensoria Pública, independentemente de sua situação financeira (art. 28, da L. 11.340/068). Aliás, a atuação defensorial, nestes casos, é apontada pela Lei Orgânica da Defensoria Pública como efetiva atribuição institucional (art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/949). Neste aspecto, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que se mostra plenamente legítima a atuação da instituição em prol de consumidores idosos não necessariamente carentes em termos financeiros. Confira-se: [A Defensoria Pública] também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal. [...] No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal [...]. Este entendimento, por sua vez, já foi

reiterado em outros casos na referida corte: A expressão "necessitados" (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir [...] os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras [...]. A atuação da Defensoria Pública, como se percebe, não se resume à simples assistência dos hipossuficientes. Não desconhecendo algumas posições contrárias a este entendimento, trata-se de perceber, neste aspecto, que o texto normativo traz em si um compromisso, ou seja, uma entificação minimamente necessária à interpretação jurídica, a tornar juridicamente equivocado qualquer entendimento que limite a atuação da Defensoria Pública a situações de simples carência de recursos financeiros, algo que já tivemos a oportunidade de apontar em trabalho de maior fôlego acadêmico: Aponta-se, finalmente, que a atividade de aludido órgão [Defensoria Pública] vai além da assistência jurídica aos hipossuficientes, mormente a partir da edição da Emenda Constitucional 80/2014. Afinal, se é um dos objetivos constitucionais erradicar a pobreza (art. 1º, III, da CF), chegaria a ser paradoxal argumentar que um órgão voltado apenas para assistência dos pobres seja uma "instituição permanente" (art. 134, caput, da CF), ou seja, ou erradicar a pobreza não é efetivamente um objetivo constitucional, ou a Defensoria Pública possui atribuições muito mais amplas do que uma leitura superficial acerca do papel da instituição possa sugerir. Em sentido próximo, Rodolfo de Camargo MANCUSO é enfático ao frisar que o conceito de "necessitado" a atrair a atuação de Defensoria Pública é amplo e, por evidente, não se limita ao economicamente necessitado: A atuação da Defensoria Pública é regulamentada pela LC federal 80/94, valendo desde logo ressaltar que há um razoável consenso no sentido de que a expressão necessitado não comporta leitura simplista ou reducionistas, mas deve antes estender-se para alcançar outras situações de vulnerabilidade, para além daquela estritamente financeira [...]. Caminhando. Ainda para que seja justificada a atuação da Defensoria Pública na qualidade de custos vulnerabilis mostra-se necessário apontar qual o papel judiciário da instituição. Ou seja, quais os limites de atuação da Defensoria Pública em juízo. Estaria o órgão defensorial limitado à simples representação judicial de uma parte? Seria o defensor público mero advogado dativo, porém contratado diretamente pelo Estado e que vem a atuar exclusivamente nesta função? Ousamos dizer que não. Por óbvio que a Defensoria Pública em diversos casos atuará, sim, na qualidade de representante dos interesses de uma determinada pessoa em juízo, tomando medidas muito próximas àquelas que um advogado particular contratado pelo jurisdicionado tomaria. O defensor público ajuizará ações em nome da parte, apresentará respostas, interporá recursos, etc. Esta função provavelmente é a que mais se nota em nosso sistema jurídico.

Todavia, conforme bem demonstrado anteriormente, a Constituição fixou à Defensoria Pública uma série de atribuições que vão além da mera representação da parte necessitada em juízo. Fazendo um paralelo, seria como dizer que o papel do Ministério Público, ante aquilo que se mostra com maior frequência nos meios jurídicos, fosse reduzido à figura do acusador público em questões criminais, algo absolutamente equivocado. Assim, por exemplo, a Defensoria Pública pode atuar como substituto processual da coletividade em demandas de caráter transindividuais (ações civis públicas), sendo reconhecida a legitimidade ativa da instituição para este fim (art. 5º, II, da LACP; art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/9419, etc.). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF, reconheceu a adequação constitucional da legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas, colocando uma pá de cal sobre qualquer discussão acerca do tema. Igualmente, também é possível à instituição atuar enquanto substituto processual de pessoas individualmente consideradas ante sua condição de vulnerabilidade pessoal. Nesta linha, a doutrina aponta que seria possível à Defensoria Pública propor medidas em nome próprio em favor do idoso, da pessoa com deficiência, da criança e do adolescente, ou de qualquer indivíduo em situação de vulnerabilidade. A respeito, Luigi FERRAJOLI – conhecido entusiasta do modelo brasileiro de Defensoria Pública – defende a possibilidade do órgão defensorial atuar em processos criminais não apenas quando for o caso de suprir a ausência de advogado privado, mas intervir sempre no processo penal, ainda que o réu conte com patrono particular, ante a

vulnerabilidade do processado frente à acusação pública. Neste caminho, vale apontar que a reforma no âmbito da Lei de Execuções Penais no ano de 2010, introduziu o art. 81-A em aludido diploma. Com este dispositivo, foi estabelecida a atribuição da Defensoria Pública em zelar pela adequada execução da sanção criminal. Em razão disto, vem sendo admitida a intervenção da Defensoria Pública em processos coletivos ou individuais, ainda que o apenado conte com advogado particular, no intuito de ser garantido a regular execução da sanção penal, tanto em caráter doutrinário, quanto jurisprudencial. Consagra-se, portanto, a atuação judicial da Defensoria Pública não como representante da parte em juízo, mas como interveniente processual com lastro na atribuição constitucional do órgão. Em outros termos, a atuação da Defensoria Pública na qualidade de protetor do necessitado, ou utilizando termo que vem ganhando espaço: custos vulnerabilis. Como a clareza que lhe é peculiar, Maurílio Casas Maia bem aponta a questão: [...] a intervenção do defensor público, enquanto representante do Estado Defensor, vai muito além da substituição do advogado privado, sendo possível – além da já conhecida legitimidade coletiva -, a intervenção institucional com lastro em seu interesse institucional [...]. Bastante ilustrativo acerca desta questão, é o art. 554, §1º, do CPC, dispositivo que, talvez sem grande tecnicidade – algo comum em institutos jurídicos que ainda não se mostram plenamente consolidados –, prevê a hipótese de intervenção defensorial em casos de certas demandas possessórias na linha da atribuição institucional de tutela do necessitado. Confira-se: No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. Por sua vez, deve-se ter em mente que é necessário fazer uma filtragem constitucional deste dispositivo, o qual não poderia limitar a atuação da Defensoria Pública à simples vulnerabilidade financeira do usuário dos serviços da instituição, como já visto. Isto, inclusive, já restou reconhecido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em tese institucional. Confira-se: A expressão ‘pessoas em situação de hipossuficiência econômica’ do art. 554, §1º, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada considerando-se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade das pessoas, atuando a Defensoria Pública na condição de Custos Vulnerabilis. Por fim, evidentemente, aludido dispositivo processual não é possível de ensejar confusão entre a atuação da Defensoria Pública com a do órgão ministerial, por mais que ambas as atuações possam possuir, eventualmente, algum ponto de contato. Este cabe atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e tutor dos interesses sociais indisponíveis, enquanto a Defensoria Pública atuará na qualidade de defensora dos interesses dos necessitados. Um exemplo tornará mais claro o argumento. Imaginemos uma situação em que o Ministério Público ajuíze uma ação coletiva (ou até mesmo algum ente federativo, com a consequente intervenção ministerial) contra determinada comunidade ante ocupação irregular de uma área ambientalmente protegida. A atuação da Defensoria Pública provavelmente será imperativa no intuito de democratizar o cenário jurídico, tutelando os interesses dos necessitados, ainda que o interesse social, em tal caso hipotético, e tendo o Ministério Público como seu representante, seja desalojar referidas pessoas. Em suma, haverá a intervenção da Defensoria Pública enquanto protetora dos interesses do necessitado, ainda que não seja parte ou representante judicial do hipossuficiente. Em conclusão, portanto, consagra-se que a intervenção da Defensoria Pública pode se dar tendo por base suas atribuições legais e constitucionais não limitada à simples carência de recursos financeiros, sendo o art. 554, §1º, do CPC, claro exemplo neste sentido.

Fundamentação Fática

Em diversos casos, em nossa atuação profissional, vislumbramos clara situação em que, apesar de não atuarmos na qualidade de representante processual de uma pessoa individualmente considerada, ainda assim a atuação da Defensoria Pública se fazia necessária. Tratavam-se de casos em que presente uma clara situação de vulnerabilidade ainda que não de cariz financeira, ou, ainda, em que alguma pessoa, mesmo contando com

advogado particular, estava em clara situação de vulnerabilidade. Especificamente sobre esta questão, apontamos a atuação da Defensoria Pública, através de nosso órgão de atuação, no processo n. 0016723- 33.2015.8.16.0001, em trâmite perante a 11ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, mesmo havendo atuação de advogado particular, foi requerida a intervenção da Defensoria Pública na qualidade de custos vulnerabilis em virtude da clara vulnerabilidade da parte requerida. Em que pese manifestação contrária tanto do autor da ação, quanto da própria parte, através de seu advogado particular, o juízo entendeu que se fazia necessária a atuação institucional. Outros casos, ainda, podem ser trazidos, como o caso da ocupação Tiradentes na região da Cidade Industrial em Curitiba, em que houve atuação da Defensoria Pública, mesmo diversos réus contarem com profissionais particulares. Mais emblemático, ainda, se deu em relação às recentes ocupações nas escolas públicas em diversas comarcas do Estado, em que, por meio de atuação conjunta do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos e do Núcleo Itinerante de Questões Fundiárias e Urbanísticas, houve intervenção da Defensoria Pública, inclusive por meio da interposição de recursos em nome próprio na qualidade de terceiro prejudicado. Portanto, se faz necessário, ante referida situação fática consolidar o posicionamento institucional desta Defensoria Pública por meio da presente tese institucional.

Sugestão de Operacionalização

Como sugestão de operacionalização, deve-se entender que o defensor público ao identificar uma hipótese de vulnerabilidade individual ou coletiva, seja de natureza econômica ou não, e sempre nos limites da capacidade física do órgão de atuação, deverá requerer sua intervenção no feito para, assim, bem tutelar os interesses institucionais da Defensoria Pública.

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

TESE 19

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

Não é possível a decretação de internação com base no artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prévia oitiva do adolescente.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

A Constituição Federal estabelece que são princípios constitucionais fundamentais a ampla defesa e o contraditório, conforme previsto, expressamente, no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. O contraditório é constituído por dois elementos, quais sejam, informação e reação, e não admite exceções, mesmo em casos de urgência, devendo, em decorrência de sua natureza constitucional, ser observado materialmente e não apenas formalmente[1].

“O juiz jamais poderá julgar procedente o pedido sem ouvir o réu. Só então haveria ofensa ao contraditório”[2].

E, ora, no âmbito da Infância e Juventude, quando da aplicação de medida sócio-educativa de internação por prazo determinado a um adolescente, não poderia ser diferente. Deve o adolescente ser ouvido em audiência de justificativa quando do pedido de decretação de tal internação em razão de suposto descumprimento de medida, previsto do artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de violação a referido princípio quanto ao elemento reação.

Também, a ampla defesa engloba a auto defesa e a defesa técnica. A primeira, segundo Antônio Scarance Fernandes, “é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo (...). A ofensa ao direito do acusado de exercer sua própria defesa constitui causa de nulidade”. [3]

Com efeito, o adolescente deve ter o “direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), o que importa, além de todas as cautelas naturalmente aplicáveis a procedimentos envolvendo imputáveis, na estrita observância das seguintes garantias processuais, expressamente relacionadas no art. 111, da Lei nº 8.069/90: (...) V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (arts. 179 e 186, da Lei 8.069/90)”[4].

Portanto, a decretação de medida sócio-educativa de internação, com fundamento no artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/90, sem que o adolescente seja ouvido para tanto, constitui nulidade insanável.

Além disso, o artigo 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê algumas garantias asseguradas ao adolescente, e, dentre elas, “o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”. “A inteligência desse inciso, sem embargo, é mais no plano do acesso à Justiça (art. 141 do ECA, c/c o art. 5º, XXXV, da CF), a fim de que seja o adolescente ouvido – como ato de vontade dele para efeito do exercício da ampla defesa e do contraditório – quer pelo Poder Judiciário, quer pelo Ministério Público, quer pela Defensoria Pública, através de seus órgãos.”[5]

Portanto, o adolescente deve ter a oportunidade de exercer a sua autodefesa em audiência de justificação. Ressalte-se, ainda, que na ausência da autodefesa, nem mesmo a defesa técnica é efetiva, já que esta se baseia e é dependente daquela. Desta forma, a falta de oitiva do adolescente viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais. Substituição de medida de liberdade assistida pela de internação. Inobservância das garantias do contraditório e ampla defesa. Nulidade. A substituição da medida de liberdade assistida pela de internação reclama observância ao contraditório e à ampla defesa, pena de nulidade”. (TJPR - Habeas corpus nº 102699-7, Imbituva, Rel. Des. Telmo Cherem, ac. nº 12972 - 2ª Câm. Crim., j. 08/03/01).

“Estatuto da Criança e do Adolescente - Medida sócio-educativa de internação - Necessidade de representação do Ministério Público e da observância do princípio do contraditório - Recurso desprovido. Não é possível impor ao menor/infrator medida sócio-educativa mais grave (internação), no curso de outra mais branda (prestação de serviços comunitários), sem a devida apuração do fato que justificaria essa alteração e sem a obediência integral dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.” (TJMG - Proc. nº 1.0000.00.135740-9/000(1) - Relator LUIZ CARLOS BIASUTTI - j. em 02/03/1999 - publicado em 05/03/1999 - grifo nosso)

Cumpre salientar também que, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente não preveja procedimento próprio para a execução das medidas sócio-educativas, é certo que, ao menos, os princípios constitucionais fundamentais do contraditório e ampla defesa devem ser respeitados. Isto porque mencionado Estatuto deve ser interpretado conforme a Constituição Federal.

Neste sentido Alexandre de Moraes, para quem “a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais”[6].

Inclusive, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, quando trata das garantias judiciais, dispõe que: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza.”[7]

“Ocorre que, a despeito disto e das inúmeras garantias expressas tanto na Lei 8.069/90, quanto na Lei Processual Penal (cujos preceitos gerais são àquela aplicáveis em caráter subsidiário, por força do disposto no art. 152, estatutário) e Constituição Federal, assim como nos Tratados e Convenções Internacionais que regulam a matéria, adolescentes acusados da prática de atos infracionais têm sido vítimas de toda sorte de arbitrariedades e descaso, notadamente por parte dos integrantes do chamado ‘Sistema de Justiça da Infância e da Juventude’, que numa situação paradoxal (e logicamente contrária ao ordenamento jurídico vigente), ao passo que lhes dispensam um tratamento similar a adultos no que diz respeito à responsabilização e aplicação das medidas sócio-educativas (que são utilizadas como verdadeiras ‘penas’), têm-lhes negado o pleno e regular exercício de direitos individuais e garantias processuais básicas, tal qual ainda estivéssemos sob a égide do ‘Código de Menores’ de 1979.”[8]

Ora, certamente não há que se falar em decretação da internação-sanção sem a oitiva do adolescente. É o que prevê também a Súmula 265 do STJ, segundo a qual “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Recurso de ‘habeas corpus’. Regressão de liberdade vigiada para internação. Necessidade de observância do disposto no artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ao tratar das garantias processuais no título referente à prática de ato infracional, depois de acentuar, em seu artigo 110, que ‘nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal’, assegura a ele, no artigo 111, entre outras garantias, a prevista no inciso V desse dispositivo: ‘direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente’.

- No caso, tratando-se de regressão da liberdade assistida para a internação “medida privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prática de ato infracional correspondente a roubo duplamente qualificado) que havia sido anteriormente imposta, há de se garantir ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente), à semelhança do que ocorre no processo originário referente à prática de ato infracional. Recurso provido.”

(STF, RHC nº 81.035-7, São Paulo, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.08.2001, DJE 11.10.2001 – grifo nosso)

“EMENTA: Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106-111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade.” (STF, RE 285571/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.01, DJ 06.04.01 – grifo nosso).

Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. POSTERIOR PROGRESSÃO PARA LIBERDADE ASSISTIDA. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. RESTABELECIMENTO DA INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO ADOLESCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 265/STJ. RECURSO PROVIDO.” (STJ, HC Nº 21.633, PR 2007/0161396-2,

Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.05/08, DJE 09.06/08 – grifo nosso)

“HABEAS CORPUS. PENAL. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS. ART. 122, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA. SÚMULA 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 122, III, da Lei nº 8.069/1990 determina que a medida de internação será imposta quando houver o descumprimento reiterado e injustificado da sanção anteriormente aplicada.

2. A jurisprudência deste Tribunal, com base na Súmula 265/STJ: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.” é uníssona no sentido de que a regressão do adolescente, sem a sua prévia oitiva, implica em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação do paciente, restabelecendo-se a semiliberdade e determinando a prévia oitiva do paciente pela autoridade competente, sem prejuízo da imposição de nova medida restritiva após sanada a ilegalidade apontada.” (STJ, HC 88884/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mucci, j. 06.03.2008, DJE 31.03.2008 – grifos nossos)

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 122, III, DA LEI 8.069/90. INTERNAÇÃO-SANÇÃO DECRETADA SEM A PRÉVIA OITIVA DO MENOR INFRATOR. ILEGALIDADE. VERBETE SUMULAR 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. A decretação de internação pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, hipótese prevista no inciso III do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90), deve, necessariamente, ser precedida da oitiva do adolescente infrator (art. 111, V, do ECA), sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Súmula 265/STJ).

2. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação-sanção do paciente, sem prejuízo de que outra medida seja decretada, após a sua oitiva.” (STJ, HC 86587, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.10.2007, DJE 05.11.2007 – grifos nossos)

“CRIMINAL. HC. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ROUBO QUALIFICADO. SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 265/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1- Hipótese na qual foi imposta semiliberdade ao paciente, pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico de entorpecentes e roubo qualificado, tendo o Magistrado singular, em razão do descumprimento reiterado da medida sócio-educativa, decretado a internação-sanção do jovem, sem sua prévia oitiva.

2- Não obstante o jovem ter sido advertido de que o descumprimento injustificado da medida poderia ensejar decreto de internação-sanção por até 90 dias, tal decisão não foi precedida de oitiva do paciente, em clara ofensa ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

3- A decretação de internação de adolescente que se encontrava cumprindo semiliberdade denota regressão da medida sócio-educativa, sendo, portanto, aplicável à espécie a Súmula n.º 265/STJ.

4- Ordem concedida, para anular o acórdão recorrido, bem como a decisão de 1º grau que aplicou a medida de internação-sanção, a fim de que seja realizada a prévia oitiva do paciente, restabelecendo-se a semiliberdade.” (STJ, HC nº 81.436 – SP, 2007/0084527-3, Rel. Min. Jane da Silva, j. 25.09/07, DJE 15.10.07 – grifo nosso)

“As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça. Nesta linha de visão impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da ampla defesa e, de conseqüência, é de rigor a prévia audiência do menor infrator no caso de regressão de uma medida menos grave para outra mais rigorosa”. (STJ, HC-SP - 9.236)

“HABEAS CORPUS. LEI 8069/90. ADOLESCENTE INFRATOR. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO MENOR SEM A OITIVA DESTA. NECESSIDADE. SÚMULA 265/STJ. A substituição da medida sócio-educativa (internação) com prazo determinado por outra da mesma espécie sem prazo determinado, agrava a situação do menor, sendo de fundamental observância a oitiva deste antes da sua substituição. O princípio da excepcionalidade previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 121, acentua que todas as medidas mais brandas devem ser impostas ao adolescente antes de serem aplicadas as mais gravosas. ‘É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.’ - Súmula 265/STJ. Precedentes desta Corte. Ordem concedida”. (STJ HC 26210/SP, Relator (a) Ministro Paulo Medina, Sexta turma, julg. 26.06.2003, Pub em 25.08.2003 DJ pág. 376)

Também, os Tribunais de Justiça:

“A regressão de medida sócio-educativa somente pode ser imposta após a oitiva do adolescente infrator, nos termos da Súmula 265, do STJ”. (TJ/SP, habeas corpus nº 1670450, Sorocaba, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 25/07/08 – grifo nosso)

“HABEAS CORPUS – Imposição de medida de internação sanção por descumprimento de medida de semiliberdade, anteriormente imposta, sem o comparecimento da adolescente a audiência de justificação. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 111, inciso V, do ECA. Não se pode aplicar internação sanção sem a oitiva do adolescente, dando-lhe o direito de justificar o não cumprimento de medida anteriormente imposta. O r. Decisório será anulado com respeito a aplicação da internação sanção. Entretanto, a busca e apreensão do jovem será mantida, para que seja conduzido a audiência de justificação, que em não sendo plausível, poderá acarretar a internação-sanção, no máximo por três meses. Ordem parcialmente concedida. (TJ/SP, HABEAS CORPUS Nº: 128.095-0/6-00, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 13/02/2006 - grifos nossos).

“HABEAS CORPUS - DESPACHO QUE DETERMINA REGRESSÃO DE REGIME SÓCIO-EDUCATIVO SEM OUVIR A MENOR PACIENTE, SEUS REPRESENTANTES LEGAIS E QUE NÃO TEVE A INTERFERÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - É de se conceder a ordem, se atribuindo infração grave, pela evasão de menor púbere, do Estabelecimento sócio-educativo onde se encontrava cumprindo medida imposta de semiliberdade, o magistrado sem observar o devido processo legal, determina a regressão para regime de internação, sem ouvir a menor, seus representantes legais e a instauração de novo procedimento legal, para apurar os motivos da evasão. Considera-se nulo o despacho despido de qualquer fundamentação, para determinar a regressão de regime sócio-educativo de semiliberdade para internação. Concedida a ordem” (TJRJ - HABEAS CORPUS Processo: 2001.059.02959 Data de Registro : 04/06/2002 Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Votação : Rel. Des.. JOAQUIM MOUZINHO Julgado em 11/12/2001)

“Habeas-corpus. Medidas sócio-educativa de liberdade assistida e protetiva de tratamento para toxicômano. Informação, da assistente social, de que o adolescente não mais compareceu para cumpri-la. Regressão para medida mais rigorosa de internamento. Ausência de oitiva do adolescente. Desatendimento à súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte teor: ‘É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa. Habeas-corpus deferido.’” (TJPR - Habeas corpus nº 127320-3, de Londrina, Rel. Des. Jesus Sarrão, ac. nº 14633 – 2ª Câm. Crim., j. 24/10/2002)

Desta forma, a decisão que decreta a internação por prazo determinado sem que o adolescente seja ouvido, nos termos da Súmula 265 do STJ, e tendo em vista os princípios do contraditório e ampla defesa, padece de nulidade, como exposto.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

Referências Bibliográficas:

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 57.

[2] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007

[3] Processo penal constitucional. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 279 a 281.

[4] DIGÁCOMO, Murilo. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, pág. 217

[5] Prade, Péricles. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais, 9ª ed., atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 398.

[6] Direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

[7] Cujo texto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, ratificado pela Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992, e incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, que determinou o seu integral cumprimento.

[8] DIGÁCOMO, Murilo. Op. cit., pág. 207

TESE 20

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: Infância e Juventude

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

A reiteração no descumprimento de medida sócio-educativa mais branda a que alude o artigo 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pressupõe pelo menos duas situações de descumprimento com advertência judicial anterior para caracterizar-se.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

Com efeito, o artigo 122 da Lei 8.069/90 estabelece rol taxativo dos casos de cabimento da medida sócio-educativa de internação. E, certamente, por ser restritivo de direitos, deve ser interpretado restritivamente.

Dispõe este dispositivo:

“A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

Além disso, certo é que a medida sócio-educativa de internação é medida extrema, excepcional, e que pode ser aplicada somente quando nenhuma outra se mostrar adequada e eficaz. É o que prescrevem os artigos 227, §3º, da Constituição Federal e caput do art. 121

do ECA, os quais estabelece que a referida medida se submete ao princípio da excepcionalidade.

Portanto, só há que se falar em aplicação de medida de internação nas hipóteses taxativas do dispositivo acima transcrito, e, ainda assim, se nenhuma outra medida mais branda for suficiente e adequada, tendo em vista a excepcionalidade da medida.

Pois bem, no que tange ao inciso III, artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da internação por descumprimento de medida imposta anteriormente, vejamos:

Tal dispositivo legal menciona que só há que se falar em internação se ocorrer o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Exige, portanto, para a possibilidade de decretação da internação-sanção, que o descumprimento da medida anteriormente decretada, além de injustificável, seja reiterado.

No entanto, não basta um único descumprimento para a configuração da reiteração que autoriza a decretação da internação-sanção. Isto porque a expressão “reiterado”, prevista no dispositivo citado, indica que o descumprimento da medida deve ocorrer mais de uma vez.

Cumprido ressaltar que as expressões “reincidência” e “reiteração” não são sinônimos. Ora, o legislador não se utilizaria de expressões diversas para se referir a sinônimos, pelo que fica claro que o descumprimento da medida deve ocorrer, no mínimo, três vezes.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“1. Descumprimento da medida sócio-educativa aplicada pela prática de ato infracional, em tese, não sujeito à medida de internação e cometimento de novo ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa, apurado em processo diverso: Substituição da medida aplicada por outra de internação, com fundamento no art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90): Impossibilidade.

A prática de ato infracional ‘mediante grave ameaça ou violência a pessoa’ ou a reiteração ‘no cometimento de outras infrações graves’ (Art. 122, I e II, respectivamente), embora justifiquem, per si – após o procedimento de apuração do ato infracional, com as garantias previstas -, a aplicação da medida de internação de que trata o art. 121, não servem para fundamentar a substituição da medida já aplicada pela de internação.

De outro lado, descumprida, a medida de semiliberdade, por uma púnica vez, sequer caberia invocar, a regressão prevista no art. 122, III, aplicável apenas às hipóteses de ‘descumprimento reiterado e injustificado’.

Também não há falar em ‘internação-substituição’ com fundamento no art. 113 da 8.069/90, tendo em vista que a substituição – na linha da tese adotada no HC 74.715, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.5.97 – somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção (arts. 101; e 112, VII). 2. Ordem deferida.” (STF, HC 84.603-3, São Paulo, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.11.2004, DJ 03.12.2004)

E Superior Tribunal de Justiça:

I. “No âmbito da sistemática especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a substituição de medida anteriormente imposta a adolescente poderá ocorrer quando verificada sua insuficiência à ressocialização do menor, tendo em vista que o Magistrado deve estar atento às condutas

supervenientes dos menores, nos termos do art. 99, art. 100 e art. 113, todos da Lei n.º 8.069/90, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.

II. Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas.

III. A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

IV. O descumprimento da medida anteriormente imposta ao adolescente, o qual se evadiu no período em que estava engajado em medida de semiliberdade e cometeu um novo ato infracional equiparado a furto não é causa suficiente para privação total de sua liberdade por prazo indeterminado.

V. Não resta configurada a hipótese disposta no art. 122, inciso III, do ECA, tendo em vista o “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”, pois o paciente descumpriu apenas uma vez a medida sócio-educativa mais branda, ao empreender fuga da unidade em que estava recolhido e praticar novo ato infracional.

VI. Determinada a regressão da medida, por descumprimento de outras anteriormente determinadas, deve ser observado o prazo máximo de três meses, insito no art. 122, § 1º, do ECA, o qual, desrespeitado, enseja constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

VII. Afigura-se desproporcional a imposição da medida mais gravosa sem prazo determinado em razão da suposta prática de novo ato infracional equiparado a furto qualificado, pois tal tipo é desprovido de violência ou grave ameaça à integridade física ou moral da pessoa. Precedentes.

VIII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, determinando-se o retorno do paciente ao cumprimento da medida sócio-educativa de liberdade assistida, se por outros motivos não se encontrar internado.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”. (STJ, HC 50.777/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 56/2006 - grifos nossos)

“Por fim, infere-se dos autos que o adolescente descumpriu uma única vez a medida sócio-educativa de semiliberdade, praticando novo ato infracional, motivo pelo qual não há falar em “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta (art. 122, III, do ECA).” (HC 57.251/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 347)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO FURTO TENTADO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes). II - A reiteração, para efeitos de incidência da medida de internação, ocorre quando verificadas, no mínimo, duas infrações graves anteriores àquela objeto do procedimento. Existindo a comprovação de apenas um ato infracional anterior, como o foi na hipótese dos autos, não

é possível a aplicação da referida medida (Precedentes). Ordem concedida.” (HC 43.560/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04.08.2005, DJ 07.11.2005 p. 321)

“CRIMINAL. HC. ECA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES OU DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA. A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável. O caso dos autos revela que o paciente descumpriu apenas uma vez a medida, ao praticar novo ato infracional, fato este que não basta para configurar “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”. Não resta demonstrada a reiteração no cometimento de outras infrações graves. Precedentes. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação, a fim de que outra medida mais branda seja imposta ao paciente, se por outros motivos não se encontrar internado. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”. (HC 41931/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 03/10/2005)

“CRIMINAL. HC. ECA. FURTO QUALIFICADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. DECISÃO INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REITERAÇÃO INFRACIONAL OU DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA NÃO-DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA.

I. Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas.

II. A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

III. A simples alusão à avaliação feita por técnicos que concluíram que a adolescente não teria condições de retornar ao convívio social, bem como ao respaldo familiar fragilizado, não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema.

IV. Motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, pois não encontra guarida no art. 122 da Lei n.º 8.069/90.

V. O caso dos autos revela que a paciente descumpriu apenas uma vez a medida sócio-educativa de semiliberdade, o que não basta para configurar “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”.

VI. Não resta demonstrada a reiteração no cometimento de outras infrações graves, já que o paciente praticou apenas um ato infracional. Precedente.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, determinando-se o retorno do paciente ao cumprimento da medida sócio-educativa de semiliberdade, se por outros motivos não se encontrar internado. (HC 34.186/SP, DJ de 01/07/2004)

"Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA.

II - A reiteração, para efeitos de incidência da medida de internação, ocorre quando verificados, no mínimo, três casos de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta. Descumprindo-se apenas 1 (uma) vez, como o foi na hipótese dos autos, não é possível a aplicação da referida medida. Recurso provido." (RHC n.º 13.981/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 05/05/2003, p. 00314 - grifos nossos)

"HABEAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL - REINCIDÊNCIA - REITERAÇÃO - MEDIDA DE INTERNAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

- A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA.

- A reiteração, para efeitos de incidência da medida de internação, ocorre quando verificados, no mínimo, três casos de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta. Descumprindo-se apenas 1 (uma) vez, como o foi na hipótese dos autos, não é possível a aplicação da referida medida.

- Ordem concedida para que a menor seja reconduzida à semiliberdade." (STJ, HC 25.817/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 03.06.2003, DJ 18.08.2003 p. 221)

Portanto, para que haja possibilidade de aplicação da medida sócio-educativa de internação, com fundamento no artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário que o adolescente tenha descumprido a medida anteriormente imposta por, no mínimo, três vezes, pois, caso contrário, será configurada apenas a reincidência, o que não enseja a aplicação de tal medida.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

TESE 21

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

É ilegal, no curso da execução, substituir-se medida mais branda pela internação ou semiliberdade com limite máximo de três anos.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 122, as hipóteses taxativas em que é permitida a aplicação de medida sócio-educativa de internação a um adolescente, ressaltando que, conforme estabelece o parágrafo segundo do artigo 120 do mesmo Estatuto, também são aplicadas as mesmas regras à medida de semiliberdade.

Pois bem, a única hipótese em que o mesmo Estatuto permite a aplicação da medida de internação, medida esta a mais severa e que comporta prazo indeterminado, no curso da execução, está prevista no inciso III do mesmo dispositivo, ou seja, nos casos de descumprimento reiterado e injustificável da medida. No entanto, o parágrafo 1º do mesmo artigo determinou que apenas é possível a aplicação de tal medida, com fundamento no inciso III, se for com prazo determinado, ou seja, prazo de no máximo três meses, sendo na modalidade “sanção”, pelo que se conclui que é incabível a regressão de medida mais branda por outra com prazo indeterminado.

Ora, apenas é possível a aplicação, no curso da execução, de medida sócio-educativa de internação, se fundamentada no inciso III do artigo 122 do ECA. E, neste caso, conforme o parágrafo 1º do mesmo dispositivo, o prazo deverá ser de até três meses, pois se trata exceção à regra de que a internação não comporta prazo determinado.

“Trata-se, aqui, de uma dissuasora em relação à disposição revelada pelo adolescente de não acatar medida sócio-educativa a ele imposta por decisão judicial. Nesse caso, a privação da liberdade não poderá exceder a três meses”[1] (grifo nosso).

Dessa forma, certamente não é possível a substituição de medida sócio-educativa mais branda por outra cujo prazo seja indeterminado, de até três anos, pois o próprio Estatuto da

Criança e do Adolescente dispôs expressamente que a internação, com fundamento no artigo 122, inciso III, não poderá exceder três meses, conforme o parágrafo primeiro.

Além disso, não obstante o artigo 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça que “aplica-se a este capítulo o disposto nos arts. 99 e 100”, necessário observar o que prevê os artigos 121 e 122 do mesmo Estatuto, suas hipóteses taxativas e suas ressalvas, como acima exposto.

Assim, não podem as medidas sócio-educativas mais brandas serem substituídas por aquelas cujo prazo é indeterminado, de até três anos, e que se submetem ao princípio da excepcionalidade, princípio este que tem previsão constitucional (artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME DE SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL: FURTO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. LEI 8.069/90, arts. 101, 112, VII, 113 e 122. I. - Compete ao juízo de mérito da ação socioeducativa, após o procedimento de apuração do ato infracional no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas de internação previstas nos incisos I e II do art. 122 do ECA. II. - Não há falar em “internação-substituição” com fundamento no art. 113 do ECA, dado que a substituição somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção. Precedentes. III. - H.C. deferido” (STF, HC 85503/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.06.05, DJ 26.08.05 – grifo nosso).

“1. Descumprimento da medida sócio-educativa aplicada pela prática de ato infracional, em tese, não sujeito à medida de internação e cometimento de novo ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa, apurado em processo diverso: Substituição da medida aplicada por outra de internação, com fundamento no art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90): Impossibilidade.

A prática de ato infracional ‘mediante grave ameaça ou violência a pessoa’ ou a reiteração ‘no cometimento de outras infrações graves’ (Art. 122, I e II, respectivamente), embora justifiquem, per si – após o procedimento de apuração do ato infracional, com as garantias previstas -, a aplicação da medida de internação de que trata o art. 121, não servem para fundamentar a substituição da medida já aplicada pela de internação.

De outro lado, descumprida, a medida de semiliberdade, por uma púnica vez, sequer caberia invocar, a regressão prevista no art. 122, III, aplicável apenas às hipóteses de ‘descumprimento reiterado e injustificado’.

Também não há falar em ‘internação-substituição’ com fundamento no art. 113 da 8.069/90, tendo em vista que a substituição – na linha da tese adotada no HC 74.715, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.5.97 – somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção (arts. 101; e 112, VII). 2. Ordem deferida” (STF, HC 84.603-3, São Paulo, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.11.2004, DJ 03.12.2004).

“INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Representação. Procedência. Regime de semiliberdade. Execução socioeducativa. Nova apreensão por ato infracional grave. Instauração de outra representação. Nova medida de semiliberdade. Substituição conseqüente do primeiro regime por internação sem prazo determinado. Aplicação extensiva do art. 113 do ECA. (Lei nº 8.069/90). Inadmissibilidade. HC deferido. Inteligência

dos arts. 110, 111 e 122 do ECA. Não é lícito, sobretudo em processo de execução socioeducativa, substituir medida de semiliberdade, imposta em processo de conhecimento, por internação sem prazo determinado, à conta de novo ato infracional do adolescente” (STF, HC 84682/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.03.05, DJ 01.03.05 – grifo nosso).

Também, o Superior Tribunal de Justiça:

“Com efeito, os artigos 99, 100 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretados levando-se em conta as hipóteses estabelecidas taxativamente no artigo 122 do mesmo diploma legal (...) Não se enquadrando o caso em exame em quaisquer desses incisos, incabível a internação por prazo indeterminado, não sendo fundamento suficiente a gravidade do ato infracional ou a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente” (STJ, HC nº 2008/0128594-4, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.08.08, 02.09.08. – grifos nossos).

“CRIMINAL. HC. ECA. ROUBO. SEMILIBERDADE. MENOR EVADIDO. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL. DESCUMPRIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PROGRESSÃO PARA A MEDIDA MAIS BRANDA. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES NÃO DEMONSTRADA. LAPSO TEMPORAL LIMITADO A TRÊS MESES. PREVISÃO TAXATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.. ORDEM CONCEDIDA.

No âmbito da sistemática especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a substituição de medida anteriormente imposta a adolescente poderá ocorrer quando verificada sua insuficiência à ressocialização do menor, tendo em vista que o Magistrado deve estar atento às condutas supervenientes dos menores, nos termos do art. 99, art. 100 e art. 113, todos da Lei n.º 8.069/90, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.

Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas.

A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

O descumprimento da medida anteriormente imposta ao adolescente, o qual se evadiu no período em que estava engajado em medida de semiliberdade e cometeu um novo ato infracional equiparado a furto não é causa suficiente para privação total de sua liberdade por prazo indeterminado.

Não resta configurada a hipótese disposta no art. 122, inciso III, do ECA, tendo em vista o “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”, pois o paciente descumpriu apenas uma vez a medida sócio-educativa mais branda, ao empreender fuga da unidade em que estava recolhido e praticar novo ato infracional.

Determinada a regressão da medida, por descumprimento de outras anteriormente determinadas, deve ser observado o prazo máximo de três meses, ínsito no art. 122, § 1º, do ECA, o qual, desrespeitado, enseja constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

Afigura-se desproporcional a imposição da medida mais gravosa sem prazo determinado em razão da suposta prática de novo ato infracional equiparado a furto qualificado, pois tal tipo é desprovido de violência ou grave ameaça à integridade física ou moral da pessoa. Precedentes.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, determinando-se o retorno do paciente ao cumprimento da medida sócio-educativa de liberdade assistida, se por outros motivos não se encontrar internado.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator” (grifos nossos - HC 50777/DF – Quinta Turma – Rel. Ministro Gilson Dipp – j. 09.05.2006 – DJ 05.06.2006, p. 303.).

“CRIMINAL. HC. ECA. ROUBO QUALIFICADO. LIBERDADE ASSISTIDA. FURTO QUALIFICADO. SEMILIBERDADE. PROGRESSÃO PARA A MEDIDA MAIS BRANDA. DESCUMPRIMENTO. PRÁTICA DE NOVOS ATOS INFRACIONAIS. INTERNAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO. FUGA DA UNIDADE DA FEBEM. SUBSTITUIÇÃO POR INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA. LAPSO TEMPORAL LIMITADO A TRÊS MESES. PREVISÃO TAXATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA.

No âmbito da sistemática especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a substituição de medida anteriormente imposta a adolescente poderá ocorrer quando verificada sua insuficiência à ressocialização do menor, tendo em vista que o Magistrado deve estar atento às condutas supervenientes dos menores, nos termos do art. 99, art. 100 e art. 113, todos da Lei n.º 8.069/90, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.

Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas. A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

O descumprimento das medidas anteriormente impostas ao adolescente, o qual se evadiu durante procedimento de sua transferência entre as unidades da FEBEM e cometeu três novos atos infracionais equiparados a furtos qualificados e tentativa de furto, não é causa suficiente para privação total de sua liberdade por prazo indeterminado.

Resta configurada a hipótese disposta no art. 122, inciso III, do ECA, tendo em vista o “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”, pois o paciente descumpriu por quatro vezes as medidas sócio-educativas mais brandas, ao empreender fuga da unidade da FEBEM e praticar novos atos infracionais.

Determinada a regressão da medida, por descumprimento de outras anteriormente determinadas, deve ser observado o prazo máximo de três meses, insito no art. 122, § 1º, do ECA, o qual, desrespeitado, enseja constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

Afigura-se desproporcional a imposição da medida mais gravosa sem prazo determinado em razão da suposta prática de três atos infracionais equiparados a furtos qualificados e tentativa de furto, pois tais tipos são

desprovidos de violência ou grave ameaça à integridade física ou moral da pessoa. Precedentes.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, determinando-se o retorno do paciente ao cumprimento da medida sócio-educativa de liberdade assistida, se por outros motivos não se encontrar internado.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator” (STJ, HC 50350/SP, 5ª Turma, Rel Min. Gilson Dipp, j. 14.03.06, DJE 03.04.06).

“CRIMINAL. HC. ECA. ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO PARA SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. SUBSTITUIÇÃO POR INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. LAPSO TEMPORAL LIMITADO A TRÊS MESES. PREVISÃO TAXATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES OU DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA.

No âmbito da sistemática especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a substituição de medida anteriormente imposta a adolescente poderá ocorrer quando verificada sua insuficiência à ressocialização do menor, tendo em vista que o Magistrado deve estar atento às condutas supervenientes dos menores, nos termos do art. 99, art. 100 e art. 113, todos da Lei n.º 8.069/90, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.

Deve-se observar o caráter excepcional da medida de internação, não obstante a autorização dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a substituição de medidas sócio-educativas.

A internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, devendo ser sopesada a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável.

O descumprimento das medidas anteriormente impostas ao menor, o qual se evadiu, por duas vezes da unidade de semiliberdade, tendo cometido novo ato infracional equiparado a porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, não é causa suficiente para privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema, a qual não encontra guarida no art. 122 da Lei n.º 8.069/90.

O caso dos autos revela que o paciente descumpriu por duas vezes a medida de semiliberdade, ao evadir-se do CRIAM Ilha do Governador, praticar novo ato infracional, e, ao ser recapturado, tornar a empreender fuga da unidade em que cumpria a semiliberdade, fato este que não basta para configurar “descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta”.

Não resta demonstrada a reiteração no cometimento de outras infrações graves, já que o paciente praticou apenas um ato infracional. Precedentes.

Determinada a regressão da medida, por descumprimento de outra anteriormente determinada, há que se observar o prazo máximo de três meses, insito no art. 122, § 1º, do ECA, o qual, desrespeitado, enseja constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que estabeleceu internação por prazo indeterminado, determinando-se o retorno do paciente

ao cumprimento da medida sócio-educativa de semiliberdade, se por outros motivos não se encontrar internado. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator” (STJ, HC 46565, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.12.05, DJE 19.12.05).

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. LIBERDADE ASSISTIDA. PRÁTICA DE CRIME NOVO ATO INFRACIONAL. REGRESSÃO. INTERNAÇÃO. ART. 122, III. PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE.

Não cabe medida sócio-educativa de internação ao adolescente para além das hipóteses elencadas, de modo taxativo, no artigo 122 da Lei nº 8.069/90.

A internação pelo disposto no artigo 122, III, do ECA, deve respeitar o limite de 3 (três) meses (art. 122, § 1º).

ORDEM CONCEDIDA para anular a medida de internação, por prazo indeterminado, aplicada ao menor infrator, sem prejuízo que outra mais branda seja aplicada ao adolescente” (STJ, HC 34594, 6ª Turma, Rel Min. Paulo Medina, j. 16.12.04, DJE 18.04.05).

“HABEAS CORPUS. ECA. REGRESSÃO DE SEMILIBERDADE PARA INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. PRÁTICA DE APENAS UM ATO INFRACIONAL SEM EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A internação-sanção em decorrência de descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta tem o prazo máximo de 3 meses. Regra expressa do art. 122, § 1º, do ECA.

2. Impossibilidade de internação por prazo indeterminado, constrangimento ilegal configurado.

3. Ordem concedida e recondução à semiliberdade.” (STJ – HC 35831 / SP – Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - SEXTA TURMA - UNÂNIME - DJ 06.09.2004 p.00312 - grifo nosso)

Portanto, não obstante a previsão dos artigos 99 e 100 c.c. o artigo 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há possibilidade de substituição de medida sócio-educativa mais branda pela de semi-liberdade ou pela de internação por prazo indeterminado, no curso da execução, tendo em vista que tais medidas se submetem ao princípio da excepcionalidade, nos termos do artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal, 120, §2º, 121, caput, e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta maneira, para aplicação de medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado ou de semi-liberdade, é necessário que haja a prática de ato infracional que seja compatível com as hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que seja instaurado processo de conhecimento com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, onde tal nova medida sócio-educativa poderá ser aplicada.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo
Estagiária da Defensoria Pública

Referências Bibliográficas:

[1] COSTA, Antônio Calos Gomes. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed., atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 453.

TESE 22

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

Não cabe medida sócio-educativa de internação por tráfico de intorpecentes em caso de adolescente sem antecedentes ou com apenas um antecedente por infração grave.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

O caput do artigo 121 da Lei 8069/90 prevê que a medida sócio-educativa de internação submete-se ao princípio da excepcionalidade. Neste mesmo sentido é o disposto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal quanto às medidas sócio-educativas em meio fechado.

Isso se dá porque tais medidas sócio-educativas são as mais graves das previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois privam o adolescente de seus direitos de liberdade de ir e vir bem como o de convivência com a família e com a comunidade, os quais são estabelecidos expressamente no caput do citado dispositivo constitucional.

O artigo 122 da Lei 8069/90 estabelece rol taxativo dos casos em que cabe a medida sócio-educativa de internação, e, por ser restritivo de direitos, deve ser o aludido dispositivo interpretado restritivamente. Dispõe este dispositivo: “a medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta” (grifos nossos). A expressão “só poderá ser aplicada quando” já indica que, como acima exposto, trata-se de rol taxativo.

Além disso, o parágrafo 2º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Assim, da análise do princípio da excepcionalidade que norteia a aplicação da medida sócio-educativa de internação, bem como dos dispositivos acima citados, conclui-se que tal medida somente poderá ser aplicada se presente alguma das hipóteses taxativas do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima citadas e desde que outra medida sócio-educativa mais branda não seja adequada ao caso concreto.

Há muita polêmica quanto a aplicação das medidas sócio-educativas nos casos em que o ato infracional praticado é o de tráfico de entorpecentes. Existe posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que tal ato seria extremamente grave, tanto que equiparado a crime hediondo para o adulto que pratique a mesma conduta, de modo que a violência potencial a toda a sociedade autorizaria a aplicação da medida sócio-educativa de internação com fundamento no inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, como acima já citado, o rol do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente é taxativo, tanto que seu caput é expresso ao dizer a medida sócio-educativa de internação só poderá ser aplicada nos casos nele previstos. Sendo rol taxativo, não se pode admitir interpretação extensiva, como a que quer abarcar o tráfico de entorpecentes, conduta esta que, em seu tipo penal correspondente, não tem qualquer elementar de violência ou grave ameaça à pessoa.

Além disso, o princípio da excepcionalidade que norteia as medidas sócio-educativas em meio fechado também indica que a interpretação das hipóteses de cabimento de tais medidas deve ser restritiva.

Conforme Cury, Garrido e Marçura, em Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, o ato infracional em apreço não pode dar ensejo à internação: “a violência deve integrar o tipo penal, afigurando-se incorreta a determinação de internação de adolescente primário por tráfico de entorpecentes, sob o argumento de violência à sociedade, mesmo porque todo e qualquer ato infracional revela desvalor social”[1].

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja adepto a primeira corrente aqui exposta, é possível encontrar posicionamentos isolados no sentido aqui defendido, vejamos:

“MENOR - Habeas Corpus – procedência de representação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Aplicação de internação – Alegada violação do princípio da excepcionalidade da medida sócio-educativa – Declaração da ilegalidade decorrente da inobservância das hipóteses taxativas, previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ordem concedida.

O decreto de internação fundado na natureza do ato infracional não conta com amparo legal, ainda que inequívoca a sua gravidade e potencialidade lesiva.

Se o diploma legal que rege a forma de ressocialização do menor infrator não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador; trata-se de princípio básico de hermenêutica.

(...) De remate, o paciente não registra antecedentes, e, portanto, não se cogita de manutenção da medida sócio-educativa com fundamento no inciso II, do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por tais sucessos, inadequada a medida sócio-educativa de internação, vislumbrando-se, conseqüentemente, o constrangimento ilegal autorizador do acolhimento do remédio heróico” (TJ, HC nº 158.672-0/4-00, Cam. Esp., voto vencido, Rel Des. Eduardo Pereira Santos, j. 14.4.2008).

Ainda:

“MENOR. INTERNAÇÃO. PRÁTICA DE FURTO QUALIFICADO TENTADO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE TÉCNICA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ORDEM CONCEDIDA PARA SUBSTITUIR A INTERNAÇÃO POR LIBERDADE ASSISTIDA. Voto vencido.

A internação imposta não guarda correlação com os atos infracionais praticados, a rigor do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que cuida, sabidamente, de rol taxativo para a medida de segregação.

Questões de política criminal ou de interpretação analógica não podem ser usadas para adequar o conteúdo da lei à realidade social se importam em prejuízo ao acusado, seja ele réu ou representado, como no caso dos autos. É regra elementar de hermenêutica.

Se o estatuto que rege a forma de ressocialização do menor infrator, imposto pelo Estado, não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador.

A matéria encontra-se pacificada junto ao C. Superior Tribunal de Justiça (RHC 21400/SP, HC 76332/SP), bem como junto ao C. Supremo Tribunal Federal (HC 89326, HC 88748)” - TJ/SP, HC 157.955-0, Sorocaba, Des. Eduardo Pereira Santos, 05.05.2008.

Também no mesmo sentido é a declaração de voto vencido do mesmo relator acima citado no julgamento do HC nº 158.112-0/0 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça com julgamento em 14.4.2008.

Já o Superior Tribunal de Justiça, na análise do tema, tem se posicionado no sentido aqui defendido:

“(…) é exaustiva a enumeração das hipóteses legais de imposição da medida de internação, incabendo toda e qualquer interpretação extensiva ou aplicação analógica de norma, mormente porque em prejuízo da liberdade.

Desse modo, mesmo em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que considerado equiparado a hediondo, não se caracterizando hipótese de reiteração na prática do ato infracional, é inaplicável a medida sócio-educativa de internação” (STJ, HC nº 108.427-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.07.2008). Também no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS Nº 108.430 - SP (2008/0128516-0), RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, IMPETRANTE: GISELE

XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INÁCIO - DEFENSORA PÚBLICA, IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PACIENTE: R I (INTERNADO). EMENTA - Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 3. Habeas Corpus concedido, para anular o acórdão no tocante à medida de internação, a fim de que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 11 de setembro de 2008 (Data do Julgamento). NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ainda aqui deve ser analisado o disposto no inciso II do artigo 122 do mesmo Estatuto, quanto à impossibilidade de aplicação de medida sócio-educativa de internação ao adolescente pela prática de tráfico de entorpecentes caso tenha apenas um antecedente.

Tal dispositivo legal, como acima exposto, prevê que é possível a aplicação de medida sócio-educativa de internação por reiteração no cometimento de atos infracionais graves, ainda que sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Primeiramente, tendo em vista o princípio constitucional fundamental da presunção de inocência, não podem ser considerados, para configurar a incidência de tal dispositivo legal, processos em andamento ou arquivados. Neste sentido:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO ESTABELECIDA EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REITERAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MALFERIMENTO AO ART. 122 DA LEI 8.069/90. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A internação, medida sócio-educativa extrema, está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora Paciente, cujo ato infracional – tráfico ilícito de entorpecentes – deu-se sem uso de violência ou grave ameaça à pessoa. Precedentes. 2. Embora o menor possua passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, nenhuma delas resultou na aplicação da medida sócio-educativa, razão pela qual não resta configurada a reiteração na prática de infrações graves, de sorte a ensejar a imposição da medida extrema. Superior Tribunal de Justiça. 3. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente o aguardo da nova decisão em liberdade assistida.” (grifos nossos - HC nº 92.032/SP, Rel Min. Laurita Vaz, DJU 17/03/2008).

Ainda, com fundamento no princípio da presunção de inocência e também pela disposição expressa do artigo 127 do ECA, eventual remissão concedida ao adolescente não gera antecedentes e, portanto, tais processos não podem ser considerados para fins de reiteração na prática de atos a subsidiar a medida sócio-educativa de internação com fundamento no inciso II do artigo 122 do ECA.

Por fim, este dispositivo legal fala em “reiteração”, mas não há norma explicativa no Estatuto em análise quanto ao alcance de tal expressão. É certo, porém, que reiteração não pode ser vista como sinônimo de reincidência, pois o legislador não se utilizaria de expressões diferentes para se referir a sinônimos. Além disso, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente foram criadas a partir de determinação do Código Penal, em seu artigo 27, e, posteriormente, da Constituição Federal, em seu artigo 228, que determinaram ser inimputável o indivíduo que não tivesse completado dezoito anos, pelo que estaria sujeito a legislação especial. É óbvio que tal legislação especial deve dar tratamento mais brando ao adolescente, já que pessoa em desenvolvimento, de modo que a interpretação de tal Estatuto deve-se harmonizar com tal princípio.

Portanto, para configurar a reincidência, falando-se em termos bastante genéricos, basta uma conduta anterior, com sentença transitada em julgado. Entretanto, tendo em vista os argumentos acima citados, deve-se interpretar que, para ser considerada reiteração, são necessárias duas condutas anteriores, e, observando-se o Princípio da presunção da inocência, obviamente necessária a declaração de que foram praticadas pelo adolescente por sentença transitada em julgado.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recentes julgamentos. Deve-se observar que o primeiro acórdão abaixo transcrito é até mais abrangente que o entendimento aqui defendido, já que fala em três atos anteriores:

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REITERAÇÃO NO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.862/PA, o fato do Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do writ ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal coator.

2. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação.

3. A reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente.

4. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

5. Habeas Corpus concedido para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado (HC 97.108/SP,

Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21.02.2008, DJ 10.03.2008 p. 1).

Ainda no mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A PORTÉ ILEGAL DE ARMA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).

III - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação da referida medida (Precedentes). Ordem concedida” (STJ, HC 99474, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 03.06.2008, DJE 04.08.08 – grifos nossos).

Desta maneira, não é cabível a medida sócio-educativa de internação por ato infracional de tráfico de entorpecente, caso o adolescente não tenha antecedentes (no que se inclui também as hipóteses de processos em andamento, arquivados ou onde foi concedida remissão) ou tenha apenas um antecedente grave.

Referências Bibliográficas:

[1] Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

TESE 23

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

Não é possível a aplicação da internação prevista no artigo 122, III, em caso de descumprimento de medida aplicada com remissão.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica

A remissão está prevista no art. 126 do ECA, podendo ser ministerial ou judicial.

O artigo 127 do ECA expressamente permite a aplicação cumulativa das medidas em meio aberto à remissão, salientando, entretanto, que sua aplicação não prevalece para efeito de antecedentes.

Conforme lembra João Batista da Costa Saraiva, é cabível a arguição da inconstitucionalidade do referido dispositivo uma vez que autoriza a aplicação da “remissão com a aplicação de medida sem o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, por submeter o adolescente à constrição penal sem a caracterização da responsabilidade correspondente.” [1]

Nesse sentido:

"Realmente, a remissão pré-processual não se harmoniza com a aplicação de medidas sócio-educativas porque aquela, no caso, é perdão e forma de exclusão do processo (art. 126 do ECA). Portanto, a decisão agravada bem decidiu pelo arquivamento deixando de executar a medida sócio-educativa aplicada. Se fosse determinado o cumprimento da medida de liberdade assistida imposta, o menor iria sofrer evidente constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, reparável, inclusive, via de habeas corpus - passível de concessão até ex-officio, inobstante a alegada ocorrência de coisa julgada cujo mérito não se faz necessário examinar" (Ag. Inst. 26.470-0/4 - TJSP – Cam. Esp. - rel. Pereira da Silva).

“MENOR - Ato infracional - Remissão concedida pelo Ministério Público que exclui o procedimento judicial - Artigo 126, "caput" do Estatuto da Criança e do Adolescente - Impossibilidade dessa benesse incluir a aplicação de medida sócio-educativa, que pressupõe a prévia e regular instauração do procedimento judicial - Nulidade da sentença homologatória cuja execução era pretendida - Precedentes desta Câmara Especial - Apelação do Ministério Público a que se nega provimento.” (Apelação Cível n. 55.512-0 – TJ SP - Câmara Especial - Relator: Alvaro Lazzarini - 27.04.2000).

“APELAÇÃO CRIMINAL. MENOR INFRATOR. CUMULAÇÃO DE REMISSÃO COM APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Direito da criança e do adolescente em ter ciência do ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica promovida por profissional habilitado. Medida socioeducativa que só pode ser aplicada pela autoridade competente. Recurso desprovido.” (Número do processo: 1.0024.05.886108-9/001(1) TJ MG Relator: REYNALDO XIMENES CARNEIRO Data do Julgamento: 28/06/2007).

“ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INADMISSIBILIDADE - JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO - AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1-Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação ao adolescente de medidas socioeducativas pela prática de ato infracional, impossível a sua cumulação com a remissão concedida pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige procedimento próprio, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório (arts. 5ª, LIV, CF e 111, ECA). 2- A finalidade precípua do juízo de retratação é a reforma mais célere

da decisão, dando ao juiz a possibilidade de examinar também os argumentos aduzidos nas razões de recurso, não ocorrendo nulidade caso não seja exercido.” (1.0024.05.722070-9/001(1) - TJ MG – relator Sérgio Braga – julgado 19/12/2006).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades ratificou a constitucionalidade do art. 127 do ECA, entendendo que as medidas sócio-educativas em meio aberto têm acentuada natureza sócio-pedagógica e, quando cumulada à remissão perdem todo caráter sancionatório, assumindo feição protetiva, tanto que não prevalecem para efeitos de antecedentes, motivo pelo qual prescinde de comprovação de culpa.

Tem-se a seguir os acórdãos mencionados acima:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa. 2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (RE 248018 / SP; Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; j. 06/05/2008; 2ª T.; DJ 20/06/2008)

“EMENTA: Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido.” (RE 229382/SP; Rel. Min. MOREIRA ALVES; j. 26/06/2002, Tribunal Pleno, DJ 31-10-2002)

Além de nítida violação ao devido processo legal, é possível criticar este entendimento uma vez que a força estigmatizante da medida sócio-educativa é a mesma, tendo sido ela resultante de um juízo condenatório ou não, isso porque é cumprida no mesmo espaço e encerra a mesma simbologia social de adolescente infrator.

No entanto, caso o defensor público se depare com a aplicação conjunta de remissão e medida em meio aberto, é certo que o descumprimento desta não pode ensejar a internação-sanção prevista no art. 122, III do ECA.

O descumprimento da medida que condiciona a remissão na forma suspensiva enseja simplesmente o prosseguimento do feito.

Já na forma extintiva, a medida sócio-educativa configura mera obrigação natural, podendo apenas ser substituída por outra medida em meio aberto conforme previsão do art. 128 do ECA.

Em razão disso, o descumprimento da medida sócio-educativa cumulada com remissão não pode ensejar a internação-sanção, uma vez que o próprio art. 110 do ECA estipula que a privação de liberdade não prescinde da observância do devido processo legal, não havendo outra solução além do arquivamento do feito.

A seguir, a jurisprudência acerca do assunto:

“Habeas-corpus. Furto qualificado. Remissão. Aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com medidas de proteção. Descumprimento das medidas. Decisão que determinou a substituição da medida aplicada para a de internação da adolescente. Alegada coação ilegal. Liminar indeferida. Constrangimento ilegal caracterizado. Cerceamento de defesa. Ausência do devido processo legal. Garantia constitucional. Expedição de alvará de soltura clausulado. Ordem concedida.” (HC nº 107.406-2, TJ PR, ac. nº 13334 - 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Clotário Portugal Neto, j. 31/05/2001).

“ECA. HOMOLOGAÇÃO DE REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR - Não é possível homologar remissão concedida à adolescente, cujos pais não foram instruídos por defensor, face ao princípio constitucional de ampla defesa. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA MEDIDA DE INTERNAÇÃO – Para a conversão da remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para a medida de internação deverá ser instaurado o procedimento pertinente ao devido processo legal. NECESSIDADE DE OITIVA DO MENOR PARA REGRESSÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - Está consolidada na jurisprudência a imprescindibilidade da oitiva do menor para se realizar a regressão de medida sócio-educativa. A inobservância desta formalidade leva a anulação do ato, pois viola garantia da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando o adolescente apresentar sua justificativa quanto ao eventual descumprimento das condições da medida estipulada. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME.” (HC nº 70004531497, 2ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Relator: Mário Crespo Brum, julgado em 29/07/2002).

“HABEAS CORPUS. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. CONVERSÃO PARA INTERNAÇÃO. DESCABIMENTO. Não é possível converter a remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para medida de internação, sem o oferecimento da representação contra o adolescente e abertura da instrução do procedimento. Ordem concedida.” (HC nº 70003467578, 7ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 21/11/2001).

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO COM EXTINÇÃO DO PROCESSO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA QUE NÃO SE ESGOTA EM SI MESMA. IMPOSSIBILIDADE. A remissão judicial, perdão que é, como forma de extinção do processo, não comporta aplicação de medida sócio-educativa que não se esgote em si mesma. Sendo a advertência a única medida com esta característica, só esta tem o condão de ser aplicada na remissão judicial como forma de extinção do processo. As demais medidas cabíveis na execução legal só podem ser aplicadas com a suspensão do processo. Se o magistrado extingue o processo e aplica a medida de prestação de serviços à comunidade, que, por não cumprida, converte em internação, duplo é o constrangimento ilegal sofrido pelo adolescente, reparável pela via do Habeas corpus, mormente se proferida sem o devido processo legal e sem prévia oitiva do suposto infrator. Concederam a ordem.” (HC nº 70002959450, 2ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 01/10/2001).

“HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO A MEDIDA PARA INTERNAÇÃO SEM OPORTUNIDADE DE DEFESA, MANIFESTAÇÃO DO ADOLESCENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.” (HC nº 70003445582, 8ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, julgado em 22/11/2001).

“HABEAS CORPUS. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. CONVERSÃO PARA INTERNAÇÃO. DESCABIMENTO. Não é possível converter a remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para medida de internação, sem o oferecimento da representação contra o adolescente e abertura da instrução do procedimento. Ordem concedida.” (HC nº 70003467578, 7ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: José Carlos Teixeira George, julgado em 21/11/2001).

“MENOR - Remissão oferecida pelo Ministério Público cumulada com medida de liberdade assistida - Homologação pela Autoridade Judiciária - Conversão em internação ante o descumprimento da ordem judicial pelo menor - Inadmissibilidade - Nulidade absoluta - A aplicação de medida sócio-educativa cumulada com a remissão só é possível com o devido processo legal - Inocorrência - Necessidade de recolhimento do mandado de busca e apreensão - Ordem concedida.” (Habeas Corpus n. 047.451-0 – TJ SP - Câmara Especial - Relator: Djalma Lofrano - 02.04.98).

“ECA. Regime de internação imposto por descumprimento de medida sócio-educativa anterior nos termos do inc. II do art. 122 do ECA e que fora imposta à concessão de remissão. Circunstância por si que não autorizaria a aplicação da internação sanção. Ilegalidade existente. Ordem concedida.” (HC 50.003.0/5-00 rel. Alvaro Lazzarini TJSP – Cam. Esp).

“Trata-se de internação-sanção imposta em virtude de descumprimento pela paciente de medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada quando da homologação pelo Juízo da remissão concedida pelo Ministério Público. E é entendimento deste relator da impossibilidade de aplacação de qualquer medida socioeducativa sem a existência do devido processo legal, no caso de procedimento de apuração de ato infracional. Ora, a própria liberdade assistida imposta de forma inadequada já consistiria em constrangimento ilegal a paciente. Destarte, com maior razão a ilegalidade da conversão da liberdade assistida em internação-sanção.” (HC 48.273.0/6 - TJSP – Cam. Esp - rel. Cunha Bueno)

“Habeas Corpus - aplicação da internação-sanção em virtude de descumprimento de liberdade assistida imposta sem a existência de

procedimento de apuração de ato infracional - concessão da ordem.” (HC 49.121.0/0-00 - TJSP – Cam. Esp - rel. Álvaro Lazzarini)

“Habeas Corpus - conversão para internação de medida sócio-educativa imposta sem procedimento de apuração de ato infracional - concessão da ordem.” (HC. 56.530.0/3-00 – TJ SP - rel. Cunha Bueno)

“Agravo de Instrumento - imposição de internação-sanção decorrente do descumprimento pelo menor de medida sócio-educativa imposta por ocasião da homologação da remissão pré -processual - violação ao princípio do devido processo legal - habeas corpus concedido de ofício e recurso prejudicado.” (AI 47.031.0/5-00 - TJSP – Cam. Esp - rel. Cunha Bueno).

Referências Bibliográficas:

[1] SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e o ato infracional. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 138

TESE 24

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: Infância e Juventude

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

A medida em meio aberto executada em face de jovem maior de 18 anos, em substituição à medida de internação ou semi-liberdade, não enseja qualquer sanção em caso de descumprimento.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

A questão cuida da exigibilidade do cumprimento de medida em meio aberto aplicada em substituição à medida de internação ou semiliberdade aos maiores de dezoito anos.

Em primeiro lugar, é necessário observar que a ausência de legislação específica sobre a execução de medida socioeducativa dificulta o estabelecimento de critérios e que, muitas vezes, a Lei de Execução Penal é usada como parâmetro.

Contudo, a progressão de regime de cumprimento de pena tem sido indesejadamente transportada para a medida socioeducativa.

Em termos gerais, a finalidade da pena é intimidar (abstratamente), reprimir e reeducar (concretamente). Nesse contexto, a progressão de regime de pena faz parte do fim de ressocialização.

No caso dos adolescentes, a medida socioeducativa tem (ou deveria ter) caráter eminentemente pedagógico, de modo que o período de ressocialização varia conforme a condição pessoal de cada adolescente. Talvez por isso as medidas que impõem privação da liberdade – internação e semiliberdade – não são aplicadas por prazo determinado, viabilizando o estudo e o trabalho individualizado de cada adolescente e sua família.

Em vista disso, não faz sentido submeter o adolescente à medida de internação, em período, em média, não inferior a seis meses e, após a avaliação favorável dos técnicos, substituir a medida privativa de liberdade por outra em meio aberto. Isso implica verdadeira duplicidade de processos de ressocialização.

Lembre-se que a possibilidade de substituição da medida a qualquer tempo, prevista no artigo 99, do ECA, não estabelece qualquer relação com a necessidade de progressão de medidas, como regra. Aliás, se a progressão fosse utilizada também no seu aspecto benéfico, os juízes deveriam justificar a manutenção de adolescentes primários em internação já a partir dos três meses, e não dos seis meses previstos na legislação.

Cabe ressaltar que o ECA, no seu artigo 94, prevê o acompanhamento do recém desinternado, o que faz cair por terra o argumento de que a substituição por medida em meio aberto serve como amparo ao reingresso social.

Apesar disso, o comum é haver essa progressão.

Nesse ponto, a discussão direciona-se à situação em que o jovem, com mais de dezoito anos, é “progredido” para medida em meio aberto.

O artigo 2º do ECA, apresenta a seguinte redação:

“Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.”

Nota-se que há um único dispositivo legal que prorroga a aplicação do ECA para os maiores de dezoito anos:

“Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(...)

§5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.”

Assim, somente no caso da internação é que se pode exigir o cumprimento da medida aos maiores de dezoito anos.

A leitura de que se é possível prorrogar até os vinte e um anos o cumprimento da medida mais grave, também é possível prorrogar para as demais medidas, é perversa. Isso porque a norma inscrita no parágrafo quinto mencionado é de exceção e cuida de privação da liberdade, de modo que seu conteúdo excepcional não pode ser estendido às demais medidas.

Logo, a medida em meio aberto imposta em substituição a outra mais gravosa, após o alcance da maioridade penal implica verdadeira obrigação natural, ou mesmo apresenta caráter eminentemente protetivo.

Sob esse prisma é que se afirma que o Estado não tem poder de exigir o cumprimento da medida em meio aberto imposta em substituição a outra mais gravosa, de modo que não é possível a aplicação de internação-sanção em razão de eventual descumprimento, nessas condições.

TESE 25

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

AREA DE INTERESSE: INFÂNCIA E JUVENTUDE

PROPONENTES: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Cabe ao Defensor postular a extinção de eventual medida sócio educativa em curso na hipótese de o jovem estar respondendo a processo criminal.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

No exercício diário como Defensores do Departamento de Execuções da Infância e Juventude, percebemos que muitos dos jovens que cumpriam medidas sócio-educativas também respondiam por crime perante a justiça comum. Tal situação, extremante corriqueira, muitas vezes trazia grande prejuízo aos jovens e ao próprio processo ressocializador.

Isto porque, em diversas ocasiões, o fato de o jovem estar respondendo por crime dificultava o abrandamento ou a extinção da medida. Duas situações eram mais comumente observadas. A primeira delas consistia na situação de jovens internados ou em cumprimento de semiliberdade que respondiam a processo-crime. Em outra situação estavam os jovens em descumprimento de qualquer medida sócio-educativa que também respondiam a processo-crime.

Muitos juízes, equivocadamente, entendiam que o fato de estar respondendo por crime configurava impedimento, ou ao menos dificuldade, no tocante à decisão de progressão ou extinção da medida.

Entendemos que o fato de o jovem estar respondendo por crime perante a justiça comum acarreta a inexorável perda do objeto da medida sócio-educativa. Ora, o jovem já se encontra sob o foco da justiça comum, não há razão alguma para que seja submetido também à justiça juvenil.

A aplicação das medidas sócio-educativas, após os 18 anos é excepcional (além, é claro, do respeito ao princípio da excepcionalidade previsto no ECA). Se o jovem já responde a processo-crime, por óbvio que não se trata de situação excepcional que justifique a manutenção da medida sócio-educativa, após a maioridade.

Isso sem falar no princípio da imediatidade que deve ser observado na aplicação e execução de qualquer medida sócio-educativa. Muitas vezes o jovem abandonou a medida sócio-educativa há muito tempo, o suficiente para tornar prejudicado o escopo ressocializador, aos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

TESE 26

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

O indeferimento de diligência tendente à localização do réu postulada por curador especial em ação de destituição do poder familiar gera nulidade processual, com fulcro no parágrafo único do artigo 158 do ECA.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente e art. 5º, III, representar em juízo os necessitados na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil.

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 2 promover a participação da Defensoria no Plano Nacional de Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

Fundamentação teórica

A Lei 8069/90, quando trata da perda e suspensão do poder familiar, em seu artigo 158, parágrafo único, estabelece que: “deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal”. Também, o artigo 169, caput, do aludido Estatuto, dispõe que: “nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas seções II e III deste Capítulo”.

Com efeito, devem ser os aludidos dispositivos respeitados em homenagem aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Deve-se, pois, dar a verdadeira oportunidade de defesa, e, para tanto, imprescindível que se esgotem todos os meios de tentativa de localização do réu.

“Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...)”[1].

Isto porque o contraditório é constituído por dois elementos, quais sejam, informação e reação, não admitindo exceções, mesmo em casos de urgência, devendo, em decorrência de sua natureza constitucional, ser observado materialmente e não apenas formalmente[2].

Dessa forma, e, em observância ao citado artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se esgotar todos os meios possíveis para a citação pessoal do réu, para que este possa ter a devida ciência da existência de processo e, desse modo, ter a possibilidade de efetiva defesa. Não havendo realmente mais possibilidade de localização, a

realização da citação ficta é viável, vez que esta pode ser utilizada apenas em circunstâncias excepcionais.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, sobre o tema, alerta que: “para que seja autorizada a citação por edital, é preciso que o réu tenha sido procurado em todos os endereços que constam dos autos, e que não haja meios para localizá-lo”[3] (grifo nosso).

Ressalte-se que a citação por edital “é extremamente excepcional, porque constitui um meio muito precário e pouco confiável quanto aos resultados a obter (...)”[4].

Importante salientar também que o assunto em questão é dos mais importantes, ou seja, a perda do poder familiar. Assim, deve-se observar e respeitar os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pelo que é necessário o exaurimento de todas as tentativas de realização da citação pessoal. “Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa (...)”[5].

Ainda, trata-se o poder familiar de direito indisponível, não podendo o seu titular dele renunciar ou dispor, e, desse modo, necessária se faz a tentativa de localização do réu para que tenha oportunidade de defesa, até que se esgotem os meios possíveis para tanto.

Ora, “a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório, entendendo-se este, inclusive, como a possibilidade jurídica de os pais interessados se valerem do princípio da ampla defesa, sem a observância do qual faleceria o contraditório”[6].

“Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas sociais. A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório. A delação frívola pode provocar graves injustiças. A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levemente”[7].

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - CITAÇÃO EDITALÍCIA - NÃO ESGOTAMENTO DA POSSIBILIDADE DA OBTENÇÃO DA CITAÇÃO PESSOAL - NULIDADE CARACTERIZADA - ANULAÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO - ANÁLISE DO RECURSO PREJUDICADA. É preciso frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando da destituição do pátrio poder, direito indisponível, expressou claramente que devem ser esgotados todos os meios para que a citação ocorra pessoalmente, quando se tratar de cassação deste direito - que se liga umbilicalmente ao direito fundamental de convivência familiar preferencialmente junto à família natural. Assim, somente nos casos em que a citação pessoal se tornar impossível se passará à modalidade ato citatório por edital” (TJ/PR, RECURSO DE APELAÇÃO Nº 2.577-4, DE CASCAVEL, Des. NÉRIO SPESSATO FERREIRA – Relator, 22/02/99 – grifo nosso).

É certo que os dizeres acima expostos se aplicam aos casos em geral do processo civil, já que não há que se falar da validade da citação por edital sem que tenham sido esgotados os meios de citação pessoal do réu. Entretanto, embora tal regra seja clara e até mesmo decorrente dos princípios constitucionais fundamentais da ampla defesa e do contraditório, o Estatuto da Criança e do Adolescente resolveu por bem repeti-la expressamente em seu artigo 158, parágrafo único, tendo em vista a gravidade das

conseqüências das ações de destituição do poder familiar e até mesmo a possibilidade de os pais estarem efetivamente a procura da criança ou do adolescente em questão. Assim, “versando a perda ou suspensão do pátrio poder sobre direito indisponível, o Estatuto dedicou especial cuidado à citação, prescrevendo que deverão ser esgotados todos os meios para que ela se realize na própria pessoa do requerido. Em outras palavras, deu ênfase à citação real, por meio da qual se tem certeza de que o réu ficou ciente da ação que contra ele foi proposta.”[8]

Assim, já que, para muitos, a ação de destituição do poder familiar é aquela que piores conseqüências pode trazer ao réu, devem todos os operadores do direito unir esforços para que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam assegurados e, por conseqüência, que sejam efetuadas todas as diligências possíveis para a citação pessoal dos réus em tais casos.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

Referências Bibliográficas:

- [1] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.
[2] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 57.
[3] Novo Curso de Direito Processual Civil, 4ª ed., Saraiva, 2007, p. 359.
[4] Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 423.
[5] Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família, 3ª edição, V. 6, São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 370.
[6] ANDRADE, Romero de Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed. Atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, pág. 121.
[7] Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4.
[8] AZEVEDO, Luiz Carlos. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários jurídicos e sociais, 9ª ed., atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 606.
-

TESE 27

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE
Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

É vedado ao Defensor Público concordar com a aplicação da medida de internação em sede de processo de conhecimento e de execução.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

O Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou um novo marco ideológico para a atuação do Estado em relação às crianças e aos adolescentes, tanto no que se refere aos Poderes Legislativo e Executivo (políticas públicas), quanto ao Poder Judiciário.

Antes dele, o Código de Menores instrumentalizava a Doutrina da Situação Irregular na qual “a proteção da infância aparece subordinada à ideologia da defesa social” [1] e centrada no seguinte binômio: incapacidade da pessoa menor de 18 anos x proteção do Estado.

A incapacidade da criança e do adolescente se revelava na negação absoluta de qualquer limitação ao poder interventor do Estado, ou seja, na negação da condição de sujeito de direito à criança e ao adolescente.

Já a atuação protetiva do Estado se dava de maneira casuística e arbitrária por meio da figura do juiz de menores, autorizado que era pela lei a empregar seu prudente arbítrio para determinar qualquer ordem de caráter geral que fosse “necessária à assistência, proteção e vigilância do menor” (art. 8º, Lei nº 6.697/79).

O tratamento pretensamente protetivo atingia de forma indiscriminada tanto os menores autores de infração penal quanto aqueles que o juiz de menores declarava estar em situação de abandono (art. 2º Lei nº 6.697/79).

No âmbito da ideologia da defesa social, o menor era considerado um risco social, concreto no primeiro caso e potencial no segundo. Por isso, em consonância com a incapacidade da criança e do adolescente, bem como a de seus responsáveis legais, facilmente presumida inclusive em razão da pobreza da família (art. 2º, I, b, Lei nº 6.697/79), a institucionalização era o meio de intervenção tomado como o mais eficaz para a proteção do menor e da sociedade, como melhor esclarecem as palavras de Emílio Garcia Mendez:

“Em outras palavras, a partir do momento em que as políticas-programas de proteção estão subordinados à lógica da defesa social, estas devem incluir ameaças concretas para dissuadir aos potenciais infratores da ordem social. Este enfoque dá por certo, no caso concreto da infanto-adolescência, a legitimidade e inevitabilidade das práticas de institucionalização (privação de liberdade), tanto em relação a situações de desamparo, como em relação ao rompimento das disposições penais.” [2]

O Estatuto da Criança e do Adolescente propõe a Doutrina da Proteção Integral, que considera crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que merecem a efetivação de todos os direitos reconhecidos aos adultos, além daqueles relacionados com a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (arts. 3º e 6º, ECA).

Quanto à institucionalização de adolescentes autores de ato infracional, tanto a Constituição Federal (art. 227, § 3º, V) quanto o ECA (arts. 121, caput) estabelecem que a privação de liberdade deve ser breve e excepcional, e além disso sua aplicação está limitada às hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

No entanto, é necessário relembrar os argumentos da Doutrina da Situação Irregular para que eles não venham a animar a aplicação desvirtuada da Doutrina da Proteção Integral.

Em uma realidade sócio-econômica extremamente desigual, não é incomum que internado em uma unidade da Fundação Casa o adolescente passe a gozar de condições mínimas de vida que lhe foram negadas quando em liberdade: três refeições diárias, saneamento básico, escola, tratamento para drogadição ou ao menos condição para a abstinência, e até o restabelecimento de laços familiares, por meio da intervenção das assistentes sociais que integram a equipe técnica da Fundação Casa.

A realidade precária inspira decisões que confundem situação de vulnerabilidade social, que reclama providências no sentido da efetivação de direitos fundamentais básicos dos quais as crianças e os adolescentes são titulares, com demanda sócio-educativa, ou seja, com os fundamentos para a necessidade de intervenção repressiva do Estado por meio das medidas sócio-educativas privativas de liberdade.

O impulso protetivo do magistrado pode levá-lo até a desrespeitar as hipóteses objetivas para a aplicação das medidas privativas de liberdade (i-ato cometido mediante violência ou grave ameaça; ii-reiteração de ato grave), ou mesmo as garantias processuais estatuídas na Constituição Federal, no ECA e na legislação processual pertinente, que no caso do processo para a apuração de ato infracional é o Código de Processo Penal, o que gera ilegalidade patente.

Nesse sentido:

“Nessa linha de raciocínio, há Tribunais que ainda determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporia privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem. Em nome do superior interesse, ignoram-se um conjunto de garantias instituídas. Em nome do “amor”, atropela-se a Justiça.”[3]

No entanto, o risco maior é mais sutil e ocorre quando, respeitadas aquelas hipóteses, na avaliação da excepcionalidade das medidas extremas, ou seja, a fim de demonstrar a insuficiência das medidas em meio aberto, os elementos de vulnerabilidade social aparecem como justificadores da necessidade de internação ou semiliberdade. Tal juízo gera também ilegalidade uma vez que contraria o princípio da excepcionalidade (art. 227, §3º, V, CF e 122, §2º, ECA).

No âmbito do processo de apuração de ato infracional, a ausência de políticas públicas deve ser compensada pela aplicação das medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA, que não têm caráter coercitivo e independem de juízo de culpabilidade. E, diante de uma situação de abandono, principalmente o defensor público não pode ceder à aplicação desvirtuada das medidas privativas de liberdade em substituição à efetivação de direitos sociais.

Tanto assim que o próprio Superior Tribunal Federal reconheceu que se deve esgotar a possibilidade de aplicação não só das medidas sócio-educativas em meio aberto, mas também esgotar-se a possibilidade de efetivação das medidas protetivas, antes de julgar imprescindível a internação:

“HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DEFERIDA.

A regra, em se tratando de ato infracional, é a aplicação de uma das medidas sócio-educativas previstas nos incisos I a V do art. 112 do ECA ou qualquer das medidas de proteção previstas em seu art. 101, I a VI. Somente na impossibilidade de aplicação de tais medidas é que deve o juiz aplicar a internação em estabelecimento educacional, sob pena de inobservância dos princípios da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, previstos no inciso V do § 3º do art. 227 da Constituição Federal.” (HC 85148/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 08/03/2005, 2ª T., STF)

Justamente por significar um rompimento com a Doutrina da Situação Irregular é que o ECA, em seus capítulos II e III repete algumas garantias constitucionais e processuais penais básicas, tais como a de que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” (art. 110, ECA).

Diante disso, o conteúdo pedagógico das medidas sócio-educativas não pode escamotear seu caráter punitivo, a fim justificar a aplicação da internação pelo suposto bem que a privação de liberdade representaria para o adolescente, por qualquer que seja o motivo.

Superada a sutileza ideológica que tenta desvirtuar o conteúdo da Doutrina da Proteção Integral usando-a para justificar a mesma prática efetuada sob a égide do Código

de Menores, passemos à análise técnica da concordância do defensor em relação à aplicação da internação como causa de nulidade absoluta.

Novamente repetindo o óbvio, o ECA estabelece que o adolescente tem direito à defesa técnica (art. 111, III).

Aliás, este direito decorre diretamente da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, LV da CF, sem o que qualquer processo ou procedimento padece de legitimidade diante das regras do devido processo legal, sendo, portanto, nulo.

Nesse sentido a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:

“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.”

Por fim, cabe mencionar brilhante voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence que, ao deparar-se com o caso de um defensor que requereu a aplicação da internação por entender ser esta a medida mais eficaz para a ressocialização dos adolescentes, disse:

“Como se colhe do parecer da Procuradoria Geral, a garantia constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – atinge explicitamente todo processo de que possa resultar para alguém a privação do direito de ir e vir – não distingue entre imputáveis e inimputáveis, nem entre a pena de prisão e a chamada medida sócio-educativa de internação, reservada aos menores: da decorre que a todos assegura, como primeiro corolário do due process of law, o contraditório e a ampla defesa.

Nem se trata de contestar a ilusão – que, nas condições brasileiras, raia pelo humo sádico – de que a medida sócio-educativa de internação seja um bem para o adolescente que haja praticado ato infracional: o importante é que a sua aplicação pressupõe a apuração do fato a que cominada.” (RE nº 285.571-5/PR, julgado em 13/02/2001, DJ 06/04/2001)

Assim, considerando o papel constitucional que a Defensoria Pública desempenha no sistema de justiça, é dever funcional do defensor público se posicionar sempre em favor da liberdade do adolescente.

Referências Bibliográficas:

[1] MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos Direitos. Malheiros: SP, 1994, p. 57.

[2] MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos Direitos. Malheiros: SP, 1994, p. 57/58.

[3] SARAIVA, João Batista da Costa. Compêndio de Direito penal Juvenil: Adolescente e ato infracional. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

TESE 28

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Aplicada a internação no caso de ato infracional análogo a roubo a adolescente primário, ausente a fundamentação da excepcionalidade da medida, o Defensor deve impugnar a decisão (sentença ou arcórdão).

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

O inciso I, do artigo 122 do ECA, prevê a possibilidade de aplicação da medida de internação quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Por isso, se interpretado isoladamente, esse dispositivo fundamenta a aplicação da medida de internação.

Contudo, a leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo permite concluir que a subsunção aos incisos I e II do artigo 122 do ECA é apenas a primeira etapa na escolha da medida socioeducativa. Isso porque esse parágrafo prescreve que a medida de internação só poderá ser aplicada se não houver outra medida adequada.

Daí a necessidade de a decisão que impõe a medida de internação apresentar a razão de as outras medidas (em meio aberto ou semi-aberto) não serem adequadas à ressocialização do adolescente, no caso concreto, o que garante a individualização da intervenção estatal (respeito a condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento) e ainda o respeito ao princípio da excepcionalidade que norteia a medida de internação.

Em vista disso, se a decisão que impõe a medida é omissa ou imprecisa com relação a essa apreciação, a ilegalidade é incisiva.

Não bastasse isso, ainda é possível fazer uma comparação com o tratamento destinado aos imputáveis primários e com condições pessoais favoráveis. Nesse caso, a pena fixada ao condenado por roubo, ainda que majorado, não ultrapassaria oito anos, o que implica dizer que o regime de cumprimento da pena, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 33, do Código Penal, seria, na pior hipótese, o semi-aberto.

Como o adolescente não pode ser mais severamente responsabilizado do que um adulto, tal como dispõe o item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil (Regras de RIAD), resta claro que não é possível impor a privação da liberdade ao adolescente. Aliás, essa é a interpretação advinda da leitura dos artigos 3º e 15 do ECA.

Saliente-se que o adolescente não pode ser equiparado de forma pura e simples ao imputável com aplicação de sanções idênticas, pois o adolescente se encontra em situação privilegiada, o que permitirá, inclusive, a aplicação de medida mais branda do que a correspondente ao imputável.

Dessa forma, é recomendável que o Defensor impugne, por meio de apelação ou Habeas Corpus, decisões que aplicam a medida de internação a adolescentes primários responsabilizados pela prática de ato infracional equivalente a roubo.

Segue um modelo de HC impetrado no Superior Tribunal de Justiça que trata do assunto:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

, Defensor Pública do Estado, com endereço para intimações na rua Piratininga, n.º 105, 1º andar, Brás, São Paulo, SP, vem impetrar ordem de

HABEAS CORPUS com pedido de LIMINAR

em favor de ADOLESCENTE, internado na Fundação CASA em São Paulo, tendo em vista estar sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção por conta de ato da Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC n.º), pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. Os fatos

O adolescente foi representado pela suposta prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 3.º, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O ilustre magistrado julgou parcialmente procedente a representação, em face da infração à norma prevista artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando ao adolescente a medida sócio-educativa de internação.

Inconformado com essa decisão, o adolescente interpôs recurso de apelação perante a Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por sua vez, negou provimento ao recurso, mantendo a r. sentença. Ocorre que a decisão não demonstrou a excepcionalidade da medida, atentando-se essencialmente à gravidade do ato.

Assim, a decisão contraria o princípio da excepcionalidade, violando dispositivo expresso na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, o que a torna ilegal.

2. Da ilegalidade na aplicação da medida de internação

A sentença de 1º grau julgou parcialmente procedente a representação, aplicando a medida de internação e a Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à apelação da defesa, mantendo a aplicação da medida sócio-educativa de internação.

Trata-se de adolescente PRIMÁRIO E QUE NÃO TEM INDICAÇÃO TÉCNICA QUE AUTORIZE SUA INTERNAÇÃO. Desnecessária, no atual momento, qualquer intervenção com a intensidade da internação.

Logo, a aplicação de tal medida viola o princípio da excepcionalidade previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente como norteador da aplicação da medida de internação, sendo, portanto, ilegal.

O inciso V do parágrafo 3º do art. 227 da CF prevê que:

“Art. 227. (...)

(...)

§ 3.º O direito da proteção especial abrange os seguintes aspectos:

(...)

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade

(...)”.

O Estatuto da Criança e Adolescente no mesmo sentido dispõe que:

“Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Com base nesse princípio, norteador da aplicação da medida de internação, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs em seu artigo 122 as hipóteses taxativas de aplicação da medida de internação e, mais, no parágrafo 2.º deste mesmo artigo esclareceu que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Assim, verifica-se que não basta para aplicação da medida de internação a previsão da hipótese no artigo 122 do ECA, é necessário também que não haja outra medida adequada a não ser a internação.

A medida de internação surge, então, como última opção, quando diante de todas as circunstâncias o Juiz não vislumbra outra alternativa que não a aplicação da internação ao adolescente.

Como é cediço, não basta que o ato seja grave para ensejar a aplicação da medida de internação, é necessário que esteja prevista alguma das hipóteses do art. 122 do ECA e mais que, ainda que presente uma das hipóteses previstas nesse artigo, que não haja outra medida adequada a não ser a internação.

Portanto, verifica-se que o ECA permite que o julgador não faça uma análise simplesmente literal de subsunção da hipótese ao art. 122 do ECA, mas uma análise concreta, da situação específica do adolescente, nisso incluídas todas as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis relacionadas ao adolescente, buscando da melhor forma atingir a finalidade ressocializadora, podendo bastar para tanto a aplicação de uma medida em meio aberto.

Dessa forma, para atender ao disposto nesse artigo deve o aplicador do direito fundamentar de modo detalhado, levando em consideração a situação específica do adolescente, as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, esclarecendo, enfim, as razões pelas quais as demais medidas do ECA não seriam aplicadas no caso e porque a internação surge como única opção, não podendo, então, o julgador decidir com base em argumentos genéricos, pois isto violaria o princípio da excepcionalidade.

E nesse sentido o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando reiteradamente:

“CRIMINAL. HC. ECA. ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO SISTEMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do menor é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade.

II. A simples alusão à gravidade do fato praticado, bem como ao argumento de que a segregação afastaria o menor do meio corruptor que o levou à prática do ato infracional, é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

III. Deve ser reformada a decisão monocrática, bem como o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à medida imposta ao paciente, a fim de que outro decisum seja prolatado, permitindo-se que o menor aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.”

(HC 45.484/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 14.11.2005 p. 361) (grifo nosso).

“HABEAS CORPUS. ECA. ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO SEM PRAZO DETERMINADO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. EXCEPCIONALIDADE. GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

ORDEM CONCEDIDA.

I. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) especifica, em rol taxativo, as hipóteses em que é cabível a imposição de medida sócio-educativa de internação ao adolescente infrator, sendo recomendada a sua aplicação em caráter excepcional e de efetiva necessidade, a fim de não contrariar os princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

II. Deve ser decretada a nulidade da decisão que se baseia na gravidade genérica do ato infracional para aplicar medida extrema de internação ao menor (Precedentes do STJ).

III. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à parte relativa à medida imposta ao paciente, afastando a medida sócio-educativa de internação, devendo outra sentença ser prolatada, permitindo-se ao o paciente o direito de aguardar em liberdade assistida a nova decisão.”

(HC 42.691/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14.06.2005, DJ 01.08.2005 p. 499)

Embora o ato imputado, por se revestir de violência ou grave ameaça contra pessoa, se insira no inciso I do art. 122 do ECA, não basta isso para aplicação da medida de internação, deve-se também considerar o § 2.º, visando a atender a especificidade do caso concreto.

No entanto, conforme consta do v. acórdão da E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença de primeiro grau, a principal razão que levou à aplicação da medida de internação foi o fato de que a conduta imputada ao adolescente admite, nas hipóteses em que a infração é cometida mediante violência ou grave ameaça, a medida de internação.

Cumprе ressaltar que o jovem em tela, trata-se de adolescente primário, com condição pessoal favorável. Aliás, de acordo com os técnicos,

Outra questão a ser considerada é a de que um adulto que comprovadamente pratica crime de roubo, nas mesmas condições fáticas do adolescente, a ele se aplica pena incompatível com o regime fechado. Sendo primário e lhe sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, terá pena fixada em patamar que lhe permitirá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto conforme a situação específica, pois a ele é aplicado dispositivo do Código Penal.

Assim, se ao imputável condenado não se aplica o regime fechado, conclui-se que ao adolescente na mesma situação também não se aplica a medida de internação.

De fato, a aplicação da medida de internação acarretaria um tratamento mais gravoso aos adolescentes do que aquele que se daria a um adulto, violando frontalmente os princípios da condição peculiar em pessoa em desenvolvimento e da excepcionalidade da medida de internação.

Portanto, podemos afirmar que, embora o Estatuto da Criança e Adolescente preveja no seu artigo 122 as hipóteses de aplicação da medida de internação, estas não podem ser interpretadas literalmente.

É necessário que se faça uma interpretação sistemática de tais dispositivos, aplicando-se os princípios previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente às hipóteses do artigo 122 do E.C.A.

Desse modo, é evidente que em nenhuma hipótese o adolescente poderá ser punido com sanção mais gravosa do que seria se imputável fosse, já que isso acarretaria numa distorção do sistema da proteção integral. Deve-se aplicar ao adolescente no máximo o regime que seria aplicável a um adulto, ou seja, o semi-aberto ou aberto conforme a situação específica do ato infracional e demais circunstâncias.

No entanto, é importante esclarecer que o adolescente não pode ser equiparado de forma pura e simples ao imputável com aplicação de sanções idênticas, pois o adolescente se encontra em situação privilegiada, O QUE PERMITIRÁ INCLUSIVE A APLICAÇÃO DE MEDIDA MAIS BRANDA DO QUE SERIA A UM ADULTO.

Não podem os jovens ser mais severamente responsabilizados do que os adultos, tal como dispõe o item 56 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinqüência Juvenil (Regras de RIAD). Entendimento este também perfilhado pelo STJ.: não é possível tratar um adolescente de forma mais gravosa do que um adulto nas mesmas condições[1].

Dessa forma, a medida de internação foi aplicada contrariando o princípio da excepcionalidade e especificamente o § 2.º do art. 122 do ECA, sendo, portanto, flagrantemente ilegal, o que merece e precisa ser corrigido pela via do Habeas Corpus.

4. Concessão liminar da ordem

Estão presentes os requisitos que autorizam a concessão liminar, no presente writ. Vejamos.

O perigo na demora é evidente (*periculum in mora*). O adolescente foi inserido em medida de internação na Fundação CASA, sendo, conseqüentemente, afastado do convívio familiar. O dano moral decorrente de uma privação de liberdade injusta é irreparável. O prejuízo que uma segregação ilegal, tal como já apontado, é também inquestionável e impassível de reversão num momento posterior, pois não há como restituir o tempo.

A aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) faz-se presente na hipótese focalizada. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente repetem que a medida de internação é excepcional e deve ser breve, além de considerar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

5. Pedido

Presentes os requisitos legais, requer seja concedida liminarmente a ordem para o fim de determinar a suspensão da internação do paciente, em virtude da decisão ilegal, do juízo de segunda instância.

No mérito, requer-se a concessão da ordem, para cassar a decisão que determinou a internação do paciente e para determinar a substituição por outra medida mais branda.

Referência Bibliográfica:

[1] Ver, por exemplo o teor dos acórdãos de HC n. 10216/SP, 12596/SP e 9236/SP. Outra, aliás, não pode ser a interpretação advinda da leitura dos artigos 3º e 15 do ECA.

TESE 29

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

É nula a sentença que julga antecipadamente ação de destituição do poder familiar na qual o réu é preso ou revel citado por edital.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente e art. 5º, III, representar em juízo os necessitados na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil.

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 2 promover a participação da Defensoria no Plano Nacional de Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

Fundamentação teórica:

Réu preso ou revel – curadoria especial

Primeiramente, importante salientar que determina o artigo 9º do Código de Processo Civil, em seu inciso II, que o juiz nomeie curador especial “*ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa*”.

Pois bem, o artigo 302 do Código de Processo Civil estabelece regra em relação à impugnação específica dos fatos, prevendo que serão presumidos como verdadeiros os fatos narrados na petição inicial quando não impugnados pelo réu. Contudo, o parágrafo único do mesmo dispositivo prevê exceção à mencionada regra, estabelecendo que “*esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público*” (grifo nosso).

“No parágrafo do art. 302 estão três exclusões da regra presuntiva do caput, estabelecidas em razão da qualidade das pessoas (defensor dativo, curador especial e Ministério Público). Ao réu patrocinado por defensor dativo não se impõe o ônus da impugnação especificada, porque o legislador tem consciência das dificuldades enfrentadas pelos órgãos de defensoria para prestar seus serviços a toda a massa de beneficiários, com a desejada eficiência; (...) O réu defendido por curador especial é o revel trazido ao processo por citação ficta (art. 9º, inc. II) e, como ordinariamente o defensor nomeado não tem sequer contato com ele, é natural que pouco ou nada tenha a alegar sobre o mérito; daí a sensatez da exclusão da presunção de veracidade, nessa hipótese”[1] (grifo nosso).

Como não há presunção de veracidade dos fatos nas hipóteses mencionadas, **necessário se faz a produção de provas**, obviamente, ainda que não impugnados especificadamente os fatos. Veja-se que não se está, portanto, neste caso, diante de uma das hipóteses que permitem o julgamento antecipado da lide, previstas no artigo 330 do Código de Processo Civil. Vejamos.

O inciso I do aludido dispositivo prevê que poderá haver julgamento antecipado da lide apenas quando a questão de mérito for somente de direito ou, sendo de direito e de fato, **não houver a necessidade de produção de provas em audiência**, o que não é o caso, já que as ações de destituição do poder familiar envolvem situações fáticas, que devem ser provadas sob o crivo do contraditório, sendo inadmissível o aproveitamento de provas colhidas em processos administrativos, como exposto na tese sobre a impossibilidade de a prova colhida no curso do procedimento verificatório/administrativo sem a observância do contraditório, não se prestar a fundamentar a sentença de destituição do poder familiar.

“Em algumas situações a lei exige a prova do fato alegado, ainda quando sobre a alegação de uma das partes não ocorra no processo controvérsia alguma. Nos incisos dos arts. 302 e 320 do Código de Processo Civil está a indicação dos casos em que a incontrovérsia não impede a formação de questões de fato a serem dirimidas mediante prova (...). Os fatos alegados pela parte e não negados pela outra integram o objeto da prova (a) quando a seu respeito não for admissível a confissão, isto é, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (...).”

Portanto, em se tratando de litígio que verse sobre direito indisponível, como o poder familiar, ainda que os fatos sejam incontroversos, não há possibilidade de julgamento antecipado da lide. E, com maior razão, não poderá haver quando os fatos forem controvertidos, como no caso da contestação por curador especial, nos termos do parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil, vez que necessária a produção de provas.

Ora, embora tecnicamente a Defesa deva sempre procurar todos os elementos possíveis para realizar a defesa técnica com a melhor qualidade possível, é certo que, em muitos casos de defesa através de curadoria especial, será impossível, pela ausência de contato com o réu, a impugnação específica quanto aos pedidos da petição inicial. Por tal motivo, é permitido à curadoria especial contestar o feito por negativa geral, impugnando genericamente todos os fatos alegados na inicial, conforme autoriza o artigo 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Dessa forma, é certo que os fatos se tornam controversos nessa situação[2], pelo que não há possibilidade de o magistrado conhecer diretamente do pedido sem a devida produção de provas.

Além disso, importante novamente observar que se trata o poder familiar de **direito indisponível**. Logo, também, não se está diante da hipótese do inciso II do artigo 330 do Código de Processo Civil, que prevê que poderá haver o julgamento antecipado da lide nos casos de revelia. Mas tal regra só pode ser aplicada, obviamente, quando a revelia produzir

o efeito a que se refere o artigo 319 do mesmo diploma, qual seja, de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, o que não é o caso, pois se trata de questão em relação a direito indisponível, e, tendo em vista o que estabelece o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil, a revelia não induz o mencionado efeito neste caso.

E se não há o efeito a que se refere o artigo 319 do Código de Processo Civil, quando da revelia, necessária a produção de provas. “É preciso que ela produza o efeito de fazer presumir verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, pois só assim se tornará desnecessária a produção de provas”.^[3]

Conforme Antonio Carlos Marcato:

“Também não serão admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor se, não obstante a revelia, a demanda versar sobre direitos indisponíveis, ou seja, aqueles de que o titular não pode abrir mão, porque considerados inerentes à própria personalidade. Trata-se de direito em relação ao qual a manifestação de vontade do titular não é livre, pois o sistema estabelece limitações, as vezes absolutas, quanto a possibilidade de disposição”.^[4]

Desta forma, sendo o poder familiar direito indisponível, ou seja, direito em relação ao qual não é dado ao titular o direito de renunciar ou por qualquer forma dispor, não pode haver julgamento sem a necessária produção de provas. Não está presente no caso, portanto, o principal pressuposto para que haja tal julgamento, ou seja, a **desnecessidade de produção de provas**.

“Conseqüentemente, é nula a sentença que julga antecipadamente o mérito sem que estejam presentes os estritos pressupostos exigidos em lei. Cabe ao tribunal, em grau de apelação, pronunciar tal nulidade e determinar que o juiz prossiga na marcha ordinária do procedimento, designando audiência preliminar, saneando o processo se for o caso, realizando a instrução e só depois julgando o meritum causae”^[5].

Nesse sentido:

*“Menor. Adoção cumulada com destituição de pátrio poder. Progenitora citada por edital e representada por curadora que ofereceu contestação. **Julgamento antecipado da lide. Impossibilidade. Questão que envolve filiação, portanto, questão de estado, revelando direito indisponível. Recurso de curador especial provido para anular a sentença**”.* (TJSP, Câmara Especial, Apelação cível nº 103.722.0/6, Comarca de Sorocaba, Acórdão nº 00599475, Relator Desembargador Fábio Quadros, j. 04/08/03 – grifo nosso)

*“Ação de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens, precedida de cautelar de separação de corpos. Extinção da ação principal por falta de interesse processual. Inadmissibilidade. Eventual inexistência de bens não exclui o interesse ao reconhecimento da entidade familiar. **Contestação apresentada por curador especial que torna controvertidos os fatos da inicial. Indispensável dilação probatória para comprovação da união estável para posterior partilha dos bens. Julgamento antecipado que caracterizou em cerceamento de defesa**. Sentença anulada. Recurso provido.”* (TJ/SP, Apelação 3855014000, Peruíbe, 2ª Cam. Dir. Privado, Rel Des. A Santini Teodoro, j. 02.09.08, r. 16.09.08 – grifos nossos).

EMENTA: PROCESSO CIVIL - CITAÇÃO POR EDITAL • PRAZO 'IN ALBIS' - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - CONTESTAÇÃO

APRESENTADA - APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA - INADMISSIBILIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE - SENTENÇA ANULADA – APELO PROVIDO. Não se aplica o efeito da revelia, disposto no artigo 319 do Código de rito, ao revel citado por edital ou com hora certa, ainda que o curador especial não tenha contestado a ação, hipótese esta inócua nos autos, haja vista que os fatos alegados na petição inicial tornaram-se controversos com o oferecimento de defesa, ensejando, na espécie, a necessidade da regular instrução processual, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa” (TJ/SP, Apelação 923971-0, 35ª Câmara, Rel. Des. Mendes Gomes, j. 28.07.2008, r. 29.07.2008 – grifos nossos).

“CITAÇÃO POR HORA CERTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO. **CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA CURADORIA ESPECIAL AFASTA OS EFEITOS DA REVELIA E IMPEDE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.** 1. Da simples leitura da certidão exarada pelo Sr. Oficial de Justiça às fls. 75 é possível verificar que o procedimento citatório preencheu todos os requisitos dos artigos 227 e 228 do CPC, quais sejam: comparecimento do Oficial ao endereço fornecido por três vezes, em dias e horários diversos e suspeita de ocultação do réu. 2. **Uma vez que houve o oferecimento de contestação pela Curadoria Especial, nos termos do inciso II do art. 9º do CPC, os efeitos da revelia restaram efetivamente afastados.**3. **Forçoso então reconhecer, que, nesta hipótese, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil.** 4. Os documentos juntados com a inicial não são suficientes para provar as alegações do apelado, posto que sequer comprova a relação jurídica alegada, conseqüentemente, a origem da constituição da dívida na forma pleiteada, e, portanto, não há como acolher a pretensão autoral. 5. Com permissivo no disposto no § 3º do art. 515 do CPC, que consagra no nosso ordenamento o princípio da Causa Madura, o qual permite que o Tribunal, ao reformar a sentença terminativa, vá, além da reforma e julgue o mérito, profere-se, nos termos da fundamentação supra, nova decisão. 6. Provisório do recurso.” (TJ/RJ Apelação 2008.001.07848, 20ª Cam., Rel. Des. Letícia Sardas, j. 02.04.08).

Por tudo que acima foi exposto, se incabível o julgamento antecipado da lide em todos os casos do processo civil onde o réu é preso ou revel citado por edital e defendidos por curador especial, com muito maior fundamento, nas ações de destituição do poder familiar, tendo em vista a gravidades das conseqüências da procedência do pedido inicial, há necessidade de efetiva produção de provas a comprovarem os fatos alegados na petição inicial, sendo que não há possibilidade de julgamento antecipado do feito.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

Referências Bibliográficas:

[1] Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 540

[2] RT 497/118; RF 259/202.

[3] Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 418.

[4] Marcato, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 970/971.

[5] Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 555

TESE 30

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Para os atos infracionais aos quais, por expressa vedação legal (art. 122, ECA), somente seriam aplicáveis em medida em meio aberto, a prescrição antes da sentença deve ser calculada com base no prazo paradigma de seis meses (mínimo para liberdade assistida e máximo para prestação de serviços à comunidade) e, portanto, aplicados os artigos 109 e 115 do CP, após o transcurso da metade do prazo mínimo legal.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica

A Súmula 338 do STJ consolidou o entendimento de que o instituto da prescrição é aplicável às medidas sócio-educativas.

Tanto assim que a E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo finalmente tem acatado esse entendimento admitindo também a aplicação do redutivo previsto no art. 115 do CP, no entanto, vem firmando o entendimento de que, independentemente do ato infracional imputado, o paradigma para o cálculo da prescrição em abstrato é o prazo máximo da medida de internação, ou seja, 3 anos (art. 121, § 3º, ECA).[1]

Analisa-se abaixo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula os prazos abstratos das medidas sócio-educativas, a fim de concluir qual seria o lapso prescricional verificável antes de proferida sentença de mérito. Para tanto, estão expostas algumas das orientações possíveis acerca do tema, sendo a última a mais adequada:

a) Considerar os mesmos prazos prescricionais abstratos da lei penal

A aplicação analógica do Código Penal a fim de integrar a lacuna do Estatuto pode conduzir ao equivocado entendimento de que se devem contar os prazos prescricionais conforme as penas abstratas previstas no Código Penal, com o redutivo da menoridade relativa também por ele previsto.

No entanto, as penas previstas no Código Penal não guardam qualquer relação com o conteúdo e os prazos das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto.

Assim, o equívoco da orientação em comento consiste em considerar limites punitivos diversos daqueles previstos na lei que se pretende integrar, acabando por contrariar seus princípios.

A aplicação deste entendimento enseja a imprescritibilidade de grande parte dos atos infracionais, visto que o prazo prescricional suplantaria o limite subjetivo de aplicação do Estatuto, a exemplo da prescrição vintenária.

Além disso, como limite ao poder punitivo estatal, a prescrição não atende só ao interesse do adolescente, mas também à segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, de modo que se devem rechaçar interpretações que proíbam sua incidência.

b) Considerar como lapso prescricional abstrato o prazo máximo da medida de internação, independentemente do ato infracional imputado, levando qualquer ato infracional a prescrever em 04 anos

Esse é o entendimento evidenciado em acórdãos esparsos proferidos pelo C. STJ e subscrito atualmente pela E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Todo ato infracional – que é conduta equiparada a crime ou contravenção penal – prescreveria em 04 anos, considerando a aplicação dos artigos 109, IV e 115 do Código Penal sobre o lapso prescricional abstrato de 03 anos (art. 121, § 3º, ECA).

Esse entendimento também se mostra inadequado diante dos princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora remeta à legislação penal o conceito de ato infracional (art. 103), equiparando-o ao crime ou contravenção penal, não autoriza que a eleição da medida sócio-educativa seja de qualquer forma influenciada pelas penas cominadas aos adultos pelo mesmo fato.

Tal desvinculação atende à finalidade do Estatuto em consonância com a doutrina da proteção integral, segundo a qual somente é possível a responsabilização do adolescente de maneira a não transgredir seus direitos e considerando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Não por outro motivo o art. 112, § 1º do Estatuto estipula que:

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

(...)

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.”
(grifo nosso)

Assim, ao contrário do que ocorre com o adulto, a escolha da resposta estatal ao adolescente que pratica ato infracional deve considerar não apenas o fato, mas principalmente o autor. O juiz deve considerar o quanto o adolescente pode suportar antes de escolher a punição proporcional ao ato cometido, daí a liberdade a ele conferida pelo *caput* do art. 112, que é limitada objetivamente pelo art. 122 do Estatuto.

A internação, medida de maior grau aflitivo prevista no Estatuto, tem cabimento limitado às hipóteses do art. 122, quais sejam, os atos cometidos com emprego de violência ou grave ameaça, ou havendo reiteração na prática de atos infracionais graves.

Logo, em respeito à coerência sistemática, o prazo prescricional abstrato da medida de internação deve respeitar as mesmas hipóteses de incidência da própria medida, e isso porque o prazo para o exercício da pretensão sócio-educativa deve ser compatível com a intervenção abstratamente possível segundo os limites legais do Estatuto.

Assim, quando os elementos típicos do ato infracional imputado e os antecedentes do adolescente não se enquadrarem nas hipóteses taxativas do art. 122, incisos I e II do ECA, deve-se considerar os prazos informados pelo Estatuto para as medidas sócio-educativas em meio aberto.

Ressalte-se que a consolidação do entendimento ora combatido levará a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, justificando o prosseguimento da persecução em face de adolescente por fato que, se adulto fosse, já teria sido alcançado pela prescrição.

Esta atitude levará ao tratamento mais rigoroso do adolescente, contrariando, inclusive, a normativa internacional de direitos humanos (item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil - Regras de RIAD)

c) Considerar a medida abstratamente aplicável ao ato infracional e, sendo esta em meio aberto, considerar o lapso prescricional abstrato de 06 meses

Pelos motivos expostos a seguir, demonstraremos que esta é a tese que melhor se coaduna com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Muito embora não haja cominação secundária abstrata como há na lei penal, o Estatuto oferece um parâmetro temporal objetivo para o cálculo da prescrição abstrata das medidas em meio aberto.

Considerando que o art. 112 do ECA ordena as medidas sócio-educativas segundo seu grau de afluência, temos que a medida de prestação de serviços à comunidade precede a de liberdade assistida (art. 112, III e IV, ECA) e o mesmo ocorre com seus prazos abstratos.

Nos termos do art. 117 do Estatuto, a medida de **prestação de serviços à comunidade** tem **prazo máximo de 06 meses**, e a de **liberdade assistida**, segundo o art. 118, § 2º do Estatuto, tem **prazo mínimo de 06 meses**, passível de prorrogação diante do cumprimento inadequado da medida. Por fim, as medidas de advertência e reparação de danos não comportam prazo.

A indeterminação do prazo máximo para a medida de liberdade assistida não impede a incidência da prescrição, visto que a prorrogação é condicionada a evento futuro e incerto, de modo que a prorrogação não pode ser considerada abstratamente.

Dito de outra forma, enquanto não se verifica a condição autorizadora da prorrogação, a medida de liberdade assistida tem prazo determinado de 06 meses.

Logo, o Estatuto sinaliza que, tratando-se de medida em meio aberto, deve-se tomar abstratamente o prazo de 06 meses.

Aliás, dando alguma objetividade ao princípio da brevidade, em relação à medida de internação o Estatuto sinaliza que o prazo de 06 meses é o período máximo em que o adolescente deve ser submetido à avaliação psicossocial, a fim de verificar se a privação de liberdade continua sendo adequada à sua demanda sócio-educativa atualizada (art. 121, § 2º do ECA).

Cumprir lembrar que o art. 6º do ECA estabelece como chave interpretativa desse sistema especial a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento; assim, as transformações pelas quais o adolescente passa nesta fase conturbada de sua vida devem ser consideradas.

A fim de instrumentalizar a interpretação da prescrição conforme a situação peculiar do adolescente, os dados acima evidenciam claramente que o ECA elege o prazo de 06 meses como parâmetro temporal objetivo para que as medidas em meio aberto e mesmo a de internação surtam seus efeitos.

Entretanto, o objetivo pedagógico das medidas não seria realizado não fosse a indeterminação temporal das medidas (exceto a de prestação de serviços à comunidade) que permite sejam prorrogadas ou extintas, conforme a reavaliação da demanda sócio-educativa.

Este esforço interpretativo não configura manobra em favor da impunidade, mas a aplicação do instituto da prescrição em conformidade com o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente.

Isto porque, a adolescência é uma fase marcada pela transgressão, devido à instabilidade transitória da personalidade, o que é absolutamente comum a despeito da realidade infracional.

Os acontecimentos da adolescência desenham um quadro propício à emergência de comportamentos transgressores. O seguinte parecer de um psicanalista renomado explicita melhor esse aspecto:

“Entendemos a conduta impulsiva típica do adolescente como vinculada intrinsecamente a vicissitudes de sua crise de identidade. Como sabemos, o

processo puberal provoca uma situação de caos intrapsíquico, transitório e reversível, mas que marca indelevelmente o comportamento do indivíduo nesta fase do desenvolvimento. De um lado o pressionam as pulsões instintivas exacerbadas e, de outro lado, as exigências familiares quanto a um novo e desconhecido posicionamento social, sem que ele conte ainda com um equipamento cognoscitivo e um patrimônio afetivo capaz de ajudá-lo a absorver efetivamente essa dupla tempestade endo e exopsíquica que o atormenta. O adolescente, então atua. E, atuando, delinqüe.” [2]

Portanto, partindo-se da constatação de que são realidades sociais distintas as condutas ilícitas praticadas por adolescentes e por adultos, decidiu-se por sistemas legais diferenciados de responsabilização para pessoas em diferentes estágios da formação da personalidade.

E, de fato, crime cometido na adolescência é substancialmente distinto de crime cometido na maturidade.

Este é o conteúdo da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento, por isso, o processo sócio-educativo demasiadamente atrasado encontra adolescente, ou até mesmo o jovem-adulto, cuja personalidade já difere muito daquela contemporânea à prática do ato infracional, vivendo em contexto completamente diferente.

Daí dizer que a contemporaneidade entre o fato e a medida é requisito essencial para que o processo sócio-educativo faça sentido na sistemática do ECA.

Em duas oportunidades a Câmara Especial do TJ/SP subscreveu este entendimento. Tem-se abaixo trecho do v. acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível nº 153.999-0/0-00, da relatoria do Des. Ademir de Carvalho Benedito, julgado em 17/12/2007, do qual se transcreve a seguir trecho do v. acórdão:

“Para se analisar a ocorrência da prescrição, sem que houvesse sentença de mérito, considera-se que, pela prática de conduta de lesões corporais, o MM. Juiz de primeiro grau aplicaria ao adolescente a medida sócio-educativa de liberdade assistida pelo prazo de seis meses.

Desta feita, em vista o disposto no art. 110 do Código Penal, supondo-se que o adolescente viesse a receber a aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida pelo prazo máximo de seis meses nos termos do art. 117 do ECA, além da redução do prazo prescricional à metade ante a menoridade penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 109, VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, a prescrição dela se operaria em um ano.”

Mais recentemente o Des. Eduardo Pereira Santos, no julgamento da Apelação Cível nº 154.214-0/6-00, julgada em 10/03/2008, reafirmou a tese aqui defendida:

“MENOR. Ato infracional. Reconhecimento da prescrição da pretensão sócio-educativa. Possibilidade. Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça. Medidas sócio-educativas em meio aberto. Prescrição em 01 ano. Recurso não provido.”

Assim, o instituto da prescrição deve ser aplicado conforme essa peculiaridade, e, antes da sentença condenatória, a medida sócio-educativa abstratamente aplicável ao ato imputado ao adolescente deve ser considerada como parâmetro abstrato para o cálculo da prescrição, e, sendo esta medida em meio aberto, considerado o prazo abstrato de 06 meses.

O C. STJ apreciou esta tese uma vez no mérito e duas vezes liminarmente, e nos três casos o prazo prescricional já havia transcorrido inclusive considerando a pena abstratamente cominada ao crime.

O entendimento aqui defendido não foi adotado completamente, no entanto, o STJ flexibilizou a posição da Câmara Especial do TJ paulista decidindo que, em casos como os apresentados a prescrição deveria ser reconhecida a fim de não dispensar tratamento mais rigoroso ao adolescente do que o reservado para o adulto.

Abaixo, as decisões mencionadas acima:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A CONTRAVENÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, no caso de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (Precedentes).

II - "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas" (Súmula n. 338/STJ).

III - O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo do prazo prescricional da medida sócio-educativa. (Precedentes).

IV - Para evitar a criação de situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, deve ser considerado, para fins de prescrição, o prazo da pena máxima in abstrato, se inferior ao prazo máximo da medida sócio-educativa de internação. *In casu*, o paciente foi representado por ato infracional equiparado a contravenção, cuja pena máxima in abstrato é de dois meses de prisão simples. O prazo prescricional é, portanto, de 01 (um) ano.

V - Os fatos imputados ao adolescente têm como data limite 05/04/2005 (cessação da continuidade delitiva). A representação foi recebida em 14/07/06. Assim, resta claro que ocorreu a prescrição. Habeas corpus concedido.”

(HC nº 93.281/SP, Felix Fischer, 5ª T, julgado em 15.05.2008, DJe 04.08.2008)

Decisão concessiva da liminar:

“Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor de M. T. de L., representado pela prática de ato infracional equiparado a lesão corporal leve, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando o restabelecimento da decisão que reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa.

A liminar, na via eleita, não tem previsão legal, sendo criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da medida se mostrem evidenciadas de forma indiscutível na própria impetração e nos elementos de prova que a acompanham.

Na hipótese, o constrangimento, da análise dos elementos de convicção carreados aos autos, ao que parece, está presente, mostrando-se importante, dada a relevância da argumentação relativa à prescrição da aplicação de medida sócio-educativa, suspender os efeitos do acórdão.

Ante o exposto, defiro a liminar para, até o julgamento definitivo do writ, suspender os efeitos do acórdão atacado.”

(HC nº 113.685/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 15/09/2008)

Decisão concessiva da liminar:

“Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de H. T. D., apontando como autoridade coatora a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o Ministério Público ofereceu representação em desfavor do paciente, atribuindo-lhe a prática do ato infracional análogo ao crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, por fato ocorrido aos 16.5.2006. A representação foi inicialmente rejeitada pelo magistrado monocrático, tendo em vista o não-oferecimento do instituto da remissão ao paciente. Contra esta decisão o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que recebeu a representação e determinou o prosseguimento do processo. Com o retorno dos autos ao juízo singular, este declarou a prescrição da pretensão sócio-educativa, nos termos do artigo 109, inciso VI, e artigo 115, ambos do Código Penal. O representante do *parquet* estadual interpôs novo recurso de apelação, ao qual foi dado provimento para declarar que a prescrição, no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser regulada pelo prazo da medida de internação.

Sustenta a impetrante a ocorrência da prescrição da pretensão estatal, aduzindo que, uma vez admitido tal instituto no âmbito das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do entendimento cristalizado no enunciado da Súmula n. 338 desta Corte, o lapso temporal deve ser regulado em razão da provável medida a ser aplicada.

Assim, como na hipótese o ato infracional atribuído ao paciente somente recomendaria a aplicação de medida sócio-educativa em meio aberto, o lapso prescricional seria estipulado com base no prazo de 6 meses, previsto para a liberdade assistida. Alega que, embora tal prazo seja o mínimo previsto, a sua prorrogação seria condicionada a evento futuro e incerto, não podendo, portanto, ser considerada abstratamente.

Diante de tais considerações, defende que a prescrição da pretensão estatal, *in casu*, ocorreria em um ano, nos termos dos artigos 109, inciso VI e 115, ambos do Código Penal.

Assevera, ainda, caso o paciente fosse maior de idade à época dos fatos, que a prescrição da pretensão punitiva estatal para o crime em comento ocorreria também no prazo de um ano, tendo em vista a pena máxima abstratamente prevista para o tipo penal em questão.

Colhe-se do acórdão objurgado os seguintes excertos:

"Com o advento da Súmula nº 338 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ficou pacificado que: 'A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas'. Assim, em que pesem entendimentos contrários, e revendo posição anterior, passo a adotar o posicionamento emanado do órgão superior.

Na mesma linha de entendimento, adota-se também o critério de análise da ocorrência ou não da prescrição, manifestado pela quinta turma do STJ, considerando-se o prazo de três anos, fixado no art. 121, § 3º, do ECA, limite imposto para a permanência em medida de internação, de acordo com uma interpretação sistemática da Lei nº 8.069/90, conforme recente julgado no HC 58178/SP cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 110 do Código Penal, considerando-se que o adolescente viesse a receber a aplicação de medida sócio-educativa de internação, medida aplicável pelo prazo máximo de três anos, além da redução do prazo prescricional à metade ante a menoridade penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 109, IV, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, a prescrição dela se operaria em quatro anos.

O fato ocorreu em 26 de maio de 2006 (fls. 1r/2r), e a representação foi recebida em 21 de maio de 2007, por determinação do v. acórdão de fls. 109/113, portanto a prescrição somente ocorrerá no dia 21 de maio de 2011.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a decisão recorrida devendo o feito ter regular prosseguimento, nos termos do art. 184 do ECA." (fl. 78.)

Pretende, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pela autoridade apontada como coatora, para que se impeça o prosseguimento da representação formulada em desfavor do paciente, e, no mérito, a declaração da prescrição da pretensão sócio-educativa.

É o relatório.

Da análise dos autos, ao menos num juízo perfunctório, verifica-se que o pleito é dotado de plausibilidade jurídica, sendo hipótese de se deferir a medida de urgência.

Com efeito, depreende-se que o Tribunal de origem, admitindo a incidência do instituto da prescrição no âmbito das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicou uma regra geral de cálculo do lapso prescricional, com base apenas no período máximo previsto para a medida de internação, o que daria ensejo a um único prazo prescricional para todos os atos infracionais, entendimento que vem sendo refutado por esta Corte, caso o ilícito correspondente tenha prazo prescricional inferior, conforme se depreende do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A CONTRAVENÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, no caso de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (Precedentes).

II - "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas" (Súmula n. 338/STJ).

III - O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo do prazo prescricional da medida sócio-educativa. (Precedentes).

IV - Para evitar a criação de situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, deve ser considerado, para fins de prescrição, o prazo da pena máxima in abstrato, se inferior ao prazo máximo da medida sócio-educativa de internação. *In casu* o paciente foi representado por ato infracional equiparado a contravenção, cuja pena máxima in abstrato é de dois meses de prisão simples. O prazo prescricional é, portanto, de 01 (um) ano.

V - Os fatos imputados ao adolescente têm como data limite 05/04/2005 (cessação da continuidade delitiva). A representação foi recebida em 14/07/06. Assim, resta claro que ocorreu a prescrição.

Habeas corpus concedido. (HC 93.281/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª T., julgado em 15.05.2008, DJe 04.08.2008)

Na hipótese, o ilícito correspondente ao ato infracional atribuído ao paciente recebeu abstratamente do legislador a pena máxima de 6 meses de detenção, cujo lapso prescricional ocorreria em um ano, nos termos do artigo 109, inciso VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal.

Assim, verifica-se que o pleito preambular encontra sintonia na jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 162.614-0/5-00, até o julgamento do mérito da impetração.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como ao Juízo da 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo/SP, solicitando-se informações ao primeiro.

Com estas, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer."

(HC nº 116.781/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julgado em 25/09/2008, DJe 30/09/2008)

Referências Bibliográficas:

[1] Por todas as decisões, o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 165.834-0/0-00, Rel. Luiz Antonio Rodrigues da Silva, julgado em 01/09/2008.

[2] FRASSETO, Flávio Américo. **Esboço de roteiro para a aplicação de medida sócio-educativa**. Disponível no endereço eletrônico abaixo, consultado no dia 17/09/2007, às 17:00h.
http://www.abmp.org.br/sitestemplates/engine.php3?aut=1&user=frasseto&cod_usu=382.

TESE 31

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

A ausência de vaga em educação infantil ou ensino fundamental/médio enseja a propositura de ação para garantia de direito individual na vara da infância e juventude, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo para apurar a dimensão global da problemática no município/região visando a possível acordo com o poder público ou ajuizamento de ação civil pública.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;

XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;

TESE 32

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Deve o Defensor Público orientar os conselhos tutelares a encaminhar à Defensoria Pública, para propositura de Ação de Guarda, de casos de crianças entregues sob responsabilidade às pessoas que não detenham poder familiar.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;

XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;

Fundamentação teórica e fática

O ordenamento pátrio de proteção aos direitos das crianças e adolescentes regulamenta o instituto da guarda, tutela e adoção, atribuindo competência exclusiva do Poder Judiciário na concessão dos pedidos de colocação em família substituta, seja através da Vara da Infância e Juventude ou Varas de Família.

Em análise perfunctória do instituto da guarda, não obstante o seu caráter de provisoriedade por excelência (Art. 35 do ECA: A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.), reputa-se que através da concessão do termo de guarda, este obriga ao guardião a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

No tocante às atribuições dos conselhos tutelares, o Estatuto da Criança e Adolescente atribui em solidariedade com o Poder Judiciário a competência em determinar medidas de proteção às crianças e adolescentes como também aos pais e responsáveis. Vejamos:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Em análise ao inciso I do artigo 101, explica-se que o termo de responsabilidade assume uma medida de natureza precária, devendo ser utilizado para resguardar o referencial familiar/comunitário das crianças e adolescentes que por motivos diversos se encontram em situação de vulnerabilidade ou de risco. O(a) conselheiro(a) tutelar através de uma análise sumária e parcial da situação fática exposta, sem obedecer o procedimento do contraditório, pode fazer uso da presente medida de proteção para prevenir ameaças e/ou violações de direitos, cabendo-lhe a partir da aplicação, providenciar outras ações de acompanhamento, inclusive assumir os encaminhamentos para possível regularização da guarda de fato.

Exemplifica-se, na prática, quando criança e adolescente encontrada em situação de risco desacompanhada de pai ou responsável e através de diligências se identifica um referencial familiar ou comunitário (tio, avô, vizinho, amigo da família etc), o(a) conselheiro(a) tutelar pode fazer uso do termo de responsabilidade para qualquer um que demonstre o vínculo familiar/comunitário, evitando-se as providências e medidas de abrigamento.

Para efetivar a presente medida, o Conselho Tutelar comunica-os para comparecer a sua sede onde tomam conhecimento oficial da ameaça ou violação que atingem a criança ou o adolescente e assinam termo de responsabilidade através do qual se comprometem a zelarem cumprimento de seus deveres no caso.

Regularizar guarda de fato foge e excede a competência em instância administrativa do Conselho Tutelar, ensejando a imprescindível atuação judicial.

Não obstante, cotidianamente, observam-se alguns exemplos necessários de reflexões, tais como:

a) A mãe que assina um termo passando a guarda da criança, junto ao Conselho Tutelar, sem a anuência do genitor.

b) Secretaria de Assistência Social concedendo ao responsável, ora identificado no termo de responsabilidade determinado pelo Conselho Tutelar, a incumbência de administrar benefícios da política pública da assistência social (Bolsa Família, BPC, etc)

c) Responsável, não genitor, viajando com criança apresentando tão-somente o termo de responsabilidade ora assinado no Conselho Tutelar

Diante de uma possível semelhança entre os termos de guarda e de responsabilidade, vislumbram-se, hodiernamente, alguns equívocos, sendo necessário determinar diferenças e providências em prol do respeito ao princípio da proteção integral ao público infante-juvenil, uma vez que a insegurança jurídica vindoura da mal utilização do termo de responsabilidade ocasiona grandes transtornos às famílias e principalmente à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

Por tais fundamentos, apresenta-se a tese de que a entrega da criança e adolescente para pai e/ou responsável através de termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar não se reveste da mesma natureza e efeitos jurídicos do termo de guarda concedido pelo poder judiciário.

Exposição das proposições

A) PROPOSIÇÃO 1: Em se constatando violação ou ameaça de direito infanto-juvenil, ao aplicar a medida protetiva (termo de responsabilidade) o Conselho Tutelar deve orientar os responsáveis em procurar o serviço da Defensoria Pública para a regularização da guarda de fato. Ademais, o termo de responsabilidade não possibilita que o responsável, que não seja genitor, assuma a legitimidade de administrar os recursos de benefícios assistenciais cabíveis para a criança e/ou adolescente.

B) PROPOSIÇÃO 2: O termo de responsabilidade não é suficiente para impedir o direito dos genitores em requerer busca e apreensão em desfavor dos que estão exercendo a guarda de fato.

As proposições 1 e 2 se fundamentam pela precariedade que o termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar se reveste no universo jurídico, uma vez que não se assume os mesmos procedimentos que o processo judicial de guarda obedece. Por se tratar de uma medida de proteção aplicada, em grande parte em conjunto com outras providências, é salutar a preocupação em não estimular práticas observáveis comumente sobre o “valor popular” que está se atribuindo ao termo de responsabilidade.

Diante da ausência do contraditório e ampla defesa, todavia não colocando em pauta os fundamentos que ensejam a decisão do Conselho Tutelar em aplicar alusiva medida de proteção, o termo de responsabilidade não é suficiente para regularizar/proteger uma guarda de fato, tornando-se forçoso providências judiciais para regularização da guarda, sob pena de ser questionado em possível ação de busca e apreensão, sendo necessária atenção dos ilustres Conselheiros Tutelares em acionar a Defensoria Pública com intuito que seja ofertado a assistência jurídica gratuita e integral à população que não apresenta condições financeiras de custear advogado particular.

Ademais, por todo o exposto, o termo de responsabilidade não deve ser aceito como instrumento suficiente a ser apresentado nos programas da assistência social ou previdência social com intuito de ser atribuído ao responsável a possibilidade de gerir recursos e identificá-lo como representante legal da criança e/ou adolescente.

C) PROPOSIÇÃO 3: Não obstante o termo de responsabilidade não possuir eficácia de regulamentar guarda judicial, é elemento probatório convincente quando analisado a harmonia das provas de futuro processo de colocação em família substituta, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.

Não obstante a precariedade da medida protetiva prevista no inciso I do artigo 101 do Estatuto da Criança e Adolescente, não se pode olvidar que o mesmo advém de uma possível violação ou ameaça de direitos de crianças e adolescente constatado, *ab initio*, pelo conselho tutelar. Diante dos fortes indícios, o presente documento coadunado com as demais provas a serem colecionadas nos autos de processo de colocação de família substituta (guarda, tutela e adoção) representa elemento probatório convincente, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.

TESE 33

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

É obrigatória a observância do devido processo legal no procedimento verificatório, especialmente quando não houver concordância dos genitores ou responsáveis na colocação da criança ou adolescente em abrigo.

Conduta

“O Defensor Público deve intervir no procedimento verificatório, quando houver discordância dos genitores ou responsáveis na colocação da criança e adolescente em Abrigo”.

Fundamentação Teórica

Não obstante tenha decorrido quase vinte anos da promulgação da Constituição Federal, que inovou nosso ordenamento jurídico ao declarar nosso país um Estado Democrático de Direito, ainda persistem algumas incongruências e desrespeitos aos princípios mais elementares do nosso sistema jurídico, como por exemplo, o direito do devido processo legal (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal).

A distorção pode ser facilmente notada na área da Infância e Juventude, quando o Juiz, tendo notícia através de uma repartição policial ou entidade de atendimento determina ex-officio o processamento de um procedimento verificatório, visando “verificar” a suposta situação de risco (Artigo 98 do Estatuto da Criança e Adolescente) da criança ou adolescente para decidir sobre a aplicação das medidas previstas no artigo 101 e 129 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Tal medida, baseada no artigo 153 do Estatuto, ressuscita providência existente no extinto Código de Menores, que permitia ao Juiz Menorista, sob o manto do “melhor interesse do menor”, aplicar medidas tutelares diversas, hoje substituídas pelas medidas de proteção.

Ao bem da verdade, nos dias atuais, o Juiz instaura o tal procedimento verificatório para tentar revestir de alguma legalidade a patente violação ao princípio do devido processo legal, já que a instauração do procedimento verificatório vem acompanhada da decisão de

abrigo compulsório ou negativa de desabrigo de criança ou adolescente em entidade de abrigo.

De tão informal, o procedimento verificatório não possui regramento próprio e a ele não se atribui as regras mínimas pré-estabelecidas no Código de Processo Civil, já que inexistente citação, momento oportuno para apresentação de defesa, de provas, e nem se diga sobre a possibilidade de constituir um defensor, ficando todo o manejo do procedimento a mercê da informalidade, suprida pelas regras elaboradas caso a caso.

Ora, mas não há dúvidas acerca da contraposição de pretensões; do Estado que pretende limitar parcela do poder familiar dos pais, retirando a criança ou adolescente da companhia dos mesmos, que por sua vez resistem a tal providência. Se há pretensão resistida, há lide. Se há lide, há litigantes e se há litigantes, deve-se observar o artigo 5º, 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”*.

O objetivo primordial do texto constitucional foi atribuir essencialidade ao princípio do devido processo legal, a qualquer processo, seja este judicial, administrativo, preparatório, inquisitório ou verificatório. A denominação atribuída ao processo não é relevante: havendo conflito de interesses, deverá haver devido processo legal.

Ocorre que, sobre o manto de processo verificatório, formou-se uma espécie de processo blindado ao princípio do devido processo legal, que acaba por possibilitar a inversão de valores já consagrados na Constituição Federal, Estatuto da Criança e Convenção. Ora, se a regra é que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, tão somente **excepcionalmente** em família substituta (artigo 19 do Estatuto da Criança e Adolescente), os princípios mais elementares do devido processo legal, como contraditório e ampla-defesa devem ser assegurados para que a regra seja perseguida, sob pena de nulidade de todo o procedimento.

É obrigatória a observância de todas as normas processuais civis, inclusive com o mais elementar dos atos, a citação dos interessados (artigo 213 do Código de Processo), para que estes possam apresentar sua defesa através de um Defensor Público, ter o direito de produzir provas, arrolar testemunhas e participar ativamente da relação processual, como ocorre em todas as demais áreas do direito.

Neste sentido:

“Menor. Perda da Guarda do Genitor da criança, decretada em procedimento meramente verificatório. Inadmissibilidade. Nulidade da Sentença Reconhecida. Recurso Provido.” (TJ, Apelação Cível nº 24.754-0/6, São José do Rio Preto, Câmara Especial, Relator: Dirceu de Melo- 29/02/96)

“Estatuto da Criança e do Adolescente - Procedimento Investigatório instaurado visando a apuração de eventual risco pessoal envolvendo crianças - Aplicação de medida protetiva de encaminhamento das infantes ao genitor - Competência da Vara da Infância e da Juventude para o processamento e julgamento da causa - Decisão, na prática, que modificou guarda anteriormente estabelecida em processo de separação judicial - Inobservância, no procedimento imprimido, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa - Nulidade absoluta do processo, a partir da sentença, inclusive, para assegurar à apelante o direito de produzir as provas necessárias à solução do litígio, com o restabelecimento da guarda das infantes à genitora - Recurso provido.” (Acórdão 7912, do Conselho da Magistratura do TJPR, decidindo o Recurso de Apelação 318-3- Ponta Grossa)

O necessário respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, só podem ser garantidos através da presença de um Defensor Público, já que todas as provas utilizadas no procedimento verificatório serão utilizadas para embasar futura inicial de destituição de poder familiar (Artigo 155 e 156 do Estatuto da Criança e Adolescente e Artigo 1638 do Código Civil).

Enquanto perdura o procedimento de abrigo, via de regra por alguns longos meses, quando não anos, diversas medidas são tomadas sem qualquer intimação dos maiores interessados no processo, os genitores.

Via de regra, laudos técnicos e psicológicos são produzidos e jamais contraditados. Ouve-se os assistentes e diretores do abrigo, Conselheiros Tutelares. A criança ou adolescente pode ser transferido para outra Entidade de Abrigo. Os pais não são sequer informados ou consultados. Tudo o que se observa é uma total desigualdade entre as partes, já que a pretensão estatal de delimitar o poder familiar dos genitores é facilmente perseguido, com o frontal desrespeito as normas do devido processo legal.

E nem se diga que os laudos psicossociais são meios de defesa colocadas à disposição dos responsáveis, que poderão demonstrar sua capacidade de rever seus filhos. Como se sabe, todas as declarações prestadas são feitas sem qualquer auxílio de

Defensores capacitados e passam por uma análise extremamente subjetiva do setor técnico e ausência de regras acaba sendo a regra do mais forte.

Somente a defesa técnica, essencial à justiça, incumbência da Defensoria Pública, constitui o verdadeiro exercício de defesa.

Nas palavras de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:

"O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República"^[1]

É atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, prevista na Lei 988/06, inciso IX, assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, bem como a tutela individual dos interesses e direitos da criança e adolescente, conforme inciso VI, letra "c". Desta forma, deve haver intervenção do Defensor Público no procedimento verificatório, visando aproximar ao pé da igualdade as pretensões pretendidas pelas partes, assegurando o respeito aos princípios do contraditório ou ampla-defesa.

Referências Bibliográficas:

[1] PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP, edição n. 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

TESE 34

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Em caso de descumprimento de medida socioeducativa aplicada cumulativamente com remissão suspensiva, o adolescente deve ser ouvido antes de eventual retomada do processo.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica

O art. 122, III do ECA permite a decretação da internação-sanção em razão do descumprimento **reiterado e injustificável** da medida sócio-educativa imposta por sentença condenatória.

O próprio dispositivo legal pressupõe uma análise anterior das razões que levaram o adolescente ao descumprimento da medida, para o que é imprescindível que ele seja ouvido.

Nesse sentido:

“ECA. HOMOLOGAÇÃO DE REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR - Não é possível homologar remissão concedida à adolescente, cujos pais não foram instruídos por defensor, face ao princípio constitucional de ampla defesa. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA MEDIDA DE INTERNAÇÃO – Para a conversão da remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para a medida de internação deverá ser instaurado o procedimento pertinente ao devido processo legal. **NECESSIDADE DE OITIVA DO MENOR PARA REGRESSÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - Está consolidada na jurisprudência a imprescindibilidade da oitiva do menor para se realizar a regressão de medida sócio-educativa. A inobservância desta formalidade leva a anulação do ato, pois viola garantia da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando o adolescente apresentar sua justificativa quanto ao eventual descumprimento das condições da medida estipulada.** ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME.” (HC nº 70004531497, 2ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Rel. Mário Crespo Brum, julgado em 29/07/2002).

Tendo em vista a prática corrente no juízo de execução, de determinar a privação de liberdade sem dar ao adolescente a oportunidade de justificar o descumprimento, repetidas provocações perante o Superior Tribunal de Justiça culminaram na edição da súmula 265 que diz:

“É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.”

A remissão suspensiva tem previsão legal no art. 126, parágrafo único do ECA e importa na suspensão do curso do processo condicionado ou não ao cumprimento de alguma medida protetiva ou sócio-educativa.

Esta espécie de remissão é exclusivamente judicial.

No caso da remissão suspensiva cumulada com a aplicação de medida sócio-educativa, o descumprimento da medida implica no prosseguimento do processo que, por si, representa constrangimento para o adolescente.

Assim, tanto quanto a regressão no âmbito do juízo de execução, a retomada do processo de conhecimento é uma punição pelo descumprimento da medida sócio-educativa.

Desta forma, o respeito à ampla defesa e ao contraditório orientaram a afirmação da necessidade da oitiva do adolescente antes da regressão da medida sócio-educativa, o que deve ser observado também quando do descumprimento da medida aplicada como condição para a remissão suspensiva.

Em razão disso, deve o defensor requer seja o adolescente ouvido antes da retomada do curso do processo.

TESE 35

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

São de competência da vara da infância e juventude as ações que visem a assegurar medidas de proteção, tais como medicamentos, inclusão em tratamento médico e política educacional, com prejuízo da vara de fazenda pública.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;

XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;

TESE 36

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

A prova produzida no curso do procedimento verificatório/administrativo, sem observância do contraditório e ampla defesa, não se presta a fundamentar sentença de destituição do poder familiar.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente e art. 5º, III, representar em juízo os necessitados na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil.

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 2 promover a participação da Defensoria no Plano Nacional de Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

Fundamentação teórica

“Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa”[1].

O procedimento verificatório, embora seja alvo de muitas discussões, tem por fundamento o artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora sua existência seja assunto bastante polêmico, o certo é que, sempre que existir, terá natureza de procedimento administrativo. Desta forma, se anteceder a propositura de uma ação judicial de destituição do poder familiar, não terá, nem de longe, a pretensão de substituir a instrução processual, mas apenas a função de auxiliar o Juízo quanto ao recebimento da inicial de destituição do poder familiar e quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de tutela antecipada, caso seja pleiteada.

Assim sendo, não deve ser tratado como prova pré-constituída e inequívoca para nortear a decisão final, podendo apenas ser crucial quando seu conteúdo for corroborado na instrução judicial, sob pena de violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Certamente, *“a prova deve ser realizada sob o crivo do contraditório”[2].*

Neste sentido:

“PÁTRIO PODER - Destituição - Inobservância do princípio do contraditório - Decisão lançada sem ouvir os requeridos e a criança, que tem idade

suficiente para poder exprimir-se (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 161, § 2º). - Procedimento verificatório anterior que não é prova pré-constituída, envolve apreciação dos fatos - Prova emprestada diante da ausência do contraditório - Recurso provido para anular a decisão". (TJ, Apelação Cível n. 79.107-0 - Sorocaba - Câmara Especial - Relator: Fábio Quadros - 04.06.01 - V. U. – grifos nossos).

Ora, o procedimento verificatório tem natureza inquisitiva, razão pela qual não pode ser tratado como se processo judicial fosse.

Destarte, é perfeitamente aceitável que se colham elementos oriundos do procedimento verificatório, desde que posteriormente confirmados na instrução judicial dentro dos princípios constitucionais fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

"Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas sociais. A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório. A delação frívola pode provocar graves injustiças. A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levianamente".[3]

"Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...)"[4].

Ora, *"a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório (...)"*[5]

Cumprе salientar ainda que, embora a Lei 8069/90 não estabeleça regramento próprio quanto à produção da prova, por norma infra-constitucional, deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, a qual traz como princípios fundamentais o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Neste sentido, Alexandre de Moraes, segundo o qual *"a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais"*[6]. Portanto, na interpretação da Lei 8069/90, deve-se analisá-la em consonância com os princípios constitucionais já citados, de modo que não há possibilidade de destituição do poder familiar sem produção de prova de fatos autorizadores desta medida extrema sob o crivo do contraditório.

"Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas sociais. A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório. A delação frívola pode provocar graves injustiças. A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levianamente".[7]

Portanto, não pode o procedimento verificatório ser recebido como prova pré-constituída para fundamentar a sentença de destituição do poder familiar.

O posicionamento similar é utilizado no processo penal, quanto à impossibilidade de utilização das provas colhidas no inquérito policial para que estas, por si só, sirvam de fundamento para uma sentença condenatória. Este posicionamento é praticamente pacífico e tem por fundamento os mesmos acima expostos, ou seja, que o inquérito policial é procedimento administrativo desprovido de contraditório, sendo que a Constituição Federal assegura, em seus incisos VIV e LV, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “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”. Desta maneira, é certo, no campo do processo penal, que nenhum acusado poderá ter sua liberdade cerceada por uma sentença que fundamente a condenação com prova exclusivamente produzida no inquérito policial.

Quanto ao processo civil, em geral, tais regras são menos inflexíveis. Um exemplo é que há muitos direitos disponíveis que admitem a revelia, cujo efeito principal é o de tornar verdadeiros os fatos alegados pelo autor (artigo 319 do Código de Processo Civil).

Entretanto, tratando-se de poder familiar, está-se diante de um direito indisponível, o qual não induz ao efeito principal da revelia acima citado, nos termos do artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil.

Porém, ainda que assim não fosse, fazendo um paralelo entre o direito à liberdade e o direito dos pais à convivência familiar com seus filhos (considerando que o direito à convivência familiar não é de titularidade exclusiva das crianças e adolescentes, mas também um direito dos pais, conforme o inciso II do artigo 1634 do Código Civil), embora não existam dados estatísticos, é certo que, se questionarmos muitos pais e mães se prefeririam ter a liberdade temporariamente cerceada ou a convivência com seus filhos definitivamente cerceada, certamente a maioria deles responderia que preferiria a primeira opção.

Assim, se o poder familiar envolve sentimentos tão fortes e direitos dos mais importantes, estando inserido inclusive no direito a dignidade da pessoa humana, que é previsto no primeiro artigo da Constituição Federal dada a sua tamanha importância, é inconcebível que, ainda nos dias de hoje, possa haver interpretação de que o direito à convivência familiar possa ser cerceado sem que seja observado o devido processo legal e, por conseqüência, também o contraditório e a ampla defesa.

Por tudo que acima foi exposto, ainda que o procedimento verificatório ou qualquer outro procedimento administrativo demonstre a existência, num caso concreto, de causa autorizadora da destituição do poder familiar, é nula a sentença que fundamentar a procedência de tal pedido extremo unidamente em provas colhidas antes da instauração do processo e sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

Referências Bibliográficas:

- [1] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.
- [2] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 32.
- [3] Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4
- [4] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.
- [5] ANDRADE, Romero de Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed. Atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, pág. 121
- [6] *Direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.
- [7] Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4
-

TESE 37

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Não cabe medida sócio educativa de internação e semi-liberdade se o estudo psicossocial sugere aplicação de medida mais branda.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente.

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica e fática:

Embora a argumentação exposta já tenha sido explanada repetidamente quanto a outras teses apresentadas, aqui também o enfoque primeiro deve ser o princípio da excepcionalidade que norteia a aplicação das medidas sócio-educativas em meio fechado.

Tal princípio está previsto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal quanto às medidas sócio-educativas em meio fechado. Também o *caput* do artigo 121 da Lei 8069/90 prevê que a medida sócio-educativa de internação submete-se ao princípio da excepcionalidade. Ressalte-se que tal princípio aplica-se também à medida sócio-educativa de semi-liberdade, nos termos do citado dispositivo constitucional e do artigo 120, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como norma explicativa de tal princípio, há também, no Estatuto da Criança e do Adolescente a previsão de seu 122, §2º, segundo o qual “*em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*”.

O artigo 122 da mesma lei estabelece rol dos casos em que cabe a medida sócio-educativa de internação (e, por conseqüência, também os em que cabe a medida sócio-educativa de semiliberdade, nos termos do artigo 120, §2º, da Lei 8069/90^[1]). Dispõe este dispositivo: “*a medida de internação **só poderá ser aplicada quando**: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta*” (grifos nossos). A expressão “só poderá ser aplicada quando” já indica que se trata de rol taxativo, o que seria também mera decorrência do princípio da excepcionalidade.

Da interpretação sistemática de tais dispositivos constitucionais e legais, conclui-se que as medidas sócio-educativas de internação e semi-liberdade somente poderão ser aplicadas se presente alguma das hipóteses taxativas do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima citadas e desde que outra medida sócio-educativa mais branda não seja adequada ao caso concreto.

Na análise desta “outra medida adequada”, surge como importante instrumento o estudo psicossocial, que tem por fundamento legal o artigo 186, *caput* e §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal estudo, por ser realizado por psicólogos e assistentes sociais, é fundamental para a análise das particularidades do adolescente para se encontrar a medida que se figurará a mais adequada a seu processo sócio-educativo. Isto porque a autoridade judiciária, em regra, tem pouco contato com o adolescente infrator para análise detalhada das particularidades dele a fim de decidir sobre a medida sócio-educativa a ser aplicada com segurança.

Deve-se salientar também que os estudos psicossociais normalmente são realizados pela equipe técnica do Juízo, que é formada por serventuários concursados, ou pela equipe técnica da Fundação Casa, nos casos onde os adolescentes estão internados provisoriamente. Neste último caso, os profissionais têm contato intenso com o adolescente, por conta da internação provisória. Desta maneira, por ser tal estudo realizado por funcionários imparciais que são especialistas no assunto, sua conclusão não pode ser afastada por qualquer argumento.

Ocorre que, às vezes, a partir da análise das particularidades do adolescente, através do estudo psicossocial, este pode indicar que uma medida sócio-educativa em meio aberto é o adequado para o processo sócio-educativo dele. Caso esta seja a conclusão do estudo psicossocial, deve ser seguida, ainda que o ato infracional seja grave.

Isto porque o estudo psicossocial equipara-se a um laudo pericial, na medida em que este é o resultado de uma perícia, a qual, por sua vez, “*é o exame de algo ou de alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos (...)*”^[2].

Então, embora o Juiz não se encontre vinculado aos laudos periciais, a avaliação do adolescente e a conclusão pela possibilidade de inserção em medida sócio-educativa menos

gravosa, se o caso, são feitas por especialistas no assunto, que têm contato direto com o adolescente, podendo, assim, avaliá-lo com toda segurança.

Assim, se os especialistas, em contato direto com o adolescente, entendem que uma medida sócio-educativa em meio aberto é o adequado ao caso, deve ela ser aplicada.

Sobre o tema em estudo, Espínola Filho, citado por Guilherme de Souza Nucci, fez um alerta: “ao juiz (...) obrigado sempre a motivar e fundamentar o que decide, terá de justificar, com razões mais fortes, a sua orientação, no sentido de desprezar as razões, com que se sustenta o parecer técnico dos peritos especializados”^[3].

Desta maneira, simples argumentos como a gravidade do ato infracional ou a existência, no caso concreto, de uma das hipóteses do artigo 122 da Lei 8069/90, não são suficientes para afastar a conclusão de tal laudo pericial tendo em vista o princípio da excepcionalidade que é norteador da aplicação das medidas sócio-educativas em meio fechado, como acima já exposto.

Neste sentido o entendimento de Emílio Garcia Mendez, comentando o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “o aspecto mais importante do art. 122 se encontra no §2º, que, literalmente, ‘inverte o ônus da prova’, obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação. A expressão ‘em hipótese alguma’ deve ser entendida no sentido de que, mesmo nas hipóteses dos incs. I e II do ar. 122, a privação da liberdade deve ser evitada, existindo, antes dela, outras medidas de caráter mais adequado”^[4]. Portanto, se a perícia consubstanciada no estudo psicossocial indica que a aplicação de medida sócio-educativa mais branda é o ideal no caso concreto, não há que se falar em aplicação de medida sócio-educativa em meio fechado, sob pena de ser contrariado o princípio da excepcionalidade de tais medidas sócio-educativas.

Não é neste sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora exista posição minoritária recente neste sentido, como abaixo exposto:

“MENOR – Habeas Corpus – Procedência de representação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de homicídio tentado – Aplicação de internação – Alegada violação do princípio da excepcionalidade da medida sócio-educativa – Substituição por semi-liberdade, diante das condições pessoais do menor – Ordem concedida.

O decreto de internação fundado na natureza do ato infracional e na reiteração infracional conta com amparo legal, mas não se revela adequado à hipótese dos autos, o paciente, após a prática do ato infracional, afastou-se da delinquência (fls 18/19), ingressou no mercado de trabalho (fls 27/28) e constituiu família.

Ademais, o estudo técnico aponta o bom comportamento do paciente, o seu amadurecimento, e, a conveniência de seu retorno à atividade laborativa em favor de sua formação pessoal (fls 37/39), do que se conclui que a internação não lhe trará qualquer benefício.

Logo, ainda que grave o ato infracional praticado, a aplicação da semi-liberdade, medida sócio-educativa mais branda que a internação, atende às condições pessoais do paciente, e, tem por precípua finalidade reintegrá-lo, adequadamente, à sociedade.

Ressalte-se, uma vez mais, que a reiteração infracional não implica a imprescindibilidade da internação, medida excepcional que, na hipótese telada, não atende à finalidade pedagógica a ela atribuída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a eleição da medida sócio-educativa foram analisados a gravidade da conduta, o comportamento social, o grau do envolvimento infracional, e, a possibilidade de ressocialização em meio aberto, impondo-se a concessão da ordem” (grifos nossos - TJSP, HC nº 158.111-0/5-00, Cam. Esp., Rel. Des. Eduardo Pereira Santos, voto vencido, j. 14.4.2008).

Saliente-se que o caso acima se referia a adolescente representado por tentativa de homicídio com antecedentes que incluíam anterior aplicação de medida sócio-educativa de internação. Porém, como as circunstâncias atuais espelhadas pelo estudo psicossocial indicavam ser suficiente a aplicação de medida sócio-educativa mais branda, foi neste sentido o voto vencido acima citado.

Deve-se ressaltar que, dizer que o adolescente praticou atos graves e deve permanecer internado contradiz a interpretação histórica e sistemática do instituto ora em apreço, já que dá a ele a figura de instrumento punitivo e não de socialização e educação.

Além disso, deve-se evitar ao máximo a institucionalização de adolescente em tal fase de desenvolvimento^[5], onde eles procuram grupos para se identificar. Neste sentido Karyna Batista Sposato, segundo a qual *“para os adolescentes de qualquer classe e segmento social, o grupo de convivência e socialização desempenha um papel extremamente significativo. É ele que confere o sentimento de pertinência na sociedade. Assim, a passagem pelo Sistema de Justiça formal e também por instituições correccionais pode representar a formação de uma identidade criminosa, mesmo nos casos de adolescentes que passam pela experiência da infração como um episódio em suas vidas”*^[6].

Portanto, o princípio da excepcionalidade das medidas sócio-educativas em meio fechado deve ser respeitado. Desta maneira, se o estudo psicossocial indica a aplicação ao caso de medida sócio-educativa em meio aberto, já que realizado por profissionais especializados, como psicólogos e assistentes sociais, atendendo-se a tal princípio fundamental, as medidas sócio-educativas em meio fechado não poderão ser aplicadas ao caso concreto.

Referências Bibliográficas:

[1] Neste sentido Alessandro Barata, segundo o qual *“deve-se, portanto, considerar válido também para a semiliberdade o limite de aplicabilidade estabelecido para a internação com os incs. I, II e III do caput do art. 122 em relação à gravidade das infrações. O mesmo vale para o princípio de (rigorosa) subsidiariedade estabelecido no §2º do mesmo artigo (...)”* – CURY, Munyr (coordenador). *Estatuto da Criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*. 9ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 445.

[2] Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 312.

[3] Ob. Cit.; p. 343.

[4] CURY, Munir (coordenador). *Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*. Malheiros Editores. São Paulo, 9ª ed., p. 453.

[5] Neste sentido também Wilson Donizeti Liberati, segundo o qual, *“por melhor que seja a entidade de atendimento, a internação deve ser aplicada de forma excepcional, porque provoca no adolescente os sentimentos de insegurança, agressividade e frustração, acarreta exacerbado ônus financeiro para o estabelecimento e não responde às dimensões do problema”* (Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 5ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2000, p. 95).

[6] ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 259.

TESE 38

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

Não pode o defensor, em patrocínio de réu em ação de destituição de poder familiar, concordar com a procedência do pedido, exceto se o próprio assistido assim desejar, hipótese em que subscreverá a petição conjuntamente com o defensor.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, “c” da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente e art. 5º, III, representar em juízo os necessitados na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil.

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 2 promover a participação da Defensoria no Plano Nacional de Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

Fundamentação:

A natureza indisponível do poder familiar, assente na doutrina e na jurisprudência, não obsta o reconhecimento pelo ocupante do pólo passivo do processo judicial no qual se pretende a extinção de referido poder-dever por decisão judicial da procedência do pedido do autor como causa legal para o término do processo com resolução do mérito com fulcro na norma jurídica do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil.

O reconhecimento da procedência do pedido, entretanto, não se insere entre os poderes gerais e ordinários, tradicionalmente chamados “poderes da cláusula *ad judicium*”, conferidos ao causídico, consoante o determinado pela norma jurídica do artigo 38 do Código de Processo Civil, cuja redação hodierna, por sua vez, foi dada pela Lei 8952/94.

O Defensor Público, de acordo com o regramento específico do artigo 162 da Lei Complementar Estadual 988/2006, a qual organiza a Defensoria Pública de São Paulo, goza das prerrogativas, além das definidas na legislação federal, de “atuar na defesa de interesses ou direitos individuais, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em processo administrativo, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais”, segundo o inciso VI do dispositivo legal em apreço.

No sentido do texto, a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO EXECUTADO BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA PESSOA DO DEFENSOR. INADMISSIBILIDADE. **Defensor Público não possui os poderes especiais elencados no artigo 38, do CPC**, não podendo receber intimação em nome do executado, ainda mais para que efetue pagamento do débito. Inteligência do art. 16, parágrafo único, alínea 'a', da Lei nº

1.060/50. Recurso provido. Agravo de Instrumento 992070060745 (1101824100). Relator (a): Felipe Ferreira. Órgão julgador: 26ª Câmara do D.TERCEIRO Grupo (Ext. 2º TAC). Data do julgamento: 16/04/2007. Grifou-se.

Assim, considerando que o Defensor Público não celebra contrato de mandato com o assistido, pelo qual poderiam eventualmente ser dados poderes especiais ao mandatário, bem como as normas jurídicas retro apontadas, o reconhecimento da procedência do pedido na ação judicial de destituição do poder familiar depende de ato da parte, devendo esta subscrever a petição, se for o caso, conjuntamente com o Defensor Público.

Débora de Vito Oriolo

Defensora Pública do Estado de São Paulo.

TESE 39

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula:

É ilegal a aplicação de medida socioeducativa de internação e semiliberdade na ausência de avaliação técnica atualizada do caso.

Item das atribuições instituições da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

Item do plano anual de atuação da defensoria pública que se insere:

No item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação teórica

Em consonância com a legislação internacional, a Constituição Federal, no art. 227, parágrafo 3º, inciso V estipula que toda medida privativa de liberdade deve se submeter aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente.

Tais princípios são de fundamental importância porque, ao contrário do que acontece na legislação penal comum, não há a cominação abstrata da sanção ao adolescente que comete ato infracional.

O artigo 112, parágrafo 1º do ECA, dá apenas alguns critérios que devem nortear a escolha da medida sócio-educativa pelo magistrado:

“Art. 112. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”

Além disso, o artigo 122 traz três limites objetivos para a aplicação da medida de internação:

- I- atos infracionais cometidos mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II- por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III- por descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta.

A última hipótese se refere à internação-sanção, aplicável no juízo de execução e que não pode superar o prazo de 3 meses (art. 122, § 1º, ECA).

Portanto, a aplicação das medidas privativas de liberdade fora destas hipóteses é absolutamente ilegal.

No entanto, a configuração de uma delas não basta para a privação de liberdade.

Em virtude do princípio da excepcionalidade da medida de internação, **é imprescindível a prova** de que a privação de liberdade é a única medida capaz de conduzir o processo sócio-educativo do adolescente.

Na Egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça paulista é entendimento consolidado que a necessidade da internação emerge diretamente da gravidade do ato praticado, eventualmente reforçada por critérios genéricos como situação familiar precária e falta de ocupação lícita ou legítima. [\[1\]](#)

Por esta razão o C. Superior Tribunal de Justiça continua a afirmar a ilegalidade da imposição da medida extrema com fundamento exclusivo na gravidade abstrata do ato, em face do princípio da excepcionalidade que só pode ser avaliado com base na condição pessoal do adolescente.

Neste sentido:

“ECA – ROUBO – IMPOSIÇÃO DE INTERNAÇÃO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME – PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE QUE DEVE SER RESPEITADO - MEDIDAS DE SEMI-LIBERDADE E LIBERDADE ASSISTIDA QUE MELHOR ATENDEM A FUNÇÃO EDUCATIVA VISADA EM RELAÇÃO AOS ADOLESCENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA RESTABELEECER AS MEDIDAS IMPOSTAS PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU.” (HC nº 89.786/SP, j. 29/02/2008, Rel. Ministra Jane Silva, 6ª T., STJ) (grifos nossos)

“HABEAS CORPUS . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. SUBSTITUIÇÃO POR INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. BASEADA APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO ATO INFRACIONAL COMETIDO PELO MENOR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A decisão que insere o menor infrator em internação por prazo indeterminado deve estar fundamentada em elementos concretos, sob

pena de nulidade, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida sócio-educativa.

2. A gravidade do ato infracional cometido não é suficiente para, de per si, justificar a inserção do adolescente em medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado, porque a finalidade principal do Estatuto da Criança e do Adolescente não é retributiva, mas reeducar e conferir proteção integral ao menor infrator.

3. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau que inseriu os Pacientes em medida sócio-educativa de liberdade assistida.”

(HC nº 93.694/SP, j. **07/02/2008**, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., STJ) (grifos nossos)

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO FUNDAMENTADA TÃO-SOMENTE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FALTA DE APRECIACÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO MENOR INFRATOR. NÃO-ATENDIMENTO AOS OBJETIVOS DO ESTATUTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 227, § 3º, V, DA CF E 122, § 2º, DO ECA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

3. A aplicação da medida de internação, sem motivação idônea, porque não consideradas, de forma concreta, as circunstâncias e a gravidade do delito, bem como as condições pessoais do menor infrator, não atende aos objetivos do sistema.

4. Ordem concedida para anular o acórdão e restabelecer a sentença.”

(HC nº 93.693/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 10.03.2008) (grifos nossos)

“CRIMINAL. HC. ECA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO

SISTEMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.
EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do menor é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade

II. A simples alusão à gravidade do fato praticado, bem como ao argumento de que nenhuma outra medida sócio-educativa seria capaz de contribuir para a reeducação do adolescente, pois este já se encontra afastado do seio familiar, se dedicando a atividades ilícitas, é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

III. Deve ser reformada a decisão monocrática, bem como o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à medida imposta ao paciente, a fim de que outro decisum seja prolatado, afastando-se a aplicação de medida sócio-educativa de internação, permitindo-se que o menor aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”

(HC 48.197/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 02/02/2006)
(grifos nossos)

Como se vê, a análise da imprescindibilidade da privação de liberdade se faz pela avaliação de dados concretos, melhor obtidos por meio da avaliação psicossocial do adolescente que pode ser levada a efeito pela Equipe Técnica da Fundação Casa ou do Juízo.

Quando o laudo psicossocial aconselha a aplicação de medida em meio aberto, a aplicação da internação é obstada pelo princípio da excepcionalidade, sendo admitida somente diante de fundamentação robusta no sentido oposto ao apurado no laudo, não bastando a referência genérica à situação de vulnerabilidade social (art. Art. 93, IX, CF).

Além disso, cabe ressaltar a natureza privativa de liberdade da medida de semiliberdade, bem como a submissão desta medida ao regime legal da medida de internação, conforme estabelece o artigo 120, § 2º do ECA.

Desta forma, todo o argumentado até aqui se aplica também à medida de semiliberdade, o que já foi afirmado também pelo C. STJ no julgamento liminar do HC nº 116.635/SP.

Vale transcrever o seguinte trecho do referido acórdão:

“E, nos termos do artigo 120, § 2º, do aludido Estatuto, as disposições referentes à medida sócio-educativa de internação aplicam-se, no que couber, à de semiliberdade, esta imposta ao paciente na hipótese dos autos.

Assim, ainda que o Tribunal de origem tenha considerado medida sócio-educativa anterior para impor-lhe a medida de semiliberdade, **é certo que,**

além de não preenchido o requisito quantitativo reconhecido pela jurisprudência dominante, o ato infracional que lhe é atribuído não foi praticado com violência ou grave ameaça. Ante o exposto, defiro a liminar, não na extensão pretendida.” (HC nº 116.635/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T. DJ de 23/09/2008) (grifos nossos)

Por fim, considerando que a adolescência é um período de intensas transformações, é necessário que a avaliação reflita a condição pessoal e **atualizada** do adolescente, sendo certo que a atuação do controle social na esfera extrajudicial (família, escola, comunidade), com o decurso do tempo muitas vezes supre a demanda sócio-educativa que ensejou a prática de determinado ato infracional.

Referências Bibliográficas:

[1] “O ato infracional praticado equipara-se ao delito de roubo, qualificado pelo concurso de agentes e pela restrição de liberdade da vítima, que, muito embora tenha ficado na esfera da tentativa, se apresenta como conduta grave, que justifica resposta jurisdicional incisiva e eficaz. Assim, determina o art. 122, I do Estatuto da Criança e do Adolescente que a medida de internação deverá ser aplicada quando o ato infracional for cometido com violência ou grave ameaça, como se verifica no caso em apreço.

Consigne-se que o menor, muito embora não ostente registros infracionais, na consecução dos atos que aqui lhe são imputados, o recorrido, juntamente com seus comparsas, demonstrou ousadia e periculosidade, a denotar sua familiaridade com atividades infracionais.

Tal evidencia que está a assimilar influências negativas do meio que frequenta ou em que vive, subtraindo-se, assim, do desejável enquadramento nas boas normas de convívio social.

Saliente-se, ainda, que o jovem não possui ocupação legítima (não trabalha e não estuda) e que, além disso, a situação familiar é precária e o controle sobre ele ou é inexistente ou está sendo ineficaz para reconduzi-lo ao bom caminho, o que faz supor que sua colocação em medida mais branda não traria os efeitos sócio-educativos preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente.” (Apelação Cível nº 163.582-0/5, Rel. Luiz Antônio Rodrigues da Silva, Câmara Especial TJ/SP, j. 25/08/2008)

TESE 84

Proponente: Juliana Spuri Bernardi

Área: Infância e Juventude

Súmula:

Apesar da primazia da adoção cadastral e impessoal estabelecida no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o rol trazido no § 13º do mencionado dispositivo não pode ser considerado taxativo em observância ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Fundamentação jurídica

Apesar de a adoção cadastral possuir evidentes vantagens, prevenindo a comercialização de crianças, combatendo o tráfico de pessoas e possibilitando um maior controle judicial deve poder ser excepcionada, com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, a adoção “intuitu personae” deve prevalecer, em alguns casos, quando os laços afetivos trouxerem evidentes vantagens à criança ou ao adolescente.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu com fundamento no art. 1º da Lei 12.010/09, que prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”.

Na oportunidade, considerou-se a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros. Isto em decorrência do próprio direito de filiação, o qual se pauta nas diversas conseqüências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo (REsp 889852 / RS).

Em outras oportunidades, já se decidiu da mesma forma (REsp 1172067 / MG, REsp 159075 – SP).

No que concerne ao princípio do melhor interesse do menor, este decorre do próprio ECA que dispõe, em seu art. 100, parágrafo único, IV, acerca do *interesse superior da criança e do adolescente*, determinando que *a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto*

Deve-se considerar, ainda, que o artigo 43 do ECA estabelece que *a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*.

Demonstra-se, desta maneira, que a presente tese está pautada no entendimento jurisprudencial e nas prescrições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fundamentação fática

Há casos práticos em que os laços afetivos estabelecidos não estão inseridos no rol do 13 §º do art. 50 do ECA e deve prevalecer à adoção cadastral, hipóteses como quando o pedido for formulado por pessoa que não possua vínculo de parentesco com a qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou de quem exerça a guarda de fato de criança ou adolescente.

TESE 85

Proponente: Luís Gustavo Fontanetti Alves Da Silva

Área: Infância e Juventude

Súmula:

É cabível a impetração de habeas corpus coletivo para resguardar ou restabelecer o direito à livre locomoção de todas as crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que em caráter transitório, dentro dos limites de comarca na qual seja editado o chamado “toque de recolher”, ante a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade de tal ato.

Assunto:

Possibilidade de combate das portarias judiciais editadas visando estabelecer os chamados “toques de recolher”, por meio de *habeas corpus* coletivo, ante a inconstitucionalidade e ilegalidade de tais portarias.

Indicação do(s) item(ns) específico(s) relacionado (s) às atribuições institucionais da defensoria pública

A presente tese se coaduna com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo previstas no artigo 5º, inciso III e inciso VI, alíneas “c”, “g”, “i” e “l”, da Lei Complementar Estadual nº 988/2006.

Fundamentação jurídica

É crescente, nos dias atuais, o número de comarcas nas quais os juízes da infância e juventude, com fundamento nos artigos 98, 99 a 101, 148 e 149 do ECA, bem como em errôneo entendimento a respeito do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, editam portarias criando o chamado “toque de recolher”.

Tais magistrados, visando proteger as crianças e adolescentes residentes ou em trânsito pela comarca, editam ato normativo, geral e abstrato, pelo qual, em regra, determinam o recolhimento e devolução aos pais ou responsáveis, pelo conselho tutelar e pela polícia, de toda e qualquer criança e adolescente que:

a-) esteja nas ruas da comarca após as 23:00horas, desacompanhada de seus pais ou responsáveis;

b-) esteja, independentemente do horário, desacompanhada de seus pais ou responsáveis, nas proximidades de prostíbulos e de pontos conhecidos como de venda e de uso de entorpecentes;

c-) esteja, desacompanhada de seus pais ou responsáveis, na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas;

d-) seja flagrada consumindo bebida alcoólica, ainda que acompanhado de seus pais ou responsáveis; e

e-) esteja na companhia de adultos que estejam consumindo entorpecentes, ainda que acompanhado de seus pais ou responsáveis.

Não obstante a presumida boa intenção das autoridades judiciais que assim o fazem, é certo que as portarias supramencionadas, ante à inconstitucionalidade e ilegalidade a ela inerentes, violam expressamente o direito constitucional à liberdade das crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, no âmbito de tais comarcas, sendo de rigor, pois, a atuação da Defensoria Pública a fim de resguardar/restabelecer tal direito.

Para isso, propomos a utilização, pelos Defensores Públicos, de *habeas corpus* coletivo, impetrado com fundamento nos seguintes argumentos jurídicos.

A – DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO HABEAS CORPUS COLETIVO

As ações constitucionais, enquanto espécie de garantia constitucional^[1], visam conceder proteção e eficácia plena aos direitos fundamentais, guardando verdadeira relação de interdependência com tais direitos. Assim é, porque, enquanto os direitos declaram a situação subjetiva particular de seu titular, as garantias, em especial as ações constitucionais, criam mecanismos para assegurar que o referido titular usufrua da situação subjetiva declarada.

Nesse passo, como afirma Geisa de Assis Rodrigues^[2], **“é cediço que as ações constitucionais garantem a existência dos direitos e das liberdades fundamentais e por isso demandam o mesmo regime constitucional”**.

Destarte, o conteúdo e a amplitude do “direito-garantia”^[3] consubstanciado em cada uma das ações constitucionais deve ser compreendido de acordo com os métodos de interpretação/aplicação próprios dos direitos humanos fundamentais.

Aplicam-se, pois, às ações constitucionais, dentre outros, os princípios da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais.

Com efeito, de há muito a jurisprudência, visando garantir efetividade máxima ao direito de livre locomoção, vem interpretando o conteúdo da garantia constitucional do *habeas corpus* de modo à, harmonizando-o com os direitos constitucionais à tutela jurídica efetiva e célere (CF, art. 5º, incisos XXXVI e LXXVIII), permitir a utilização do **chamado habeas corpus coletivo**, o qual objetiva resguardar a liberdade de locomoção de uma coletividade de pessoas que esteja ameaçada ou vilipendiada de forma homogênea, por ato ilegal ou abusivo, mediante o manejo de uma única ação constitucional.

Nesse passo, adéqua-se a garantia constitucional/processual do *habeas corpus* ao que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamaram de “segunda onda de acesso à justiça”^[4], pela qual se propõe justamente a utilização de instrumentos processuais voltados à tutela de direitos e interesses difusos como meio de romper as barreiras ao amplo acesso à justiça.

Veja-se, como exemplo de utilização do *habeas corpus* coletivo para tutela de direitos de pessoas submetidas à Execução Criminal em um mesmo estabelecimento, o seguinte julgado:

“*HABEAS CORPUS – REGIME SEMIABERTO – INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO – COLÔNIA PENAL – FORÇOSA A COLOCAÇÃO DOS REEDUCANDOS NO REGIME MENOS GRAVOSO – DOMICILIAR – ATÉ QUE SEJAM DISPONIBILIZADAS VAGAS NO LOCAL ADEQUADO NA FORMA DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS – ORDEM CONCEDIDA A FIM DE QUE SEJAM COLOCADOS NO REGIME DOMICILIAR TODOS OS ENCARCERADOS DO REGIME SEMIABERTO QUE CUMPREM PENA DO PRESÍDIO DE DOIS IRMÃOS DO BURITI. No caso vertente, a execução da pena no regime que lhes foi designado – semiaberto - é direito inegociável, e, a inexistência de estabelecimento penal adequado, não enseja ao Estado a possibilidade de manter os encarcerados em regime mais gravoso. Imperativa a colocação em regime domiciliar. Os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal, especificam o estabelecimento referente a cada modalidade de cumprimento de pena, estipulando no caso do regime semiaberto. Doutrina: A Colônia Penal deve ser “estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime*”

intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência”. - O Poder Judiciário não pode ser conivente com o descumprimento da lei pelo Poder Executivo, quando não providencia os estabelecimentos adequados aos reeducandos, conforme prevê o ordenamento jurídico.”

(TJ/MS – 1ª Turma Criminal – HC 2009.032499-0/0000-00 – Impet.: DPMS – Pacientes: Internos do Presídio de Dois Irmãos do Buriti – Relato: Des. Dorival Moreira dos Santos – Jul.: 12/01/2010, v.u.)

Ressalte-se, por oportuno, que o cabimento do *habeas corpus* coletivo torna-se ainda mais incontroverso quando destinado a resguardar o direito de locomoção de crianças e adolescentes.

Isso porque, além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, bem como dos direitos à efetiva e célere tutela jurisdicional, aplica-se à tutela jurisdicional da liberdade de ir e vir das crianças e adolescentes **o dever de integral proteção e promoção dos direitos das crianças e adolescentes (CF, art. 227), o qual permite o reconhecimento de lesão ou ameaça de lesão a tais direitos por meio de qualquer tipo de ação judicial.** Irretocável, quanto ao tema, o disposto no artigo 212 do ECA, *in verbis*:

“Art. 212. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

Logo, nos moldes do artigo 5º, inciso LXVIII, da CF/88, interpretado em consonância com o exposto acima, resta inequívoco o cabimento do *habeas corpus* coletivo, uma vez que visa defender o direito de locomoção das crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, dentro dos limites das comarcas em questão, contra ato judicial que, conforme será exposto a seguir, é inconstitucional, ilegal e abusivo.

B – DA INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DO TOQUE DE RECOLHER

B.1 - BREVE INTRODUÇÃO

(Superação do Menorismo – Reflexos na Atuação Estatal/Judicial)

O Código de Menores de 1979 trazia em seu bojo a Doutrina da Situação Irregular, que era calcada na idéia de incapacidade dos menores e no dever de tutela dos mesmos pelo Estado.

A “situação irregular” dos menores era declarada tanto pela conduta pessoal destes (caso de infrações), como por atos da família (maus-tratos) ou da Sociedade como um todo (abandono), e fazia com que fosse atribuída aos mesmos a condição de “objetos da tutela protetiva do Estado”.

Interessante, para o presente caso, notar a descrição das principais características da Doutrina da Situação Irregular trazida por João Batista Costa Saraiva, em sua festejada obra “Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional”, Editora Do Advogado, 3ª edição, pág. 24/25:

“Do trabalho de Mary Beloff extraem –se as principais características da Doutrina da Situação Irregular:

a-) As crianças e os jovens aparecem como objetos de proteção, não são reconhecidos como sujeitos de direitos, e sim como incapazes. Por isso as leis não são para toda a infância e adolescência, mas sim para os “menores”.

b-) Utilizam-se categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de ‘tipo aberto’, de difícil apreensão desde a perspectiva do direito, tais como ‘menores em situação de risco ou perigo moral ou material’, ou ‘em situação de risco’, ou ‘em circunstâncias especialmente difíceis’, enfim estabelece-se o paradigma da ambigüidade.

c-) Neste sistema é o menor que está em situação irregular; são suas condições pessoais, familiares e sociais que o convertem em um ‘menor em situação irregular’ e por isso objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto ele como sua família.

(...)

e-) Surge a idéia de que a proteção da lei visa aos menores, consagrando o conceito de que estes são ‘objetos de proteção’ da norma.

f-) Esta ‘proteção’ freqüentemente viola ou restringe direitos porque não é concebida desde a perspectiva dos direitos fundamentais.” (g.n.)

Em virtude da mencionada concepção, que enxerga no menor o objeto da norma protetiva, ele, enquanto ser incapaz, era despido dos direitos mais básicos concedidos aos adultos, como os direitos à liberdade, a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, à ampla defesa, etc., ficando a mercê do “prudente arbítrio” das autoridades constituídas.

É neste contexto que surge o “juiz de menores”, que devia atuar na “proteção geral dos menores”, para além da lei, como um “bom pai de família”, com faculdades ilimitadas e onipotentes de disposição e intervenção sobre as famílias e as crianças, com amplo poder discricionário. Veja-se, nesse sentido, a literal disposição do artigo 8º do Código de Menores:

“Art. 8º - A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder” (g.n.)

Todavia, a experiência de anos sob a égide da doutrina da situação irregular, fez ver que atuação ilimitada dos órgãos estatais, desconectada com parâmetros mínimos de direitos a serem compulsoriamente observados, ainda que voltada à suposta proteção dos menores, gerava desigualdades e arbitrariedades, que mais oprimiam que protegiam essa parcela da sociedade.

Calcada nessa experiência, bem como inspirada no texto da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a Constituição Federal de 1988, após afirmar a vigência para todos, sem qualquer tipo de discriminação, dos direitos humanos fundamentais (art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos I e IV; e art. 5º, *caput*), introduz no ordenamento jurídico brasileiro, por seu artigo 227, a Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual, as crianças e os adolescentes são considerados como pessoas em desenvolvimento, dotadas, pois, de todos os direitos e garantias conferidos aos adultos e mais daqueles necessários para assegurar seu crescimento saudável.

Reafirmando a adoção deste novo paradigma, o artigo 3º do ECA, editado em 1990, declara:

“Art. 3º - A criança e o adolescente **gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, **em condições de liberdade e de dignidade**.” (g.n.)

Supera-se, pois, a visão da criança e do adolescente como objetos da norma protetiva, passando-se a enxergar neles os sujeitos titulares dos direitos garantidos pela lei.

Outra vez avulta de interesse a lição de João Batista Costa Saraiva^[5], que elenca como principais características da Doutrina da Proteção Integral adotada no Brasil a partir da CF/88:

a-) **Definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vir a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido**, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso.

b-) Desaparecem as ambigüidades, as vagas e imprecisas categorias de ‘risco’, ‘perigo moral ou material’, ‘circunstâncias especialmente difíceis’, ‘situação irregular’, etc.

c-) **Estabelece-se que, quem se encontra em ‘situação irregular’, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado)**.

(...)

h-) **A idéia de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes: Não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do ‘menor’, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes**.

i-) **Este conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-los**.” (g.n.)

Em suma, sob essa nova ótica da Doutrina da Proteção Integral, o Estado deixa de atuar como “tutor de menores”, para atuar como “tutor de direitos”^[6], posição pela qual ele, por seus agentes, deixa de intervir no exercício dos direitos postos às crianças e adolescentes **e passa a criar possibilidades para que referido exercício se dê**.

Ou seja, ao invés de privar o “menor incapaz”, “em situação de risco” ou “em situação irregular” do exercício de seus direitos “para protegê-lo”, o Estado, por força dos novos dispositivos constitucionais e legais, deve adotar **postura positiva** de criar meios para que a criança e o adolescente, na qualidade de pessoas em desenvolvimento, consigam exercer todos os direitos fundamentais.

Reflete bem este modo *positivo* de atuar do Estado para zelar pela promoção dos direitos das crianças e adolescentes o artigo 16 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710/90, que determina:

“Art. 16.

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua

correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.” (g.n.)

Também o ECA, ao regular o exercício da liberdade individual da criança e adolescente, aponta a necessidade de o Estado respeitar e fazer respeitar, nos limites da lei, os direitos individuais dessas pessoas:

“Art. 15. **A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.**

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;” (g.n.)

Reforçando ainda mais a concepção de que a criança e o adolescente são pessoas dotadas de todos os direitos inerentes à condição humana, não podendo sofrer restrições nesses direitos que não partam exclusivamente da constituição e da lei, o ECA extingue a figura do “juiz de menores” dotado de gama ilimitada de poderes, **traçando o perfil do “juiz da infância e juventude”, que atua para promover os direitos desta parcela da sociedade, respeitando tais direitos, dentro dos limites legalmente fixados para sua atuação.**

Nesse sentido, é oportuno trazer a colação o disposto no artigo 149 do ECA, em especial o seu parágrafo segundo, o qual deixa expressa a existências de limites rigorosos à atuação judicial sobre os direitos das crianças e adolescentes:

“Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

1 §º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.” (g.n.)

Como se vê, frente à evolução jurídico-constitucional brasileira quanto aos direitos das crianças e adolescentes, não cabe mais ao Estado, **por qualquer um de seus poderes**, sob o escudo da “intenção protecionista”, intervir de forma limitadora (e simplista) na gama destes direitos, **devendo**, sim, buscar, **com os mecanismos legalmente elencados**, criar meios para sua integral promoção.

Assim, por força constitucional e legal, por exemplo, se um agente do Estado sabe:

a-) que há venda/uso de drogas em um determinado ponto da cidade, no qual crianças e adolescentes circulam, ele deve informar o Ministério Público^[7] e a força policial para que reprima o tráfico de drogas;

b-) que há prostíbulo em um determinado ponto da cidade, no qual crianças e adolescentes circulam, ele deve informar o Ministério Público e a força policial para que feche a indigitada casa;

c-) que há venda ou entrega gratuita de álcool à crianças e adolescentes, ele deve mobilizar a fiscalização municipal, o Ministério Público e a força policial para que impeçam tal prática, multem ou fechem o estabelecimento, e apliquem a punição penal cabível ao adulto responsável pela entrega/venda^[8] de álcool;

d-) que há, na cidade como um todo, má instrução dos pais a respeito dos cuidados para com seus filhos crianças e adolescentes, ele deve provocar o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para que institua, nas entidades de atendimento, programa municipal em regime de orientação e apoio sócio-familiar (CF, art. 30 e 203, inciso I; c.c. ECA, art. 90, inciso I);

e-) que há abandono moral ou intelectual de uma determinada criança ou adolescente por seus pais ou responsáveis, não obstante o apoio e a orientação sócio-familiar, ele deve promover a respectiva responsabilização criminal dos genitores, com a correspondente instauração de processo contraditório para a destituição do poder familiar e colocação da criança e adolescente em família substituta (CP, art. 244 e 245; c.c. CC, art. 1635 e seguintes; c.c. ECA, art. 22 e seguintes); etc.

Enfim, o agente estatal, em situações como as acima exemplificadas, deve buscar tomar medidas que promovam os direitos da criança e do adolescente, e não, ao contrário, privá-los de sua liberdade por meio de medidas que, ilegalmente, determinem seu recolhimento forçado, até porque, tal atitude configura crime, nos moldes do artigo 230 do ECA, *in verbis*:

“Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos.”

Este é o quadro jurídico-constitucional que regula os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil na atualidade.

B.2 – DO CONSTRANGIMENTO INDEVIDO À LIBERDADE PELAS PORTARIAS QUE INSTITUEM O TOQUE DE RECOLHER

Vigorando no Brasil a Doutrina da Proteção Integral, nos moldes acima explicitados, é fácil concluir que as portarias judiciais, ao editarem o chamado “toque de recolher” para as crianças e adolescentes que se encontrem nos limites da comarca, constroem indevidamente a liberdade de tais pessoas, sendo de rigor a concessão da ordem de *habeas corpus* coletivo. Senão, vejamos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, e inciso II, determina que:

“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:

(...)

II – **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;**” (g.n.)

Disto se tem que, sendo as crianças e os adolescentes titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à condição humana, eles não podem ser privados de qualquer parcela de sua liberdade individual, sendo obrigados a fazer ou deixar de fazer algo, por ato diverso da lei.

Nesse passo, **não sendo a portaria jurisdicional que veicula o toque de recolher lei**, inegável que, já em face do princípio da legalidade, tal portaria padece de flagrante inconstitucionalidade.

Quanto ao tema, é irretocável a lição do Procurador Federal e membro da Comissão Redatora do Estatuto da Criança e do Adolescente Edson Sêda, exposta em seu artigo “A Criança e o Afamado Toque De Cidadania” (publicado no site www.edsonseda.com.br), página 5:

“Por outro lado, leitor, em muitos municípios, cidadãos e mesmo autoridades locais ou membros de conselhos de participação querem que o juiz da infância e da juventude emita portaria, regulamentando, localmente, o *toque*

de recolher. **Notar que portaria de juiz não é lei e, portanto, juiz algum pode restringir a liberdade, seja de idosos, de adultos, de adolescentes ou de crianças.**

A lei maior do país (a Constituição), e a lei ordinária, garantem, legalmente, o exercício da cidadania representado pela liberdade.” (g.n.)

Mas a inconstitucionalidade da indigitada portaria não se resume a ofensa ao princípio da legalidade. Ela fere, também, a própria idéia de **livre circulação pública no território nacional:**

“Art.5^o **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:

(...)

XV – **é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;**

(...)

LIV – **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;**

(...)

LXI – **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (g.n.)

“Art. 227 – 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, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, **à liberdade e à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (g.n.)

Ora, segundo tais dispositivos constitucionais, nenhuma criança ou adolescente pode ser privado de sua liberdade de locomoção no território nacional, a menos que seja flagrado cometendo ato infracional ou que, por conta da prática de ato infracional, tenha sua apreensão determinada por ordem judicial fundamentada e emanada em processo judicial regular.

Outra não é a garantia emanada pelo ECA:

“Art. 15. **A criança e o adolescente têm direito à liberdade**, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (g.n.)

“Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; (g.n.)

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.”

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

“Art. 106. **Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.**” (g.n.)

Destarte, como a portaria que veicula o toque de recolher determina o recolhimento de crianças e adolescentes independentemente da prática, por eles, de ato infracional, tal portaria, também por este ponto de análise, se mostra inconstitucional e ilegal.

Mas uma vez é precisa a lição de Edson Sêda^[9], que ao comentar o direito de liberdade das crianças e adolescente, assevera:

“Notar, leitor, que a norma é clara, no Ordenamento de Cidadania do Brasil: Crianças e adolescentes devem ser *orientadas e apoiadas* (em programa especializado *executado* em cada município, para o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, **ressalvadas as restrições legais.**”

O programa em regime de *orientação e apoio* vai orientar, apoiar e ensinar, que crianças e adolescentes **não podem** praticar atos ilícitos que causem danos a terceiros e ao bem comum). **Essas providências positivas (usando a linguagem moderna, essas providências pró-ativas) é que devem ser adotadas em lugar de negativas restrições fixadas por portaria judicial ou por eventuais e inconstitucionais leis municipais.**

(...)

Tais restrições legais (tais abusos), nos quais crianças e adolescentes não podem incidir, são as práticas de contravenções, de crimes e de ilícitos civis ou administrativos em geral, para os quais existem correspondentes punições para adolescentes, adultos e idosos, e medidas de proteção para crianças, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há, portanto, nos termos da lei brasileira, hipótese de *impunidade* para ninguém. Orientação e apoio, leitor, através de profissionais especializados (psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, advogados), com afamado *toque de cidadania* e não, de forma alguma, através de infame *toque de recolher.*” (g.n.)

Além de afrontar o princípio da legalidade e o direito à livre locomoção, **a famigerada portaria afronta o direito da criança e do adolescente não ter sua vida privada interferida arbitrariamente pelo Estado, além do direito de os pais dirigirem a criação e educação de seus filhos de acordo com seus princípios morais e sociais**, direitos esses que são expressos na Constituição Federal, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90) e no Código Civil Brasileiro da seguinte forma:

CF/88:

“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:

(...)

X – **são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

“Art. 229 – **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.” (g.n.)

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90):

“Art. 16.

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.” (g.n.)

CC:

“Art. 1513 – É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida instituída pela família.”

“Art. 1.634. **Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:**

I - **dirigir-lhes a criação e educação;**” (g.n.)

Outra inconstitucionalidade e ilegalidade existente em portaria que edita toque de recolher, diz respeito à vedação à discriminação (CF, art. 5º, caput e art. 227; ECA, art. 5º).

Isso porque, a portaria em questão institui, em relação às crianças e adolescentes atingidos, tratamento diverso àquele conferido às crianças e adolescentes de outras localidades (e mesmo aos próprios adultos), **sem ter, para tanto, um critério de discrimen juridicamente válido.**

Analisando justamente a impossibilidade jurídica da discriminação por motivo não constitucionalmente elencado, é salutar o comentário de André Ramos Tavares:

“A desigualdade tem de estar em relação direta com a diferença observada. Não se pode tratar diversamente em função de qualquer diferença observada. Do contrário, todos os tratamentos discriminatórios estariam, em última instância, legitimados, já que claro está que todos se diferenciam uns dos outros. Além disso, exige-se que essa relação de pertinência a ser assim estabelecida não viole algum preceito constitucional. Portanto, em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da isonomia proíbe a arbitrariedade.” (TAVARES, 2007, p. 528).

Em complemento, vale trazer mais uma vez o texto de Edson Sêda^[10]:

“Lei federal, e leis estaduais, municipais, ou portarias de Juízes não podem impor restrição, a crianças e adolescentes, em relação aos direitos que, nos termos do artigo terceiro do Estatuto, não podem ser restringidos para adultos e idosos. Não podem discriminar crianças e adolescentes, no exercício das liberdades fundamentais. Veja, leitor, outra vez, o princípio da não-discriminação no artigo 227 da Constituição de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado^[11] assegurar à criança e ao adolescente, 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.

O ser humano só aprende a liberdade vivendo, compartilhando a liberdade e aprendendo os valores essenciais do respeito ao próximo. Os profissionais do programa municipal em regime de orientação e apoio sócio-familiar devem trabalhar intensamente, apoiando, orientando e ensinando às comunidades que criança aprende a falar, falando. A andar, andando. A nadar, nadando. A respeitar, respeitando. A praticar o uso liberdade (não o abuso da liberdade), exercendo o uso da liberdade (não o abuso da liberdade).” (g.n.)

É preciso ressaltar, outrossim, que a portaria judicial que veicula toque de recolher, ao regular de maneira geral e abstrata a permanência de crianças e adolescentes em logradouros públicos da comarca, vilipendiou mandamento expresso contido no artigo 149 do ECA, *in verbis*:

“Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

1 §º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.” (g.n.)

Salta aos olhos que o artigo 149 do ECA permite ao juiz da infância e juventude regular por portaria ou alvará a participação de crianças e adolescentes **apenas e exclusivamente** quanto aos eventos que enumera, **não cabendo qualquer interpretação ampliativa das hipóteses previstas, haja vista que o artigo traz verdadeira exceção ao princípio da legalidade, ao poder-familiar e, até mesmo, ao princípio da separação de poderes.**

Ademais, mesmo quanto aos casos previstos no seu bojo, o artigo 149 do ECA é incisivo ao comandar que as portarias ou alvarás deverão regular os casos concretos e específicos levados ao juiz, **sendo “vedadas as determinações de caráter geral”.**

Ou seja, o artigo 149 do ECA, proíbe as portarias editadas relativamente a situações não previstas em seu bojo, bem como as portarias de caráter geral, porque revogou o poder normativo conferido aos vetustos “juízes de menores”. Nesse sentido, veja os ensinamentos de Antônio Fernando do Amaral Filho, trazidos na obra coletiva “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais”, que foi coordenada Munir Cury, editora Malheiros, 10ª edição, pág. 736:

“Não mais se cogita do antigo poder normativo.

Houve coerência e juridicidade ao se extinguir o poder normativo do art.8º do Código de Menores.

Não é do Judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo.

Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Julga os comportamentos frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição à outra órbita.” (g.n.)

Reforça o entendimento esposado acima, a brilhante nota divulgada pelo **Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de Minas Gerais (CAO-IJ/MG)**, que, após ressaltar a ineficácia e as diversas inconstitucionalidades das portarias em tela, analisa a sua vedação pelo artigo 149 do ECA:

“O referido artigo, por tratar-se de exceção ao poder-familiar e à própria tripartição de poderes - que impediria o Juiz de legislar fixando normas de caráter abstrato e genérico - deveria ser interpretado de maneira restritiva, não podendo haver interpretação extensiva de forma a atingir a liberdade de crianças e adolescentes em outras hipóteses que não as previstas expressamente neste dispositivo.

O artigo citado prevê apenas restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, limitações que devem ser fundamentadas, caso a caso, de forma individualizada, **restando vedadas determinações de caráter geral, como o ‘toque de recolher’.**

Neste sentido, a autoridade judiciária não pode mais expedir portarias sem limites ou restrições, sujeita apenas ao seu prudente arbítrio, como previsto antigamente no Código de Menores. A expedição de portarias judiciais está claramente restrita às hipóteses elencadas no art. 149 do ECA.” (g.n.)

Desta feita, também sob esse ângulo de análise, verifica-se a ilegalidade da portaria judicial que veicula toque de recolher, ante ao fato de ela ter emitido norma de caráter geral sob a permanência de crianças e adolescentes nas ruas da comarca, o que é expressamente proibido pelo artigo 149 do ECA.

Ademais, observa-se que ao determinar o recolhimento, **por força policial**, de crianças e adolescentes **do local público em que se encontrem**, independentemente da prática de ato infracional, a portaria judicial da espécie infringe outra proibição legal constante do ECA, qual seja, a de não exposição de crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário:

“Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, a vexame ou a constrangimento. Pena: detenção de seis meses a dois anos.”

Veja-se, de novo, a manifestação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado de Minas Gerais (CAO-IJ/MG):

“O procedimento imposto pelo “toque de recolher” submete crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário, prática expressamente vedada pelo art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Mais uma vez, agora sob a ótica da proibição veiculada pelo artigo 232 do ECA, é forçosa a conclusão pela ilegalidade de portaria que veicula toque de recolher.

Ressalte-se, por oportuno, que as diversas inconstitucionalidades e ilegalidades elencadas acima quanto às portarias que veiculam toque de recolher, já foram apontadas pelas mais diversas esferas. Destacam-se abaixo, ilustrativamente, excertos das manifestações do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CONANDA, do Conselho Estadual dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CONDECA e do Excelentíssimo Senhor Doutor Conselheiro do CNJ, Jorge Hélio Chaves de Oliveira sobre o tema:

Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CONANDA

“(...)

3) O procedimento contraria a Doutrina da Proteção Integral, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em vigor no Brasil por meio da Lei 8.069 de 1990 (ECA) e a própria Constituição Federal Brasileira, tendo em vista a violação do direito à liberdade. A apreensão de crianças e adolescentes está em desconformidade com os requisitos legais por submeter crianças e adolescentes a constrangimento, vexame e humilhação (arts. 5 e 227 da CF e arts. 4, 15, 16, 106, 230 e 232 do ECA). **Volta-se a época em que crianças e adolescentes eram tratados como “objetos de intervenção do estado” e não como “sujeitos de direitos”. A medida significa um retrocesso, tendo em vista que nos remete à Doutrina da Situação Irregular do revogado Código de Menores e a procedimentos abusivos como a “Carrocinha de Menores” e outras atuações meramente repressivas executadas por Comissariados e Juizados de Menores;**

(...)

5) Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA. Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em geral. No mesmo sentido, por que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?

6) Nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. **Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (arts. 98 e 101) para crianças, e adolescentes e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129);**

(...)

9) O procedimento do Toque de Recolher **contraria o direito à convivência familiar e comunitária, restringindo direitos também de adolescentes que, por exemplo, estudam à noite, frequentam clubes, cursos, casas de amigos e festas comunitárias;**

10) Conforme os motivos acima elencados, o Toque de Recolher contraria o ECA e a Constituição Federal. **É uma medida paliativa e ilusória, que objetiva esconder os problemas no lugar de resolvê-los.** As medidas e programas de acolhimento, atendimento e proteção integral estão previstas no ECA, sendo necessário que o Poder Executivo implemente os programas; que o Judiciário obrigue a implantação e monitore a execução e que o Legislativo garanta orçamentos e fiscalize a gestão, em inteiro cumprimento às competências e atribuições inerentes aos citados Poderes.” (g.n.)

Conselho Estadual dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes - CONDECA

“(…)

A partir das falas dos Ilustres Juízes e Promotores de Justiça, bem como as intervenções feitas por parte da sociedade civil, e, ainda, das fundamentações encontradas nos documentos judiciários que versam sobre a questão, constatamos que os argumentos que justificam a medida de proibição de circulação de crianças e adolescentes no período noturno nas cidades são os seguintes:

- a) Aumento do tráfico de drogas;
- b) Aumento do uso de drogas;
- c) As trágicas conseqüências do vício em droga para o adolescente e sua família;
- d) O aumento de roubos e furtos provocados por adolescentes antes da medida, e a diminuição da criminalidade posteriormente;
- e) A exposição constante dos adolescentes ao uso de bebida alcoólica;
- f) A necessidade de maior convívio entre as crianças e adolescentes e o ambiente familiar;
- g) A necessidade da criança e adolescente dormirem cedo para poderem dar conta das suas atividades escolares diárias;
- h) A impotência das mães e pais de famílias em garantir a disciplina necessária ao bom desenvolvimento dos seus filhos, e a alta demanda desses pais aos Conselhos Municipais e às escolas para que lhes auxiliem a controlar ou fazer-lhes respeitar por seus filhos;
- i) por fim, que essa medida viria de encontro aos interesses das crianças e dos adolescentes, uma vez que assim estaríamos os protegendo de situações de riscos, às quais estariam submetidos em razão da condição vulnerável de ser criança ou adolescente, e/ou, nas quais poderiam estar envolvidos por más escolhas que viriam danificá-los futuramente.

É de salientar que apesar de ter sido levantado o questionamento sobre números estatísticos que fundamentariam os argumentos apresentados, verificou-se que esses números não existem, ou não são de conhecimento daqueles que traziam o argumento. A maioria deles gerou em torno da ameaça de um perigo não precisamente conhecido e, além disso, da necessidade e ações preventivas a uma possível escolha pela delinquência ou, em outras palavras, por condutas que infringiriam a lei por parte da criança e do adolescente.

ANÁLISE SOBRE A MEDIDA E SUAS JUSTIFICATIVAS

Contudo, se analisarmos os argumentos, verifica-se o seguinte:

Os itens “a”, “b”, “c” e “d” trazem questões que realmente são de extrema importância serem alteradas, no entanto, são todas relacionadas estritamente à matéria de Segurança Pública, que compete ao Poder Executivo. **A devida posição dos Meritíssimos Juízes, Promotores de Justiça e outros profissionais comprometidos e preocupados com essas questões seria a de cobrar as responsabilidades do poder**

executivo e mais especificamente daqueles responsáveis pela garantia da segurança pública. Não fazer ao contrário, esvaziar o espaço público para que este espaço se torne mais seguro.

Com relação a esse aspecto, é mister ressaltar que a conquista democrática em nosso país - ainda em construção desde a época do ato de proclamação da independência da nação - não foi e não é tarefa fácil. Foi pela garantia de um espaço público saudável que muitos cidadãos brasileiros enfrentaram a ditadura, momentos difíceis de tortura e assassinatos. E, considerando esses fatos, a medida chamada de “Toque de recolher (ou acolher)” representa um retrocesso nesse processo histórico.

Os fundamentos como “manter a disciplina e a ordem”, como explicitado no item “g”, junto àqueles que trazem à baila o medo dos cidadãos diante de perigos - que analisados de forma abstrata e não realista - tornam-se monstros cujos problemas e soluções ficam no plano do ilusório, como nos mostram os itens “h” e “i”, são bastante semelhantes aos utilizados na história da humanidade para a prática das ações mais desumanas, autoritárias e violentas.

Esses argumentos não estão “fora de moda”. São utilizados ainda em atividades . Por isso, devemos estar sempre atentos ao analisar o caráter ilusório da pretensão de promoção de segurança das diversas medidas institucionais que, em realidade, podem configurar-se atos que violam direitos e, assim, ameaçando as garantias do sistema democrático, produzem um estado de insegurança a toda população.

Com efeito, não podemos esquecer que o espaço público e o acesso a tudo aquilo que ele proporciona ao cidadão é de importância similar a algo “sagrado” para o sistema democrático. É ele que promove as oportunidades de desenvolvimento dos indivíduos que podem por meio dele experimentar e dialogar com a cultura em que se vive, estabelecer relações, participar, se reconhecer, aprender e ensinar, intervir, produzir, enfim, se desenvolver materialmente, espiritualmente e intelectualmente.

Esses são direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), na Constituição Federal e, mais especificamente, no Estatuto da Criança e Adolescente, em seus artigos. 3 15 ,°e 59.

Nesse sentido, o Estado tem como função a criação e manutenção das condições adequadas ao convívio social nesses espaços públicos, principalmente para que as crianças e os adolescentes possam transitar e se desenvolver neles. **Não ao contrário, esvazia-los e encaminhar as crianças e adolescentes para as casa, para que tenham assim, como alternativa social, somente o mundo virtual.**

É de considerar que, com relação ao item “ e ,”consiste parte dessa atividade Estatal **assegurar que os produtores de bebidas alcoólicas, vendedores e revendedores não venham prejudicar as crianças e os adolescentes, conforme artigo 81 II do ECA. Por isso, as ações do poder judiciário e executivo são fundamentais no sentido de retirar de circulação as pessoas que praticam essa atividade, ainda que venham ser reduzidos seus lucros; e, não ao contrário, retirar do espaço público as crianças e os adolescentes, prejudicando-lhes em seu desenvolvimento, como medida para que os vendedores de bebidas e drogas não venham a atingi-los.** (g.n.)

VOTO CONSELHEIRO JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA

“(…)

VOTO

Não obstante reconhecer as excelentes intenções do Juízo requerido, a Portaria aqui analisada, nos moldes em que editada, atenta contra qualquer sorte de razoabilidade, reduz a menos o princípio da legalidade e extrapola os limites delineados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

É certo que o magistrado pode, mediante portaria ou alvará, e quando requerer o caso, disciplinar situações previstas no artigo 149 do ECA. **Contudo, a portaria deverá se referir à situações concretas e específicas, não podendo, em qualquer hipótese, ser dotada de caráter geral e abstrato.**

Não se pode permitir que ao magistrado, ser humano também acometido de influências sociais, convicções religiosas, familiares, seja conferida competência legislativa para que edite, descontroladamente, atos dessa magnitude, sem qualquer proporcionalidade ou razoabilidade, regulamentando o direito de ir e vir das crianças e adolescentes. Ressalte-se que nosso País possui mais de cinco mil Municípios e diversas das situações apontadas na Portaria têm previsão legal.

Observe-se que o próprio Estatuto, em seu §2º do artigo 149 estabelece que “*as medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral*”. (grifamos)

Ademais, além de todos os excessos praticados pelo magistrado, usurpando, inclusive, competência privativa da União para legislar sobre direito civil, penal, comercial processual (artigo 22 da CF/88), as determinações de caráter geral estabelecidas pela Portaria ainda ofendem os artigos 5º, II[15]; 227, §§3º e 4º e 229, todos da Carta Constitucional, além do artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor abaixo se transcreve:

(…)” (g.n.)

Desta sorte, frente a tudo que acima foi exposto, verifica-se que as portarias que editam toque de recolher, por todos os pontos de análise, são inconstitucionais e ilegais, veiculando constrangimento indevido às crianças e adolescentes que se encontrem, ainda que transitoriamente, nos limites territoriais das comarcas atingidas, pelo que deve ser concedida a ordem de *habeas corpus* coletivo, a fim de que seja restabelecida a integral liberdade de locomoção destas pessoas.

Fundamentação fática

Com a adoção da tese institucional sugerida, a Defensoria Pública combaterá de modo estratégico, célere e efetivo, o cerceamento indevido do direito à livre locomoção de crianças e adolescentes por meio de portarias judiciais que veiculam os chamados toques de recolher.

Isso garante maior agilidade na tutela do direito constitucional das crianças e adolescentes defendidos, bem como redução do número de demandas a serem propostas pelos Defensores Públicos, em clara atenção aos princípios da economia e da celeridade processual.

Sugestão de operacionalização

Impetração, pelos Defensores Públicos, de *habeas corpus* coletivo, com base na fundamentação acima explicitada, no qual se pedirá:

a-) liminarmente, a imediata suspensão da eficácia da portaria judicial combatida, restabelecendo-se/resguardando-se o direito de livre locomoção das crianças e adolescentes atingidos, até o final julgamento do *writ*, e

b-) no mérito, a confirmação da medida liminar anteriormente deferida, bem como a concessão da ordem para fim de que, declarando-se a inconstitucionalidade e ilegalidade da portaria judicial combatida, seja restabelecido o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes que, ainda que transitoriamente, se encontrem dentro dos limites territoriais da comarca.

Referências Bibliográficas:

^[1] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *Direitos Humanos Fundamentais*, 2ª ed., Saraiva, pp. 32/33, fala em três espécies de garantias constitucionais: garantias-limites, garantias-institucionais e garantias-instrumentais, sendo essas últimas correspondentes às ações constitucionais.

^[2] Rodrigues, Geisa de Assis. *Reflexões Em Homenagem Ao Professor Pinto Ferreira: As Ações Constitucionais No Ordenamento Jurídico Brasileiro*.

^[3] JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed, Editora Jus Podivm, pp. 617.

^[4] Obra “Acesso à Justiça”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31.

^[5] Obra citada; p. 26/27.

^[6] Edson Seda – Artigo: “A Criança e o Afamado Toque De Cidadania” – www.edsonседа.com.br

^[7] ECA – “Art. 220 – Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe os elementos de convicção.” / “Art. 221 – Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

^[8] ECA - “Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

^[9] Obra citada. p. 8 e 12

^[10] Obra citada. p. 6

^[11] Dever da família quer dizer dever dos membros da família. Os membros da família são os idosos, os adultos, os adolescentes e as crianças. Dever da sociedade e do Estado são os deveres dos membros da sociedade e do Estado, que são os idosos, os adultos, os adolescentes e as crianças.

TESE 104

Proponente: Adriano Pinheiro Machado Buosi

Área: Infância e Juventude

Súmula:

Com o trânsito em julgado da aplicação da medida de internação, ocorre a perda superveniente da pretensão socioeducativa na apuração de atos infracionais cuja data antecede o início da medida.

Assunto:

INFÂNCIA E JUVENTUDE. APLICAÇÃO DEFINITIVA DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA. IMPUTAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS DIVERSOS COM DATA ANTERIOR AO INÍCIO DA MEDIDA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NA APURAÇÃO DESTES ATOS. EXTINÇÃO DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública:

A presente tese tem por fundamento o cumprimento das atribuições previstas no artigo 5º, inciso VI, alíneas “c” e “i” da Lei Complementar Estadual 988/2006.

Fundamentação jurídica:

A formulação da tese parte da dimensão já pacificada de que nenhum adolescente pode ser tratado de forma mais gravosa que um adulto. Esta visão gera efeitos não unicamente no campo do Direito Material, quando se comparam a aplicação da pena para o adulto e da medida socioeducativa para o adolescente, mas igualmente se estende às garantias processuais, de maneira que se aplica por analogia o regramento do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal às ações socioeducativas.

A vedação ao tratamento mais severo do adolescente advém naturalmente do artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, ao trazer o princípio da igualdade, mas também possui respaldo em Convenções Internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, como o artigo 54 da Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD, e o artigo 3.1 das Regras de Beijing. Recentemente, foi igualmente previsto na legislação ordinária, no artigo 35, inciso I da Lei 12.594/12, nomeado como “*princípio da legalidade*”.

Assim sendo, existe um conjunto de regras voltadas ao mundo adulto que, ainda que analogicamente, será aplicado ao processo socioeducativo, especialmente no que diz respeito a direitos e garantias processuais, uma vez que, do contrário, haveria um tratamento mais gravoso ao adolescente. Isso também já seria uma decorrência lógica da interpretação do artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a observância do devido processo legal, e do artigo 111, que traz rol exemplificativo de garantias processuais.

O Estatuto, ao prever o procedimento para apuração de ato infracional, traz determinadas especificidades, mas permite expressamente a aplicação da normativa processual pertinente, de forma subsidiária, conforme a dicção do artigo 152. Assim, é

indiscutível que devem ser aplicadas ao processo socioeducativo as normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal que forem pertinentes.

Atualmente é pacífico que as medidas socioeducativas guardam não apenas um caráter pedagógico, mas igualmente um viés punitivo, de maneira que ambos devem estar presentes para que haja interesse jurídico na apuração de um ato infracional e na aplicação de uma medida; ausente quaisquer deles, não subsiste a pretensão estatal na continuidade da ação. Este duplo caráter é evidente na leitura do artigo 1º, §2º da Lei 12594/12, que traz os objetivos das medidas socioeducativas.

Feitas estas considerações, é preciso ter em mente noções de teoria geral do processo. O artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil incorporou ao sistema processual brasileiro a teoria das condições da ação, segundo a qual a possibilidade de se veicular judicialmente uma pretensão e obter um julgamento acerca do mérito está condicionada ao preenchimento de determinados requisitos. Embora haja muita discussão doutrinária acerca da natureza e dos efeitos das condições da ação, o fato é que a legislação processual as aceita, e condiciona um julgamento com resolução de mérito à sua presença. De acordo com o dispositivo supracitado, são consideradas condições da ação a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Conforme as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco, *“a exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio de economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada”*^[1].

A incorporação da teoria das condições da ação visa, desta forma, preservar o Poder Judiciário, e todos os atores processuais, de um trabalho inútil, uma vez que a tutela jurisdicional pretendida não gerará efeitos no campo material.

Parte da doutrina entende que as condições da ação aplicam-se igualmente ao processo penal, seguindo-se uma mesma formulação jurídica ou somando-se a outras condições, mas sem alteração substancial de seus conceitos. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: *“Do mesmo modo que a ação civil, a penal está sujeita a condições. Em princípio, trata-se das mesmas acima; mas a doutrina costuma acrescentar, às genéricas, outras condições que considera específicas para o processo penal e que denomina condições específicas de procedibilidade”*^[2].

Contudo, parcela considerável da doutrina processual penal critica a expansão dos conceitos do processo civil para atender às especificidades do processo penal, e propõe uma construção diversa. É o caso de Lopes Júnior: *“Agora, diante da necessidade de respeitarem-se as categorias jurídicas próprias do processo penal, devemos buscar as condições da ação dentro do próprio Processo Penal, a partir da análise das causas de rejeição da acusação [...] Daí podemos extrair as condições da ação penal: prática de fato aparentemente criminoso – fumus commissi delicti; punibilidade concreta; legitimidade de parte; justa causa”*^[3].

Também esta parcela da doutrina, ao prever condições específicas da ação no processo penal, o faz para que seja observado o princípio da economia processual: *“considerando o custo que encerra o processo e o fato de não haver possibilidade de – a qualquer momento – ser extinto sem julgamento de mérito, a análise das condições da ação como requisitos a serem preenchidos para o nascimento do processo e obtenção da tutela pedida é fundamental”*^[4]

Prevalecendo uma ou outra corrente no que diz respeito ao processo de apuração de atos infracionais, o fato é que as condições da ação são parâmetros para a análise da viabilidade e utilidade da ação, pois somente pode ser considerado válido um procedimento que possa, ao final, gerar efeitos práticos. Assim, para efeito da presente tese, são fundamentais as noções de interesse de agir, advinda do Processo Civil, e de justa causa, advinda do Processo Penal.

O interesse de agir, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, “*assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição [...], não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil*”^[5]. Em mesmo sentido Gonçalves: “*Para que se tenha interesse é preciso que o provimento jurisdicional seja útil a quem o postula*”^[6].

Ao tratar das condições da ação que seriam específicas do Processo Penal, Lopes Júnior assim trabalha a noção de justa causa: “*considerando a instrumentalidade constitucional do processo penal, conforme explicamos anteriormente, o conceito de justa causa acaba por constituir numa condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar. [...] A justa causa identifica-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal)*”^[7].

E complementa: “*Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro*”^[8].

A natureza parcialmente punitiva do próprio processo socioeducativo, como mencionado pelo autor acima, e os altos custos do processo, são fatores que levam à configuração de excesso de acusação em casos de ações sem resultado prático efetivo ao seu término, pois afiguram-se desproporcionais quando comparados os meios utilizados e os fins possíveis.

No campo do Direito da Infância e Juventude, há expressa previsão que permite a incorporação destas noções conceituais. É o caso, v.g., do artigo 100, p.u., incisos VII e VIII c.c. artigo 113 do Estatuto, que trazem o princípio da mínima intervenção (somente deve haver intervenção estatal se tal ação for indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção do adolescente) e os princípios da proporcionalidade e atualidade (a intervenção deve ser a estritamente necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento da decisão). A excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição das medidas, a proporcionalidade à ofensa cometida, e a mínima intervenção também são princípios que foram expressos pelo artigo 35 da Lei 12594/12.

Na visão de Shecaira, “*... o Direito Juvenil deve situar-se como ultima ratio do sistema de justiça da infância e juventude, aspecto que foi plenamente assumido pelo legislador ordinário. [...] verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá (e não necessariamente deverá) aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas. Na prática, o representante do Ministério Público não se obriga a representar (oferecer denúncia) à autoridade judiciária e esta a aplicar a medida socioeducativa*”^[9].

A visão do autor traduz o princípio da oportunidade, que vige em matéria de infância e juventude, sendo que a aplicação – e mesmo a execução – das medidas socioeducativas

está condicionada à presença do binômio necessidade-utilidade. Assim, não existe por parte do Ministério Público ou da autoridade judiciária a obrigação de perseguir a todo custo a imposição de uma medida socioeducativa, mas sim deve ter como parâmetro a necessidade e utilidade de sua aplicação considerados o seu duplo viés pedagógico-punitivo e as condições pessoais do adolescente.

Os Defensores Públicos Barbosa e Souza, de forma contundente, seguem o mesmo entendimento ao interpretar a intervenção mínima: *“desta forma, o Direito Penal Juvenil apenas é invocado como uma ultima ratio, depois da constatação de que os demais sistemas de garantia previstos na legislação infanto-juvenil não foram suficientes para assegurar a manutenção dos padrões normais da vida social. Fala-se, por isso, que o Direito Penal Juvenil segue o princípio da intervenção mínima; realmente, o Direito Penal Juvenil não serve à gestão ordinária de problemas sociais, devendo somente intervir nos casos em que todas as medidas imagináveis, judiciais ou extrajudiciais, não lograrem prevenir a conduta proibida, violadora de bens jurídicos significativos”*¹¹⁰.

Finalmente, é preciso ter em mente alguns dispositivos trazidos pela Lei 12594/12, que avançou na regulamentação da execução das medidas socioeducativas.

Em primeiro lugar, merece destaque o artigo 52, que conceitua o Plano Individual de Atendimento (PIA) como sendo o instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente. Assim, a execução da medida socioeducativa deve seguir de forma estrita o planejamento formulado no PIA; com a realização de sua finalidade, a medida deverá ser extinta, como assegura o artigo 46, inciso II.

Tais dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática à luz da regra esculpida no artigo 42, §2º, segundo a qual a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. Da mesma forma, não impedem que haja a sua extinção, uma vez que o que se almeja com a medida socioeducativa é alcançar o duplo caráter punitivo-pedagógico. Como dito, estes são os objetivos da medida trazidos pelo artigo 1º, §2º, e a lei é clara ao determinar o seu término quando do alcance de seus objetivos.

Assim, a conclusão que o ordenamento permite é que, para que se extinga a medida socioeducativa, o que realmente importa não é o seu prazo de duração, a gravidade do ato infracional ou a presença de antecedentes, mas sim a forma pela qual o adolescente reage à medida e executa as atividades previstas em seu PIA. É este o grande norteador da execução socioeducativa, em reconhecimento aos princípios do superior interesse do adolescente e da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Por fim, merecem especial atenção as regras trazidas pelo artigo 45, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei 12594/12, que regulam a chamada “unificação de medidas socioeducativas”. A previsão legal determina que, no caso de aplicação de nova medida no transcurso da execução, se procederá à unificação das medidas. Para tanto, a lei expõe alguns parâmetros. Em primeiro lugar, proíbe o Magistrado de determinar o reinício de medida quando procede à unificação, excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução. Em segundo lugar, veda que seja aplicada nova internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído o cumprimento da medida, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida de privação de liberdade.

Estas normas protegem a lógica do sistema socioeducativo, qual seja: a medida visa não apenas punir o adolescente, mas também buscar a sua socioeducação. Quando se fala de internação, isso se torna absolutamente claro, pois a lei não prevê prazo mínimo para sua execução, e determina que deve observar como princípios fundamentais a brevidade e a

excepcionalidade. Assim, a medida prevalece apenas pelo tempo que for necessário para se alcançar os objetivos socioeducativos, e de acordo com o registro de metas e atividades elencados no PIA.

Portanto, quando se trata de internação, verifica-se que o trânsito em julgado da sentença que a aplica leva ao esvaziamento da aplicação de qualquer outra medida (inclusive de nova internação) no que diz respeito a atos infracionais praticados anteriormente ao início de sua execução. Isso porque somente é possível trabalhar o adolescente uma única vez quanto ao aspecto pedagógico da medida; tendo ele alcançado os objetivos da internação, a execução de nova medida de idêntica natureza por fatos antigos não representa novo procedimento socioeducativo, mas unicamente uma cruel repetição de seu caráter sancionador. Não é possível “reiniciar” o estágio da vida de um jovem que necessitou da intervenção estatal; passada a execução da medida, trata-se de outra pessoa, o que advém por força das atividades com ele desenvolvidas e até mesmo da passagem do tempo. Em síntese, o processo socioeducativo é uno, inexistente uma relação direta entre o número de atos infracionais praticados e o número de medidas aplicadas.

Tomadas estas lições com o enquadramento do interesse de agir, da justa causa para a ação de natureza penal e do princípio da oportunidade que vige no regramento juvenil, é possível afirmar que o processo de apuração de atos infracionais anteriores à execução da internação perde a sua utilidade prática. Isso porque, caso advenha aplicação de medida menos grave, esta será extinta por força de unificação, uma vez absorvida pela mais grave; caso advenha nova internação, a lei veda o seu reinício, de maneira que também ela será extinta. A conclusão que se chega é que, neste contexto, a ação socioeducativa não guarda nenhuma pretensão estatal, pois nenhum resultado prático advirá ao seu término, ainda que o adolescente seja responsabilizado. Assim, seja por ausência de interesse de agir na modalidade utilidade, seja por ausência de justa causa, o fato é que a ação deve ser extinta quando presente este cenário, pois estará ausente qualquer pretensão ou finalidade socioeducativa.

Haverá aqueles que entenderão ser útil o prosseguimento da ação, uma vez que somente assim será possível se computar os antecedentes do adolescente. Quanto a este posicionamento, algumas observações devem ser feitas, tendo-se em vista o artigo 122 do Estatuto. Como se sabe, são três as situações que permitem a aplicação da internação: a) o cometimento de ato infracional mediante grave ameaça ou violência contra pessoa; b) a reiteração no cometimento de outras infrações graves; c) o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A primeira e a terceira hipótese em nada dependem da quantidade de registros ou responsabilizações que um adolescente ostente, sendo outros os parâmetros que viabilizam a aplicação da internação. Contudo, a segunda hipótese exige que haja a reiteração no cometimento de atos graves, situação sem a qual não será possível a imposição da medida.

Quanto à concepção de reiteração, e à sua confusão com o conceito de reincidência, embora haja discussão doutrinária, já há entendimento pacificado nos Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AOS CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERADO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS ANTERIORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA.

1. A medida de internação somente é possível nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei n. 8.069/1990, ou seja, quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, quando houver o reiterado

cometimento de outras infrações graves ou, ainda, quando haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

2. Esta Corte firmou a orientação de que, para resultar em reiteração de infrações graves (inciso II do art. 122 do ECA), são necessárias, no mínimo, duas outras sentenças desfavoráveis, com trânsito em julgado, não podendo ser computadas as remissões.

3. No caso, o descumprimento de medida anterior, associado à reiteração de infrações anteriores, não recomenda a aplicação de medida menos severa. Medida de internação que, ante a gravidade da conduta infracional e as características e condições pessoais do adolescente, mostra-se adequada e congruente com o propósito curativo e educativo do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Ordem denegada. (HC 215.713/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 03/05/2012, DJe 23/05/2012).

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO POR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS BRANDA. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA JUSTIFICAR A INTERNAÇÃO. AUSENTES. PRECEDENTES.

1. A medida socioeducativa de internação só deverá ser decretada, de formas excepcional e breve, se o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento repetido e injustificável da anteriormente imposta, quando comprovados a sua existência e o indício suficiente de autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que o ato infracional análogo ao tráfico de substâncias entorpecentes não configura cometimento mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

3. Esta Corte Superior mantém a orientação de que, para resultar em reiteração de infrações graves (art. 122, II, da Lei nº 8.069/90), é necessário terem sido prolatadas, no mínimo, três outras sentenças desfavoráveis, com trânsito em julgado, não podendo ser computadas as remissões.

4. O juízo de probabilidades e ilações abstratas não constitui fundamentação idônea a autorizar solução mais gravosa que a prevista em lei, diante da desvinculação com elementos concretos.

5. Ordem concedida, em parte, para revogar a internação e determinar que o Juízo competente para o exame da sindicância estipule medida socioeducativa diversa ao paciente (HC 210.166/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, J. 10/04/2012, DJ e 27/04/2012).

Ato infracional: imposição de medida socioeducativa de internação: ausência dos seus pressupostos (ECA, art. 122, I e II). 1. **O regime da medida de internação pressupõe a tipicidade estrita das hipóteses legais que a autorizam.** 2. A condenação imposta ao paciente, contudo, amolda-se à conduta descrita como tráfico de entorpecentes (L. 6.368/76, art. 12), na comissão do qual, no caso, não se utilizou de violência ou grave ameaça (art. 122, I, do ECA). 3. **Também não configurada a hipótese do art. 122, II, do ECA: por "reiteração no cometimento de outras infrações graves", à incidência da qual não é suficiente a mera existência de outros processos por fatos anteriores, mas a pré-existência de sentença transitada em julgado, reconhecendo a efetiva prática de pelo menos 2**

duas infrações. 4. Ademais, a "remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (...)" (ECA, art. 127). 5. Habeas corpus: deferimento para cassar a sentença, na parte em que impôs a medida de internação ao paciente, a fim de que outra seja aplicada. Extensão dos efeitos da decisão ao outro menor também condenado (HC 88748/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, V.U., DJ em 29/09/2006).

Verifica-se, desta forma, que para que haja a reiteração que autoriza a aplicação de internação, é indispensável que haja, de forma prévia ao cometimento do ato infracional, a responsabilização com trânsito em julgado por outros dois atos infracionais graves.

Voltando ao contexto inicialmente exposto, e tomada em consideração a concepção majoritária de reiteração, tem-se que o eventual interesse pelo registro de antecedentes decorrente do prosseguimento das ações de apuração de ato infracional é inócuo para efeito de possibilitar, no futuro, a aplicação de nova medida de internação. Isso porque somente é registro válido para configurar a reiteração a responsabilização por ato infracional cometido após o trânsito em julgado da sentença que aplica a internação que está sendo executada. Em sendo o fato apurado anterior à imposição da medida, não se falará em preexistência de sentença transitada em julgado, o que reafirma a inutilidade de se prosseguir em sua investigação.

Assim sendo, em resumo, em caso de responsabilização de adolescente com aplicação de internação transitada em julgado, ocorre a perda superveniente da pretensão socioeducativa nas ações de apuração de atos infracionais praticados anteriormente ao início da execução da medida, de forma que devem ser extintas sem resolução de mérito.

Fundamentação fática

A tese tem potencial aceitação por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público, uma vez que permite a extinção em massa de processos cujo resultado final será inócuo. Na Vara da Infância e Juventude da Rio Claro passou a ser aplicada após a observação de que a responsabilização por fatos anteriores ao início da internação gerada uma movimentação inútil por parte de todos os atores processuais (Magistrado, Promotoria da Infância, Defensoria Pública e Cartório da Infância e Juventude), com a realização de audiências e atos desnecessários e, em caso de responsabilização, a formação de apensos de execução de medidas que inevitavelmente passam por procedimento de unificação, sendo ao final extintas. Assim, objetiva-se dar efetividade ao princípio da economia processual e mínima intervenção do Poder Público, maximizando o tempo de todos os operadores do Direito envolvidos, permitindo destinar a atenção a outras atividades fundamentais para a garantia e implementação dos direitos das crianças e adolescentes.

Sugestão de operacionalização

A tese é de fácil operacionalização, bastando a inclusão de sua fundamentação jurídica nos pedidos de extinção de ações socioeducativas. Também se recomenda, dentro das naturais possibilidades, que haja prévio diálogo e tentativa de articulação com os Magistrados e Promotores da área da Infância, para que a tese seja compreendida e sejam expostos os seus benefícios para todos os atores processuais.

Referências Bibliográficas:

[\[1\]](#) Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, Malheiros, São Paulo, 22ª ed., 2006, p. 274.

- [2] Id. *ibid.*, p. 274.
- [3] *Aury Lopes Júnior. Direito Processual Penal*, Saraiva, São Paulo, 10ª ed., 2013, pp. 366/367.
- [4] Id. *ibid.*, p. 363.
- [5] *Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Op. cit.*, p. 275.
- [6] *Marcus Vinicius Rios Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo, 6ª ed., 2009, p. 92.
- [7] *Aury Lopes Júnior. Op. cit.*, p. 373.
- [8] Id. *ibid.*, p. 374.
- [9] *Sérgio Salomão Shecaira. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*, RT, São Paulo, 1ª ed., 2008, pp. 147/148.
- [10] *Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza. Direito da Criança e do Adolescente – Proteção, Punição e Garantismo*, Juruá, Curitiba, 1ª ed., 2013, p. 137
-

TESE 105

Proponente: Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Área: Infância e Juventude

Súmula:

É viável a multiparentalidade na adoção, com a manutenção do vínculo registral anterior e, conseqüentemente, sem a destituição do poder familiar.

Assunto:

Infância Cível (não infracional). Adoção. Multiparentalidade. Destituição do Poder Familiar.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c” da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80 de 1994.

Fundamentação jurídica:

As ações de adoção são corriqueiramente cumuladas com o pedido de destituição do poder familiar. A teor do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre o rompimento dos vínculos biológicos, já que, de acordo com a visão tradicional do Direito de Família, observa-se a substituição da filiação natural pela filiação adotiva.

Todavia, com o reconhecimento dos novos modelos de família pela doutrina mais moderna, abre-se margem à possibilidade de manutenção de vínculos paralelos, advindos de origens distintas. Assim:

É preciso desmistificar a idéia de que na família é compreendida somente a linguagem da genética legalizada, porque ela encobre os mundos existenciais do afeto e da ontologia, pelo que o texto do direito de família não significa normatização genética, mas, sim, existência humana (genética, afetiva e ontológica). A partir dessa compreensão, o intérprete estará em condições de compreender a linguagem familiar da genética, do afeto e da ontologia e a acumulação de todos os direitos de família, significando que, reconhecida a perfilhação genética e socioafetiva, todos os efeitos jurídicos dessa dupla filiação deverão ser somados na vida do ser humano. (...) Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de TODOS os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana. (WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional no Direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva, disponível em: Acesso em: 18.02.2013.)

Ainda que tal tese sirva comumente para defender a inclusão da filiação socioafetiva no registro de nascimento, a exemplo de casos como o da madrasta que constrói vínculos de afetividade com o enteado, que perdeu a mãe biológica durante o parto, possível igualmente reconhecer pela via da adoção a vinculação socioafetiva, sem que isso implique o rompimento da criança com sua família natural.

Deve-se, portanto, proceder-se a uma nova leitura do art. 41 do ECA, em relação ao desligamento de qualquer vínculo com os pais e parentes biológicos, à luz da nova doutrina da multiparentalidade.

Tal regra, que traz como consequência da adoção a desvinculação da criança em relação à sua família biológica, não deve prevalecer frente ao direito constitucional à convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal) e o direito ao conhecimento da origem biológica.

A tese da multiparentalidade ou multipaternidade, apesar de recente, já tem encontrado precedentes nos tribunais superiores. Em relação à hipótese de permanência de vínculos de origem diferentes, como a biológica e a sócio-afetiva, há julgados reconhecendo tal possibilidade:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido. (Apelação Cível; Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286; Comarca: Itu 2ª Vara; Cível; Juiz: Cássio Henrique Dolce de Faria)

O julgado acima, em sua *ratio decidendi*, fundamenta que o art. 1.593 do Código Civil é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. De “outra origem”, sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes.

Há ainda no mesmo julgado, citações a outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos” (REsp 889852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

Há notícia de recente decisão do Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Vitória da Conquista – BA, que homologou acordo no qual participou a Defensoria Pública, concedendo adoção de uma criança a um casal homoafetivo de mães, sem destituir o poder familiar da genitora, reconhecendo a tese da Multiparentalidade e inscrevendo três mães em um mesmo registro (Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=21193>).

Em outro caso, ocorrido em Minas Gerais, a Defensoria Pública foi nomeada curadora da criança e não concordou com um pedido de adoção por entender que a criança não foi abandonada por sua mãe e, portanto, não era razoável a destituição do poder familiar. O juiz afirmou então que a multiparentalidade privilegiaria o melhor interesse da criança, que tem direito ao conhecimento de suas raízes biológicas, mas também de reconhecer como seus pais aqueles que a criam, dedicando-lhe amor e cuidados. Na decisão o juiz trouxe a seguinte fundamentação:

“Desta feita, o menor será o mais privilegiado com a situação, eis que, além de possuir em seu registro todas aquelas pessoas que contribuíram na sua formação e história de vida, fará jus a alimentos, benefícios previdenciários e sucessórios de todos eles”, disse o magistrado. Para ele, “a manutenção do nome da mãe no registro protege não só a memória da falecida, que trouxe em seu ventre o menor e certamente o amou, mas também o melhor interesse da criança, que terá conhecimento de seu passado, não passando pelos traumas advindos pela suposição de que foi rejeitado pela mãe”. (Disponível em <http://noticias.portalbraganca.com.br/nacional/nacional-justica-de-minas-gerais-tambem-decide-que-crianca-tera-multiparentalidade-em-seu-registro-ou-seja-duas-maes-e-um-pai.php>)

Desse modo, deve-se ter sempre em mente a possibilidade de assegurar o valor da afetividade e a manutenção dos vínculos biológicos com a família natural.

A manutenção dos vínculos de origens distintas traz maior gama de direitos à parte adotanda, que estará juridicamente mais protegida, além da segurança emocional e maior sentimento de pertencimento ao núcleo familiar, sendo benéfico ao seu desenvolvimento e bem estar.

Ressalte-se que em muitos casos de adoção c.c. destituição do poder familiar, os pais biológicos não violaram quaisquer dos deveres que autorizariam a perda do poder familiar (art. 1638 do CC), razão pela qual, não demonstrado quaisquer das hipóteses, falta interesse quanto ao pedido de destituição.

Frise-se ainda que em casos de adoção por pessoas do mesmo sexo, não há grandes discussões quanto à possibilidade de constar no registro de nascimento o nome de duas mães ou dois pais, razão pela qual não haveria motivo para obstar tal pretensão por razões cartoriais.

Fundamentação fática

É frequente, na Defensoria, o relato de casos em que famílias muito carentes permitiam que terceiros cuidassem de seus filhos, exercendo a guarda de fato. Em tais situações, não é incomum que fosse proposta ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar em relação à família biológica, sendo que na maioria dos casos restavam comprovados os vínculos afetivos e a prolongada guarda de fato em relação à criança, acarretando na procedência da demanda em favor dos adotantes.

Em tais casos, a família biológica, apesar dos poucos recursos, comumente mantinha contato com os filhos, bem como a própria família extensa natural não se desvinculava totalmente da criança. A destituição do poder familiar, em tais hipóteses, mostra-se injusta, penalizando a pobreza com medida gravosa e desproporcional. Como é cediço, a adoção, com o desligamento dos vínculos biológicos, e a consequente destituição do poder familiar, acarretam a impossibilidade jurídica de eventual pedido de guarda ou de visitas, já que os pais biológicos passam a ser terceiros sem legitimidade para ingressar com tais demandas.

A orientação dos genitores em relação a tal possibilidade, ainda que como pedido subsidiário, abre margem a que posteriormente possa ser intentada ação de guarda ou mesmo de visitas. Ademais, a criança não perde quaisquer direitos decorrentes das filiações biológicas ou afetivas, facilitando possível convivência harmoniosa entre os envolvidos.

Não raras vezes em casos semelhantes, principalmente envolvendo mães encarceradas, verifica-se a ocorrência de adoções de fato, muitas vezes irregulares, as quais são praticamente irreversíveis frente à consolidação dos vínculos afetivos.

Invariavelmente tais casos são de difícil procedência para a parte representada pela Defensoria, que muitas vezes atua na condição de curadora especial. Possível trabalho com o Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria, quando tais mães já se encontrarem em liberdade, poderá ter o condão de orientá-las a respeito da linha de defesa ora apresentada, bem como a baixa probabilidade de sucesso na demanda quando os vínculos afetivos estão consolidados com a família adotiva.

A tese também é aplicável nas hipóteses em que a própria Defensoria atende aos requerentes da ação de adoção. Em tais casos, mostra-se aconselhável que o defensor oriente o usuário quanto à possibilidade da adoção não ensejar necessariamente o rompimento do vínculo com a família biológica. De igual modo, deve-se relatar as implicações da tese da multiparentalidade caso seja utilizada, como, por exemplo, o fato de constar no registro da criança dois pais e/ou duas mães.

A presente tese foi utilizada em caso no qual a adotanda, de 16 anos, fora criada por uma senhora, a qual a genitora havia confiado a filha. A genitora fazia uso problemático de drogas e não teve mais contato com a menina, todavia, a família biológica, principalmente a avó materna e irmãos biológicos, possuíam muito contato com a adotanda. A adotante desejava a adoção para que o bem que possuía, um apartamento, fosse deixado como herança para adotanda na mesma condição que os demais filhos. Além disso, os laços de afetividade eram evidentes, o que foi constatado em laudo psicossocial.

Apesar do histórico de drogadição e abandono da genitora em relação à filha, esta desejava também a manutenção do sobrenome materno e a continuidade de vinculação no registro em relação aos parentes biológicos. Assim, após orientarmos a respeito da multiparentalidade, as partes aceitaram aditar a inicial para não mais constar o pedido de destituição do poder familiar.

Outro caso em que se aventou a aplicação da tese ocorreu numa defesa em curadoria especial, no qual a genitora ficou presa por 4 (quatro) anos, período em que criança foi desacolhida por um casal que a visitava na unidade de acolhimento, o qual pleiteou a adoção da menina. Após obter a liberdade, a genitora se reestruturou economicamente e passou a ser apta novamente a exercer a maternagem, mas a situação fática estava consolidada. A genitora passa atualmente por acompanhamento pelo CAM, tendo aceitado que caso a demanda fosse procedente para ela, o casal pleiteante à adoção pudesse ter o direito de visitar a criança.

A tese se aplica igualmente como matéria de defesa nas ações de adoção unilateral c.c. destituição do poder familiar, já que o reconhecimento do vínculo afetivo em relação ao pai ou mãe sócioafetivos, não deve implicar na exclusão da filiação genética em relação à parte que não detém a guarda. Em tais casos, não é incomum que o genitor que detém a guarda da criança e que constituiu nova família ingresse com tal pedido, mas nem sempre se está diante de abandono da criança por parte do réu ou ré. Assim, havendo anuência do usuário, pode-se alegar em sede de contestação a tese da multiparentalidade.

Sugestão de operacionalização

Nas defesas em ações de adoção c.c. destituição do poder familiar, a tese pode ser aventada na maioria das vezes como pedido subsidiário ou até mesmo principal, a depender do caso concreto e anuência da parte representada. A tese demonstra ser muito útil em casos nos quais os vínculos afetivos encontram-se consolidados, já que a jurisprudência é predominante no sentido de manutenção da situação fática. Assim, evita-se a polarização do problema, encontrando-se uma solução menos conflituosa para as partes, facilitando-se possível acordo de visitas caso a demanda reste improcedente para a parte representada pela Defensoria.

Em casos nos quais a Defensoria atua em favor da parte autora, deve haver orientação dos envolvidos a respeito da possibilidade de manutenção de todos os vínculos, seja biológico, seja afetivo. As iniciais de adoção, havendo anuência, não seriam cumuladas com o pedido de destituição, mas sim com o de manutenção dos vínculos, do mesmo modo o pedido de adoção unilateral poderiam vir desacompanhado de tal pleito. Alternativamente pode-se lançar mão de uma ação de investigação de paternidade sócioafetiva e não propriamente de adoção, a depender do caso concreto.

TESE 106

Proponente: Edgar Pierini Neto

Área: Infância e Juventude

Súmula:

Em atenção ao princípio da atualidade e ao artigo 462 do Código de Processo Civil, a Teoria do Fato Consumado é aplicável às Medidas Socioeducativas.

Assunto

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRINCÍPIO DA ATUALIDADE.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A presente tese se coaduna com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo previstas no artigo 5º, inciso III e inciso VI, alíneas “c” e “i” da Lei Complementar Estadual nº 988/2006.

Fundamentação jurídica

O art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente remete à aplicação das regras dos artigos 99 e 100 da mesma lei para definição das medidas socioeducativas.

O art. 100 estabelece no *caput* que a medida aplicável “deverá levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Com a redação decorrente da Lei 12.010/09, foram mencionados nos incisos desta regra diversos princípios que devem reger a aplicabilidade das medidas, dentre eles os princípios da proporcionalidade e da atualidade, conforme o inciso VIII.

Segundo inteligência deste dispositivo legal, “a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada”.

Com isso, é possível aferir que as medidas socioeducativas submetem-se ao princípio da atualidade, devendo o juiz ou tribunal fixá-la, levando em consideração a atual situação do adolescente.

Tal posicionamento é defendido por João Batista Costa Saraiva:

“No caso da utilidade, há que ser levada em conta a dinâmica da vida adolescente, a reclamar um **olhar atual de sua condição pessoal** para o lançamento do *decisum*, em especial em sede de recurso na segunda instância, onde o adolescente em julgamento com certeza já não será o mesmo que se fez sujeito da sanção de primeiro grau. Em especial, se nessa decisão de primeiro grau, foi imposto ao adolescente o cumprimento de medida de meio aberto e o recurso postula sanção mais severa. Há que se ter em mente, em especial em se tratando de adolescentes, que o tempo do processo não se confunde com o tempo da vida, e que a dinâmica da vida de um adolescente produz, em pouco tempo transformações, para melhor ou para pior, impressionantes, cujas devem ser sempre atualizadas (SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 4 ed. Porto Alegre: 2010. p. 253 – grifo nosso)”.

Aliado a isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 122, §2º, o princípio da excepcionalidade da internação, devendo sempre ser analisada a possibilidade de colocação do adolescente em medida menos gravosa, preferencialmente em meio aberto.

Assim, em processos em que adolescentes permanecem em liberdade por longo período, afigura-se totalmente desnecessária a aplicação de medida privativa de liberdade, mormente quando a situação fática da vida deste houver se modificado. As circunstâncias fáticas que se modificaram devem ser levadas em consideração pelo órgão julgador no momento da aplicação da medida socioeducativa, consoante inteligência do art. 462 do CPC.

Para estes casos, perfeitamente possível a aplicação da Teoria do Fato Consumado, segundo a qual “o tempo consolida os fatos jurídicos, os quais devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC” (REsp 833.692/AM).

Não levar em consideração as atuais circunstâncias fáticas, significa extirpar o caráter pedagógico da medida socioeducativa, estatuído no art. 1º, §2º, II, da Lei 12.594/12.

Vale lembrar que a tese vem ganhando guarida na Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MENOR. Tráfico de entorpecentes. Aplicação da medida de liberdade assistida. Apelo do Promotor de Justiça pleiteando a imposição do programa de internação. Excepcional descabimento. Situação que se supõe ter sido consolidada, pois o julgamento e a medida eleita remeteram-se a junho de 2013, sem haver notícias de recidiva. Incidência da teoria do fato consumado. Apelo desprovido (TJSP, Ap. 0009232-34.2013.8.26.0114, Câmara Especial, Rel. Carlos Dias Motta, julgado em 27/01/2014, publicado em 03/02/2014 – grifo nosso).

MENOR –ATO INFRACIONAL – Roubo duplamente majorado e receptação – Aplicação dos programas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Apelo do Dr. Promotor de Justiça pleiteando a imposição do programa de internação – Excepcional descabimento – Situação que supõe ter se consolidado, eis que o julgamento em primeiro grau e o programa eleito remetem a fevereiro de 2013, sem existir notícias de recidiva – **Incidência da teoria do fato consumado** – Medida de internação que só se justificaria em havendo prova da insuficiência da aqui impugnada – Apelo desprovido. (TJSP, Ap. 0000109-40.2013.8.26.0428, Câmara Especial, Rel. Des. Costabilè e Solimene, publicado em 26.09.2013 – grifo nosso).

MENOR. Ato infracional. Crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo do Promotor de Justiça, pleiteando a imposição do programa de internação. Excepcional cabimento. Situação que se supõe ter sido consolidada. Incidência da teoria do fato consumado. Ressalvada a medida de internação aplicada em outro processo, por fato posterior. Recurso não provido, com ressalva. (TJSP, Ap. 0058194-25.2012.8.26.0114, Câmara Especial. Rel. Des. Carlos Dias Motta, julgado em 11/02/2014, publicado em 24/02/2014 – grifo nosso).

Desta forma, nos casos em que o adolescente permanecer em liberdade durante o processo por tempo razoável, cabe ao Defensor Público requerer a aplicação da Teoria do Fato Consumado, podendo destacar ausência de reiteração infracional, retorno aos estudos/trabalho, início de tratamento de saúde mental, dentre outros.

Fundamentação fática

É muito comum que Defensores Públicos atuantes na área da infância infracional se deparem com casos em que o juiz aplica, na sentença, medida em meio aberto, mormente em casos de tráfico de entorpecentes para adolescentes primários e, em recurso da acusação, o Tribunal de Justiça reforma a sentença e fixa a medida de internação.

Também não são raras situações em que a internação provisória do adolescente é revogada (muitas vezes pelo excesso de prazo para conclusão do feito) e, em virtude do grande volume de audiências, este permanece por longo período em liberdade, sobrevivendo, entretanto, na sentença, a aplicação da medida de internação, baseada exclusivamente na gravidade em abstrato do ato infracional e, muitas vezes, também na vida pregressa do adolescente.

A Defensoria Pública deve chamar a atenção dos juízes e tribunais para aplicação da Teoria do Fato Consumado, levando-se em consideração os princípios da atualidade e excepcionalidade da medida de internação, bem como o teor do art. 462, do CPC.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da tese é simples.

Verificando que o adolescente está ou permanecerá em liberdade por período razoável durante o trâmite do processo, o Defensor Público pode invocar o cabimento da referida tese em alegações finais, em razões e contrarrazões de apelação.

Também é possível a interposição de recurso especial, pois há violação a dispositivos de Lei Federal.

Por fim, nada obsta a impetração de *habeas corpus*, desde que as alegações estejam comprovadas nos documentos que deverão instruir o *writ*. Para tanto, podem ser juntados os seguintes documentos: declaração de escolaridade/trabalho, certidão de antecedentes atualizada, atestado médico, dentre outros.

TESE 118

Proponente: Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes

Área: Infância

Súmula:

É cabível o pedido de extinção de medida socioeducativa de internação e semiliberdade ou sua substituição por medidas em meio aberto quando o(a) Defensor(a) Público(a) se deparar com indícios de maus tratos, violência ou tratamento degradante.

Assunto

Infância Infracional

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5, incisos III e VI, letra C da Lei 988/06.

Fundamentação jurídica

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) passou a vigorar com a promulgação da Lei 12.594/2012. A partir de então, a execução das medidas socioeducativas passou a ser regulamentada por diversos dispositivos legais que dispõem especificamente sobre a extinção, substituição e suspensão das medidas socioeducativas. Salienta-se que o Estatuto da Criança e Adolescente não faz qualquer menção ao processo de cumprimento de medida socioeducativa e sua ausência legitimava o poder discricionário dos magistrados.

Neste sentido, o Artigo 43 do Sinase^[1] trouxe de maneira expressa a possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa, com vias à sua substituição, suspensão ou extinção,

incluindo o adolescente, seus pais ou responsáveis entre os legitimados, ao lado do Defensor e do Ministério Público.

Conforme a redação do referido dispositivo, o pedido de reavaliação se baseia em hipóteses não taxativas (Artigo 43, §1º “Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos...”), embora o texto tenha trazido alguns exemplos que possam ensejar o pedido de reavaliação.

Aliás, nem se concebe a possibilidade de um texto legal abranger todas as possibilidades pelas quais se requer a reavaliação da medida socioeducativa.

No Estado de São Paulo tem sido cada vez mais frequente a notícia de adolescentes submetidos a maus-tratos, violência e tortura no curso do cumprimento da medida. Infelizmente, estes relatos não se restringem a esfera estadual e se revelam ainda mais perversos, quando se sabe que muitos casos, sequer são relatados.

Segundo levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2012, intitulado “*Panorama nacional – A execução das Medidas Socioeducativas de Internação*”^[2], pelo menos um adolescente havia sido abusado sexualmente dentre as 34 (trinta e quatro) unidades de privação de liberdade nos últimos 12 meses e que 28% (vinte e oito por cento) dos entrevistados afirmaram ter sofrido algum tipo de agressão física por parte dos funcionários das unidades de privação de liberdade.

Quando houver indícios da prática destas condutas, a Defensoria Pública poderá requerer a reavaliação da medida socioeducativa, com vias a sua extinção ou sua reavaliação para a substituição de qualquer outra medida, de acordo com o caso concreto, ponderando diversos fatores, como por exemplo, o grau de violação cometida, o tipo do ato infracional, o tempo da medida socioeducativa e etc.

Importante destacar que o magistrado só poderá indeferir o pedido de reavaliação da medida por meio de decisão fundamentada, quando entender insuficiente a razão do pedido^[3]. Para considerar insuficiente, ouvirá o adolescente, nos termos do §3º do Artigo 43^[4] (§ 3º “*Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei*”). A redação do artigo menciona o termo “*se necessário*”, podendo ser entendido como discricionária a decisão do magistrado em ouvir ou não o jovem.

Ocorre, no entanto, que a interpretação deste dispositivo não dá de forma isolada, devendo ser interpretado de forma sistemática com outros direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e Adolescente, dentre os quais, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente^[5] e o direito de manter de maneira íntegra sua integridade física e psíquica, mesmo em caso de privação de liberdade^[6]. Este mesmo dispositivo dispõe sobre eventual punição por ação ou omissão na efetivação dos direitos fundamentais.

Superada a questão do direito do adolescente em ser ouvido perante o magistrado, temos que esta oitiva só não ocorrerá quando o juiz já se convencer dos indícios de violações trazidos pela Defensoria Pública. Assim, após a oitiva do jovem, a Defensoria Pública solicitará a extinção da medida socioeducativa ou sua substituição por outra medida.

Em relação à primeira hipótese, a que trata de extinção de medida socioeducativa, fundamenta-se na perda de objeto da medida socioeducativa. Vejamos. O Artigo 46 do Sinase^[7] regulamenta a extinção de medidas e traz um rol exemplificativo de causas que extinguem a medida de internação. Neste aspecto, ainda que o último inciso mencione que a extinção se dará “*em outras hipóteses previstas em lei*” quando não se coadunar com as

hipóteses ali elencadas, é certo que nenhum dispositivo pode prever todas as hipóteses cabíveis para extinção da medida, até mesmo para não restringir o poder do magistrado quando decide em prol do adolescente, fundamentando-se nos princípios constitucionais da excepcionalidade e brevidade da medida de internação.

É de se destacar que a medida de internação se fundamenta na excepcionalidade de sua imposição e na brevidade de sua execução e qualquer decisão no sentido de extinguir a medida se fundamenta indiretamente neste princípio. Ademais, o próprio artigo 43, §1º menciona que o pedido de reavaliação de medida socioeducativa pode se fundamentar em outros motivos. Ora, se o próprio texto legal abre possibilidade de se reavaliar a medida socioeducativa imposta por várias hipóteses, não haveria qualquer sentido em restringir as hipóteses de extinção da internação às previstas em lei.

Não há dúvidas de que os indícios de violência, maus-tratos e tortura dentro das unidades de privação de liberdade desvirtuam os objetivos das medidas socioeducativas, considerando o viés de educação e de cerceamento de liberdade. O Estado acaba por extrapolar os limites legais da própria medida socioeducativa, seja por que não garantiu a integridade física do adolescente, que sofreu lesão em seus direitos fundamentais através da ação de outros jovens, seja porque de forma indireta, através de seus agentes, violou o direito dos adolescentes, tornando-se ilegítimo para impor a continuidade da medida socioeducativa.

É inconcebível exigir desempenho adequado do adolescente no cumprimento das metas do Plano Individual de Atendimento, quando o próprio Estado extrapola os limites legais de imposição de sanções, infligindo sofrimento e tortura ao adolescente, em afronta ao seu papel de garantidor da integridade física e da proteção especial devida.

Apenas para exemplificar a possibilidade dentro do nosso ordenamento, o decreto de indulto de natal nº 8380/14^[8] em seu Artigo 1º, inciso XVIII elenca como beneficiário do indulto as vítimas de tortura^[9].

Também em voto-vista proferido em 6 de maio de 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 580.252 do Mato Grosso do Sul também propõe uma nova forma fórmula de indenização por danos morais em decorrência de condições degradantes impostas aos presos no sistema carcerário brasileiro. Ao invés do pagamento de indenizações pecuniárias, o Ministro sugeriu a redução da pena como forma mais efetiva de restaurar a dignidade violada dos presos, se ainda estiver em curso o cumprimento da pena. Como se vê, existem decisões neste sentido.

No que tange à substituição da medida socioeducativa, o próprio SINASE traz como exemplo de sua aplicação, o artigo 49, inciso II^[10]. Pela sua disposição, o juiz deverá substituir a medida socioeducativa em meio fechado por outras em meio aberto, quando inexistir vagas na proximidade da residência do jovem. Neste exemplo, a norma considerou que a convivência familiar do adolescente é demasiadamente importante, a ponto de que a medida de internação deva ser substituída. A integridade física e psíquica do jovem se demonstra tão relevante quanto à convivência familiar, corroborando o entendimento de que nestes casos, é possível a substituição/ extinção da medida de internação.

Por todo exposto, há amparo legal para se requerer a extinção ou substituição de medidas socioeducativas em meio fechado, quando houver indícios de violações aos direitos dos adolescentes em restrição de liberdade.

Fundamentação fática

Frequência de notícias de maus tratos, violência e tortura em adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade.

Sugestão de operacionalização

Instar o Poder Judiciário para extinguir as medidas em meio fechado ou substituí-las por medidas em meio aberto, quando houver notícias de maus tratos, violência ou tortura, exaurindo todas as instâncias recursais por meio de Habeas Corpus ou Agravo de Instrumento.

Referências Bibliográficas:

[1] Artigo 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

§ 1º Justifica o pedido de reavaliação, entre outros motivos:

I - o desempenho adequado do adolescente com base no seu plano de atendimento individual, antes do prazo da reavaliação obrigatória;

II - a inadaptação do adolescente ao programa e o reiterado descumprimento das atividades do plano individual;

III - a necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente.

[2] Disponível no endereço eletrônico: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf.

[3] Artigo 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável: § 2º A autoridade judiciária poderá indeferir o pedido, de pronto, se entender insuficiente a motivação.

[4] § 3º Admitido o processamento do pedido, a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei.

[5] Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente

[6] Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[7] Art. 46. A medida socioeducativa será declarada extinta: I - pela morte do adolescente; II - pela realização de sua finalidade; III - pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva; IV - pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; e V - nas demais hipóteses previstas em lei.

[8] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8380.htm

[9] Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: XVIII - condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da [Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997](#), com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade.

[10] Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei: II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;

TESE 119

Proponente: Ivan Gomes Medrado

Área: Infância e Juventude

Súmula:

A Lei n.º 12.594/2012 não estabelece um sistema progressivo de cumprimento de medidas socioeducativas, somente podendo as mais gravosas ser substituídas por medidas mais brandas, em vez de determinar-se a extinção do processo de execução, quando as metas do Plano Individual de Atendimento não foram integralmente atingidas durante o prazo máximo de reavaliação, por conduta atribuível ao adolescente, e a finalidade socioeducativa remanescente estiver devidamente caracterizada no relatório conclusivo da entidade de atendimento.

Assunto:

Execução de Medidas Socioeducativas; Reavaliação de medidas socioeducativas.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública:

Art. 5º, VI, "c", da Lei Complementar Estadual n.º 988/2006.

Fundamentação jurídica:

A tese proposta se fundamenta no princípio da legalidade na sanção cominada. O princípio da legalidade, estabelecido constitucionalmente, determina que não haverá sanção penal sem prévia cominação legal; adaptando-se o princípio ao Direito da Criança e do Adolescente, e levando-se em consideração a proibição do tratamento mais gravoso ao adolescente do que à pessoa adulta (art. 35, I, da Lei n.º 12.594/2012), tem-se que o cumprimento de multiplicidade de medidas socioeducativas, das mais gravosas às mais brandas, sem que estejam presentes, simultaneamente, as três finalidades previstas no art. 1º, § 2º, da Lei n.º 12.594/12, bem como o descumprimento das metas pactuadas no Plano Individual de Atendimento.

Isso ocorre porque não se podem comparar as modalidades de medidas socioeducativas aos regimes “fechado”, “semiaberto” e “aberto” de cumprimento de penas. O condenado imputável não sofre “pena de regime fechado” pura e simples, mas uma pena de reclusão ou detenção que passa por regimes de cumprimento.

Já o adolescente não é condenado a uma medida socioeducativa genérica que passa por “regimes” de internação, semiliberdade e liberdade assistida – não sendo cabível, assim, falar-se em “progressão de regimes”. Pelo contrário, cada medida tem sua finalidade socioeducativa específica, a qual, quando esgotada, enseja a extinção do processo na forma do art. 46, II, da Lei n.º 12.594/2012.

Fundamentação fática:

A tese deriva da existência de relatórios conclusivos elaborados pela Fundação CASA, em que, declaradas atingidas todas as metas do PIA, a entidade de atendimento promove a reavaliação para obter a “progressão para liberdade assistida”, assim como faz o Ministério Público ao apreciar o relatório. O juízo, sem se atentar para o atingimento completo das metas do plano determina a "continuidade do atendimento" em liberdade assistida, como regra, embora haja informação de que há comarcas em que se determina “progressão” para semiliberdade, aumentando ainda mais a privação de liberdade do adolescente ou jovem, sem que haja fundamento jurídico para isso.

Sugestão de operacionalização

Abolição do uso da expressão “progressão” no âmbito da execução de medidas socioeducativas, para evitar-se a aplicação de paradigmas da execução de penas ao adolescente ou jovem; orientação direta às entidades de atendimento, para que, ao realizarem promoção de reavaliação, no relatório conclusivo, não sugiram a substituição da internação por outra medida, quando não houver descumprimento de metas do PIA; nos pedidos de reavaliação realizados pela Defensoria Pública, não se pleitear a "progressão" de internação para liberdade assistida, cabendo pedido subsidiário de substituição de uma medida por outra, caso o juízo entenda não estarem atingidas integralmente as metas do PIA; recorrer e/ou impetrar habeas corpus contra a sentença, no curso da execução da medida de internação, que substitui uma medida por outra sem justificar a finalidade socioeducativa remanescente.

Proponente: Peter Gabriel Molinari Schweikert e Tatiana Campos Bias Fortes

Área de Atividade: Infância e Juventude

Súmula

A Lei nº 13.257/16 (marco legal da primeira infância), ao suprimir a locução “em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica prima facie para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores.

Assunto

Drogas; destituição do poder familiar; impossibilidade jurídica do pedido; acolhimento institucional

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5º, incisos I, III e VI, alínea “c”, da Lei Complementar Estadual nº 988/06

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80/94

Fundamentação jurídica

Em 8 de março de 2016 foi publicado o chamado “marco legal da primeira infância” (Lei nº 13.257/16) que, no contexto da formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância, alterou a regra prevista no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, subtraindo de sua redação original (“*toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*”) a locução grifada, a substituindo por “*em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral*”.

Tal mudança é de suma importância pois a expressão suprimida foi utilizada para fundamentar, ao longo de mais de 20 (vinte) anos, a destituição do poder familiar de pessoas que afirmavam fazer uso de substâncias psicoativas, nada obstante a inexistência da conduta no rol das hipóteses autorizadoras da medida (art. 1.638 do Código Civil).

Assim, a partir de uma **interpretação histórico-evolutiva** da Lei nº 13.257/16, pode-se concluir que o microsistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente criou verdadeira proibição jurídica *prima facie* à restrição do direito fundamental à convivência familiar e comunitária (quer pela aplicação da medida de acolhimento institucional, quer pela destituição do poder familiar), exclusivamente em virtude do uso de drogas pelos genitores.

Façamos, pois, breve digressão.

Sabemos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê, dentre o rol de medidas aplicáveis às crianças e adolescentes que tiverem seus direitos violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, de seus pais ou responsável ou, ainda, em razão de sua própria conduta, a possibilidade de encaminhamento aos serviços de acolhimento institucional (arts. 98 e 101, inciso VII, do ECA).

Convém observar, como o fazem ZAPATA, FRASSETO e GOMES[1] (2016, p. 86), que

“o Estatuto, diferentemente da Lei Orgânica da Assistência Social, não utiliza as categorias da situação de risco pessoal ou social, ou outras como situação de vulnerabilidade social para definir as crianças e adolescentes a quem se destinam as medidas de proteção, mas dirige a aplicação destas para fazer cessar situações de violação de direitos .

A diferenciação é salutar, sobretudo para se evitar discricionariedades ou excessivos subjetivismos na manipulação destas medidas, já que a categoria do risco – quer do grupo de risco, quer do comportamento de risco –, conforme salienta SODELLI[2] (2016, p. 88/89) “contribui, na verdade, para aumentar o estigma e o preconceito de grupos já marginalizados na sociedade, a saber, profissionais do sexo, homossexuais e usuários de drogas”, além de direcionar “para uma culpabilização individual”, já que a inserção de indivíduos em situações de vulnerabilidade passa a ser compreendida como “uma falha ou displicência pessoal”.

Ora, se o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação de medidas de proteção apenas nas hipóteses em que restar configurada a *ameaça ou lesão aos direitos* daqueles compreendidos na peculiar condição de sujeitos em desenvolvimento, como se pôde justificar, durante mais de 20 anos de sua vigência, seu encaminhamento aos serviços de acolhimento institucional em razão do uso de drogas ou a situação de rua dos pais?

Juridicamente, as inúmeras decisões judiciais que determinaram o acolhimento institucional de crianças e adolescentes filhos/as de pais que apresentavam algum padrão de uso, presente ou pretérito, de substâncias psicoativas apresentavam dois fundamentos principais: (i) o direito de serem criados e educados “em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (redação original do art. 19 do ECA); (ii) a compreensão generalizante de que o uso de drogas pelos genitores, por si só, consiste em prática negligente nos cuidados com sua prole, além de atentar contra a moral e os bons costumes (arts. 24 do ECA e 1.638, inciso III, do Código Civil).

Se inicialmente o uso de drogas pelos pais era invocado pelo Ministério Público para demonstrar situações de violência, negligência ou abandonos dali decorrentes (e.g. agressões praticados pelo genitor sob efeito de drogas, abandono motivado pelo uso de drogas da genitora), com o passar do tempo, esse mesmo uso de drogas, a despeito da existência de previsão legal para tanto, tornou-se argumento autossuficiente para fundamentar o encaminhamento de crianças e adolescentes aos serviços de acolhimento institucional e, até mesmo, para justificar a perda do poder familiar.

Com isso, maternidades públicas, atentas ao dever de comunicar às autoridades competentes os casos de que tenham conhecimento, “envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente” (arts. 13 e 70-B, ECA), sob pena de incorrerem em infração administrativa (art. 245, ECA), passaram a adotar a prática de enviar relatórios ao Ministério Público e às Varas da Infância e Juventude noticiando o nascimento de filhos/as de mulheres que afirmaram ter apresentado, no passado ou presente, algum padrão (independentemente de qual) de uso de drogas. Tais relatórios, ainda, foram e ainda vem sendo utilizados para justificar o encaminhamento de recém-nascidos aos serviços de acolhimento institucional e até mesmo a destituição do poder familiar de seus genitores.

A prática, contudo, começou a ser contestada à medida em que cresceram, concomitantemente, os movimentos pelo reconhecimento dos direitos da mulher, de sua

autonomia e de seu corpo; da luta antimanicomial e do respeito aos direitos fundamentais das pessoas submetidas à tratamentos em saúde mental; e a reformulação das políticas de drogas.

Nesse sentido, em 15 de setembro de 2015, o Ministério da Saúde, em conjunto com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, editou a Nota Técnica nº 01[3], que estabeleceu “diretrizes e fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos” (posteriormente atualizada, em 10 de maio de 2016, para contemplar as alterações provocadas pelo Marco Legal da Primeira Infância).

Tais notas, em suma, reconhecem que as necessidades decorrentes do uso de álcool e outras drogas requerem uma abordagem multisetorial e interdisciplinar, diante da complexidade das situações apresentadas, que envolvem tanto aspectos relacionados à saúde quanto à exclusão social. Por outro lado, enfrentam diretamente a prática adotadas pelas maternidades públicas de envio compulsório de relatórios ao Ministério Público e às Varas da Infância e Juventude noticiando o nascimento de crianças filhas de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de drogas. Segundo as notas técnicas, “*tais recomendações (...) estão, por vezes, ocasionando decisões precipitadas quanto ao afastamento das crianças recém-nascidas de suas mães sem uma avaliação técnica de cada caso*”.

Posicionam-se, portanto:

O Ministério da Saúde e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome entendem que decisões imediatistas de afastamento de crianças de suas mães, sem o devido apoio e acompanhamento antes, durante e após o nascimento, bem como uma avaliação minuciosa de cada situação, violam direitos básicos, tais como a autonomia das mulheres e a convivência familiar

E concluem:

Nesse sentido, o Estado deve assegurar os cuidados que contemplem as escolhas das pessoas envolvidas, dentre elas a manutenção do convívio entre mãe e filho, sempre que isso represente o melhor interesse da criança (...) ao mesmo tempo, é preciso garantir os direitos das mulheres que decidirem manterem ou não a guarda da criança, não cabendo aos profissionais qualquer julgamento, mas propiciar o apoio necessário para uma escolha consciente, desde que seja garantida a segurança e o bem estar da criança (...) é importante que os gestores propiciem espaços de acolhida e escuta qualificada para as mulheres e seus(suas) filhos(as) onde estes estejam cuidados nos momentos de vulnerabilidade durante a gravidez e após a alta da maternidade. Estes espaços não devem ser cerceadores de direitos ou punitivos. Devem ser espaços que podem transitar entre a Saúde e a Assistência Social, promovendo o cuidado compartilhado da criança com a mulher, caso seja necessário, e assegurando ações que garantam a proteção desses sujeitos, assim como a possibilidade das mulheres vivenciarem outras formas de sociabilidade, caso desejem.

Caso se conclua que a mulher não reúne condições, naquele momento, para assumir os cuidados da criança, quer pela gravidade da situação de vulnerabilidade em que se encontra, quer em razão da extrema fragilização dos vínculos familiares e comunitários, deve-se-lhe garantir, dentre outros encaminhamentos possíveis, o direito à *convivência familiar assistida*, com o referenciamento da mãe e da criança à uma unidade de acolhimento (Serviço de Acolhimento do SUAS, Unidade de Acolhimento ou mesmo à Casa da Gestante, Bebê e

Puérpara), de modo a manter o convívio mãe/filho, sem deixar a criança exposta a riscos ao seu desenvolvimento.

Paralelamente ao posicionamento adotado pelo Ministério da Saúde, observamos também que diversos conselhos de classe também têm se manifestado na mesma linha. O **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, após consulta feita pela Defensoria Pública paulista acerca da viabilidade do exercício da parentalidade por pessoa que faça uso de drogas, posicionou-se no sentido de que:

A princípio, não há como se dizer que genitores que sejam usuários recreativos ou com uso nocivo de drogas ou dependentes terão ou não condições adequadas para o cuidado com seus filhos. Mais especificadamente, a incapacidade funcional, no caso a inépcia temporária ou definitiva, parcial ou total, da parentalidade, pode ser determinada em psiquiatria, obedecendo a critérios clínicos individuais e nunca generalizados (Consulta nº 139.762/2015)

Já o **Conselho Federal de Psicologia**, instado a se manifestar sobre o mesmo tema, apesar de explicar a impossibilidade de se elaborar um parecer técnico sobre a viabilidade do exercício da parentalidade por pessoas que façam uso de drogas, já que cada caso deve ser avaliado em sua singularidade, asseverou que:

na execução de seu trabalho na interface com a Justiça, o psicólogo poderá avaliar as situações onde se coloque questões quanto ao exercício da parentalidade de forma responsável, baseado na legislação vigente e nas teorias científicas sobre desenvolvimento infanto-juvenil. Esclarecemos que, por se tratar de uma situação específica, *não existem diretrizes/recomendações acerca do encaminhamento de recém-nascidos diretamente do setor de obstetrícia de um Hospital para serviços de acolhimentos institucionais de crianças e adolescentes (SAICAs). Reafirmamos que cada situação deve ser avaliada em sua complexidade, preservando os direitos que competem às crianças e adolescentes e suas famílias (...) nos problemas referentes ao uso e/ou abuso de drogas, sabemos que há um universo enorme, onde não é a droga em si o problema, mas as condições subjetivas e contextos sociais que tornam, ou não, seu uso problemático e/ou abusivo* (Resposta ao Ofício nº 809-P/2016 da Defensoria Pública)

Também o **Conselho Regional de Psicologia de São Paulo** (6ª Região) emitiu nota técnica sobre o exercício da maternidade por mães que fazem uso de crack e outras drogas, preconizando que:

A retirada de recém-nascidos de suas mães ainda na maternidade revela desconhecimento quando associa o uso de substâncias psicoativas necessariamente à ocorrência de violências/violações de direito. Supõe-se, no hospital, que a mãe será incapaz de cuidar do bebê devido ao uso de drogas, não tendo havido até então nenhuma violação de direitos por parte dela (...). Além disso há carência de avaliação adequada sobre as formas de uso de drogas, sendo fácil haver uma avaliação superficial e possivelmente moralizante deste contexto. A partir de tais argumentos sem fundamentação legal, viola-se o direito básico, garantido por lei, da criança e da mulher à convivência familiar e comunitária.

E arremata:

Dessa forma, é indispensável que se realize a devida avaliação dos casos individuais pelas equipes dos serviços de saúde e assistência social de referência, não sendo eticamente possível tomar encaminhamentos com base em generalizações, preconceitos e estigmas, quando se entende de antemão que a mãe não tem condições de cuidar do bebê. Observa-se também que há a penalização da mãe que muitas vezes não teve direitos garantidos relativos à sua condição de vulnerabilidade e é novamente prejudicada com a perda do direito de exercer a maternidade (...) tendo em vista o exposto, vimos alertar para a necessidade de um olhar fundamentado na promoção de laços sociais e na garantia de direitos da mãe, da criança e da família, em casos envolvendo mães usuárias de *crack*, outras substâncias, e/ou em situação de rua e seus bebês. Assim, a/o psicóloga/o baseará seu trabalho na promoção da saúde e qualidade de vida das pessoas, estando impedido de participar ou ser conivente com violações de direitos, seja por meio de avaliações sem fundamentação ou produção de documentos decorrentes destas.

Por fim, colacionamos também manifesto assinado pelo **Conselho Regional de Psicologia e pelo Conselho Regional de Serviço Social de Minas Gerais**, além de diversas outras entidades de proteção aos direitos da criança e do adolescente, que, dentre outros pontos, reivindica:

Que as redes de saúde mental, da mulher e de atenção a criança do Estado e Municípios sejam acionadas, bem como toda a rede de assistência à saúde e demais políticas setoriais logo que se identifique o abuso de álcool e outras drogas, para que se amenize o impacto criminalizador e excludente das mulheres, pautando em enfrentamentos completos que deem conta de conciliar os direitos das mulheres e dos recém-nascidos que os casos avaliados como de risco tanto para a mulher quanto para os recém-nascidos sejam encaminhados para acompanhamento e que o acolhimento institucional, bem como a adoção, só sejam solicitados ao poder judiciário após esgotadas todas as possibilidades de permanência da criança junto à família de origem ou família extensa que se diferencie o uso abusivo e a dependência química de álcool e outras drogas desvinculando da ligação causal estabelecida com negligência e maus-tratos ^[4]

Não só os conselhos de classe vêm aderindo ao movimento de fortalecimento do direito à convivência familiar sem qualquer discriminação, como também vem se mostrando crescente a produção acadêmica sobre o tema, sobretudo em relação à prejudicialidade da separação entre mãe e recém-nascido ao longo da primeira infância.

A título de exemplo, defender ABRUZZI[5] (2011) que para o processo de constituição da maternidade – que, em si, inicia-se muito antes da concepção – contribuem diretamente diversos fatores transgeracionais, culturais e ambientais. Assim, a gestação de mulheres usuárias substâncias psicoativas pode ser experienciada de forma muito semelhante a uma gestação sem riscos aparentes, já que os sentimentos de ambivalência (rejeição *versus* aceitação da gestação), as expectativas e a preocupação com a saúde do bebê e a centralização da mulher no cuidado da criança, são elementos comuns a qualquer vivência da gestação

Por outro lado, segundo a Autora, durante a gravidez, mesmo em condições ambientais ótimas, há o estresse físico e mental, e quando esse momento é acompanhado de algum problema que possa pôr em risco a mãe e o bebê, ele é vivido com maior intensidade pela gestante. Assim, no interior das maternidades, muitas mulheres, após o parto, desencadeiam sintomas depressivos, que podem condicionar manifestações de

tristeza ou mesmo de raiva ou angústia contra os profissionais que as atendem, inclusive a rejeição inicial do próprio filho.

Daí porque não se pode concluir, a partir de uma análise superficial dos comportamentos manifestados pela mulher gestante, pela sua aptidão ou inépcia, temporária ou definitiva, para o exercício da maternagem, já que tais comportamentos são comuns tanto às mulheres usuárias como às mulheres não usuárias de psicoativos.

Note-se, ademais, que condutas que geralmente são atribuídas às gestantes em razão do uso de drogas, como a falta de cuidados pré-natais, a má-alimentação, falta de asseio pessoal etc, podem, na realidade, também ser atribuídos a qualquer mulher gestante que se encontre em situação de pobreza, já que não raro a omissão do Estado no cumprimento dos direitos sociais as deixam desprovidas da atenção à saúde de que são titulares

Frise-se, por fim, que o estereótipo que recai sobre a *mulher-gestante-usuária* causa prejuízos até mesmo antes do nascimento dos filhos, já que, como demonstram as pesquisas sobre o tema, muitos profissionais de saúde argumentam que é justamente essa rotulação, bem como o medo da punição e da perda da guarda dos filhos que levam as gestantes a não procurarem os hospitais para realizarem o pré-natal.

Neste ponto, vale recordar que a Portaria nº 1.190, de 04 de junho de 2009, que institui o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas no Sistema Único de Saúde, estabelece, como diretriz de atenção e atendimento às pessoas que façam uso de álcool ou outras drogas o *enfrentamento do estigma*, tendo em vista que “o acesso ao cuidado tem importantes barreiras sociais oriundas da compreensão ainda existente de que a estes cidadãos devem ser ofertadas somente políticas repressivas”

Por fim, mesmo no âmbito dos Tribunais, embora minoritários, podemos encontrar precedentes que relativizavam o generalizado entendimento de que o uso de drogas pelos genitores deveria implicar o acolhimento institucional de seus filhos:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM CASA ABRIGO COM POSSIBILIDADE DE SUA ENTREGA A FAMÍLIA SUBSTITUTA. SUBMISSÃO A RISCOS. MEMBRO DA FAMÍLIA USUÁRIO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

*Em nome do melhor interesse da criança ou do adolescente, instituto que rege as ações envolvendo interesses de incapazes, antes que seja cogitada a perda ou destituição da guarda dos pais ou responsável, e eventual afastamento da criança ou do adolescente do seu lar, deverá o Poder Público adotar, prioritariamente, outra providência destinada à sua proteção, dentre uma série de medidas previstas em lei. **A parte final do artigo art. 19 do ECA, que assegura à criança e ao adolescente o direito de viver em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, não autoriza, por si só, a retirada compulsória da criança ou do adolescente do seio da família onde vive, vez que o próprio ECA estabelece outras formas menos gravosas para a sua proteção. Verificada a existência de maus-tratos, opressão ou abuso sexual à criança ou adolescente, impostos pelos pais, responsável ou qualquer pessoa da família, a autoridade judiciária deverá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, e jamais o afastamento da criança ou do adolescente, como impõe o art. 130 do ECA, porquanto a retirada do incapaz do seio de sua família, com***

colocação em abrigo ou em eventual lar substituto, se revele mais prejudicial e mais danoso à sua personalidade do que permanecer com os seus entes queridos. Estando comprovada que a decisão antecipatória de tutela não preenche os requisitos legais, a solução que se impõe é a sua reforma. Agravo de instrumento provido. (TJ/MA - 3ª C. Cível. AI nº 0504782014 MA 0009526-50.2014.8.10.0000, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto. J. em 19/03/2015. Publ. em 27/03/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 227 DA CRFB. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. DESCUMPRIMENTO DE DEVER INERENTE AO PODER FAMILIAR. DEPENDÊNCIA DROGAS E ÁLCOOL. EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS. MULTA AFASTADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

*Manifesta a situação de risco da menor, que encontra substância nas provas colhidas durante a instrução do processo. Representada, genitora das menores, é usuária de entorpecentes ("crack") e de álcool, fato este incontroverso. Alegação de que enfrentava momentos difíceis, diante do falecimento do seu ex-companheiro, que não autoriza o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Finalidade da norma que visa à proteção do melhor interesse do menor, que não poderá ser aqui menosprezado. Dependência química traz muitos danos à família, principalmente o abandono familiar. Situação de extrema vulnerabilidade social da genitora. Compete aos pais o exercício do poder familiar, que consiste no sustento, guarda e educação, em aspecto amplo, dos menores, a fim de protegê-los e proporcioná-los o melhor desenvolvimento possível, tanto no campo afetivo, como social e familiar, visto que isso é fundamental elemento no desenvolvimento da personalidade da criança. É esta a ratio extraída do art. 1631, do Código Civil c/c art. 22, do ECA. A Carta Suprema, através de seu art. 227, elevou a criança e o adolescente ao status de sujeitos de direitos, e não mais apenas objetos de proteção, cuja proteção - com prioridade absoluta constituirá dever dos pais, Estado e de toda sociedade, sendo garantia fundamental, com raízes na tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante a multa, é certo que a sua aplicação, na forma do art. 249 do ECA, tem como finalidade primordial a função pedagógica, como instrumento de conscientização dos pais responsáveis aos deveres que lhes cabem em função do exercício do poder familiar, como tentativa última de manutenção da criança e do adolescente em sua família natural, evitando a sua destituição. **Apesar da falta da Apelante, existe sim laço da afetividade, tendo havido o descumprimento de seus deveres de forma culposa, decorrente única e exclusivamente de sua dependência quanto ao uso de álcool e entorpecentes, pelo que entendo não ser a multa medida adequadamente aplicada, sendo o interesse das menores mais eficazmente protegido pelo seu devido encaminhamento a programa de tratamento, como já garantido pela sentença.** Pessoa humilde, sem vínculo empregatício estável, que aufera renda inferior ao salário mínimo. Comprometimento da renda familiar caso mantida a condenação e, por via reflexa, os interesses das menores, violando, nitidamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Multa afastada. Precedente desta Corte. Parcial provimento ao recurso.*

(TJ/RJ - 6º C. Cível. APL nº 00052242720108190045 RJ 0005224-27.2010.8.19.0045, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves. J. em 20/03/2013. Publ. em 28/06/2013 - grifei).

Portanto, analisando-se o contexto histórico em que surge a reformulação da regra prevista no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podemos afirmar, categoricamente, que a supressão da expressão “*em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*”, verdadeiro *silêncio eloquente*, corresponde à hipótese de vedação jurídica da aplicação de medida de acolhimento institucional ou do decreto de destituição do poder familiar exclusivamente em virtude do uso de droga dos genitores.

Em outras palavras, é possível concluir que a reformulação legislativa reconheceu a necessidade de se avaliar a situação concreta de cada família, fornecendo os devidos instrumentos a esta para que possa exercer a parentalidade na sua forma completa, devendo ser a institucionalização das crianças e adolescentes – e, precipuamente, a destituição do poder familiar – medida extrema e excepcional.

Como bem ponderado por Eduardo Digiácomo:

Por estas e outras razões, aliás, não é admissível que o afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar seja utilizado como forma de “punição” aos pais (assim como para “pressioná-los” a se submeter a eventual tratamento para drogadição), o que além de atentatório ao “princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos”, relacionado no art. 100, par. único, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (sem mencionar na própria Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança), acaba por violar, na prática, o verdadeiro “princípio” decorrente do enunciado do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal[12], fazendo com que os efeitos da decisão incidam com tanto ou maior gravidade sobre as crianças/adolescentes que também sofrerão os efeitos da intervenção estatal.

Na verdade, o caminho é aquele que já havia sido apontado pela Lei nº 8.069/90 e que a Lei nº 13.257/2016 procurou enfatizar: a implementação de políticas públicas de cunho intersetorial que, respeitando as normas e princípios aplicáveis, notadamente em matéria de saúde e de infância e juventude, proporcione um atendimento/tratamento especializado aos pais ou responsáveis que apresentem envolvimento com substâncias psicoativas, sem que, para tanto, tenham de ser aqueles afastados do convívio com seus filhos/pupilos, ressalvada a presença de situação que, comprovadamente, após criteriosa avaliação técnica, recomende solução diversa, descartando - fundamentadamente - alternativas menos “invasivas”[6].

Trata-se, ao fim e ao cabo, de conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao art. 19 do ECA, em consonância com o comando constitucional que afirma ser a família, base da sociedade, destinatária de “especial proteção do Estado” (art. 226, CF), também protegida pelo sistema convencional (arts. 9, 16, 18, 19 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança)

Fundamentação fática

Não raro vemos em tramitação perante as Varas da Infância e Juventude ações judiciais propostas pelo Ministério Público visando à aplicação da medida de acolhimento institucional em relação aos/as filhos/as de mulheres que relatam, após o parto, o uso, atual ou pretérito, de drogas. Recorrentemente, aliás, tais medidas são acompanhadas de ações de destituição do poder familiar também propostas pelo órgão ministerial.

Semelhante prática, vale dizer, remonta à época do revogado “Código de Menores”, que contrariamente ao que ocorre com a Lei nº 8.069/90, não continha qualquer previsão ou

dispositivo voltado ao atendimento à família, e para o qual o afastamento do convívio familiar e subsequente “abrigo” (atualmente denominado acolhimento institucional) era visto como uma verdadeira “solução” para o problema do “menor” (como a criança/adolescente era outra designada).

No entanto, ao verificarmos o contexto em que estas práticas estão inseridas, observamos que são inúmeras as contraindicações existentes tanto no âmbito do Ministério/Secretarias de Saúde como no âmbito das entidades de classe (conselhos de psicologia e do serviço social) e da academia (estudos, pesquisas, etnografias), os quais enfatizam a existência de uma prática discriminatória e violadora dos direitos humanos das mulheres e de seus filhos, ressaltando, ainda, os diversos outros prejuízos que daí podem advir ao desenvolvimento do recém-nascido ao longo de sua primeira infância.

Por outro lado, compondo um movimento de resistência, as recentes alterações legislativas vêm buscando garantir maior respeito aos direitos das mulheres em situação de vulnerabilidade social. Exemplo claro é o advento do chamado “marco legal da primeira infância” (Lei nº 13.257/16), ora comentado.

Tal mudança de paradigma passa assim a ser de importante ressalva na atuação dos Defensores, quer seja na sua atuação como rede de proteção em momentos pré processuais, que seja na atuação direta em processos litigiosos.

Sugestão de operacionalização

Conforme mencionado, o espectro de atuação nessa área é muito amplo. Como parte integrante do sistema de proteção de crianças e adolescentes sugere-se a articulação com a rede para que se respeite o Fluxo previsto na nota técnica elaborada pelo Ministério da Saúde em conjunto com o Ministério do Desenvolvimento Social. Já no âmbito judicial, sugere-se a utilização de todos os argumentos, documentos e até mesmo decisões para evitar o retrocesso, utilizando-se de alteração do marco legal da primeira infância para convencimento do Magistrado.

Assim, qualquer demanda que pretenda a obtenção de provimento jurisdicional para se alcançar os objetivos tornados proibidos pela Lei nº 13.257/16 deverá ser julgada improcedente antecipadamente, com resolução de mérito, na forma do art. 355, inciso I, c.c. art. 487, inciso I, ambos do Código de Processo Civil. Aliás, saliente-se que, nada obstante a possibilidade jurídica, enquanto categoria de *condição da ação*, não ter sido recepcionada pela nova legislação instrumental, nada afasta a possibilidade de rejeição liminar do pedido, diante da vedação legal.

Nesses casos, portanto, constatada a existência de situação de vulnerabilidade no seio da família, deve o Conselho Tutelar ou mesmo o Poder Judiciário incluir os genitores em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção da família[7], da criança e do adolescente, requisitando em seu benefício, se o caso, tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico (art. 101, incisos IV, V e VI e art. 129, incisos I a IV), por aplicação extensiva da regra prevista no art. 23, §1º, do Estatuto[8] em conjunto com a regra do art. 14 da Lei nº 13.257/16[9].

Referências Bibliográficas:

[1] ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo; GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. “Direitos da Criança e do Adolescente”, Coleção Defensoria Pública ponto-a-ponto. São Paulo: Saraiva, 2016

[2] SODELLI, Marcelo. “Uso de Drogas e Prevenção: da desconstrução da postura proibicionista às ações redutoras de vulnerabilidade”, 2ª ed, Rio de Janeiro: Via Verita, 2016

[3] Disponível em http://www.repims.com.br/wp-content/uploads/2016/06/MS-MDS-Nota-T%C3%A9cnica-Conjunta_MDS-e-MS-FINAL-1.docx

[4] <http://www.cress-mg.org.br/arquivos/Manifesto%20MP%20texto%20final%20com%20assinaturas.pdf>

[5] ABRUZZI, J. C.; “A experiência da gestação na perspectiva de gestantes usuárias de crack internadas em uma unidade psiquiátrica de um hospital geral”. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Enfermagem. Curso de Enfermagem. Porto Alegre, 2011.

[6] DIGIÁCOMO, Eduardo. Das implicações da alteração do art. 19, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) pela Lei nº 13.257/2016 (que institui o Marco Legal da Primeira Infância). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48422/das-implicacoes-da-alteracao-do-art-19-da-lei-n-8-069-90-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-pela-lei-n-13-257-2016-que-institui-o-marco-legal-da-primeira-infancia>. Acesso em 20.03.17

[7] A exemplo da assistência e acompanhamento do usuário por meio dos Centros de Atenção Psicossociais Álcool e outras Drogas (CAPS AD), das equipes que atuam na Estratégia de Saúde da Família (ESF) e nos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF), dos Consultórios de Rua e das Casas de Acolhimento Transitório. Veja-se que existem também no âmbito do Sistema Único de Saúde redes de atenção informadas pelo recorte de gênero que podem ser utilizadas para qualificar o atendimento às gestantes usuárias de psicoativos, a exemplo da Rede Cegonha (Portaria nº 1.459/11 do Ministério da Saúde) e os serviços de referência à atenção à saúde na gestação de alto risco, como a Casa da Gestante, Bebê e Puérpera (Portaria nº 1.020/13 do Ministério da Saúde)

[8] “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”.

[9] Art. 14. As políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis, buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança. § 1º Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade. § 2º As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que se encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, terão prioridade nas políticas sociais públicas. § 3º As gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, nos termos da Lei no 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância. § 4º A oferta de programas e de ações de visita domiciliar e de outras modalidades que estimulem o desenvolvimento integral na primeira infância será considerada estratégia de atuação sempre que respaldada pelas políticas públicas sociais e avaliada pela equipe profissional responsável. § 5º Os programas de visita domiciliar voltados ao cuidado e educação na primeira infância deverão contar com profissionais qualificados, apoiados por medidas que assegurem sua permanência e formação continuada.

Tese 123

Proponente: Peter Gabriel Molinari Schweikert

Área de Atividade: Infância e Juventude

Súmula

Violam o requisito negativo da tutela de urgência (art. 300, §3º, do Código de Processo Civil) a decretação da suspensão liminar do poder familiar e a determinação para colocação de crianças e adolescentes em família substituta mediante acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção antes da conclusão da ação de destituição do poder familiar.

Assunto

Adoção; colocação em família substituta; destituição do poder familiar; suspensão do poder familiar; cadastro de pretendentes à adoção; tutela de urgência

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5º, incisos I, III e VI, alínea “c”, da Lei Complementar Estadual nº 988/06

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80/94

Fundamentação jurídica

A tese proposta pretende demonstrar que a decretação da suspensão liminar do poder familiar com o objetivo de viabilizar a colocação da criança ou adolescente em família substituta mediante acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção (CPA) antes mesmo da conclusão da ação de destituição do poder familiar viola, dentre outras normas, o requisito negativo para a concessão das tutelas de urgência em geral, consagrado no art. 300, §3º, do Código de Processo Civil vigente.

Inicialmente, temos o art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê expressamente a possibilidade de o juiz decretar a suspensão liminar do poder familiar no curso da ação de destituição do poder familiar, nos seguintes termos:

“Art. 157 Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade”.

Sucedem que o referido mecanismo, justamente por ter a natureza jurídica de uma tutela de urgência, deve ser interpretado em conjunto com o art. 300 do Código de Processo Civil vigente, que prevê:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia.

§ 3º **A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.**

A interpretação sistemática da norma que autoriza a decretação liminar da suspensão do poder familiar, portanto, conduz à necessária demonstração, por parte do Autor da ação, dos requisitos próprios à toda e qualquer tutela de urgência, a saber: (i) a probabilidade do direito invocado; (ii) o perigo da demora; e (iii) a reversibilidade dos efeitos da decisão. Tais requisitos, entretanto, no específico caso da medida de suspensão liminar do poder familiar, possuem suporte fático próprio.

A **probabilidade do direito**, como se sabe, corresponde à “plausibilidade da existência desse mesmo direito” (DIDIER JR[1], 2016: 608), que perpassa pela demonstração de uma *verossimilhança fática* (verdade provável dos fatos narrados, independentemente da produção de provas) e de uma *plausibilidade jurídica*.

Nesse ponto, recorde-se que quaisquer elementos extraídos dos autos de procedimento verificatório (também chamados de “pedidos de providência”) jamais podem ser valorados pelo magistrado, independentemente da instauração do contraditório constitucional e do exercício da ampla defesa, para fins de decretação da suspensão liminar do poder familiar, já que tais procedimentos violam frontalmente o art. 153 do ECA e o Parecer nº 04/2010 da Coordenadoria da Infância e Juventude do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Teses Institucionais nºs 33 e 36). Ainda que assim não fosse, não se pode desconsiderar o fato que, mesmo diante de prova pré-constituída trazida pela parte Autora, pode a parte Ré apresentar contraprova, também pré-constituída, de fato novo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito deduzido, invertendo, portanto, a verossimilhança.

Feita essa consideração preliminar, a questão primeira a ser analisada para se cogitar a probabilidade do direito invocado é a existência de uma *conduta pretérita*, praticada pelos pais, que tenha *violado ou ameaçado os direitos fundamentais de seus filhos*. Mas não é só. Tal violação deve ser de tal proporção que possa preencher a cláusula geral “motivo grave” contida no art. 157, de modo que autorize, antes mesmo da instauração do contraditório e da ampla defesa, a restrição do direito fundamental à convivência familiar e comunitária (art. 227 da Constituição Federal e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Recorde-se, por outro lado, que a suspensão do poder familiar é medida aplicável aos pais (art. 129, X, ECA), em virtude de um ato ilícito praticado contra seus filhos, tal como o descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação (art. 24, ECA) ou o abuso de autoridade (art. 1.637, CC). Outrossim, por se tratar de medida restritiva de um direito fundamental, sua cogitação deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

E, aqui, relembremos uma vez mais, que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Entendimento diverso poderia redundar no agravamento da violência social, relacionada, no mais das vezes, à violência de gênero, dirigida sobretudo às classes mais desfavorecidas, chancelando-se, por consequência, o fenômeno da culpabilização da mulher em razão das dificuldades enfrentadas para proporcionar o devido cuidado aos seus filhos.

Portanto, cabe à parte Autora da ação de destituição do poder familiar provar, independentemente da produção de provas e da utilização de elementos colhidos ao longo

de procedimento verificatório, não apenas a prática de condutas previstas em lei que possam ensejar a suspensão do poder familiar (art. 1.637 do Código Civil), mas, principalmente, a existência de “motivo grave” de tal ordem que o exercício do direito à convivência familiar entre a criança ou o adolescente e seus genitores deixe de apresentar reais benefícios ao seu processo de desenvolvimento biopsicossocial e gere concreta violação de seus direitos fundamentais.

Por outro lado, o **perigo da demora** consiste na demonstração da probabilidade de prejuízos que podem advir à efetividade da tutela jurisdicional perseguida em razão do não atendimento imediato do pedido. Esse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, outrossim, deve ser (i) *concreto*, e não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; (ii) *atual*, ou seja, que está na iminência de ocorrer ou já esteja acontecendo; e (iii) *grave*, isto é, de grande ou médica intensidade e que tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito (DIDIER JR, 2016: 610).

Por fim, o §3º do art. 300 traz um *requisito negativo* para o deferimento das tutelas de urgência: **a reversibilidade da tutela provisória satisfativa**. É justamente essa, como ensina Didier Jr, a “marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela”. Nas palavras do Autor

“Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte adversária. Conceder uma tutela *provisória* satisfativa *irreversível* seria conceder a própria tutela *definitiva* – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, ‘ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil’” (p. 613)

Com efeito, na prática, verificamos que na grande maioria dos casos em que se decreta a suspensão liminar do poder familiar o objetivo final pretendido é a colocação da criança em família substituta, via de regra mediante acionamento do cadastro de pretendentes à adoção (CPA).

O art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, prevê que, na hipótese de decretação da medida, a criança deverá ser entregue à **pessoa idônea**. Entretanto, não há qualquer referência da lei sobre quem seja a “pessoa idônea” mencionada pelo art. 157, de modo que esta deve ser identificada a partir de uma interpretação sistemática de toda a legislação.

O art. 19, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, nesse sentido, que “a *manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei*”

Desse modo, mediante análise sistemática da legislação vigente, ainda que haja **motivo grave**, cabalmente comprovado, que enseje a decretação da suspensão liminar do poder familiar (art. 24, ECA e art. 1.637, CC), podemos chegar a duas conclusões: (i) na hipótese de existirem membros da família natural ou extensa aptos à assunção do cuidado da criança cujos direitos foram violados, a eles deve ser atribuída a guarda; (ii) inexistindo membros da família extensa, deverá ser encaminhada, preferencialmente, aos serviços de acolhimento familiar disponíveis ou, na inexistência, aos serviços de acolhimento institucional,

de modo à propiciar à família de origem oportunidade para se reorganizar e, finalmente, assumir os cuidados da prole, garantindo-se-lhe o direito à convivência familiar

Portanto, ainda que decretada a suspensão liminar do poder familiar, incabível a entrega da criança a casal inscrito no Cadastro de Pretendentes à Adoção, já que tal medida gera, por si só, a irreversibilidade dos efeitos da decisão, esbarrando, por conseguinte, na proibição contida no art. 300, §3º, do Código de Processo Civil. Isso porque, uma vez inserida em outra família, nascem inevitavelmente crescentes expectativas recíprocas de manutenção e consolidação da situação de fato. Nas palavras de Isabella Collet Tambosi (2015):

“Este tipo de decisão gera preocupação no que diz respeito à falta de segurança jurídica, sendo que inexistente previsão no Estatuto do procedimento nos moldes que vem sendo realizado (...). A medida de colocação em família substituta é excepcional e deve ser realizada com cautela. **O período em que a criança permanece com a família adotiva, sob guarda provisória, durante o estágio de convivência, é o momento de criação e fortalecimento de vínculos afetivos** (...) neste contexto, a **reforma da sentença de destituição do poder familiar e a retirada da criança do núcleo da família adotiva, com a revogação da guarda provisória, apenas irá provocar ainda mais traumas no adotando**, que precisará romper o vínculo recentemente estabelecido e readaptar-se para o retorno à família natural”[2]

A propósito, cumpre destacar que a Resolução nº 54 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção, prevê que uma criança somente poderá ser incluída em cadastro na condição de “disponível para adoção”, **após o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar** (art. 1º).

Assim já se posicionou a jurisprudência, primando-se pela cautela e pela maior segurança jurídica a todos os envolvidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. DESCABIMENTO, POR ORA. No caso, embora existam indicativos de negligência e de fragilidade dos vínculos afetivos entre os familiares, **considerando que o processo originário ainda está sendo instruído, por ora, deve ser mantida a compreensão do julgador singular que indeferiu o pedido de colocação dos infantes em família substituta, porquanto é prudente que, antes do estabelecimento de um novo vínculo paterno-filial, haja o encerramento do anterior**. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70064049463, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/05/2015).

No mesmo sentido, a r. decisão monocrática proferida pelo Exmo. Desembargador Luiz Antônio de Godoy nos autos do Agravo de Instrumento nº 2239326-90.2016.8.26.0000, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, destacando-se a seguinte passagem:

“Diante de todo esse quadro, verifica-se que, caso não haja a suspensão liminar da decisão, muito provavelmente L. P. será rapidamente colada em família substituta, com quem estabelecerá vínculos afetivos, dificultando eventual reformada decisão ao final. Assim, tendo em vista que as famílias natural e extensa têm prioridade sobre a família substituta, mostra-se mais prudente a concessão da liminar, a fim de que se dê uma oportunidade de a criança ser inserida na sua família, mantido, para tanto o poder familiar da agravante, que reside com a avó materna de L.P. Durante esse período, a situação da menor e de sua família deverá ser acompanhada por meio de

estudos sociais. Ante o exposto, a fim de assegurar uma oportunidade de inserção da menor em sua família, concedo a liminar para suspender a decisão agravada (26/11/16).

Entendimento idêntico foi adotado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Estado do Paraná:

“É por isto que entendo NÃO SER RECOMENDÁVEL, sob todos os aspectos, a colocação de uma criança/adolescente acolhida sob a "GUARDA" de pessoas interessadas em adotar SEM QUE SUA SITUAÇÃO JURÍDICA JÁ ESTEJA DEFINIDA, o que, especificamente nos casos que você relatou, SEM QUE TENHA SIDO JULGADA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO.

Trata-se de uma verdadeira TEMERIDADE, que deve ser EVITADA A TODO CUSTO (ao invés de nos preocuparmos em encontrar pessoas/casais interessados em "assumir o risco" de reversão da destituição do poder familiar, **deveríamos estar nos perguntando - e mesmo perguntando à própria criança/ adolescente se seria razoável - SOB A ÓTICA DESTA - e NUNCA podemos esquecer que É A ESTA que a medida visa aproveitar - "assumir" tamanho "risco" e contribuir para que ela tenha MAIS UMA PERDA EM SUA VIDA, PREJUDICANDO-A AINDA MAIS**), pois acredito que semelhante colocação familiar, especialmente se feita "de qualquer jeito", como acima mencionado, AFRONTA de maneira expressa o disposto nos arts. 5º e 70 (além de diversos dos princípios relacionados no art. 100, par. único), da Lei nº 8.069/90, gerando de forma injustificada uma enorme ansiedade e insegurança jurídica para todos os envolvidos.

Em tais casos, o que se RECOMENDA é o EFETIVO CUMPRIMENTO do disposto no art. 163, caput, da Lei nº 8.069/90, ou seja, que a ação seja JULGADA no PRAZO MÁXIMO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS e, se houver recurso, que seja pedido TRÂMITE PRIORITÁRIO do mesmo, nos moldes do previsto nos arts. 199-C e D, do mesmo Diploma Legal (ou seja, zelar para que, como previsto em lei, no máximo em 180 dias, contados da propositura da ação, tenha sido a questão resolvida tanto em 1º quanto em 2º grau de jurisdição).

Enquanto ainda pendente o recurso, é até admissível que se faça a APROXIMAÇÃO da criança/adolescente daqueles que PODERÃO vir a adotá-la, mas isto deve ocorrer, como dito, no máximo, a título de ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA (caso tenha havido pedido de adoção e se entenda que esta é a medida mais adequada para o caso), SEM QUE HAJA O DEFERIMENTO DA "GUARDA" E A "ENTREGA" DA CRIANÇA/ADOLESCENTE ACOLHIDA PARA AQUELES, tendo a EQUIPE TÉCNICA que irá elaborar/reequiar o Plano Individual de Acolhimento e acompanhar esse processo de aproximação/formação de vínculos a cautela de evitar a criação de "expectativas" que podem ser frustradas com eventual reversão da decisão de primeira instância pelo Tribunal.

Uma vez transitada em julgado a decisão, e considerado, a partir da avaliação da equipe técnica que acompanha o caso, que é possível a colocação da criança/adolescente sob guarda, será então possível deferir a medida, dando início (somente então) ao processo de adoção propriamente dito (caso se entenda, vale repetir, que esta é a medida mais adequada para o caso - até porque existem outras modalidades de colocação familiar)^[3].

Dessarte, ante todo o exposto, não se pode cogitar a decretação da suspensão liminar do poder familiar com o objetivo de se inserir, prematuramente, a criança em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção, quer pela ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência antecipada (art. 300, *caput*, do CPC/15), quer pela presença do requisito **negativo** para a concessão da tutela de urgência.

Fundamentação fática

São frequentes, nas Varas da Infância e Juventude do Estado, decisões proferidas no bojo de ações de destituição do poder familiar decretando, liminarmente, a suspensão daquele poder, com o objetivo de inserir crianças, sobretudo de tenra idade, em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção.

Muitas dessas decisões são fundamentadas justamente nas consequências negativas que podem advir da institucionalização daquelas crianças, em detrimento de sua colocação em família substituta, subvertendo não apenas o sistema protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê uma ordem lógica e sucessiva de medidas (da qual a colocação em família substituta é a última opção) a serem aplicadas na hipótese de restar constatada situação de violação ou ameaça de violação aos direitos daquelas pessoas em desenvolvimento, mas sobretudo vilipendiando o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, previsto no art. 277 da Constituição Federal, no art. 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança, nos arts. 19, §3º e 100, inciso X, do ECA, e no art. 1, §1º, da Lei nº 12.010/09.

Assim, diante do conflito entre o direito dos titulares do poder familiar de serem inseridos nos programas previstos no art. 129 do Estatuto Protetivo e o direito da criança de ser criada em uma família, opta-se, à luz de um suposto melhor interesse deste, pela colocação imediata em família substituta, em detrimento de todas as demais medidas previstas no art. 101 do ECA.

Não bastasse, na ampla maioria dos casos, uma vez inserida em família substituta previamente cadastrada, a situação de fato tende a se consolidar, blindando qualquer tentativa posterior de reversão da medida. Isso porque a jurisprudência amplamente majoritária consolidou-se no sentido da inviabilidade de retorno da criança à família de origem quando iniciada a formação de vínculos afetivos com a família adotiva (fato consumado), ainda que a família, natura ou extensa, após inserida na rede de proteção, passe a reunir condições psicossociais para a assunção dos cuidados da criança.

Portanto, com o objetivo de se reafirmar a normatividade dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Constituição Federal que versam sobre o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, pretende-se, com a tese ora proposta, evitar a criação de uma situação de fato que frustrar, antes mesmo de oportunizado o direito de defesa aos titulares do poder familiar, o devido processo legal, já que a tutela de urgência satisfativa consistente na suspensão liminar do poder familiar como condição de possibilidade para a colocação da criança em família substituta torna irreversíveis os efeitos daquela decisão.

Sugestão de operacionalização

Via de regra, uma vez constatada suposta situação de risco aos direitos das crianças e adolescentes, é instaurado um procedimento na Vara da Infância e Juventude, que pode gerar, a partir da iniciativa do Ministério Público ou legitimado diverso, outros dois processos: um com o pedido de aplicação de medida de proteção (a exemplo do acolhimento

institucional) e outro com o pedido de destituição do poder familiar, cumulado ou não com pedido de suspensão liminar do poder familiar.

Tratando-se de criança com grande probabilidade de ser adotada, conforme dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>), o Ministério Público propõe ação de destituição do poder familiar e formula pedido de decretação da suspensão liminar desse poder.

Caso deferido, o órgão ministerial passa a formular, agora no procedimento em que se apurou a situação de risco (e, no mais das vezes, em que se acompanha a execução das medidas de proteção aplicadas), pedido para colocação da criança em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção (CPA).

Isso significa que, quando os genitores procuram a Defensoria Pública, duas são as decisões que devem ser combatidas (a suspensão liminar do poder familiar na ação de destituição e a determinação para colocação em família substituta, no procedimento de execução das medidas de proteção), por meio de agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, inclusive com pedido de concessão de efeito suspensivo (art. 1.019, inciso I, do CPC), lembrando-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao magistrado de primeiro grau a formulação de juízo de retratação (art. 198, VII).

Alternativamente, há a possibilidade de impetração de Habeas Corpus, que, em razão de sua celeridade inerente, pode ser alternativa mais adequada quando iminente o acionamento do CPA.

Surge, ainda, a dúvida de se acionar, ou não, o Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria Pública (CAM) para prévia elaboração de relatórios psicossociais, em que seja apurada a capacidade protetiva da família de origem, natural ou extensa. Entretanto, na prática, muitas vezes o tempo necessário para a realização das entrevistas e confecção dos relatórios pode ser maior do que o tempo para o início do estágio de convivência da criança com o/s adotante/s, tornando inócuo o recurso interposto em razão da instalação de nova situação de fato e início da construção de vínculos afetivos com a família substituta.

A estratégia deverá ser avaliada caso a caso, a depender dos elementos concretos disponíveis nos autos e da situação que ensejou a aplicação das medidas de proteção previstas no ECA.

Referências Bibliográficas:

[1] DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol 2, Salvador: Juspodivm, 2016.

[2] TAMBOSI, Isabella Collet. "A Concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar". Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 384/385

[3] Consulta disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1475>

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE INSTITUCIONAL 01

Nome: Vinicius Santos de Santana
Área de atuação: Família e Execução Penal

Súmula

O adolescente representado pela prática de ato infracional equiparado à crime de menor potencial ofensivo possui direito subjetivo à remissão, por força do princípio da legalidade, quando presentes os requisitos do art. 76 ou do art. 89 da Lei. 9.099/95.

Assunto

A remissão como direito subjetivo do adolescente no procedimento de apuração de ato infracional.

Fundamentação jurídica

CONTEXTO HISTÓRICO PENAL

Antes de ser apresentado o tema proposto no presente artigo, é de extrema importância o conhecimento sobre a evolução histórica penal sobre o direito da criança e do adolescente.

Fase do indiferente penal

Segundo Shecaira a etapa penal indiferenciada teve como período o século XIX até as primeiras legislações do século XX, este período ficou marcado por tratar os infantes quase que de forma semelhante aos adultos, no que se refere à aplicação de sanções penais (SHECAIRA, 2015).

É o que se depreende da leitura dos artigos 10, 11 e 13 do Código Criminal Brasileiro de 1830:

- “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos.
2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.
3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis.
4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.
Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.
(...)
Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão

ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.”

Neste caso vislumbra-se que, apesar de inicialmente as pessoas menores de catorze annos serem consideradas inimputáveis, o Código Penal trazia exceção que possibilitava a aplicação de sanção por tempo indeterminado, a critério do Juiz.

Ainda, tem-se que o infante, em qualquer hipótese, poderia ter seu patrimônio constrangido para a indenização da vítima.

Como se vê, o tratamento penal da criança e do adolescente era realizado pelo próprio Código Penal da época, não existindo regramento próprio que considerasse a condição peculiar dos sujeitos vulneráveis.

Em decorrência, os infantes eram presos com os adultos e sujeitos a todo o tipo de promiscuidade.

Fase da situação irregular

No início do século XX, com o crescimento do entendimento doutrinário de necessidade de proteção dos infantes, após inclusive às aprovações das Convenções nº 05 e 06 da OIT, foram editadas leis de caráter assistencialista.

Aqui os infantes deixaram de ser um “nada” para serem considerados “objetos”, já que a tutela do Estado era exercida primordialmente com base na miserabilidade em que se encontravam e sem que pudessem ser escutados.

No anno de 1923 foi criado o primeiro Juizado de Menores do Brasil, do qual foi magistrado titular José Cândido Albuquerque Mello Mattos, que por sua vez daria o nome ao primeiro Código de Menores, de 12 de outubro de 1927. O referido código tratava das pessoas menores de 18 annos que eram consideradas abandonadas ou delinquentes.

A lei possuía expressões extremamente vagas e dava ao Juiz poderes inquisitoriais¹, o que gerava tratamento discriminatório entre os infantes da classe social baixa e rica, bem como, no caso penal, era aplicado verdadeiro direito penal do autor.

Desconsiderando os avanços no cenário internacional, no anno de 1979 foi editado Novo Código de Menores ratificando a doutrina da situação irregular. Neste, foi garantido ao Juiz a viabilidade de edição de ato geral abstrato de acordo com seu “*prudente arbítrio*”².

Por conta do excesso de poder atribuído ao Juiz de Menores durante o século XX, foi comum ver crianças e adolescentes de famílias pobres separadas de sua prole, sob o mantra do “*melhor interesse da criança*”.

Fase da proteção integral

Enfim, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, foi revisto o entendimento e aplicada a doutrina da proteção integral, fazendo constar expressamente que deve ser garantida, aos infantes, “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” (art. 227, caput).

Já na seara penal a Carta Magna previu a imprescindibilidade de observância dos “princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (art. 227, V).

Referida normativa foi de encontro às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, aprovada em 1985, que regulamentou desde direitos básicos do infante, passando pelas garantias processuais até a execução da sanção.

No ano de 1990 é editado o ECA, que revoga o Código de Menores, e procura viabilizar o cumprimento da ordem constitucional, inclusive diminuindo os poderes do Juiz para que atue de forma mais equidistante possível.

No mesmo ano foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas as Regras Mínimas para a Elaboração De Medidas Não Privativas De Liberdade (Regras de Tóquio) e as Diretrizes para a prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), as quais visam, dentre outras medidas, a redução da estigmatização e punição exacerbada do adolescente:

Regras de Tóquio

“Os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.”

Diretrizes de Riad

“4. É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte: (...)

e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade; e,

f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-delinquente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado”

Por fim, atendendo, ainda que parcialmente, à Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Infância e às reivindicações da doutrina especializada nacional, foi editada a Lei nº 12.594 (SINASE), no ano de 2012.

A REMISSÃO COMO DIREITO SUBJETIVO DO ADOLESCENTE

Segundo leciona Saraiva (ISHIDA, 2015):

A expressão *remissão* surgiu a partir das Regras de Beijing em seu art. 11; foi retirada do termo espanhol *remisión* diverso do termo em inglês que falava em *diversion* (tradução: algo não tão importante). A expressão como se extrai das Regras de Beijing não tratava especificamente de um perdão puro e simples, mas sim de

aplicação de uma medida menos rigorosa e sem a estigmatização que o procedimento infracional imporá ao adolescente infrator (ISHIDA, Válter Kenji, *apud* SARAIVA, João Batista Costa, *Reflexões sobre o instituto da remissão e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. "In" jusvi.com)

Assim, tem-se que a remissão é um instituto despenalizador, previsto nos artigos 126 a

128 e 148, II do ECA, que pode ser aplicado, nos procedimentos de apuração de ato infracional, pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo (pré-processual), ou pelo Juiz, como forma de suspensão ou extinção do processo (processual).

Os referidos artigos não preveem em quais atos infracionais poderá/deverá ser aplicada a remissão, deixando assim, segundo a doutrina majoritária (ROSSATO, LÉPORE, & CUNHA, 2018; ELIAS, 2010; TAVARES, 2012; ISHIDA, 2015), ao arbítrio do órgão de acusação e do órgão julgador o seu oferecimento.

Como vimos acima a discricionariedade na punição do adolescente está associada à fase da situação irregular, momento em que o infante era considerado como mero objeto perante a ordem legal, já que não detinha direitos.

Contudo, hoje, o adolescente é tratado legalmente como sujeito de direito e detêm a possibilidade de intervir no seu julgamento, mediante as garantias processuais penais, com auxílio de defesa técnica.

Tal fato é verificado quando da "concessão" da remissão cumulada com medida socioeducativa (nomeada como remissão imprópria), a qual precisa do consentimento do adolescente para ser aplicada.

Ocorre que a remissão não deve ser considerada um benefício, mas sim um direito do adolescente, podendo ser exigida por ele quando não apresentada pelo Ministério Público ou pelo Magistrado.

O direito penal moderno sobre o direito da criança e do adolescente prevê que devem ser adotadas, para crimes menos graves, medidas alternativas, com o fim de diminuir o encarceramento e evitar a estigmatização (Doutrina da Proteção Integral da ONU).

O adolescente por estar em fase de desenvolvimento por vezes não possui consciência da consequência dos seus atos, ainda que tenha ciência do ato que está praticando.

Da mesma forma, é comum que o adolescente seja influenciado pelo meio em que vive, com quem convive e pela sedução ao "poder capitalista", é o que se depreende das teorias criminológicas da Subcultura Delinquencial e da Tensão (SHECAIRA, 2015).

Diante disto, a aplicação da remissão ao adolescente irá lhe possibilitar uma nova chance, ou seja, uma oportunidade de se redimir e refletir sobre suas atitudes.

Cabe relatar, ainda, que as Regras de Beijing (Item. 3.1), as Diretrizes de Riad (Item 54) e o SINASE (art. 35, I) preveem a aplicação do princípio da legalidade, o qual traz como conceito o fato de o adolescente não poder sofrer sanção que não seria aplicada a um adulto.

Salienta-se que a Lei nº 9.099/95, aplicada aos adultos, nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, traz medidas despenalizadoras como a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Assim, considerando a interpretação

sistemática

sobre as normas penais, é necessário aplicar aos adolescentes os referidos institutos.

Note-se, a grosso modo, que a transação penal pode ser equiparada à remissão imprópria ofertada ao adolescente pelo Ministério Público na fase pré-processual, enquanto que a suspensão condicional do processo pode ser equiparada à remissão imprópria ofertada pelo Juiz ao adolescente na fase processual.

Nesta linha, nos casos de prática, por adolescente, de ato infracional equiparado a crimes de menor potencial ofensivo, deve ser observado se o infante atende aos requisitos da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Estando presentes os requisitos deve ser considerada obrigatória a oferta de remissão ao adolescente, sob pena de estar sendo violado o princípio da legalidade, já que se fosse adulto seria agraciado com os institutos despenalizadores.

Fundamentação fática

É comum que os adolescentes sejam processados pelo Ministério Público pela prática de ato infracional equiparado aos delitos de: desacato (art. 331 do CP), desobediência (art. 330 do CP), resistência (art. 329 do CP), ameaça (art. 147 do Código Penal), uso de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06); furto simples (art. 155, caput, do Código Penal) e receptação (art. 180, caput, do Código Penal).

A prática de tais delitos, por adultos, via de regra, são abarcados pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, evitando que o adulto tenha contra si uma sentença penal condenatória.

No caso dos adolescentes, a ausência de aplicação dos institutos pode gerar uma sentença socioeducativa condenatória, que passa a produzir efeitos para fins de aplicação de medida socioeducativa de internação por reiteração, já que recentemente o Superior Tribunal de Justiça entendeu o termo “reiteração” é equivalente a um mais um.

Assim, tem-se que se o adolescente for condenado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de furto simples e, posteriormente, no ato infracional equiparado a receptação, poderá ser penalizado com a medida socioeducativa de internação.

O mesmo exemplo pode ser aplicado quando o adolescente pratica ato infracional equiparado a tráfico de drogas e, posteriormente, ato infracional equiparado ao delito de furto simples.

Não se desconhece que o art. 122, II do Estatuto da Criança e do Adolescente indica que é necessário a “reiteração no cometimento de **infrações graves**”, no entanto, é conhecimento público que os Magistrados, por tratar-se de conceito indeterminado, aplicam o entendimento que lhe convém, internando o adolescente sob o falso prisma da legalidade.

Neste sentido, a presente tese tem o fim de prevenir que o adolescente seja responsabilizado de forma mais grave que o adulto.

Sugestão de operacionalização

Ofertada a representação pelo Ministério Público, sem o oferecimento de remissão, e designada a audiência de apresentação do adolescente, antes do início desta, o Defensor Público deve requerer a aplicação da remissão, quando possível, com base na tese acima.

Negada a remissão o Defensor Público deve interpor recurso de agravo de instrumento e impetrar habeas corpus simultaneamente, com o fim de pedir a nulidade do processo e reconhecimento do direito subjetivo à remissão.

Caso o processo seja julgado, o Defensor Público deve interpor recurso de apelação com pedido de nulidade do processo até a audiência de apresentação e oferecimento pelo Juízo de remissão.

BIBLIOGRAFIA

ELIAS, R. J. (2010). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.

ISHIDA, V. K. (2015). *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência* (16ª ed.). São Paulo: Atlas.

MACIEL, K. R., & AMIN, A. R. (2018). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos* (11ª ed.). São Paulo: Saraiva Educação.

ROSSATO, L. A., LÉPORE, P. E., & CUNHA, R. S. (2018). *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo* (10ª ed.). São Paulo: Saraiva Educação.

SHECAIRA, S. S. (2015). *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

TAVARES, J. d. (2012). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente* (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

TESE INSTITUCIONAL 06

Nome: Ana Paula Costa Gamero Salem

Área de atuação: - Infância Cível

Súmula

Nos procedimentos de medidas protetivas da Vara da Infância em que exista o acolhimento de crianças e adolescentes, o Defensor Público deverá diligenciar para que os encaminhamentos das equipes técnicas do SAI e entidade de acolhimento entendidos como necessários para a reintegração da criança ou adolescente à família sejam detalhados e com a ciência expressa dos genitores.

Assunto

Infância Cível

Fundamentação jurídica

Nos pedidos de providência, também conhecidos como procedimentos verificatórios, realizados na Vara da Infância, deve ser sempre oportunizado o maior contraditório possível às partes, especialmente em situações em que exista o acolhimento de crianças e adolescentes.

Como a grande maioria dos casos de acolhimento institucional ocorrem com famílias vulneráveis, uma vulnerabilidade que vai muito além da situação socioeconômica, os genitores, que tiveram seus filhos afastados, apresentam dificuldade quanto à capacidade de compreender em que consiste a medida; quem ou qual órgão deve procurar para tentar reverter a situação gerada, bem como, o que deve modificar em sua rotina de vida para

poder ter seus filhos reintegrados.

Nesse sentido, quando do acolhimento institucional, os genitores, mesmo sendo notificados do ato, ainda não sabem quais providências devem tomar para poder reaver os filhos. Estes procedimentos são instruídos com relatórios das equipes técnicas da Vara da Infância e Juventude e da Entidade de acolhimento. Relatórios que tratam sobre a possibilidade de reinserção da criança/adolescente na família de origem.

No entanto, em grande parte das vezes, os relatórios não indicam expressamente quais as condutas necessárias para que as famílias consigam reaver as crianças e, nos casos de entenderem pela não reintegração, indicam genericamente que os genitores não acataram os encaminhamentos realizados pela equipe.

Nessa senda, a falta de indicação detalhada de quais as providências os genitores devem tomar para a reintegração familiar, prejudica em absoluto o contraditório e ampla defesa dos pais, pois impossibilita a defesa técnica de rebater encaminhamentos abusivos, bem como de demonstrar que houve comprometimento no cumprimento dos demais.

Assim, tratando-se de um procedimento inicial que pode gerar como consequência futura a propositura da ação de destituição do poder familiar, não se pode permitir que os genitores não tenham o pleno conhecimento de quais encaminhamento são necessários para a reintegração e a possibilidade de rebatê-los.

Assim, os encaminhamentos detalhados com ciência dos genitores configuram a garantia constitucional do direito à informação (art. 5º, XIV da CF), bem como o direito fundamental ao contraditório e ampla (art. 5º, inc. LV da Constituição Federal).

Fundamentação fática

Os relatórios das equipes técnicas devem ser transparentes quanto aos encaminhamentos necessários para que a criança/adolescente possa ser reintegrado à família natural, de forma que a defesa possa exercer o efetivo contraditório, tornando menores as chances de uma eventual ação de destituição do poder familiar.

Sugestão de operacionalização

Oficiar as equipes técnicas quanto a necessidade de um termo expresso em que demonstrem detalhadamente qual a conduta que os genitores devem tomar para a reintegração da criança à família. Não sendo realizado o termo pela equipe, pedir judicialmente a formalização.

TESE INSTITUCIONAL 08

Nome: RENATA GOMES DA SILVA

Área de atuação: Infância

Súmula

Cabe ao Defensor Público em audiência de custódia requerer a reclassificação da tipificação provisória para garantir direitos ao custodiado.

Assunto

Emendatio libelli em audiência de custódia.

Fundamentação jurídica

A resolução nº 213 do CNJ não prevê expressamente a desclassificação da conduta como um dos pedidos possíveis em sede de audiência de custódia. No entanto, o artigo 8, IX prevê a adoção de providências para sanar irregularidades. Nesse sentido, seria possível a classificação adequada da conduta, permitindo acesso a direitos pelo acusado.

Fundamentação fática

A resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça esclareceu o procedimento das audiências de custódia: a defesa e a acusação podem requerer o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória, a decretação da prisão preventiva e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

A decretação da prisão preventiva tem como requisitos a existência de um crime doloso com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, a situação de reincidência ou de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Um grande problema que pode ocorrer nas audiências de custódia é a classificação da conduta em um tipo penal inadequado, o que pode trazer consequências bastante prejudiciais ao acusado, especialmente considerando o requisito da pena do crime para a decretação da prisão preventiva.

A classificação inadequada da conduta pode levar a prisões preventivas desnecessárias e ilegais, e infelizmente se costuma optar pelo tipo que traga a maior pena na classificação. Isso aliado à banalização das prisões preventivas e aos termos genéricos que as podem fundamentar (ordem pública, por exemplo) é mais um dos fatores que levam pessoas a serem presas desnecessariamente.

Os tribunais superiores já reconheceram a possibilidade de uma desclassificação para o reconhecimento de direitos aos réus feita pelo juiz antes mesmo da sentença. Essa situação é excepcional e somente deve ser entendida como uma garantia dos direitos do acusado, nunca de forma contrária.

Essa prisão desnecessária se dá especialmente nos crimes de tráfico de drogas, em que a pena é de 5 a 15 anos.

Em 20% dos processos sobre tráfico no Rio de Janeiro as pessoas foram absolvidas, das que foram condenadas total ou parcialmente 31,5% foram destinadas ao regime aberto e 9,9% ao regime semiaberto, ou seja grande parte das pessoas foram absolvidos ou condenados a regime menos gravoso que o fechado imposto na prisão preventiva. No que se refere ao regime para cumprimento da pena aplicada, verificou-se que 58,6% das condenações previu o regime inicial fechado, 31,5% o regime aberto e 9,9% regime semiaberto. Em 57,65% dos processos foi aplicada a causa de diminuição do §4º.

Por conta dessa situação, a classificação preliminar da conduta efetuada pelo delegado de polícia não pode prejudicar o acusado, já que cabe ao juiz fazer o controle de legalidade e o in dubio pro reo é ainda mais importante num momento tão inicial de investigação da conduta. No caso do tráfico privilegiado, a não ser que haja desde já indícios de envolvimento com organizações criminosas, a tipificação mais benéfica deve ser observada.

Se o juiz pode corrigir a denúncia oferecida pelo Ministério Público para possibilitar o reconhecimento dos direitos do acusado, com mais razão ainda deve poder controlar os atos da polícia.

Sugestão de operacionalização

Pedido de desclassificação em audiência de custódia. Ajuizamento de Habeas Corpus sempre que o indeferimento leve a prisão preventiva.

TESE 13

Súmula

No processo socioeducativo, ainda que presentes as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a aplicação da medida socioeducativa de internação quando, em situação análoga, no processo-crime, possa ser determinado o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial diverso do fechado. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

O adolescente, em decorrência da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, deve ser tutelado pelo Estado, pela família e pela sociedade, como determina o caput do art. 227, da Constituição da República. É também em decorrência do seu desenvolvimento incompleto que o adolescente, penalmente imputável, não deve receber o mesmo tratamento dado ao adulto imputável, quando da prática de condutas contrárias a lei. Tanto que a própria Constituição estabeleceu, em seu art. 228, que “são penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Ao ser responsabilizado pela prática de ato infracional (conduta descrita como crime ou contravenção penal), podem ser aplicadas ao adolescente as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais está a de internação. A medida de internação é a que apresenta o maior grau de privação de liberdade do adolescente e, diante de sua gravidade (principalmente levando-se em consideração a condição peculiar do adolescente), possui aplicação restrita a casos excepcionais, devendo sua duração ser breve. A brevidade e a excepcionalidade da medida de internação são reconhecidas: pelas Regras de Pequim (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores), mais especificamente na regra 17.1, “b” e “c”, pelas Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, em sua regra n. 1, pela Constituição da República, no inc. V, do §3º, de seu art. 2273 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput de seu art. 1214 e no §2º, de seu art. 1225. Seguindo o mandamento de excepcionalidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu art. 122, de forma taxativa, as hipóteses de aplicação das medidas de internação, nos seguintes termos: Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Não obstante tenha o Estatuto limitado a aplicação da medida de internação, não se mostra suficiente, para sua decretação, a verificação das referidas hipóteses, no caso concreto. Como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para fundamentar a decretação da internação a simples incidência das hipóteses do art. 122 do Estatuto. Vejamos: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL

EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ato infracional equiparado ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, é insuficiente a justificar a medida excepcional a simples alusão ao art. 157 do Código Penal. 2. O consagrado princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição, não é aplicado somente ao denunciado no processo penal, e sim a todo acusado, inclusive ao menor infrator. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. 6

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DA CONDUTA. EXCEPCIONALIDADE NÃO-CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A medida mais gravosa é cabível, desde o início, quando há fundamentação adequada a demonstrar a imprescindibilidade da providência cominada à recuperação do adolescente, considerando-se, para tanto, as suas condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto. 2. Na hipótese, a segregação do menor foi aplicada em razão da gravidade inerente a infração praticada, sem contudo analisar as peculiaridades do caso concreto, não se verificando a excepcionalidade da situação versada a fim de justificar a providência adotada. 3. Ordem concedida para reformar o aresto impugnado e a decisão de primeiro grau tão-somente no tocante à medida aplicada, determinando-se que outra seja impingida, autorizando-se o paciente a aguardar em liberdade assistida o novo decisum, se por outro motivo não estiver internado. 7

Para aplicação da medida de internação, portanto, é necessária a análise do caso concreto. E é nessa análise que se deve verificar, obrigatoriamente, a proporcionalidade da medida, como preveem as regras 5.1 e 17.1 "a", das Regras de Pequim e a regra 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência juvenil): Regras de Pequim 5. Objetivos da Justiça de menores 5.1. O sistema da Justiça de menores deve dar a maior importância ao bem-estar destes e assegurar que qualquer decisão em relação aos Delinquentes juvenis seja sempre proporcional às circunstâncias especiais tanto dos Delinquentes como do delito. 17. Princípios relativos ao julgamento e à decisão 17.1. A decisão de qualquer autoridade competente deve basear-se nos seguintes princípios: a) A decisão deve ser sempre proporcional não só às circunstâncias e gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do jovem Delinquente, assim como às necessidades da sociedade; Diretrizes de Riad 54 . Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem. Em consequência da necessidade de proporcionalidade na aplicação das medidas socioeducativas, principalmente no que diz respeito às condições de pessoa em desenvolvimento, não se pode reprimir o adolescente de forma mais grave do que o adulto, como fica evidenciado na regra 54 das Diretrizes de Riad. Assim, ao se aplicar, ao adolescente, a medida mais grave prevista no Estatuto, responsável pelo maior grau de privação de liberdade possível, deve-se verificar, cumulativamente: a) a presença de, pelo menos, uma das hipóteses do art. 122, do Estatuto; b) a inexistência de qualquer outra medida socioeducativa adequada, mesmo se aplicada em conjunto com medidas protetivas; c) se, em situação análoga, o adulto, processado criminalmente, ao ser condenado, iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado. A partir da análise dos dois primeiros requisitos acima listados, seria possível concluir pela viabilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação, no caso de um adolescente primário e confesso, responsabilizado por ato infracional análogo ao crime do art. 157, caput, do Código Penal, na forma tentada, cujo relatório técnico (e demais elementos do processo) tenha sugerido tal medida. No entanto, um adulto, em situação análoga, em razão da quantidade de pena aplicada, iniciaria seu cumprimento no regime aberto, não experimentando qualquer privação de liberdade (principalmente pela inexistência, no Estado, das Casas de Albergado). Não se mostra proporcional, nem mesmo justo, em condições

semelhantes, tratar o adolescente com o mais alto grau de privação de liberdade (equivalente ao regime fechado dos imputáveis), enquanto se trata o imputável de forma consideravelmente mais branda, sem nenhum prejuízo a sua liberdade, mesmo tendo o desenvolvimento mental completo. Não justifica a desproporcionalidade o fato de se tratar, para um, de medida socioeducativa, com nítido caráter pedagógico, e, para outro, de pena, com caráter punitivo mais evidente. É inegável que a medida socioeducativa, notadamente, a de internação, carrega um elevado caráter punitivo. Nesse sentido: Praticada a infração penal, nasce a pretensão punitiva do Estado; cometido o ato infracional, nasce a pretensão educativa. Ambas as pretensões devem ser realizadas após o devido processo legal. A primeira – pretensão punitiva – é enfocada sob o prisma da finalidade da pena, que se divide em retributiva e preventiva. Sob o ângulo retributivo, representa a efetiva punição, em virtude do mal praticado pelo crime. Sob a ótica da prevenção, envolve-se um complexo de funções: firmar a atuação do Direito Penal (prevenção geral positiva); estabelecer um instrumento de intimidação à sociedade (prevenção geral negativa); firmar um ponto para a reeducação (prevenção especial positiva); servir de mecanismo para segregação (prevenção especial negativa). A segunda – pretensão educativa – é calcada no prisma da finalidade da medida socioeducativa, que se lastreia na educação ou reeducação do adolescente; secundariamente, não há como dissociar o aspecto punitivo. Além disso, mais notadamente no exemplo citado acima, não se pode dizer que uma privação violenta (eis que involuntária) de liberdade, integral, e que pode durar de seis meses a três anos, seja mais branda do que o cumprimento de uma pena em regime aberto, ainda que por período superior, limitando-se o apenado a comparecer em juízo periodicamente. Além disso, mais notadamente no exemplo citado acima, não se pode dizer que uma privação violenta (eis que involuntária) de liberdade, integral, e que pode durar de seis meses a três anos, seja mais branda do que o cumprimento de uma pena em regime aberto, ainda que por período superior, limitando-se o apenado a comparecer em juízo periodicamente. A alta discricionariedade do magistrado, na aplicação de medidas socioeducativas, principalmente se levados em consideração a ausência de qualquer espécie de dosimetria e o poder de se ignorar as sugestões dos relatórios técnicos, não pode ser interpretada de forma a prejudicar o adolescente, conferindo-lhe tratamento mais grave do que o dado ao adulto. Nesse sentido, determina a regra 6.2, das Regras de Pequim, que esse poder discricionário do magistrado seja exercido de forma responsável. Vejamos: 6. Alcance do poder discricionário 6.1. Dadas as diferentes necessidades específicas dos menores e a diversidade de medidas possíveis, deve ser previsto um poder discricionário suficiente em todas as fases do processo e a diferentes níveis da administração da Justiça de menores, designadamente nas fases de instrução, de acusação, de julgamento e de aplicação e seguimento das medidas tomadas. 6.2. Contudo, devem ser feitos esforços no sentido de assegurar que este poder discricionário seja exercido de um modo responsável, em todas as fases do processo e a todos os níveis. Em conclusão, no processo socioeducativo, ainda que presentes as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a aplicação de medida socioeducativa de internação, quando, no processo crime, em situação análoga, não se determine ao sentenciado o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado.

Fundamentação Fática

A medida socioeducativa de internação é a mais extrema de todas as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, causando ao adolescente ou ao jovem adulto um trauma irreparável, decorrente de uma terrível experiência de privação violenta de liberdade. A experiência se torna mais terrível, ainda, no Centro de Socioeducação de Curitiba, onde vários adolescentes aguardam, após sentença, por inúmeros dias, de forma irregular (eis que privados de atividades pedagógicas, educativas, de lazer e, mesmo, de estrutura adequada) vaga em algum Centro de Internação, em decorrência dos altos índices de aplicação da medida de internação. Não obstante, é notada, na Vara de Adolescentes em Conflito com a Lei de Curitiba, a banalização da medida, seja ignorando-se os relatórios técnicos, a

excepcionalidade da internação ou, ainda, a proporcionalidade. No que diz respeito à última hipótese, percebe-se a aplicação da medida de internação a adolescentes que, se adultos fossem, ao serem julgados e condenados pelas normas do Direito Penal, iniciariam o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, recebendo um tratamento bem menos gravoso. Para exemplificar, faz-se necessária a apresentação de duas situações reais: Na primeira delas, um adolescente primário foi responsabilizado pela prática de atos infracionais análogos aos crimes de ameaça (por três vezes), dano (por duas vezes) e lesão corporal leve (por uma vez). Em decorrência de sua responsabilização, foi aplicada a medida socioeducativa de internação. Tratando-se de processo criminal, um adulto que praticasse as mesmas condutas, ainda que apenado no máximo de cada uma das penas previstas, iniciaria o cumprimento da pena em regime aberto, pois a pena resultante seria de três anos e seis meses. Em outra situação, notou-se a aplicação de medida de internação a um adolescente primário, que foi responsabilizado por ato infracional análogo ao crime de roubo simples, na modalidade tentada, após ter confirmado, espontaneamente, sua prática. Um adulto, mesmo fixada a pena-base no máximo legal (dez anos), reduzida, na terceira fase da dosimetria, em razão da tentativa, na fração mínima (um terço), seria condenado à pena final de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto. Caso a situação fosse análoga à do adolescente, a pena-base certamente seria fixada no mínimo legal, de quatro anos e, ainda com a redução mínima, resultaria na pena final de dois anos e oito meses, a ser cumprida, inicialmente, em regime aberto. Verifica-se, a partir dos casos acima expostos, que os adolescentes receberam tratamento consideravelmente mais gravoso do que o conferido ao adulto, no processo criminal. Em ambos os casos, os adolescentes receberam o mais alto grau de privação de liberdade, enquanto os adultos seriam apenados no grau mínimo (regime aberto). Utilizou-se do processo socioeducativo e da ausência de dosimetria como forma de punir, mais gravemente, pessoas que deveriam ter tratamento mais brando, já que em situação de desenvolvimento.

Sugestão de Operacionalização

Nos processos socioeducativos (processos de conhecimento), deverão os Defensores Públicos observar, principalmente após a conclusão da instrução processual, se um adulto, em situação análoga, iniciaria o cumprimento de pena em regime fechado. Em sendo negativa a resposta, ainda que na presença das hipóteses dos incisos I e II, do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá se sustentar, nas alegações finais, em item ou capítulo próprio, a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa de internação, deixando de conferir ao adolescente tratamento mais grave do que o dado ao adulto. Nas análises das sentenças, deparando-se com a desproporcionalidade, deverá ser interposto recurso de apelação, ainda que a o recurso trate, tão somente, da aplicação de medida socioeducativa. Com a resistência do Tribunal local, a tese deverá ser levada adiante, a partir de recursos especial e/ou extraordinário, com agilidade, evitando-se a perda do objeto do recurso a partir da substituição da medida de internação por outra menos grave. Nos processos de execução de medida socioeducativa de internação, deverão ser analisadas as sentenças de procedência, por meio do Defensor Público natural ou a partir de mutirões, e, deparando-se com a referida desproporcionalidade, será necessária a interposição de habeas corpus, para extinção ou substituição da medida.

FAMÍLIA

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Situação:

Remoção de família de área de risco por Município por meio de ação demolitória ou encaminhamento da família para abrigo temporário. Violação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Remoção como última medida. Política de Reassentamento

A Lei 12.608/2012 institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, incumbindo a todo os entes da Federação a realização de políticas públicas de prevenção de acidentes e eliminação de riscos.

A lei federal 12.608/2012 incluiu o art.3º-B na Lei 12.340/2010 **e de sua leitura depreende-se que a remoção somente deve ser realizada quando necessária**, devendo o Poder Público primeiramente adotar providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança. Vejamos:

“Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, **o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro.** [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)”

§ 1º **A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos:** [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)” – grifo nosso

Portanto, a remoção das famílias de área de risco sem a garantia do reassentamento delas em local seguro configura violação à lei federal 12608/2012 e ao direito à moradia assegurado constitucionalmente, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, razão pela qual o Município deve ser condenado na obrigação de fazer consistente em assegurar à família removida o prévio reassentamento e, na impossibilidade de existência de imóveis destinados à família removida de área de risco, deve ser condenado na obrigação de pagar um aluguel mensal até o reassentamento definitivo da família.

DEVIDO PROCESSO LEGAL; DIREITO À INTIMIDADE E INVOLABILIDADE DO DOMÍCILIO

Não se coaduna com o Estado Democrático de direito, que tem na dignidade da pessoa humana o seu fundamento e que elenca, como direitos fundamentais, o direito à moradia, corolário de diversos outros direitos constitucionais, **uma remoção de família sem a garantia de um mínimo de dignidade por meio de um abrigo e destinação a política pública de moradia.**

A remoção de famílias de área de risco sem a realização de políticas públicas de reassentamento em locais dignos caracteriza a perpetuação do problema social de ocupação de áreas ambientalmente degradadas e perigosas indo de encontro à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC.

Embora se trate de área informal, salienta-se que todos os cidadãos são iguais perante a lei, nos termos da Constituição Federal (artigo 5º, *caput*) e, nesse sentido, os moradores removidos de área de risco não podem ser privados de liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, nos termos do inciso LIV do mesmo dispositivo e para tanto possuem direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do inciso LV também da CF.

Demais disso, o desfazimento das edificações deve respeitar a existência de ordem judicial, sob pena de violação ao inciso XI do artigo 5º da CF/88, que garante a inviolabilidade do domicílio. A Lei 12.608/2012 dispõe ser da competência do Município promover ação preventiva de remoção de família residente de área de risco, mas, por óbvio, que essa remoção preventiva, uma vez que não caracterizado o desastre, necessita de autorização judicial, toda vez que o morador não consentir que o próprio Município o desaloje e faça a demolição de sua residência, em face do direito constitucional à inviolabilidade do domicílio.

Ressalta-se que ainda que a remoção de família de área de risco seja legal, uma vez que se busca tutelar o direito à vida, o direito à moradia e aos bens dessas famílias, ou seja à edificação erguida em área de risco, não também de ser tutelados em obediência à disposição da Lei Federal 12608/2012, independente da natureza da área ocupada, se pública ou particular, vez que a Lei Federal não faz distinção.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

TESE 08

Proponente: Yanko Oliveira Carvalho Bruno

Área: Família

II Encontro Estadual – 2008

Súmula

Em investigação de paternidade o comportamento do suposto pai que, após citado, não é mais encontrado para ser notificado da data e local de realização do exame de DNA equivale à recusa em se submeter ao exame, gerando presunção relativa de paternidade, nos termos dos artigos 238, parágrafo único do CPC, e do Enunciado 301 da súmula de jurisprudência do STJ.

Fundamentação Teórica e Fática

A Constituição de 1988 consagrou nova fase no que se refere ao tratamento jurídico dado ao estado de filiação. Em decorrência dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º) e da paternidade responsável (art. 226, §7º), não é cabível qualquer distinção entre filhos. Sejam eles concebidos durante o casamento, durante a união estável, durante o noivado, durante o namoro, ou mesmo durante um encontro casual, ou, ainda, sejam adotados, são titulares dos mesmos direitos, patrimoniais e morais.

No âmbito dos direitos patrimoniais os filhos são herdeiros necessários dos seus pais e credores de alimentos destes (em sentido amplo, de modo que os alimentos devem

abranger não só a subsistência e a saúde, como também a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização e a cultura, sem prejuízo das necessárias ações do Estado e da sociedade – art. 227 da Constituição).

Por seu turno, no campo da dignidade moral, os filhos têm o direito de saber sobre a sua história genética, conhecendo a identidade de seus pais biológicos. Tal identidade deve estar estampada no registro de nascimento, não só com o nome dos pais, como também com o acréscimo dos apelidos de família dos antepassados no nome do indivíduo registrado.

A publicidade dessa história genética só é passível de restrição diante do próprio interesse e dignidade do filho, quando adotado. Então, a história genética cede lugar à história afetiva.

Como se sabe, não é modesto o número de ações de investigação de paternidade que a Defensoria Pública propõe diariamente em todo o Estado.

A evolução da biociência em muito contribuiu para que, nessas ações, fosse possível a busca da verdade real, com o conhecimento da identidade genética do indivíduo, através da perícia realizada sobre o material genético dos envolvidos (“exame de DNA”).

Não obstante tal evolução científica, muitos que ocupavam o pólo passivo em tais demandas, com receio do resultado do exame, simplesmente passaram a não comparecer ao laboratório para a colheita do material genético, alegando que não estariam obrigados a produzir prova contra si mesmos.

Tanto é que, em boa hora, o STJ aprovou a edição do enunciado 301 de sua súmula de jurisprudência: **“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”**. E o novo Código Civil prescreve: **“A recusa à perícia médica orientada pelo Juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”** (Lei n. 10.406/2002, art. 232).

Pois bem. O suposto pai é citado para apresentar defesa. Posteriormente, é notificado da data, horário e local de realização do exame. Se não comparece ou se recusa a fornecer o material genético, com a aplicação do entendimento do STJ, presume-se relativamente a paternidade. E com base no seu livre convencimento e apreciação da prova o Juiz decidirá.

No entanto, outro artifício pode ser usado pelo suposto pai que não quer contribuir para a busca da verdade no processo. Quando citado, toma conhecimento da ação. Então, desde logo, antes mesmo da designação do exame, simplesmente abandona o endereço no qual foi citado, não dando qualquer notícia de seu paradeiro e não deixando qualquer informação no local. Fica claro o propósito de se furtar ao processo e de não colaborar com a Justiça, com o receio de ser declarado pai.

Nesses casos, apesar de já ter sido citado pessoalmente, não é mais encontrado para notificação sobre a realização do exame ao qual deve comparecer. Então se iniciam as expedições dos “ofícios de praxe” (Receita Federal, TRE, SSP etc.) e todos retornam sem sucesso – invariavelmente com o endereço antigo.

Contudo, é dever da parte proceder com lealdade e boa-fé (Código de Processo Civil – art. 14, inciso II). Ao agir da forma acima narrada, o suposto pai tenta se furtar ao processo, à Justiça e as suas responsabilidades. Se após o conhecimento do processo muda de endereço, para local incerto e não sabido, se ocultando, procede de má-fé e de forma desleal.

Se se interessasse em agir de boa-fé e com lealdade, o citado, sabedor portanto da existência do processo de investigação de paternidade, acaso tivesse que se mudar do local no qual foi citado, avisaria o Juiz, o autor, ou, pelo menos, deixaria informações com os vizinhos ou parentes sobre novo local de residência.

Pois bem, já consagrado o entendimento segundo o qual a recusa à submissão ao exame de DNA gera presunção relativa de paternidade, deve a mesma presunção ser estendida para a hipótese do suposto pai que, após citado pessoalmente, se esconde para não ser notificado sobre a realização do exame pericial, procrastinando, com esta conduta, o processo de forma *ad eternum*.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados, na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil, na tutela individual dos interesses e direitos da criança e do adolescente e na tutela das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado – n. 988/2006 – artigo 5º, III, VI, c e ê).

Pois, é vasto o número de ações de investigação de paternidade propostas pela Defensoria Pública nas Varas da Família. Inúmeras mães hipossuficientes, diariamente comparecem à triagem relatando situação de abandono dos filhos por parte dos pais, que sequer os reconhecem. O pedido de investigatário é o adequado para garantir ao menor a sua dignidade, pois a omissão do nome do pai no registro de nascimento é notoriamente fonte de discriminação, constrangimento e supressão de direitos.

Por seu turno, a conduta furtiva do pai, que persiste no curso do processo, é obstativa à atuação da Defensoria Pública no desempenho de suas atribuições institucionais e, por consequência, à resposta satisfativa ao usuário, diante da procrastinação processual.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional, perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuiria para a efetivação de direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere.

A tese se insere no item II (Plano de Metas), g (atuação na tutela dos direitos humanos), 2, do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública (“Estudar os precedentes jurisprudenciais que dão efetividade à proteção dos Direitos Humanos, uniformizando as teses para servir de suporte ao trabalho dos defensores”), pois, inegavelmente, o conhecimento da paternidade é atributo da personalidade humana, necessário à dignidade do indivíduo.

TESE 56

Proponente: Samir Nicolau Nassralla

Área: Família

Súmula:

O termo de acordo assinado pelas partes e pelo membro da Defensoria Pública do Estado, nos termos do artigo 585, II, do CPC, o qual lhe atribui força de título executivo extrajudicial, goza de presunção de legitimidade, possibilitando a execução e coerção pessoal do devedor

pelo procedimento do artigo 733 e seguintes do Código de Processo Civil, independentemente de prévia homologação judicial.

Assunto:

Direito de Família, relacionado à matéria processual, especificamente ao processo de execução de pensão alimentícia. Possibilidade de execução pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil do termo de acordo referente a alimentos, assinado pelas partes e chancelado pela Defensoria Pública do Estado.

Relação da tese com as funções institucionais da defensoria pública do estado:

Tanto a Lei Complementar 80/94 em seu art. 4º, inciso I, quanto a Lei Complementar Estadual 988/2006, no art. 5º, inciso VI, alínea “a”, que instituiu a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, prevêm como sua função institucional a promoção via extrajudicial da conciliação das partes em conflito de interesses, inclusive com a celebração de termos de acordo extrajudiciais que em grande parte são relacionados à matéria de obrigação alimentícia no âmbito da sua atuação no ramo do direito de família.

Dos fundamentos jurídicos da tese proposta:

A Constituição ilumina o atual Direito Civil e também assegura a todos como direito e garantia fundamental a razoável duração do processo (CF, artigo 5º, inciso LXXVIII). Depreende-se daí que há evidente tendência do direito civil em desburocratizar procedimentos relativos principalmente ao direito de família, como, por exemplo, ocorreu com a edição da Lei 11.441/07, que possibilitou a separação, divórcio e inventários por escritura pública junto ao tabelião, presentes alguns requisitos como a capacidade dos herdeiros, inexistência de testamento e a forma consensual. Tal providência legislativa reflete a tendência inevitável em evitar o processo judicial desnecessário, que muitas vezes transforma o Poder Judiciário em mero agente burocrático-administrativo do interesse privado das partes, inviabilizando, por tabela, a celeridade de outros processos judiciais de litigiosidade efervescente e, ainda, elevando os custos do Estado na prestação jurisdicional como um todo.

Com a vigência do diploma legislativo supramencionado, pode-se afirmar que a tutela e controle do Estado saem da esfera direta, por meio da Jurisdição, passando para uma tutela indireta, pelo controle do tabelião, com a autonomia das partes condicionada aos limites legislativos e função social. O controle do Estado-juiz sobre tais atos obviamente não é afastado, já que o direito fundamental da inafastabilidade da função jurisdicional impediria (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), mas agora é subsidiário.

Entendemos que o artigo 585, inciso II, do Código Processo Civil merece ser interpretado seguindo essa mesma tendência de desburocratização, possibilitando-se a

execução de alimentos acordados extrajudicialmente (com assinatura das partes e Defensor Público) pelo rito do artigo 733 do CPC, ou seja, pela coerção pessoal, ainda que não tenha sido previamente homologado judicialmente. A importância da adoção do rito do artigo 733 do CPC é que na prática na maioria das vezes o devedor de alimentos acionado pela parte assistida pela Defensoria Pública não possui bens aptos a serem executados pelo procedimento da penhora previsto no artigo 732 do CPC.

Em síntese, a presente proposta de tese institucional se baseia nos seguintes argumentos:

1) DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA DOS DISPOSITIVOS.

Art. 585 (CPC). São títulos executivos extrajudiciais:

.... ()

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas; o instrumento de transação referendado ou pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

Pela interpretação literal dos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil, só caberia execução de alimentos com fundamento em sentença ou decisão. Nenhum dos dispositivos faz menção a título executivo extrajudicial.

Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no capítulo IV deste Título.

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que já o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§1º Se o devedor não pagar, nem se recusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

Com base nessa premissa, a maioria das decisões judiciais é contrária à tese sustentada neste trabalho, entendendo que só seria cabível a execução do termo acordo extrajudicial de alimentos, firmado pelas partes e assinado pelo Defensor Público, pelo rito do artigo 732 do CPC.

Entretanto, temos que essa interpretação literal vai de encontro ao espírito do Código em seu mesmo artigo 585 e incisos que teve por finalidade desburocratizar uma série de demandas, “pulando” a chamada crise de certeza, para propiciar diretamente a satisfação do direito já titularizado. Portanto, mais razoável a interpretação sistemática e teleológica do Código de Processo Civil, ainda mais em harmonia com os princípios da economia processual e razoável duração do processo.

Ademais, deve-se aplicar o método de interpretação evolutivo do Código de Processo Civil, já que o inciso II, do artigo 585, foi modificado pela Lei 8953/94, ou seja, muito após a redação dada anteriormente ao artigo 733 do mesmo diploma.

A lei em nenhum momento restringiu a satisfação do direito consolidado em título extrajudicial de alimentos ao rito previsto no artigo 732 do CPC (procedimento de “penhora”). É princípio de hermenêutica e aplicação do direito que onde a lei não restringiu não cabe ao intérprete fazê-lo.

2) DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO TERMO EXTRAJUDICIAL ASSINADO PELAS PARTES E CHANCELADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA.

Como se não bastassem os argumentos acima expostos, o ato chancelado pela Defensoria Pública, através de seus órgãos de execução, goza dos atributos dos atos administrativos em geral por emanar de agente público, podendo ser considerado agente político, no exercício de função decorrente da Constituição Federal, da Lei Complementar 80/94 e Lei Estadual 988/06, em especial do atributo da presunção de LEGITIMIDADE.

Neste sentido, preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que:

“presunção de legitimidade é a qualidade que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles um presunção júris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em Juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral” (Curso de Direito Administrativo, pág. 411, 25ª edição).

Analisando-se as prerrogativas inerentes à Defensoria Pública, sem dúvida, por exercer atividade voltada constitucionalmente e legalmente aos interesses sociais, devem-lhe ser aplicados os ônus e prerrogativas referentes ao regime jurídico administrativo.

Neste sentido, o mesmo autor supracitado ensina que:

“A Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis -, em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares”. (Curso de Direito Administrativo, pág. 409, 25ª edição, Editora Malheiros).

Tal premissa se reforça ainda mais pelo fato de ser aplicável aos membros da Defensoria Pública o regime de responsabilização civil do Estado por atos de seus agentes, em razão da prática de ilícito, prevista aos agentes públicos em geral (CF, Art. 37, §6º). Se há a liberdade, há a responsabilidade.

Frise-se, por fim, que a proposição de tese institucional aqui sustentada não é inédita, encontrando respaldo no entendimento da Ilustre doutrinadora MARIA BERENICE DIAS, a saber:

“A Lei 8.953/1994, ao dar nova redação ao inciso II do art. 585 do CPC, dilatou o número de títulos executivos extrajudiciais. Inadvertidamente, ouviu-se de alterar também os dispositivos legais que tratam da execução de alimentos. Tal omissão às claras, não afasta o uso de qualquer dos meios legais para constituir o crédito alimentar nem pode impedir o uso dos procedimentos legais para a cobrança do débito. Eventual alegação de vício do consentimento ou fundamento outro que comprometa a higidez do título executivo cabe ser suscitada no prazo da justificação. O fato é que a lei confere meios de cobrança a títulos judiciais e extrajudiciais, não fazendo qualquer distinção sobre a origem do título. A lei somente concede um rito mais expedito à obrigação de alimentos, disponibiliza mais de uma modalidade de cobrança, em face de sua natureza. Agora, modo expresse, o Estatuto do Idoso (EI 13) confere executividade às transações celebradas perante o Promotor de Justiça, que, ao serem referendadas, tem efeito de título executivo extrajudicial. Nada mais pode ser invocado para afastar o rito executório independentemente da idade do credor: o

princípio da isonomia não permite.” (Manual de Direito das Famílias, 4ª edição, pág. 498, Editora Revista dos Tribunais).

Importante ressaltar que houve alteração legislativa que inclui no Estatuto do idoso também a Defensoria Pública como órgão legitimado a referendar a transação de alimentos, atribuindo-se força de título extrajudicial:

Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil. (Redação dada pela Lei nº 11.737, de 2008).

Em resumo, são os seguintes fundamentos que possibilitam que o termo de acordo de alimentos referendado pela Defensoria Pública seja executado pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil:

a) Interpretação sistemática e teleológica dos artigos 585, II, 732 e 733 do Código de Processo Civil, à luz dos princípios da economia processual e razoável duração do processo;

b) Presunção de legitimidade do ato chancelado pela Defensoria Pública, consistente em termo de acordo extrajudicial de alimentos assinado pelas partes e por Defensor Público;

c) Possibilidade de controle judicial acerca da higidez do acordo por via indireta ou subsidiária em sede de justificativa à ação de execução de alimentos, ato pelo qual o devedor poderá alegar eventual vício na formação do título;

Fundamentação fática da proposta:

Visualizamos os seguintes benefícios práticos da adoção da tese levantada:

- a) Redução do número de processos de conhecimento versando sobre alimentos;
- b) Não necessidade de desarquivamento de processos findos para obtenção do título judicial para embasar execução de alimentos, quando o termo de acordo foi lavrado consensualmente perante a Defensoria Pública;
- c) Celeridade na obtenção da satisfação do direito pelo usuário do serviço público de assistência jurídica gratuita;

- d) Economicidade de recursos públicos para o Estado.
- e) Estímulo à mediação e resolução extrajudicial de conflitos.

Sugestão de operacionalização da tese proposta:

Como forma de operacionalizar a tese aqui proposta sugerimos a elaboração de termo extrajudicial de alimentos no padrão exposto a seguir. Eventual execução de alimentos com base no título extrajudicial seguirá a forma comum, lastreada nos argumentos acima expostos.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Regional de São José do Rio Preto

TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Aos vinte e um (21) dias do mês de Julho do ano de dois mil e oito (2009), no prédio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, localizado na Rua Mal. Deodoro da Fonseca, numero 3131 - Centro, São Jose do Rio Preto-SP, na presença do Defensor Público que esta subscreve e referenda e, nos termos do art. 5º inciso VI alínea "a" da Lei Complementar 988 de 9 de Janeiro de 2006 e Art. 585, II, do Código de Processo Civil Brasileiro, compareceram as partes, acordantes, a saber, **alimentanda**:- MARIA DA SILVA, criança com 09 anos de idade, representada por sua mãe ROBERTA DA SILVA, brasileira, casada, operadora de caixa, portadora do RG nº e CPF/MF nº , residente e domiciliada na Rua , na cidade de São José do Rio Preto-SP,; e de outro lado, a **alimentante-avó**:- BENEDITA DA SILVA, brasileira, casada, domestica, portadora do RG. e inscrita no CPF/MF sob o numero , residente e domiciliada nas Rua , nesta cidade e Comarca de São Jose do Rio Preto, após devidamente orientados de seus direitos e, ausente qualquer tipo de coação, fraude ou simulação, declaram, cada um por sua vez obrigando-se as partes, por si, seus herdeiros ou sucessores o fazerem o presente sempre bom, firme e valioso, e o que segue:- **face ao inadimplemento das pensões alimentícias do genitor da alimentanda e, em caráter subsidiário e complementar, a segunda acordante declara que se comprometera a pagar pensões em favor da alimentanda-neta no valor correspondente a 31,32% do salário mínimo nacional vigente, que atualmente corresponde a R\$ 130,00 (cento e trinta reais), a ser pago todo dia 15 de cada mês, a partir do mês de junho de 2008, mediante deposito na conta 00-001.002-2, Agência 052-8 do Banco Nossa Caixa S.A, em nome da mãe da alimentanda, sendo que o comprovante de depósito valerá como recibo.** Nada mais. Eu,

_____ SAMIR NICOLAU NASSRALLA (Defensor Público do Estado),

referendo o presente acordo extrajudicial para que surta seus regulares efeitos jurídicos, que segue assinado *pelas partes, independentemente da assinatura das testemunhas, uma vez que a lei não a exige.*

MICHELE RIBEIRO LOPES

VERA ALICE DA SILVA BARBOSA

TESE 57

Proponente: Danilo Mendes Silva de Oliveira

Área: Família

Súmula:

Nos processos judiciais que versem sobre pedido de alimentos, é do alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado.

Assunto

A presente proposta versa sobre pedidos judiciais de alimentos na modalidade litigiosa, cuidando-se da questão relativa ao ônus da prova.

Embora o texto escrito da lei (art. 333 do CPC), ao tratar da divisão dos encargos probatórios traga a velha fórmula pela qual “o ônus da prova incumbe a quem alega”, incumbindo, pois, ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, a doutrina e jurisprudência mais modernas conceberam entendimento segundo o qual nas ações judiciais que versem sobre pedido de alimentos excepciona-se a aplicação de tal regra.

Desse modo, versa a proposta sobre a necessidade de se adotar entendimento segundo o qual nas ações judiciais que versem sobre pedido de alimentos basta ao alimentando indicar suas necessidades, incumbindo ao alimentante provar que não possui condições de prestar o valor postulado.

Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública

A pertinência da proposta é evidente, visto que quantitativamente a maior parte das demandas da população que procura a Defensoria Pública versa sobre Direito de Família, sendo que os pedidos de alimentos assumem especial destaque e relevo na atuação do Defensor Público na área do Direito de Família, pois retratam o maior número de demandas que são submetidos aos Defensores Públicos, em suas várias modalidades, seja em pedido de alimentos puro e simples (ação de alimentos), seja em pedido de exoneração e revisão de alimentos, ou ainda como pedido cumulado em outras ações, como em investigação de paternidade, separação, divórcio e dissolução de união estável.

Nesse contexto, considerando que o pensamento institucional da Defensoria Pública há de estar umbilicalmente ligado a uma visão crítica e evolutiva do Direito, evidencia-se a

necessidade da instituição estar de acordo com o mais moderno entendimento da doutrina e jurisprudência, quando verificado que se trata do entendimento mais consentâneo com a realidade e com as necessidades da imensa legião de pessoas que necessitam de prestação alimentar para sua sobrevivência digna.

A Defensoria Pública constitui instituição essencial ao sistema de Justiça, sendo seu público alvo os necessitados. Nesse sentido, observa-se que o maior número de necessitados que procuram a Defensoria Pública formulam pretensões relativas a alimentos, sendo certo que aquele que se dirige perante a Justiça para postular alimentos o faz em razão de necessitar de contribuição material para a manutenção da própria sobrevivência.

A proposta guarda, portanto, relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública, que tem a *construção de uma sociedade solidária e a redução das desigualdades* como alguns dos seus fundamentos de atuação (art. 3º da LC 988/2006).

Fundamentação jurídica e fática

O Código de Processo Civil brasileiro ao tratar do ônus da prova do autor, dispõe o seguinte:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Trata-se da opção legislativa pelo princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Ocorre que acirradas críticas podem ser lançadas quanto à adoção desta regra nas chamadas ações alimentares.

Dentre as críticas que recaem sobre a exigência do autor da ação (aquele que pede alimentos) ter de provar que o réu (em face do qual os alimentos são pedidos) é capaz de prestar o valor postulado, assume especial relevância o fato de que esta regra acirra ainda mais uma desigualdade já presente no plano concreto entre os envolvidos.

É óbvio que aquele que pede alimentos o faz por estar em situação de necessidade, em um plano flagrantemente inferior, pois, ao daquele em face do qual são pedidos os alimentos. Desse modo, transferir àquele que postula os alimentos o ônus de provar que o alimentante é capaz de lhe prestar o valor postulado constitui um gravame à situação, ou seja, agrava ainda mais a relação de inferioridade do alimentando.

É certo também que aquele que está sendo acionado, ou na iminência de ser acionado em um pedido de alimentos, faz o que pode para esconder sua real situação econômica e transparecer uma falsa realidade segundo a qual sua situação econômica é bem inferior à verdadeira.

Provar os ganhos do alimentante em um processo judicial não constitui tarefa fácil. Em inúmeros casos o alimentante trabalha como autônomo, de forma que se tem por impossível que um terceiro venha a provar os ganhos dele, tratando-se, assim, de autêntica “prova diabólica”. De outro lado, ainda que o alimentante trabalhe devidamente empregado, não são raros os casos em que vem a receber valor superior ao constante na carteira de trabalho ou folha de pagamento, ou ainda, em que acumula outro trabalho, formal ou informal, com

significativo sobrelevo da renda, sem que isso venha a ser possível ao conhecimento do alimentando.

Nesse contexto, constitui enorme fardo do alimentante, na maioria das vezes menor incapaz, e reconhecidamente a parte mais fraca do processo, ter de demonstrar em juízo as condições econômicas do alimentante, para que possa vir a receber uma justa pensão alimentícia.

Assim, há de se considerar a necessidade da adoção da chamada “inversão do ônus da prova” nas ações alimentares.

Nosso ordenamento jurídico já adota a inversão do ônus da prova, em prol os consumidores, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, inc. VIII:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Analisando-se ambas as situações, verifica-se que os pressupostos da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor podem ser transportados, sem problemas, para as ações alimentares. O fato é que, salvo raras exceções, as alegações de necessidade daquele que pede alimentos não serão verossímeis (ainda porque a maioria dos casos envolve pedido de alimentos por incapazes, cuja necessidade é presumida), ou não estará ele em condição de hipossuficiência (a hipossuficiência constitui verdadeiro requisito do pedido de alimentos).

Assim, se para ajudar a equilibrar a relação de desigualdade entre fornecedor e consumidor foi concebida a inversão do ônus da prova em prol da parte mais fraca, não se concebe razão pela qual nas demandas alimentares o mesmo critério não possa ser adotado (onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito).

Deve ser adotado, pois, o entendimento de que o ônus da prova, quando a discussão recai sobre pensão alimentícia é da pessoa obrigada a pagar os alimentos, pois aquele que os recebe, na maioria das vezes não tem condições de demonstrar qual a real condição financeira do alimentante.

Isso porque, em razão da especificidade da relação entre alimentando e alimentado, o ônus da prova das condições econômicas do obrigado a prestar alimentos deve recair sobre o alimentante.

Esta é a conclusão do Centro de Estudos do TJRS, por seu enunciado de n. 37, que dispõe o seguinte:

“Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

Nesse sentido, invoca-se ainda a pertinente e esclarecedora lição de Maria Berenice Dias, apoiada sobre vários acórdãos colacionados por ela em sua obra:

“Vem se consolidando o entendimento de que, nas demandas alimentárias, se inverte a divisão tarifada dos **encargos probatórios** (CPC 333). Ao **autor**

cabe tão-só comprovar a **obrigação** do réu de prestar-lhe alimentos. É o que diz a lei (LA 2º): o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor. Não há como impor ao alimentando a **prova dos ganhos do réu**, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos. O autor, caso ainda não atingida a maioria civil, não necessita sequer provar suas necessidades, pois essas são presumidas. Transfere-se ao réu o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que eventualmente não necessita do quanto alega. Também é do alimentante o encargo de **provar seus rendimentos**, eis não dispôr o alimentando de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5.º X). Omitindo-se em trazer tais dados, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma devassa em sua vida econômico-financeira.”(Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: RT. 2007, p. 487/488).

Deve, pois, ser do alimentante a incumbência de demonstrar se de fato não é capaz de suportar o valor dos alimentos conforme postulado pelo alimentante.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelo Defensor Público, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público conduzirá o processo exigindo que se atribua ao alimentante o ônus da prova quanto à impossibilidade de suportar o valor postulado pelo alimentando, com elaboração de petição inicial na qual tal postura já se encontre encampada, conforme modelo de petição em anexo.

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote e defenda o entendimento proposto na condução do processo.

TESE 58

Proponente: Claudia Aoun Tannuri e Carolina de Melo Teubl Gagliato

Área: Família

Súmula:

É cabível a penhora “on line” (artigo 655-A do CPC) em ações de execução de alimentos que tramitam pelo rito do artigo 733 do CPC.

Assunto:

A penhora “on line” de contas bancárias do executado, efetivada pelo sistema BACENJUD e prevista no artigo 655-A do CPC, representa meio à disposição do exequente para a satisfação de seu direito.

Trata-se de providência amplamente adotada em processos de execução, uma vez que o dinheiro é o bem que figura como preferencial na ordem de penhora.

Por se tratar de medida que atende aos princípios da efetividade e da celeridade do processo, é razoável que seja adotada nas ações de execução de alimentos que tramitam sob o rito do artigo 733 do CPC. A natureza do crédito alimentar (necessário à subsistência do credor) e a necessidade urgente de satisfação do alimentando justificam a adoção do bloqueio “on line” de forma compatibilizada com o rito da prisão civil.

Ademais, trata-se de medida extremamente eficiente em processos nos quais o paradeiro do executado é desconhecido, ou quando o este se oculta para não ser citado.

Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados, na tutela dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso e demais pessoas em situação de hipossuficiência (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado, Lei Complementar n.º 988/2006 – artigo 5º, III, VI, c e l).

Ressalte-se o grande número de ações de execução de alimentos ajuizadas pelos Defensores Públicos em favor dos alimentandos. Em sua maioria, os exequentes assistidos pela Defensoria Pública são menores de 18 anos, absoluta ou relativamente incapazes. Estão, portanto, em clara situação de hipossuficiência. Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos órgãos judiciais, contribuirá para a efetivação de direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica:

O bloqueio “on line” de valores existentes em contas bancárias do executado, nos moldes do artigo 655-A do CPC, é providência de grande efetividade, uma vez que tem o condão de facilitar a satisfação do direito do alimentando.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam:

“A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado – como o imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e alienação do bem a terceiro (...). É preciso deixar claro que o direito à penhora on line é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Não há dúvida de que a penhora on line é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto. Como é óbvio, qualquer uma destas desculpas constituirá violação do direito fundamental do exequente e falta de compromisso do Estado ao seu dever de prestar a justiça de modo adequado e efetivo.”
(Curso de Processo Civil, v.3, 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, pp. 274 e 278)

Tal medida deve ser compatibilizada com o rito da prisão para a cobrança dos alimentos.

Com efeito, o crédito alimentar, por sua natureza, é cercado de especificidades e de ampla gama de meios executórios. Não parece haver óbice à utilização de dois meios executórios de forma compatibilizada a fim de alcançar com maior rapidez e eficácia a satisfação do alimentando que, quase sempre, está passando por situação de penúria.

A prisão é medida de coerção, expediente que não retira a possibilidade de a execução seguir as mesmas regras do processo de execução em geral.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Alimentos. Execução. Art. 733 e § 2º do Código de Processo Civil. Possibilidade de prisão que não inibe a penhora ‘on line’ porque esta não impede nem prejudica a continuidade da execução para recebimentos das parcelas vencidas e vincendas. Em se tratando de dívida alimentícia e com pena de prisão para o não pagamento com mais razão se justifica a intervenção judicial para tornar rápida e efetiva a execução. Indeferimento que não se mostrou acertado. Recurso provido.” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 578.250-4/6-00, Relator Des. Maia da Cunha, j. 12.06.2008)

Ressalta o ilustre Desembargador relator:

“Não há incompatibilidade na aplicação da penhora ‘on line’ para garantir o pagamento de dívida alimentícia que se executa com base no art.733 do Código de Processo Civil. A pena de prisão estipulada para o devedor de alimentos não exclui o verdadeiro e real objetivo da execução que é o de receber a verba alimentícia... Não há nenhum defeito ou ilegalidade na penhora ‘on line’, que, em boa hora, concedeu ao Magistrado a possibilidade de não permitir que a execução se arraste indefinidamente, levando o credor à exaustão e o Poder Judiciário ao desprestígio pela demora e ineficácia de suas decisões (...)”

Deve, ainda, ser mencionado o seguinte julgado:

“Agravo de Instrumento- Interposição contra decisão que não autorizou a execução de dívida alimentar- Pedido de prisão civil do devedor, sem que, no Juízo de origem, tenha formado relação processual para incidência do art.733, § 1º do Código de Processo Civil- Devedor advogado conhecido que estaria empregando métodos para frustrar todos os tipos de execução- Inadequação da via eleita, conduzindo ao não conhecimento do agravo- Determinação, contudo, em virtude do interesse público, para que o Juízo empregue medidas concretas para fazer cumprir o que se decidiu, procedendo a tentativa de penhora on line de saldos bancários do alimentante, remessa de certidão da dívida para inscrição do nome do devedor nos órgãos que cadastram devedores inadimplentes e começo da execução nos termos do art.733 do Código de Processo Civil e Súmula 309 do E.STJ- Recurso não conhecido, com determinação.” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 494.728-4/6, Relator Des. Enio Zuliani, j. 15.03.2007)

No julgamento de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu efeito ativo para que se procedesse ao bloqueio “on line” em ação de execução de alimentos que tramitava de acordo com o rito do artigo 733 do CPC. O ilustre Desembargador relator José Carlos Ferreira Alves ressalta:

“Com efeito, incluo-me entre os muitos que defendem uma posição mais pró-ativa do Judiciário para a satisfação de créditos perseguidos em Juízo, sobretudo quando esse crédito tem natureza alimentar e representa a própria sobrevivência de uma menor de idade. (...) Sempre considereei que a atitude dos devedores que sonegam bens ou informações afronta a dignidade da Justiça. E é para coibir tal atentado que nossos tribunais autorizam medidas não previstas no ordenamento. (...) penso ser perfeitamente harmonizável a coexistência dessas duas formas de tentativa de recebimento de crédito de natureza alimentar, ou seja: primeiro, busca-se a possibilidade de penhora on line (...) para depois, revelando-se infrutífera a tentativa empreendida, ser citado e intimado o réu para que no prazo legal deposite o valor reclamado ou justifique satisfatoriamente a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de

prisão.” (TJSP, Decisão Monocrática proferida em agravo de instrumento n.º 638.659-4/9-00)

A mesma decisão foi proferida pelo desembargador Relator José Carlos Ferreira Alves no julgamento do agravo de instrumento n.º 658.142-4/6-00. Ambos os recursos ajuizados pela Defensoria Pública ainda aguardam julgamento final.

A providência referida é mais favorável até mesmo para o executado, conforme leciona o artigo 620 do CPC, uma vez que a prisão é medida mais gravosa do que a penhora de contas bancárias.

Portanto, pertinente o deferimento da penhora *on line*, nos moldes do artigo 655-A do CPC em ações de execução de alimentos, sem prejuízo da manutenção do rito da prisão civil.

Não há que se falar em eventual afronta ao direito de defesa do executado, na medida em que os valores bloqueados somente serão levantados após regular manifestação deste, caso ele não se furte à citação ou não tenha paradeiro desconhecido. Nestas últimas duas hipóteses, como medida de justiça, cabível o levantamento desde logo.

É importante mencionar que há, no caso, colisão de direitos fundamentais: de um lado, o direito a alimentos, à vida e à saúde do credor de alimentos, de outro, o direito de propriedade do devedor de alimentos. Temos, pois, dois direitos fundamentais em colisão.

Neste caso, aplicável o princípio da proporcionalidade para resolver o conflito.

De acordo com André de Carvalho Ramos:

“A doutrina e a jurisprudência habitualmente decompõem o princípio da proporcionalidade em três elementos, a saber: a adequação das medidas estatais à realização dos fins propostos, a necessidade de tais medidas e finalmente a ponderação (ou equilíbrio) entre a finalidade perseguida e os meios adotados para sua consecução (proporcionalidade em sentido estrito).” (Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional, São Paulo: Renovar, 2005, p. 137)

Com relação à adequação, observa o mesmo autor:

“(...) o juízo de idoneidade, exige que a medida estatal seja adequada para alcançar os fins almejados. Ou seja, combatem-se as medidas ineficazes ou inadequadas, (...)” (Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional, São Paulo: Renovar, 2005, p. 137)

É evidente que a medida adotada pelo Estado é adequada para alcançar os fins pretendidos: através do bloqueio das contas bancárias do executado, havendo numerário disponível, será reservado o valor necessário à subsistência do alimentando e haverá a satisfação de seu direito.

Quando se analisa o elemento ‘necessidade’:

“(...) exige que seja escolhida a medida menos gravosa ou restrita entre as de possível adoção. Ou seja, entre as diversas medidas idôneas em abstrato, urge que seja escolhida aquela que menor gravame causará aos direitos humanos em análise. (...)” (CARVALHO RAMOS, André, Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional, São Paulo: Renovar, 2005, pp. 138 e 139)

Ao analisar este elemento, verifica-se que o bloqueio das contas bancárias do executado representa o meio menos gravoso ao executado, vez que atinge seu direito de propriedade enquanto a prisão civil atinge bem jurídico mais relevante, o direito de liberdade, o direito de ir e vir.

Por último, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito que:

“(...) consiste na valoração comparativa entre, de um lado, as vantagens de uma medida e, de outro, o sacrifício exigido a um direito fundamental. A análise de custo e benefício tem que ser feita para evitar medidas desequilibradas, que geram mais transtornos aos titulares dos direitos restringidos que benefícios gerais.” (CARVALHO RAMOS, André, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, São Paulo: Renovar, 2005, pp. 139 e 140)

Neste sentido, tem-se que ao comparar o direito à vida e à subsistência do alimentando e o direito de propriedade do devedor de alimentos, deve-se priorizar o direito do hipossuficiente.

Deste modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade conduz à possibilidade de penhora on line nas ações de execução de alimentos que tramitam de acordo com o rito do art. 733 do CPC.

É preciso ressaltar, ainda, que embora não haja previsão legal expressa para a efetivação da penhora “on line” em ação de execução de alimentos que tramita de acordo com o rito do artigo 733 do CPC, cabe ao Juiz realizar interpretação sistemática do ordenamento jurídico e evitar o formalismo excessivo. De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque:

“Nessa linha, entre as diversas sugestões destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça (...) interessa, aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias. Em primeiro lugar, é preciso abandonar a idéia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não pode ser objeto de culto (...) O reforço da autoridade judiciária e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz para adequar as regras processuais às circunstâncias da situação litigiosa constituem orientação adotada nas modificações introduzidas no processo civil inglês em 1998.” (Efetividade do Processo e Técnica Processual, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 108 e 110)

Cândido Rangel Dinamarco ensina:

“Essa renúncia a tradicionais postulados do direito processual veio com o declarado objetivo de propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável- e, para tanto, descompromissada dos preconceitos que envolvem todos esses dogmas. É legítimo renunciar a dogmas.” (Nova Era do Processo Civil, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.29)

Fundamentação fática:

A tese proposta tem aplicabilidade em ações de execução de alimentos que tramitam sob o rito do art. 733 do CPC. Conforme já anotado, são muitas as ações de execução de alimentos ajuizadas pelos Defensores Públicos, daí a importância da adoção da tese em estudo visando à concretização dos direitos dos assistidos pela Defensoria Pública.

Como já ressaltado, a penhora “on line” é expressão máxima da efetividade e da celeridade do processo, já que se trata de medida cuja efetivação envolve somente o manejo pelo Juiz de meios eletrônicos. Não depende da atividade de demais auxiliares da Justiça, tampouco da realização de atos que retardam a marcha processual, além de ter cabimento antes da citação.

Sugestão de operacionalização:

O pedido de penhora das contas bancárias do executado em ações de execução que tramitam pelo rito do artigo 733 do CPC pode ser formulado em quatro momentos processuais, a saber: i) como medida anterior à citação, com pedido específico na própria petição inicial; ii) após a citação e eventual apresentação de justificativa ou pagamento parcial da dívida, iii) após a citação e inércia do devedor, antes de pedido de decretação da prisão civil; iv) quando o executado já teve sua prisão civil decretada, mas o mandado de prisão permanece sem cumprimento.

O pedido formulado nas situações i e iv é de grande valia, notadamente quando o executado tem paradeiro desconhecido ou se oculta. É certo que além de garantir a satisfação do alimentando, o bloqueio tem o condão de fazer com que o executado “apareça”, tendo em vista a restrição imposta em suas contas bancárias.

Os pedidos vêm sendo formulados por meio de cota ou de petição, sendo que alguns Juízes de primeiro grau vêm deferindo-os. No caso de indeferimento, é interposto Agravo de Instrumento e muitos Desembargadores já concederam a antecipação de tutela, aceitando a tese proposta pela Defensoria Pública.

TESE 59

Proponente: Claudia Aoun Tannuri e Carolina de Melo Teubl Gagliato

Área: Família

Súmula:

A união homoafetiva é instituto de Direito de Família, sendo a ela aplicáveis as normas previstas nos Livros IV e V do Código Civil ('Do Direito de Família' e 'Do Direito das Sucessões'). É, pois, das Varas de Família e Sucessões a competência para o processo e o julgamento de ações que versem sobre uniões homoafetivas, cujos efeitos são equiparados aos da união estável.

Assunto:

A união homoafetiva deve ser reconhecida como entidade familiar, sendo que seus efeitos (alimentos, partilha de bens, sucessão, dentre outros), devem ser equiparados aos da união estável.

Portanto, ações de reconhecimento (com escopo declaratório) e ações de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva devem ser ajuizadas perante as Varas de Família e Sucessões.

Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados, vítimas de discriminação em virtude de sua orientação sexual, a fim de que haja a tutela de seus direitos e interesses (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado – LCE n. 988/2006 – artigo 5º, III, VI, c, i e l).

A questão abordada na tese proposta é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do Direito de Família, dada sua relevância social. Como ainda há certa resistência do Poder Legislativo em editar leis sobre o tema, cabe ao Poder Judiciário, no julgamento de casos concretos, utilizar-se dos meios de integração do ordenamento jurídico para a solução justa das controvérsias que envolvam direitos homoafetivos.

Como integrantes de minoria que sofre com a discriminação e o preconceito da sociedade, carente de normatização de seus direitos, os homossexuais são hipossuficientes do ponto de vista social e jurídico.

Ademais, muitos homossexuais são economicamente necessitados, de modo que incumbe à Defensoria Pública do Estado ajuizar ações judiciais para ver reconhecidos seus direitos, nos termos dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição 5º, inciso III da Lei Complementar Estadual n.º 988/2006.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuirá para a efetivação dos direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica:

A homossexualidade acompanha a história da Humanidade. Por certo, ela sempre existiu, no entanto, por diversas razões foi ocultada ou negada por longo período de tempo. Felizmente, nos dias atuais, os homossexuais vêm conquistando seu espaço e a aceitação da sociedade, eliminando gradativamente odiosos preconceitos. Não se trata de uma escolha ou de algum distúrbio genético, mas sim da orientação sexual da pessoa, uma forma de exercer sua sexualidade. Há diversas teorias que buscam explicar suas origens, mas, certamente, isso em nada interessa. Com efeito, o que de fato interessa é que os homossexuais, seres humanos, são dotados de dignidade e, desta forma, são titulares de direitos fundamentais unicamente pelo fato de serem pessoas.

André de Carvalho Ramos nos lembra, ao comentar a expressão direitos humanos:

“Assim, o adjetivo ‘humanos’ significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados ‘direitos de todos’. Ou, conforme ensina NINO, a expressão ‘direitos humanos’ demonstra que tais direitos têm como único requisito de aplicabilidade a condição humana.” (Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional, São Paulo: Renovar, 2005, p. 27)

Entretanto, cabe aqui fazer breve menção a alguns estudos a respeito do tema.

Dráuzio Varella explica:

“Como o presente não nos faz crer que essa ordem natural vá se modificar, por que é tão difícil aceitarmos a riqueza da biodiversidade sexual da nossa espécie? Por que insistimos no preconceito contra um fato biológico inerente à condição humana? Em contraposição ao comportamento adotado em sociedade, a sexualidade humana não é questão de opção individual, como muitos gostariam que fosse, ela simplesmente se impõe a cada um de nós. Simplesmente é!”(disponível em , acesso em 24 de julho de 2009)

Desde os estudos de Alfred Kinsey, em 1949, popularizou-se a afirmação de que 10% da população humana teria orientação homossexual. Há estudos que apontam valores diferentes, tais como 4% e 14%. Kinsey elaborou uma escala, que divide a população em oito grupos: heterossexual exclusivo, heterossexual ocasionalmente homossexual, heterossexual mais do que ocasionalmente homossexual, igualmente heterossexual e homossexual (bissexual), homossexual mais do que ocasionalmente heterossexual, homossexual ocasionalmente heterossexual, homossexual exclusivo e indiferente sexualmente.

É muito difícil obter números seguros relativos à quantidade e freqüência de homossexuais na população. O certo é que a existência e a aparição crescente de casais homossexuais é uma realidade social que não se pode mais negar.

Nas últimas décadas intensificaram-se os movimentos para defesa dos direitos dos homossexuais em todo o mundo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo já foi reconhecido na Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, Noruega (países nos quais também é permitida a adoção por casais homossexuais) e África do Sul, bem como nos estados de Massachusetts, Califórnia e Connecticut. Há locais nos quais é regulamentada a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a qual possui os efeitos jurídicos da união estável, como, por exemplo, Dinamarca, França, Alemanha, Reino Unido, Hungria, Uruguai e as cidades de Buenos Aires e Cidade do México. Infelizmente, há, por outro lado, países que punem a homossexualidade com pena de morte (Arábia Saudita, Irã e Iêmen) ou com prisão (Líbano, Índia, Bangladesh, Quênia, Sri Lanka, Angola, Marrocos, Nicarágua, dentre outros).

No Brasil, não há legislação específica e expressa sobre o tema. Entretanto, é inadmissível que injustiças sejam disseminadas em razão de odiosos preconceitos e fatores de ordem ideológica ou religiosa. Diante da omissão do legislador, a lacuna da lei há de ser suprida pelo Juiz, que deve proceder à colmatação através de meios de integração (artigos 4º e 5º da LICC e artigo 126 do CPC), em atenção aos macroprincípios constitucionais da dignidade humana, liberdade e igualdade. Ademais, os julgadores devem aplicar a Constituição Federal, bem assim os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. É esta a resposta que a sociedade espera do Poder Judiciário, até porque não há proibição legal expressa ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

A Constituição Brasileira de 1988, promulgada no bojo do processo de democratização política, priorizou a proteção dos direitos e liberdades individuais e trouxe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico o valor da dignidade humana. Trata-se do conteúdo expresso no artigo 1º, III e no artigo 3º, I e IV.

Por essa razão, é inconcebível e totalmente em desacordo com o espírito da nossa Constituição que sejam estabelecidas diferenciações em virtude da orientação sexual da pessoa.

Como afirma Flávia Piovesan, referindo-se a Ronald Dworkin e Fabio Konder Comparato:

“Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Neste sentido, a interpretação constitucional é aquela interpretação norteada por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõe-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional. Como leciona o professor Fabio Konder Comparato, se os princípios gerais do Direito, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, constituíam uma fonte secundária, subsidiária, do Direito, aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária por excelência para a tarefa interpretativa.” (Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp.192 e 193).

José Joaquim Gomes Canotilho ressalta:

“O Direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos Códigos; o Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios.” (A “principlização” da jurisprudência através da Constituição, RePro 98/84).

A concretização do princípio da dignidade humana em cada caso é tarefa que cabe ao Juiz. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta:

“(…) costuma-se apontar corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência- e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos-, de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que

se reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional- tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 202)

A doutrina prestigia a necessidade de reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Maria Berenice Dias afirma:

“A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamento que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer tutela legal. (...) Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano (...) A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.” (Manual de Direito das Famílias, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 183 e 184).

No mesmo sentido, Rolf Madaleno:

“Nenhuma relação afetiva pode ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana e a homossexualidade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um... Enfim, as uniões homoafetivas constituem uma inescandível realidade social incapaz de ser ignorada, sobretudo quando cada vez mais se apresentam instituições e organizações engajadas pela aceitação e pela busca da aceitação e respeito pelas minorias.” (Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.771 e 773).

Um ponto importante deve ser ressaltado. A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) inseriu no ordenamento jurídico as uniões homoafetivas, reconhecidas como entidade familiar. Em seu artigo 2º, determina que toda mulher, independentemente de sua orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; já no artigo 5º, parágrafo único, estabelece que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. A este respeito, afirma Maria Berenice Dias:

“Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros (...) Se família é a união entre duas mulheres, igualmente, é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. (...)“A marginalização a que até agora estavam sujeitas as uniões de pessoas do mesmo sexo - não só na esfera social, mas também no âmbito legal - acabou. Agora não há porque não as inserir no âmbito do Direito das Famílias. Está afirmado em lei que as uniões homoafetivas constituem entidade familiar. Afinal, diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.” (Os Reflexos da Lei Maria da Penha no Direito das Famílias, in Direito de Família: Processo, Teoria e Prática, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 55 e 57).

Erika Harumi Fugie afirma:

“De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito da personalidade, é direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no minimum necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito da personalidade, é atributo inerente à pessoa humana.”
(Inconstitucionalidade do art.226, § 3º, da CF?, RT 813/64, 2003, p.76)

Ana Carla Harmatiuk Matos ensina:

“Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.”
(União de pessoas do mesmo sexo - aspectos jurídicos e sociais, 2004, p.148).

Sobre o tema, Ronald Dworkin destaca que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. (*Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss).

A ADPF n.º 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de levar a discussão sobre as uniões homoafetivas ao STF. Na petição inicial, observa-se:

“Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema... a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido- como houve- uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional(...)”

Recentemente, foi ajuizada a ADPF n.º 178, com o mesmo propósito.

Não há dúvida de que o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Poder Judiciário está intimamente relacionado ao direito que todo indivíduo tem de buscar sua felicidade. Segundo o pensador francês Pascal:

“todas as pessoas buscam a felicidade, Não há exceção para isso. Sejam quais forem os meios diferentes que empreguem, todos objetivam esse alvo.”

Afirma Dalai Lama:

“Não sei se o universo, com o seu número infinito de galáxias e astros, tem um significado mais profundo. Mas é no mínimo claro que todos nós, que vivemos nesta Terra, nos defrontamos com o objetivo pessoal de uma vida feliz.”

Luis Roberto Barroso, observa, em artigo publicado – *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*:

“É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana. (...)As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.”

Maria Berenice Dias afirma que o direito à sexualidade integra as três “gerações” de direitos, na medida em que se relaciona com postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana.

A mesma autora faz importante ponderação:

“A hipossuficiência social que decorre da homofobia se dá por preconceito e discriminação e gera, por reflexo, a hipossuficiência social e jurídica. A deficiência de normatização jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais, mesmo quando fruam de condição econômica suficiente.” (União Homoafetiva, O preconceito e a justiça, 4ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 100)

A jurisprudência corrobora o entendimento acima:

“Relações homossexuais - Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.” (TJRS, 8ª CCív, AI 599 075 496, Relator Des. Breno Moreira Musso, j.17.06.1999)

“União homossexual- Reconhecimento- Partilha do patrimônio- Meação-Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos decorrentes dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Dessa forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parentes.” (TJRS, 7ª CCív, AC 70001388982, Relator Des. José Carlos Teixeira Georgis, j.14.03.2001)

“Apelação Cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os princípios constitucionais (art.4º da LICC). Negado provimento ao apelo.” (TJRS, 7ª CCív, AC 70009550070, Relatora Des. Maria Berenice Dias, j.17.11.2004)

“Registro de candidato- Candidata ao cargo de prefeito- Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município- Inelegibilidade (CF 14, § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art.14, § 7º da CF. Recurso a que se dá provimento” (TSE, REsp Eleitoral 24564/Visou-PA, Relator Min.Gilmar Mendes, j.01.10.2004)

Devem ser mencionados, ainda, os julgados do Trinunal de Justiça do Estado de São Paulo

“Pensão por morte- Relação homoafetiva. Lei 498/2006 reconhece o direito pleiteado. A recusa ofende os princípios constitucionais de dignidade humana, isonomia e liberdade. “Não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente. Recurso provido.” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, AC 822.918-5/1-00, Relator Des. Marrey Uint, j.02.12.2008)

“Previdência social- Pensão- A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art.5º, caput, I,, CF)- O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.- Inteligência do art.40, § 5º, CF. Os juros de mora incidem a partir da citação (art.405 Cc e art.219 CPC) à razão de 6% ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art.1º-F da Lei n. 9494/97). Precedentes do STF-

Sentença reformada- Recurso provido.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, AC 726.939.5/7-00, Relator Des. Rebouças de Carvalho, j.17.12.2008)

“Pensão- Servidora pública- Relação homoafetiva- Possibilidade de reconhecimento- Dependência econômica da autora comprovada- Aplicação dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana- Requisitos preenchidos- Ação procedente- Benefício devido a partir do óbito- Honorários corretamente arbitrados- Recurso da autora provida em parte- Recursos voluntário e necessário do Instituto não provido. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, AC 446.031-5/2-00, Relator Des. Luís Cortez, j. 10.06.2008)

“Indeferimento da inicial- Reconhecimento de união estável homoafetiva- Pedido juridicamente possível- Vara de Família- Competência- Sentença de extinção afastada- Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito.” (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC 5525744400, Relator Des. Caetano Lagastra, j.12.03.2008)

“Plano de saúde- Prestação de serviços médicos- Obrigação de fazer consistente na pretensão de incluir companheiro que manteve relacionamento homossexual semelhante à união estável reconhecida entre homem e mulher. Admissibilidade sob pena de ferimento ao princípio da isonomia e da liberdade sexual prevista no art.5º, caput, 3º, I, da Constituição Federal. Jurisprudência do STJ. Procedência bem determinada. Recurso improvido.” (TJSP, AC 4859264900, Relator Des. Maia da Cunha, j.07.02.2007)

“Plano de saúde- Inclusão do companheiro do mesmo sexo como dependente. Possibilidade. Mandamentos constitucionais da isonomia e da vedação de discriminação por opção sexual. Reconhecimento dos consectários jurídicos. Valor dos honorários mantido. Jurisprudência do STF e do STJ. Recurso improvido.” (TJSP, AC 4647304000, Relator Des. Maia da Cunha, j.16.11.2006).

“INVENTARIO. Inventariante. Sociedade de fato entre casal homossexual reconhecida por sentença transitada em julgado. Negativa, todavia, de reconhecimento da condição de herdeiro ao companheiro sobrevivente. Art. 226 §3º CF e 1723 CC. Ainda que não se denomine a união homoafetiva de união estável, por obstáculo da lei, há que se lhe reconhecer os mesmos direitos. Princípios da igualdade, liberdade e proteção da dignidade da pessoa humana. Art. 1º III e 5º CF. Vedação da discriminação em razão da orientação sexual do indivíduo. Casal que manteve convivência pública, contínua e duradoura por 20 anos, extinta apenas com a morte de um deles. Ausência de parentes sucessíveis. Direito de herdeiro que se reconhece ao companheiro sobrevivente, nomeando-se-o inventariante e prosseguindo-se no inventário. Recurso provido.” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 633.742-4/1-00, Relator Des. Teixeira Leite, j.25.06.2009)

Por fim, julgados do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. " 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento9 - Recurso Especial não provido."

(STJ, 6ª Turma, REsp 395904/RS, Relator Min. Hélio Quagila Barbosa, j.13.12.2005)

"PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (STJ, 3ª Turma, REsp 238715/RS, rel.Min. Humberto Gomes de Barros, j.07.03.2006).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANÁLOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros

tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 4ª Turma, REsp 820475/RJ, rel.Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j.02.09.2008).

Em seu voto-vista, ressalta o ilustre Ministro Massami Uyeda: “Exatamente por se discernir que os fatos da vida são dinâmicos e, muitas vezes, não estão previstos em leis formais, mas que exigem uma apreciação valorativa, quando o Estado-Juiz é instado e provocado a apreciar a controvérsia, é que o próprio legislador infra-constitucional dispõe MP art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que: “Art.4º Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” e, no âmbito das disposições de Teoria Geral de Direito, ainda na sequência, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim estatui: “Art.5º Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n. 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro) – projeto cuja elaboração foi permeada pelo real significado do Direito de Família e com forte influência do IBDFAM – estabelece, em sua Justificativa relativamente à união homoafetiva:

“O estágio cultural que a sociedade brasileira vive, na atualidade, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão - diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988 -, abrigando generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A explicitação do casamento, da união estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.”

Estabelece o artigo 68 do Estatuto das Famílias:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança

Já os artigos 164 a 167 e 254 a 258 do Estatuto regulam o reconhecimento e a dissolução da união homoafetiva.

Não se pode olvidar que o texto legal escrito, muitas vezes, não é suficiente para abranger todas as situações que se desenham na realidade, especialmente no campo do Direito de Família. Trata-se do ramo do Direito no qual as transformações sociais mais irradiam seus efeitos, sendo que comumente o legislador não está em plena sintonia com todas as mudanças. Daí a importância da atividade do Poder Judiciário para que os casos concretos sejam solucionados de forma justa. O próprio ordenamento jurídico confere ao Magistrado instrumentos para suprir eventuais lacunas ou falhas legislativas, como os princípios gerais, a analogia e a equidade. A missão do Juiz não é simplesmente aplicar mecanicamente a literalidade dos textos legais aos casos que chegam ao Judiciário, vai muito além. É imprescindível que o Juiz tenha um papel ativo, que sempre esteja disposto a ouvir as partes, que se preocupe em trazer uma solução justa para os conflitos de interesses, em suma, que esteja comprometido com a Justiça e não com a escassez da letra da lei.

Cândido Rangel Dinamarco destaca:

“Não há lugar, na moderna cultura do processo civil de resultados, para o juiz-Pilatos que só observa e não interfere, nem para o juiz mudo, obstinadamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejulgamentos. O juiz moderno tem o dever de participar da formação do material sobre o qual apoiará sua livre convicção.”
(*Instituições de Direito Processual Civil*, v.II, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.234)

A interpretação literal do ordenamento jurídico é a mais pobre e vazia. Se, de fato, pretende alcançar o ideal de justiça, deve sempre o aplicador da Lei proceder a uma interpretação sistemática, balizada pelos macroprincípios da dignidade humana, liberdade e igualdade.

Se atualmente julgamos repugnante a idéia de restringir liberdades individuais (por exemplo, a liberdade de expressão), como ocorreu no Brasil com o AI n. 5, de 13 de dezembro de 1968, por certo, daqui a vinte anos soará absurdo aos cidadãos brasileiros saber que antes havia restrições à liberdade de orientação sexual, bem como que não era reconhecida a igualdade de direitos aos homossexuais.

A homossexualidade integra a realidade dos seres humanos e o Estado não pode mais simplesmente fingir que não a vê ou deixá-la de lado. Não se pode querer ignorar ou reprimir o que salta aos olhos e que faz parte da natureza de muitas pessoas. Não se trata de opção, mas sim de orientação.

A união homoafetiva apresenta todos os requisitos configuradores da união estável, independentemente do *nomen iuris* que se pretenda conferir a ela. O fato é que se caracteriza como união afetiva e duradoura, e, por medida de justiça e eticidade, mister que haja o reconhecimento de efeitos jurídicos de direito de família a tal união. É o que preceitua o artigo 5º da LICC.

Fundamentação fática:

A tese proposta tem aplicabilidade em casos práticos que envolvam o reconhecimento de uniões mantidas entre pessoas do mesmo sexo, a fim de lhes atribuir efeitos próprios do direito de família, como direito a alimentos, à meação sobre o patrimônio comum, à herança, direito real de habitação, dentre outros. Destaca-se, ainda, a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva para fins previdenciários ou para inclusão de companheiro em plano de saúde.

Igualmente tem aplicabilidade em situações de violência doméstica (aplicação da Lei Maria da Penha), em que se faz necessária a propositura de ação principal de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva

Destaque-se, ainda, que a atribuição de efeitos equiparados aos da união estável para as uniões homoafetivas tem grande relevância social, contribuindo para a gradativa eliminação de preconceitos e discriminações.

Por fim, ressalte-se que a Defensoria Pública já ajuizou ações de reconhecimento de união homoafetiva. Merecem ser mencionados os seguintes processos judiciais:

i) Processo n.º 100.09.306348-1 (o processo foi extinto por impossibilidade jurídica do pedido e a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento);

ii) Processo n.º 100.09.306349-0 (o processo foi extinto por impossibilidade jurídica do pedido e a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento);

iii) Processo n.º 100.09.149400-0 (a ação foi ajuizada junto às Varas da Família e das Sucessões do Foro Central, entretanto, o juiz que recebeu o processo determinou a remessa dos autos à Vara Cível e o juiz cível suscitou conflito de competência, o qual ainda não foi julgado);

iv) Processo n.º 100.09.167095-0 (a ação foi ajuizada junto às Varas da Família e das Sucessões do Foro Central, entretanto, o juiz que recebeu o processo determinou a remessa dos autos à Vara Cível e o juiz cível, entendendo ser competente, determinou a citação do réu. A Defensoria Pública interpôs recurso de agravo de instrumento para que o feito se processe junto às Varas de Família).

Sugestão de operacionalização:

Sugere-se que o pedido de reconhecimento de união homoafetiva seja assim formulado na petição inicial:

“(...)

Dos pedidos:

(...)a procedência dos pedidos formulados, com a declaração da união homofetiva mantida pelas partes e sua dissolução, reconhecendo-se o direito da Autora à meação sobre os bens imóveis adquiridos na constância da união, bem como condenando-se a requerida ao pagamento de pensão alimentícia à requerente no importe de um salário mínimo mensal, mediante depósito bancário todo dia 10 de cada mês.

É evidente que tais pedidos comportam variações, a depender dos interesses do assistido pela Defensoria Pública do Estado.

Observe-se ser possível, até mesmo, o ajuizamento de ação de reconhecimento de união homoafetiva sem qualquer repercussão na esfera patrimonial, unicamente para fins morais.

Estas, pois, são as considerações apresentadas a respeito do tema. Pleiteia-se a adoção da Súmula acima transcrita como tese institucional da Defensoria Pública do Estado, Instituição absolutamente comprometida com a defesa dos direitos humanos e que, portanto, não pode se omitir em face das reiteradas violações dos direitos fundamentais dos homossexuais, devendo atuar junto aos Tribunais, além de firmar posição institucional a respeito do tema.

TESE 75

Proponente: Danilo Mendes Silva de Oliveira

Área: Família

Súmula:

Em execução de alimentos é admissível penhora sobre contas vinculadas de FGTS e PIS/PASEP em nome do devedor, visto que a impenhorabilidade de tais valores não é oponível a créditos de natureza alimentar, em razão da incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Assunto

A presente proposta versa sobre execução de alimentos, cuidando-se da questão relativa à penhorabilidade de valores referentes a FGTS e PIS/PASEP em nome do devedor.

Embora o texto escrito da lei (Lei n. 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências), preveja a impenhorabilidade da conta vinculada do FGTS do trabalhador (art. 2º, §2º), é de se reconhecer que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pautada por princípios constitucionais, indica que em se tratando de execução de alimentos não se mostra oponível tal impenhorabilidade, em razão da prevalência dos alimentos, bem de status constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor.

Ocorre que, em casos excepcionais, como na hipótese de execução de alimentos, há mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, versa a proposta sobre a admissibilidade de penhora de valores referentes a contas vinculadas de FGTS e PIS/PASEP em execuções de alimentos.

Relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública

A pertinência da proposta é evidente, visto que quantitativamente a maior parte das demandas da população que procura a Defensoria Pública versa sobre Direito de Família, sendo que os pedidos de alimentos assumem especial destaque e relevo na atuação do Defensor Público na área do Direito de Família, pois retratam o maior número de demandas que são submetidos aos Defensores Públicos, em suas várias modalidades, inclusive as execuções de alimentos.

Nesse contexto, considerando que o pensamento institucional da Defensoria Pública há de estar umbilicalmente ligado a uma visão crítica e evolutiva do Direito, evidencia-se a necessidade da instituição estar de acordo com o mais moderno entendimento da doutrina e jurisprudência, quando verificado que se trata do entendimento mais consentâneo com a realidade e com as necessidades da imensa legião de pessoas que necessitam de prestação alimentar para sua sobrevivência digna.

A Defensoria Pública constitui instituição essencial ao sistema de Justiça, sendo seu público alvo os necessitados. Nesse sentido, observa-se que o maior número de necessitados que procuram a Defensoria Pública formulam pretensões relativas a alimentos, sendo certo que aquele que se dirige perante a Justiça para postular alimentos o faz em razão de necessitar de contribuição material para a manutenção da própria sobrevivência.

A proposta guarda, portanto, relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública, que tem a *construção de uma sociedade solidária e a redução das desigualdades* como alguns dos seus fundamentos de atuação (art. 3º da LC 988/2006).

Fundamentação jurídica e fática

Conforme se verifica na prática forense, o processo de execução de alimentos se tornou verdadeiro *calvário* para o credor, circunstância esta descrita de forma primorosa por Rolf Madaleno, uma das maiores autoridades em Direito de Família no país, em seu artigo intitulado “O calvário da execução de alimentos”.^[1]

A conduta do devedor de alimentos, de não providenciar o regular pagamento da pensão alimentícia acarreta graves danos ao credor, visto que, comumente, com o inadimplemento da obrigação alimentar, enquanto o alimentante se torna devedor voluntário, o guardião do menor que depende da pensão se torna devedor de forma involuntária, visto que se vê obrigado a contrair dívidas para suprir as necessidades que deveriam ser supridas com a pensão alimentícia.

Nas sábias palavras de Rolf Madaleno:

“basta considerar serem estritamente essenciais os alimentos, para viabilizar a mínima e digna sobrevivência do alimentário, e não fica difícil dimensionar os gravíssimos danos causados pelo propositado retardamento na quitação da obrigação alimentar vencida e impaga, obrigando à tomada de constrangedores e onerosos empréstimos, com financeiras, parentes, amigos ou profissionais da usura, isto quando o agravo moral não decorre dos constantes atrasos e da reiterada inadimplência surgida das despesas ordinárias e dos credores mais próximos.[...] Sofrem duro golpe a honra e a dignidade da pessoa humana, quando severamente atingidas pela vergonha da perda de seu crédito alimentar, a resultar correlatamente no atraso de seus compromissos financeiros, com o maldoso inadimplemento de sua pensão.”[2]

É inegável que o crédito alimentar, em razão de sua própria natureza e em atenção à sua especial finalidade (qual seja: o da manutenção da sobrevivência de um ser humano) constitui o mais sagrado de todos os créditos, tanto que constitui a única dívida e que há autorização da Constituição da República para a medida extrema da prisão civil (art. 5º, LXVII).

Desse modo, não há como prevalecer a impenhorabilidade de FGTS e PIS/PASEP em face do direito de crédito alimentar. No conflito de interesses entra a impenhorabilidade de tais valores e o direito decorrente do crédito alimentar, são aplicáveis os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, para que o sagrado direito à sobrevivência digna dos alimentandos prevaleça.

Nesse momento, invocam-se as normas do art. 1º, III e 227 da Constituição Federal. A primeira norma prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, e a segunda traz em si o mandamento constitucional da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

O **princípio da dignidade da pessoa humana** se reflete em um critério de hermenêutica jurídica, que deve orientar a aplicação de todo o ordenamento jurídico. Dessa maneira o princípio em questão deve servir para nortear a ação positiva do Estado, e não apenas como a representação de um limite para sua atuação[3]. Nas exatas palavras de José Afonso da Silva “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”[4]

Com relação ao **princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente**, tem-se que, de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, que tem força de lei no Brasil desde 1990 (Decreto n. 99.710/90), toda criança e adolescente deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, como pessoa em desenvolvimento e dotada de direitos. Este princípio também vem consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990), em seus artigos 4º e 6º.

Deve ser salientado que este princípio já foi reconhecido até mesmo internacionalmente, na Convenção de Haia, quando esta tratou da proteção dos interesses da criança. [5]

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nada mais é do que o reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Tal princípio é pertinente em razão da circunstância de fato de que a imensa maioria dos pedidos judiciais de alimentos, e, conseqüentemente, dos processos de execução de alimentos, possui crianças e/ou adolescentes em seu pólo ativo.

É sabido que, segundo a natureza dos princípios, não existe supremacia de um sobre outro ou outros, destarte que, havendo eventual colisão deverá esta ser resolvida pelo balanceamento dos interesses, onde este princípio deve ser tido como consideração primordial, já que é de prioridade, e não de exclusão de outros direitos ou interesses.

Sabe-se que a Constituição Federal garante tanto o direito do trabalhador ao FGTS, em seu art. 7º, III, quanto o direito do alimentário aos alimentos.

Ocorre que o próprio constituinte originário inseriu na Constituição da República a autorização para a medida extrema da prisão civil em razão de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII).

Nesse particular desponta a incidência do **princípio da razoabilidade** a indicar a prevalência do direito do alimentário em receber os alimentos que lhe são devidos sobre o direito do trabalhador em manter íntegras suas contas vinculadas de FGTS e PIS/PASEP, visto que não é razoável que a dívida alimentar autorize a mais extrema de todas as medidas, que é a prisão civil, e não venha a autorizar a penhora sobre tais valores.

Desse modo, sopesando-se ambos os direitos, ou seja, o do trabalhador em manter seu FGTS e o do alimentando em receber seu crédito de natureza alimentar, não há dúvidas que deve prevalecer o direito do credor de pensão alimentícia.

Nesse sentido, segue julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Agravado de Instrumento – Alimentos – Penhora de FGTS. Juízo de primeira instância indeferiu pedido de penhora do FGTS – Agravado não possui bens e recusa-se a pagar débito alimentício – Interesse do menor deve prevalecer sobre interesse econômico do alimentante – Artigo 227 da Constituição utiliza expressão “com absoluta prioridade!”, deixando claro qual valor deve prevalecer – Recurso provido. (Agravado de Instrumento 663.300-4, Rel. Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 10/11/2009).

Vale salientar que o legislador infraconstitucional também não escondeu a preferência pela tutela do alimentário, e, levando em consideração a relação de compatibilidade normativa vertical, estampou tal preferência no parágrafo 2º do art. 649 do CPC, que flexibiliza a impenhorabilidade dos proventos do trabalhador em benefício do credor de alimentos.

Dessa maneira tem-se que com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e do melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente, é perfeitamente cabível a penhora de FGTS para a quitação de dívida de alimentos.

Nesse sentido, seguem julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA DO FGTS DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE. As hipóteses enumeradas no art. 20 da lei 8.036/90, não são taxativas, sendo possível, em casos excepcionais, a liberação dos saldos do FGTS em situação não elencadas no mencionado preceito legal. Nesse passo, é possível a penhora dos valores constante da conta do FGTS do executado para pagamento de dívida de alimentos. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento 70033814468, 8ª Câmara de Direito Cível, Rel. Rui Portanova, data do julgamento: 14/12/2009);”

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA DO FGTS. POSSIBILIDADE. No caso concreto, em se tratando de dívida de alimentos de quem deles necessita – um menor impúbere -, a impenhorabilidade do FGTS prevista no art. 2º, §2º, da Lei nº8.036/90 não pode ser invocada, se nenhum outro bem foi encontrado para satisfazer o débito, tampouco o devedor mostrou qualquer boa vontade em satisfazê-lo. Precedentes do Tribunal e do STJ. Apelação desprovida. (Apelação Cível 70027732288, 8ª Câmara de Direito Cível, Rel. José Ataídes Siqueira trindade, data do julgamento: 15/01/2009).”

Tem-se então que, apesar da ausência de expressa autorização pela lei regulamentadora do FGTS, é possível a penhora nos casos de pagamento de verba alimentar.

De fato, se a Constituição da República, como exceção ao direito fundamental da vedação de prisão civil por dívida, prevê a medida extrema da coerção pessoal ao devedor de alimentos, soaria muito (mas muito mesmo) contraditório que os valores de FGTS e PIS/PASEP não pudessem ser penhorados para satisfação do crédito alimentar.

Se a Carta Magna elevou o direito alimentar a um grau de importância superior até mesmo à liberdade do devedor, por óbvio que o direito do trabalhador a valores de FGTS e PIS/PASEP também sucumbe diante da necessidade do alimentando.

Por fim, é de se registrar que a possibilidade de penhora de valores de FGTS em execuções de alimentos já foi assentada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, inclusive em recente julgado, cuja ementa se segue:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO- MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL- FGTS E PIS: PENHORA – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – COMPETENCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – SÚMULA 202/STJ – INTERESSE DA CEF – IMPENHORABILIDADE – MITIGAÇÃO FRENTE A BENS DE PRESTÍGIO CONSTITUCIONAL.

1. A competência para a execução de sentença condenatória de alimentos é da Justiça Estadual, sendo irrelevante para transferi-la para a Justiça Federal a intervenção da CEF.

2. Na execução de alimentos travada entre o trabalhador e seus dependentes, a CEF é terceira interessada.

3. A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de status constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor.

4. O princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS.

5. Recurso ordinário não provido.

(STJ – RMS 26540 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12/08/2008).”

Tal entendimento foi reafirmado posteriormente no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, conforme outros julgados que se seguem:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA SOBRE CONTA DO FGTS. POSSIBILIDADE.

1. Este Tribunal Superior entende ser possível a penhora de conta vinculada do FGTS (e do PIS) no caso de execução de alimentos. É que, em casos tais, há mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

2. A orientação jurisprudencial das Turmas de Direito Privado desta Corte é na vertente de se admitir o bloqueio da conta relativa ao FGTS para a garantia do pagamento da obrigação alimentar, segundo as peculiaridades do caso concreto.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ – AgRg no Ag 1.034.295 / SP, 3ª Turma, Rel. Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS - j. 15/09/2009).”

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR - PENHORA DE NUMERÁRIO CONSTANTE NO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) EM NOME DO TRABALHADOR/ALIMENTANTE - COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - HIPÓTESES DE LEVANTAMENTO DO FGTS - ROL LEGAL EXEMPLIFICATIVO - PRECEDENTES - SUBSISTÊNCIA DO ALIMENTANDO - LEVANTAMENTO DO FGTS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A questão jurídica consistente na admissão ou não de penhora de numerário constante do FGTS para quitação de débito, no caso, alimentar, por decorrer da relação jurídica originária afeta à competência desta c. Turma (obrigação alimentar), deve, de igual forma ser conhecida e julgada por qualquer dos órgãos fracionários da Segunda Seção desta a. Corte;

II - Da análise das hipóteses previstas no artigo 20 da Lei n.8.036/90, é possível aferir seu caráter exemplificativo, na medida em que não se afigura razoável compreender que o rol legal abarque todas as situações fáticas, com a mesma razão de ser, qual seja, a proteção do trabalhador e de seus dependentes em determinadas e urgentes circunstâncias da vida que demandem maior apoio financeiro;

III - Irretorquível o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser necessariamente atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador;

IV - Recurso Especial provido.

STJ – REsp 1083061/ RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda - j. 02/03/2010.”

Portanto, resta demonstrada a possibilidade de penhora sobre valores de contas vinculadas de FGTS e PIS/PASEP do devedor de alimentos.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelo Defensor Público, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público, na condução de processo de execução de alimentos, seja por qual rito tramite (rito da prisão civil ou da penhora de bens), na constatação de ineficácia de outras medidas mais adequadas à satisfação do crédito do alimentante, requererá expedição de ofício à Caixa Econômica Federal solicitando-se informações sobre a existência de valores de FGTS e PIS/PASEP em nome do devedor. Constatando-se a existência de valores em nome do devedor, postulará a penhora com vistas a futuro levantamento do numerário em favor do credor.

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote e defenda o entendimento proposto na condução do processo de execução de alimentos, postulando a penhora de valores de FGTS e PIS/PASEP em nome do devedor sempre que outras medidas mais adequadas à satisfação do crédito, como a prisão civil ou a penhora de ativos financeiros (penhora “on line” - art. 655-A do CPC), se mostrarem ineficientes no caso concreto.

Referências Bibliográficas:

[1] Disponível em: <>.

[2] A Execução de Alimentos pela Via da Dignidade Humana, *in Alimentos no Código Civil*. CAHALI, Francisco José. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizadores). São Paulo: Saraiva. 2005, p. 257.

[3] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 59.

[4] Comentário Contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 38.

[5] MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009, p. 41.

TESE 76

Proponente: Danilo Mendes Silva de Oliveira

Área: Família

Súmula:

A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao alterar o §6º do art. 226 da Constituição Federal, para dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extinguiu o instituto da separação, ressalvada a subsistência da separação de corpos, sendo que em sua forma litigiosa o divórcio não comporta fundamentação na atribuição de culpa da outra parte, bastando para o deferimento do pedido a mera alegação de falência da sociedade conjugal.

Assunto

A presente proposta versa sobre pedidos judiciais de divórcio na modalidade litigiosa, cuidando-se da fundamentação jurídica invocada para o deferimento do pedido.

Embora o texto escrito da lei (Código Civil) ainda faça a exigência de que a parte, para ter seu pedido de separação deferido, fundamente sua pretensão na atribuição de culpa da outra parte, a doutrina e jurisprudência mais modernas já concluíram não só pela desnecessidade da discussão da culpa, mas também pela necessidade da total extirpação do fenômeno culpa em tais processos, visto que a discussão sobre qual cônjuge seria o culpado pelo insucesso do casamento, além de não ensejar nenhum benefício às partes, ao contrário traz evidentes prejuízos, seja para a boa condução do processo, seja para a boa solução da demanda, bem como para a preservação dos direitos fundamentais das partes à intimidade, liberdade e preservação da dignidade.

Ocorre que a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010 formou-se corrente amplamente majoritária, encampada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no sentido de que o instituto da separação não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico, visto que a partir da EC 66/2010 o casamento somente poderá ser dissolvido pelo divórcio, que, por sua vez, não comportará discussão sobre a culpa pelo fim do casamento.

Desse modo, versa a proposta sobre o reconhecimento da extinção do instituto da separação e do caráter ultrapassado do instituto da culpa nas ações em que se postula divórcio na modalidade litigiosa.

Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública

A pertinência da proposta é evidente, visto que quantitativamente a maior parte das demandas da população que procura a Defensoria Pública versa sobre Direito de Família, sendo que os pedidos de separação e divórcio assumem especial destaque e relevo na atuação do Defensor Público na área do Direito de Família.

Nesse contexto, considerando que o pensamento institucional da Defensoria Pública há de estar umbilicalmente ligado a uma visão crítica e evolutiva do Direito, evidencia-se a imprescindibilidade da instituição estar de acordo com o mais moderno entendimento da doutrina e jurisprudência no que concerne ao instituto da culpa nas ações que versam sobre divórcio na modalidade litigiosa.

Desse modo, evidenciados pela doutrina e jurisprudência de vanguarda os benefícios processuais, e, o que é mais importante, os benefícios para as partes que acarreta o abandono do instituto da culpa em referidas ações judiciais, tal entendimento há de ser levado em consideração pela Defensoria Pública, cujos membros devem dispor da melhor técnica jurídica para a obtenção dos melhores resultados possíveis aos seus assistidos.

Ademais, o Defensor Público, que possui como atribuição institucional promover “a mediação e conciliação extrajudicial entre as partes em conflito de interesses” (LC 988/2006, art. 6º, “a”), vendo-se obrigado a ingressar com ação na modalidade litigiosa (em razão da inviabilidade da resolução da demanda extrajudicialmente) não pode assumir postura incisivamente litigante. Frustrada a resolução extrajudicial do conflito, por fracasso ou inviabilidade da conciliação e mediação, a necessidade de ingresso de ação na modalidade litigiosa não afasta o dever do Defensor Público de sempre procurar, no melhor interesse da parte, a composição no curso do processo, com a conversão da modalidade litigiosa para a consensual.

Nesse sentido a propositura de ação de divórcio na forma litigiosa sem atribuição de culpa à parte contrária propicia uma via processual mais propensa a ensejar consenso entre as partes no decurso da lide, de modo que a atribuição do Defensor Público em promover mediação e conciliação na esfera extrajudicial passa a ser mantido também na esfera judicial, com inegáveis vantagens para os sujeitos do processo.

A proposta guarda, portanto, relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública, que tem a *prevenção dos conflitos* como um dos seus fundamentos de atuação (art. 3º da LC 988/2006).

Fundamentação jurídica e fática

No Pré-Encontro dos Defensores Públicos atuantes na área do Direito de Família realizado em 2009, o Defensor Público subscritor da presente proposta formulou proposta de tese institucional com o seguinte enunciado:

“Em ações judiciais que versem sobre separação e divórcio na forma litigiosa, o pedido não será fundamentado na atribuição de culpa da outra parte, bastando para o deferimento do pedido a mera alegação de falência da sociedade conjugal.”

Referida proposta fora aprovada pela Plenária do Pré-Encontro realizado em 2009; no entanto, não foi encaminhada para o Encontro Estadual em razão de não ter figurado entre as cinco propostas mais votadas.

A proposta, então, seria novamente apresentada no Pré-Encontro de 2010. Todavia, recentemente houve significativa alteração do ordenamento jurídico em razão da promulgação da EC 66/2010, com formação de sólida corrente no sentido da extinção do instituto da separação judicial, entendimento este sustentado pelo IBDFAM.

Desse modo, apresenta-se a presente proposta de tese institucional, que na verdade constitui uma adaptação da tese apresentada no Pré-Encontro anterior à nova realidade jurídica após a promulgação da EC 66/2010.

Discorrer-se-á, assim, sobre o caráter ultrapassado e inconstitucional da perquirição da culpa em processos judiciais de separação, e após serão expostas razões pelas quais há de se entender por abolido o instituto da separação, sendo indevida a transportação da perquirição da culpa da separação para o divórcio.

O Código Civil brasileiro ao tratar da dissolução e da sociedade e do vínculo conjugal (arts. 1.571 a 1.582), dispõe em seu art. 1.572 o seguinte:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

O atual Código Civil, da mesma forma que o Código anterior, mantém a opção pela motivação causal da separação judicial, exigindo que o cônjuge que pretenda propor a ação impute ao outro ato culposo motivador do pedido judicial (em se tratando de ação litigiosa, visto que o pedido formulado por mútuo consentimento constitui mero procedimento de jurisdição voluntária).

A opção legislativa pelo *princípio da culpa*, pelo qual a lei enxerga duas figuras entre os sujeitos do processo, a do *cônjuge culpado* e a do *cônjuge inocente*, também transparece na redação do art. 1.578. [\[1\]](#)

Ocorre que acirradas críticas vinham sendo lançadas sobre a opção legislativa da necessidade de atribuição de culpa nas ações de separação judicial.

Dentre os acirrados críticos da lei, Rolf Madaleno, atacando a ultrapassada opção legislativa utiliza-se da expressão “legislador do vigente pergaminho civil”^[2], anotando que

O legislador não quis recolher da fértil jurisprudência e doutrina brasileiras essa saudável tendência de fazer prevalecer na separação ou na dissolução da sociedade conjugal a supremacia do *princípio da ruptura objetiva* do matrimônio sobre o *princípio da culpa*.^[3]

O entendimento pela superação da exigência da culpa vem crescendo perante o cenário jurídico brasileiro, e, conforme exposto por Rolf Madaleno,

Cada vez mais a jurisprudência brasileira tem andado na salutar direção contrária ao do direito escrito brasileiro, que teima em ocupar o Judiciário com longas demandas prenhes de intensa e inútil carga de litígio. Em recentes e ilustrativas decisões dos tribunais pátrios, vem sendo afastada a perquirição da culpa, fortemente combatida também pela doutrina.^[4]

De fato, em um processo judicial de divórcio na modalidade litigiosa, constatado que as partes já não mantêm relacionamento conjugal, tendo em vista a falência da sociedade conjugal, não havendo condições da vida em comum ser retomada, tal situação por si só justifica o pedido de separação, sem a necessidade da investigação dos motivos que ensejaram a ação ou de atribuição de culpa a uma das partes.

Conforme anota Maria Berenice Dias,^[5] a perquirição da causa da separação está perdendo prestígio. Nas palavras da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

O fim do casamento vem sendo chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é indevida a intromissão do Estado na intimidade das pessoas.

E prossegue, logo em seguida afirmando que

A jurisprudência tem reconhecido como desnecessária a identificação de conduta culposa, bem como a comprovação da motivação apresentada para conceder a separação. A própria demanda já evidencia o fim do vínculo afetivo.

É de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha sinalizando pela adoção desse entendimento.^[6]

Portanto, evidenciada a falência do casamento, havendo insuportabilidade/insustentabilidade da vida em comum, é de se decretar o divórcio, sem maiores investigações acerca dos motivos que levaram a parte a ingressar com a ação.

Basta a constatação da falência da sociedade conjugal, não havendo necessidade de se tipificar a impossibilidade da comunhão de vida em alguma das hipóteses elencadas nos incisos art. 1.573 do Código Civil. Desse modo, invoca-se a aplicação do parágrafo único do art. 1.573, para que se reconheça simplesmente a “falência do casamento” como fato a ensejar a impossibilidade da vida em comum.

De fato, um estudo mais apurado e crítico do tema conclui que a opção legislativa pela exigência de atribuição de culpa nas ações de separação e divórcio judiciais mostra-se ultrapassada e atua contra os interesses das partes, visto que o processo assim promovido carrega em si alta carga de litigiosidade e devassidão da intimidade das partes, fatores que atuam contra a resolução amigável do conflito.

Nesse sentido, pertinente a observação lançada em julgado do TJRS, no sentido de que “no que respeita à questão da culpa” mostra-se “irrelevante e um retrocesso sua imputação a um dos cônjuges. É uma questão que só acirra os ânimos das partes e prejudica inclusive a composição, que é o que se deveria buscar nos processos de âmbito familiar.”^[7]

Para quem atua na área do Direito de Família é comum atender com frequência a parte citada em processo de separação judicial que se mostra indignada com as acusações que lhe são feitas na petição inicial, muitas vezes inseridas na peça processual não por vontade da parte autora, mas por conta própria do advogado subscritor da petição que tem em sua mente a necessidade de atribuição de culpa à outra parte, conforme exigência do Código Civil.

Nesses casos, observa-se na prática que muitas pessoas citadas dessa forma, ao lerem o conteúdo da inicial, são estimuladas a levarem o conflito às últimas conseqüências, pois passam a querer provar a falsidade das acusações que lhe são imputadas na petição, o que acarreta instauração de discussão inútil, improdutivo e prejudicial ao bom andamento do processo. De fato, para o bom andamento do processo com rápida resolução do conflito importaria que a parte citada se preocupasse em analisar as cláusulas da separação, de forma objetiva, e não em querer mostrar ao juiz que é a outra parte a culpada.

Muitas vezes, a parte citada até tem em si a vontade de se separar e resolver a situação, mas, conforme o conteúdo da petição que lhe atribui conduta culposa deixa de lado a vontade de resolver o conflito e passa a querer “comprar briga” com a parte contrária, fato este que inviabiliza a pronta resolução do conflito. Assim, o processo, que deveria constituir procedimento tendente à resolução das pendências que envolvem toda separação, passa a ter seus autos transformados em uma “máquina de lavar roupa suja”.

Portanto, não resta dúvidas que a promoção de pedido de divórcio sem perquirição de culpa importa em ato de respeito à intimidade e à liberdade das partes, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito pela nossa Constituição (art. 1º, inc. III).

Ademais, além da argumentação do caráter ultrapassado da perquirição de culpa nas ações de separação, há de se considerar, e se adotar, o entendimento adotado pelo IBD FAM da extinção do instituto da separação, não havendo de se transportar para o divórcio perquirição de culpa pelo fim da sociedade conjugal.

Nesse sentido, os seguintes juristas:

Caetano Lagrasta:^[8]

O instituto da separação judicial, em qualquer de suas formas, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Hoje existe o divórcio judicial consensual e litigioso, além do consensual administrativo. Doravante, observada a exclusão das exigências subjetivas (culpa) ou objetivas (lapso temporal), para sua decretação, com o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Rodrigo da Cunha Pereira:^[9]

Portanto, o novo texto constitucional suprimiu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais

consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás, um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

Maria Berenice Dias:[\[10\]](#)

A partir de agora a única ação dissolutória do casamento é o divórcio que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos deixam de integrar o objeto da demanda.

Por fim, registra-se que as opiniões doutrinárias no sentido de que não se mostra devida a abolição da culpa pelo fim da sociedade conjugal, haja vista a necessidade de responsabilização pelo cônjuge cuja infração dos deveres do casamento venha a constituir ato ilícito, na verdade contém em si uma visão equivocada do sistema.

A prática de ato ilícito por parte do cônjuge que venha a lesar moral ou patrimonialmente o outro certamente enseja à pessoa lesada o direito de promover a ação necessária para a reparação pelo dano civil. No entanto, o cerne da solução da questão está no seguinte raciocínio: a prática de ato ilícito constitui causa de pedir para ação própria de reparação civil, fundada na responsabilidade civil; não pode constituir, todavia, causa de pedir para deferimento do divórcio. Este há de ser deferido pela simples constatação da falência da sociedade conjugal. Eventual necessidade de reparação civil certamente há de constituir fundamento para ação própria, fundada na responsabilidade civil, seara própria para a perquirição da culpa do agente do ato ilícito.

Portanto, considerando o entendimento supra invocado, formula-se a presente proposta de tese institucional, para que seja reconhecida a extinção do instituto da separação bem como a impossibilidade de discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal em processos de divórcio litigioso.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer, antes de tudo, na adoção por parte dos Defensores Públicos de postura crítica do atual sistema fomentador da litigiosidade.

Considerando ser atribuição da Defensoria Pública a atuação na realização de conciliação e mediação entre as partes, o Defensor Público não pode adotar postura litigante adotando comportamento de querer sair vitorioso na demanda. Como é sabido, para questões afetas ao Direito de Família, a solução consensual dos conflitos, com conscientização das partes acerca de seus direitos e deveres, é sempre o melhor caminho. Citam-se, como exemplos, que: 1) melhor que obter a condenação de um genitor a pagar alimentos ao filho, é obter dele o oferecimento da pensão alimentícia; 2) melhor que condenar a mãe guardiã a conceder visitas ao pai da criança é obter da guardiã a consciência de que a convivência com o pai é direito também da criança e propicia a ela melhor formação.

Adotada pelo Defensor Público a postura de que a ele incumbe resolver os problemas dos assistidos da melhor maneira possível, e não o de promover ações judiciais na intenção de sair vitorioso, estará ele pronto para operacionalizar ações judiciais de divórcio sem imputação de culpa.

O início da adoção da proposta se dá desde os atendimentos realizados com os assistidos, que deverão ser esclarecidos que o objetivo da ação judicial é a resolução das pendências naturais do casal (como fixação de guarda, alimentos e direito de convivência

em relação aos filhos menores, partilha de bens e dívidas, etc.), e não o de imputar à outra parte a prática de atos que importaram na violação dos deveres do casamento (como adultério, conduta desonrosa, etc.). A parte assistida deve ser conscientizada que a função Justiça é a resolução da questão envolvendo as condições separação, e não o reconhecimento de que a outra parte foi culpada pela separação, o que acarretaria indevida estigmatização desta.

Procedendo-se desta forma, segue-se para a condução do processo, com elaboração de petição inicial na qual se postula o divórcio, sem atribuição de culpa à outra parte.

Durante a condução do processo, mostra-se importante não ceder às provocações eventualmente lançadas pela parte contrária ou por seu advogado, que eventualmente queiram imputar culpa à parte atendida pelo Defensor Público. Há de se insistir na decretação do divórcio sem perquirição de causas ou culpa de qualquer das partes.

Nesse sentido, também se mostra viável que, ao atender a parte citada em ação de separação ou divórcio na qual lhe é imputada culpa, venha o Defensor Público a oferecer contestação produtiva, ou seja, que se concentre nas cláusulas do divórcio, impugnando o comportamento culposos que é atribuído à parte utilizando-se da tese da desnecessidade de atribuição de culpa para a decretação do divórcio, deixando aberto o caminho para futura conversão da ação litigiosa em consensual.

Ao se deparar com processo de separação judicial, o Defensor Público defenderá a tese institucional de extinção do instituto, requerendo a conversão para divórcio, e, na impossibilidade, requerendo a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido. [\[11\]](#)

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote o entendimento proposto, da extinção do instituto da separação e da inviabilidade de atribuição de culpa nas ações de divórcio, seja na atuação extrajudicial seja na atuação judicial.

Referências Bibliográficas:

[\[1\]](#) Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

[\[2\]](#) *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 206.

[\[3\]](#) *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 204.

[\[4\]](#) *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 205.

[\[5\]](#) *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT. 2007, p. 284.

[6] “Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência.

- Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido.” (REsp 466329 / RS – 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 11.10.2004 p. 314).

No mesmo sentido:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

– A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.

– Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes.” (EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 466329 / RS – 2ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01.02.2006 p. 427).

[7] TJRS – 7ª Câ. Civ. – Ap 70010807840 – Rel. Des. Walda Maria Melo Pierro – j. 15.06.2005. Julgado colhido in: CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no código civil de 2002 – II*. São Paulo: RT. 2005, p. 171.

[8] Divórcio – O fim da separação e da culpa? Disponível em: <>.

[9] A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. Disponível em: << <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>>.

[10] EC 66/10 — e agora? Disponível em <<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>>.

[11] Nesse sentido, Maria Berenice Dias: EC 66/10 — e agora?

Disponível em <<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>>.

TESE 77

Proponente: Luís Gustavo Fontanetti Alves da Silva

Área: Família

Súmula:

É possível o pleito de alimentos gravídicos avoengos, bem como em face dos demais coobrigados previstos nos artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil, em caso de ausência, morte ou impossibilidade financeira do futuro pai.

Assunto

Possibilidade jurídica do pedido de alimentos gravídicos contra os futuros avós da criança no caso de ausência, morte ou impossibilidade financeira do futuro pai, não obstante a Lei 11.804/2008 não tenha previsto expressamente tal modalidade de alimentos.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 5º, inciso III e inciso VI, alínea “b”, da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, garante, como direito fundamental de todo e qualquer ser humano, o direito à vida. Ela impõe, ainda, que a família, com absoluta prioridade, assegure aos filhos o direito à vida, à saúde e a alimentação (CF, art. 227), encargos a serem assumidos em igualdade de condições pelo homem e pela mulher (CF, art. 226, §5º).

Por sua vez, o Código Civil, em que pese asseverar que a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (CC, art. 2º).

Conjugando a regulamentação jurídica acima, sob a ótica dos princípios da dignidade humana e da eficácia imediata e máxima dos direitos fundamentais, a doutrina vem afirmando, de há muito, ser possível o pleito de alimentos em favor do nascituro, assim entendidos como aqueles necessários para garantir uma gravidez tranquila e saudável à gestante, que torne viável a boa formação fetal.

Não obstante, a jurisprudência tendia a reconhecer a existência da obrigação alimentar paterna apenas após o nascimento com vida do feto.

Visando justamente vencer essa ignóbil recalcitrância dos tribunais e atender aos ditames constitucionais e ao reclamo doutrinário, é que o legislador pátrio editou a Lei 11.804/08, reconhecendo a possibilidade de fixação de alimentos gravídicos.

Nos termos da indigitada lei, esses alimentos são devidos pelo futuro pai à gestante, afim de que seja custeada a meação dele nas despesas com a gravidez (Lei 11.804/08, art. 2º, *caput* e parágrafo único) e, com o nascimento com vida do feto, tais alimentos são convertidos em alimentos para a criança (Lei 11.804/08, art. 6º, parágrafo único).

Em que pese o avanço legislativo, a lei em questão, como não poderia deixar de ser, não esgotou a casuística relativa aos alimentos necessários ao bom desenvolvimento do nascituro, deixando de regular expressamente a questão dos alimentos gravídicos avoengos. Explica-se.

Inúmeros são os casos em que, após a concepção, o futuro pai desaparece, morre, ou até mesmo demonstra-se incapaz financeiramente para contribuir com as despesas da gravidez. Paira, então, a dúvida sobre se a gestante deve assumir sozinha os encargos da gravidez, prejudicando, em muitas vezes, a saudável gestação do feto por falta de recursos, ou se ela poderá recorrer aos futuros avós do nascituro na busca dos alimentos necessários.

Como exposto acima, a Lei 11.804/08 não regulou expressamente a questão, sendo imperiosa, para a solução do caso, a utilização das regras de integração do ordenamento jurídico previstas no artigo 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Com efeito, visando evitar o non liquet quanto à possibilidade de concessão de alimentos gravídicos avoengos, deve-se averiguar, para bem atender o objetivo social da Lei 11.804/08 e os ditames constitucionais que a inspiraram, se é possível usar analogicamente os dispositivos que tratam da matéria relativamente aos alimentos em geral. Então, vejamos.

No que tange aos alimentos em geral, o Código Civil é expresso ao asseverar que:

“Art. 1696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

“Art. 1698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.”

Ou seja, quanto aos alimentos devidos à criança após seu nascimento, concluí-se que, na eventualidade de o pai (ou mãe) não cumprir a obrigação em questão, por impossibilidade ou desídia injustificada e contumaz, essa se transfere aos demais ascendentes, por dever advindo do parentesco.

Daí ser pacífica a jurisprudência atinente à possibilidade de condenação dos avós a pagar alimentos à criança frente a impossibilidade comprovada do pai, servindo de exemplo, por sua clareza e precisão quanto tema, o seguinte julgado:

“Apelação Com Revisão 6150074600

Relator(a): Luiz Antonio Costa

Comarca: Mogi das Cruzes

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 12/08/2009

Data de registro: 24/08/2009

Ementa: Pensão alimentícia - Ação ajuizada por neto contra os avós paternos - Admissibilidade - Genitor condenado ao pagamento de alimentos, porém inadimplente - Sentença de improcedência - Alegação em contra-razões de ilegitimidade do Ministério Público para recorrer da decisão - Descabimento - Inteligência dos art. 81 e 499 do CPC - Preliminar repelida - Obrigação subsidiária dos avós reconhecida, bem como sua possibilidade em prestar alimentos - Necessidades do menor que são presumidas ? Análise do binômio legal - Fixação da obrigação alimentar dos avós para seu neto em um salário mínimo mensal, sem prejuízo da obrigação do genitor - Sentença reformada - Recursos providos.”

Ressalte-se que a previsão civil dos alimentos avoengos (CC, artigos 1696 e 1698) visa justamente não expor a criança à situação de desamparo material em caso de ausência, morte ou impossibilidade financeira do pai, dando efetividade, nessas situações, aos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação e à proteção da criança (CF, art. 5º, *caput*, e art. 227).

De seu turno, os alimentos gravídicos, como visto, objetivam assegurar recursos materiais ao bom desenvolvimento gestacional do nascituro, pondo a salvo, durante a

gestação (CC, art. 2º), exatamente os mesmos direitos citados acima, quais sejam, direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação e à proteção.

Assim, vigendo a mesma *ratio*, deve vigorar a mesma conclusão jurídica (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Destarte, caso seja comprovada a impossibilidade fática de o futuro pai contribuir com alimentos gravídicos, é possível a aplicação analógica dos artigos 1696 e 1698 do CC para o fim de se condenar os futuros avós a prestarem a gestante os alimentos necessários ao custeio das despesas com a gravidez.

Tal, conclusão, aliás, é reforçada pelo fato de que, após o nascimento com vida do nascituro, os alimentos gravídicos são convertidos em alimentos à criança (Lei 11.804/08, art. 6º, parágrafo único). Isso porque, uma vez concedidos alimentos gravídicos avoengos, quando do nascimento do feto, haverá a devida conversão em alimentos avoengos, dando cumprimento imediato ao caráter sucessivo/complementar da obrigação alimentar.

Nesse sentido, vale trazer a colação a ilustrada lição de Maria Berenice Dias, exposta em seu livro “Manual de Direito das Famílias”, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, páginas 530/531:

“Apesar de a Lei (2º parágrafo único), consagrar que os alimentos são custeados pelo pai, tal não afasta a aplicação supletiva da lei civil que impõe a obrigação complementar a outros obrigados em caráter subsidiário. Logo, possível exigir alimentos gravídicos avoengos, com base no Código Civil (1.696 e 1698) e em toda construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até agora desenvolvida.”

A jurisprudência sobre o tema ainda é escassa, mas já há decisão endossando o entendimento exarado:

Agravo de Instrumento 994093320085 (6601594300)

Relator(a): Piva Rodrigues

Comarca: Quatá

Órgão julgador: 10ª Turma Cível do Colégio Recursal

Data do julgamento: 26/01/2010

Data de registro: 25/03/2010

Ementa: ALIMENTOS GRAVIDICOS - A inexistência de comprovação *ab initio* de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda - Legitimidade passiva dos avós - Recurso provido

Fundamentação fática

Com a adoção da tese institucional sugerida supera-se odiosa omissão legislativa, garantindo os alimentos necessários ao bom desenvolvimento gestacional do nascituro quanto ocorra ausência, morte ou impossibilidade financeira do futuro pai, haja vista permitir a chamada dos futuros avós ao cumprimento de sua obrigação alimentar supletiva/complementar.

Sugestão de operacionalização

Ação de Alimentos Gravídicos nos moldes da que segue:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE JAÚ/SP.

TAMARA CONTATO, brasileira, solteira, grávida, auxiliar de limpeza, RG nº 40.778.271-0, SSP/SP e inscrita no CPF/MF sob o nº 372.064.638-60 (doc. 01), residente e domiciliada na cidade de Mineiros do Tietê/SP, na Rua Santa Cruz, nº 830, Centro, pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, que age em atenção ao disposto no artigo 134, “caput”, da CF/88 e no artigo 5º, inciso III, da LC 988/06, vem à presença de Vossa Excelência ajuizar a presente

AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

em relação à **OSMAIR JOSUÉ DE OLIVEIRA**, brasileiro, portador do RG nº 45.162.243-1, residente e domiciliado na Cidade de Mineiros do Tietê/SP, na Rua Emílio Rampazo, nº 827, com fundamento nos artigos 2º e 6º da Lei 11.804/2008, artigos 1696 e 1698 do CC e na Lei 5.478/68, bem como nas razões e fato a seguir aduzidas:

I - DOS FATOS

1. A Requerente e o filho do Requerido, Sr. **OSMAIR JOSUÉ DE OLIVEIRA JÚNIOR**, mantiverem união estável pelo período de três anos, conforme comprova a inclusa escritura pública de união estável (doc. 02), bem como as diversas fotos do casal tiradas em vários eventos sociais que compareceram em conjunto (docs. 03/07).

2. Desse relacionamento, adveio o estado gravídico da Requerente (doc. 08).

3. Ressalte-se, nesse passo, que a paternidade do filho do Requerido em relação ao feto que a Requerente carrega é incontestável, haja vista que a Requerente não se relacionou com nenhum outro homem durante o período de união estável no qual houve a concepção, o que se infere pela simples existência da união estável (v. docs. 03/07) e poderá ser confirmado pelas testemunhas arroladas ao final.

4. Ocorre que, infelizmente, o filho do ora Requerido, Sr. OSMAIR JOSUÉ DE OLIVEIRA JÚNIOR, veio a óbito pouco tempo depois da concepção, em um trágico acidente automobilístico (v. certidão óbito anexa – doc. 09).

5. No entanto, até o presente momento o Requerido, que será avô do filho que a Requerente carrega, se negou a auxiliar a Requerente a custear os gastos advindos de sua gravidez, pelo que ela, que auferir rendimentos líquidos mensais no importe de R\$ 497,35 (quatrocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos) (doc. 10), está passando por enormes dificuldades para prover as necessidades básicas exigidas pela condição gravídica.

6. Aliás, cabe destacar, que é inescusável a postura adotada pelo Requerido, haja vista que ele trabalha na empresa L.C. Mazzeiro Ltda, auferindo rendimentos de, aproximadamente, R\$ 1.000,00 (hum mil reais) mensais, pelo que tem amplas condições de auxiliar a Requerente com as despesas advindas da gravidez.

7. Sendo assim, não restou opção à Autora senão a propositura da presente ação para garantir o suprimento das necessidades mínimas à sua subsistência e o tranquilo deslinde de sua gravidez, o que fez calcada nas seguintes razões jurídicas.

II - DO DIREITO

II.A – DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

8. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, garante a todos o direito à vida. Ela determina, ainda, por seus artigos 226, §5º, e 227, *caput*, que a família deverá, com absoluta prioridade, assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde e à alimentação, devendo tais encargos ser suportados igualmente pelo homem e pela mulher.

9. Por outro lado, o artigo 2º do Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde o momento de sua concepção, pelo que a ele se estendem as garantias constitucionais supramencionadas.

10. Com efeito, visando resguardar o bom desenvolvimento gestacional do nascituro, operacionalizado pelo custeio das despesas da gravidez por ambos os genitores, na proporção dos rendimentos de cada um, a Lei 11.804/2008 regulamentou a concessão de alimentos gravídicos à gestante, os quais, após o parto, converter-se-ão em alimentos ao filho.

11. Nesse passo, vale conferir o teor dos artigos 2º e 6º da Lei 11.804/2008, *in verbis*:

“Art. 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata esse artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.”

“Art. 6º. Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único: Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.”

12. Disso se tem que, havendo indícios de paternidade, a gestante poderá pleitear alimentos gravídicos em face do futuro genitor, os quais serão fixados em proporcionalidade com as despesas da gravidez e com os rendimentos do requerido e da gestante.

13. Em que pese o avanço legislativo, a lei em questão, como não poderia deixar de ser, não esgotou a casuística relativa aos alimentos necessários ao bom desenvolvimento do nascituro, deixando de regular expressamente a questão dos alimentos gravídicos avoengos. Explica-se.

14. Inúmeros são os casos em que, como no presente, após a concepção, o futuro pai desaparece, morre, ou até mesmo demonstra-se incapaz financeiramente para contribuir com as despesas da gravidez. Paira, então, a dúvida sobre se a gestante deve assumir sozinha os encargos da gravidez, prejudicando, em muitas vezes, a saudável gestação do feto por falta de recursos, ou se ela poderá recorrer aos futuros avós do nascituro na busca dos alimentos necessários.

15. Como exposto acima, a Lei 11.804/08 não regulou expressamente a questão, sendo imperiosa, para a solução do caso, a utilização das regras de integração do ordenamento jurídico previstas no artigo 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, in verbis:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

16. Com efeito, visando evitar o non liquet quanto à possibilidade de concessão de alimentos gravídicos avoengos, deve-se averiguar, para bem atender o objetivo social da Lei 11.804/08 e os ditames constitucionais que a inspiraram, se é possível usar analogicamente os dispositivos que tratam da matéria relativamente aos alimentos em geral. Então, vejamos.

17. No que tange aos alimentos em geral, o Código Civil é expresso ao asseverar que:

“Art. 1696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

“Art. 1698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.”

18. Ou seja, quanto aos alimentos devidos à criança após seu nascimento, concluí-se que, na eventualidade de o pai (ou mãe) não cumprir a obrigação em questão, por impossibilidade ou desídia injustificada e contumaz, essa se transfere aos demais ascendentes, por dever advindo do parentesco.

19. Daí ser pacífica a jurisprudência atinente à possibilidade de condenação dos avós a pagar alimentos à criança frente a impossibilidade comprovada do pai, servindo de exemplo, por sua clareza e precisão quanto tema, o seguinte julgado:

“Apelação Com Revisão 6150074600

Relator(a): Luiz Antonio Costa

Comarca: Mogi das Cruzes

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 12/08/2009

Data de registro: 24/08/2009

Ementa: Pensão alimentícia - Ação ajuizada por neto contra os avós paternos - Admissibilidade - Genitor condenado ao pagamento de alimentos, porém inadimplente - Sentença de improcedência - Alegação em contra-razões de ilegitimidade do Ministério Público para recorrer da decisão - Descabimento - Inteligência dos art. 81 e 499 do CPC - Preliminar repelida - Obrigação subsidiária dos avós reconhecida, bem como sua possibilidade em prestar alimentos - Necessidades do menor que são presumidas ? Análise do binômio legal - Fixação da obrigação alimentar dos avós para seu neto em um salário mínimo mensal, sem prejuízo da obrigação do genitor - Sentença reformada - Recursos providos.”

20. Ressalte-se que a previsão civil dos alimentos avoengos (CC, artigos 1696 e 1698) visa justamente não expor a criança à situação de desamparo material em caso de ausência, morte ou impossibilidade financeira do pai, dando efetividade, nessas situações, aos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação e à proteção da criança (CF, art. 5º, *caput*, e art. 227).

21. De seu turno, os alimentos gravídicos, como visto, objetivam assegurar recursos materiais ao bom desenvolvimento gestacional do nascituro, pondo a salvo, durante a gestação (CC, art. 2º), exatamente os mesmos direitos citados acima, quais sejam, direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação e à proteção.

22. Assim, vigendo a mesma *ratio*, deve vigorar a mesma conclusão jurídica (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

23. Destarte, caso seja comprovada a impossibilidade fática de o futuro pai contribuir com alimentos gravídicos, é possível a aplicação analógica dos artigos 1696 e 1698 do CC para o fim de se condenar os futuros avós a prestarem a gestante os alimentos necessários ao custeio das despesas com a gravidez.

24. Tal, conclusão, aliás, é reforçada pelo fato de que, após o nascimento com vida do nascituro, os alimentos gravídicos são convertidos em alimentos à criança (Lei 11.804/08, art. 6º, parágrafo único). Isso porque, uma vez concedidos alimentos gravídicos avoengos, quando do nascimento do feto, haverá a devida conversão em alimentos avoengos, dando cumprimento imediato ao caráter sucessivo/complementar da obrigação alimentar.

25. Nesse sentido, vale trazer a colação a ilustrada lição de Maria Berenice Dias, exposta em seu livro “Manual de Direito das Famílias”, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, páginas 530/531:

“Apesar de a Lei (2º parágrafo único), consagrar que os alimentos são custeados pelo pai, tal não afasta a aplicação supletiva da lei civil que impõe a obrigação complementar a outros obrigados em caráter subsidiário. Logo, possível exigir alimentos gravídicos avoengos, com base no Código Civil (1.696 e 1698) e em toda construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até agora desenvolvida.”

26. A jurisprudência sobre o tema ainda é escassa, mas já há decisão endossando o entendimento exarado:

Agravo de Instrumento 994093320085 (6601594300)

Relator(a): Piva Rodrigues

Comarca: Quatá

Órgão julgador: 10ª Turma Cível do Colégio Recursal

Data do julgamento: 26/01/2010

Data de registro: 25/03/2010

Ementa: ALIMENTOS GRAVIDICOS - A inexistência de comprovação *ab initio* de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda - Legitimidade passiva dos avós - Recurso provido

27. Concluí-se, pois, que havendo indícios de paternidade em relação ao futuro genitor e comprovada a sua impossibilidade de prestar os alimentos gravídicos necessários, é plenamente possível à gestante requerer aos avós que paguem tais alimentos, como decorrência do disposto nos artigos 2º e 6º da Lei 11.804/08, combinados com os artigos 1696 e 1698 do CC, estes aplicáveis ao caso por analogia (LIC; arts. 4º e 5º).

28. Devemos, pois, agora, aplicar tais conclusões jurídicas aos fatos narrados no “item I” supra. Assim, vejamos.

29. No caso em tela, como visto, a Requerente, após manter união estável com o filho do Requerido por três anos (v. docs. 02/07), ficou grávida (doc. 08), decorrendo os indícios de paternidade do fato de a Requerente não ter se relacionado com nenhum outro homem durante o período de união estável no qual houve a concepção, o que se infere pela simples existência da união estável (v. docs. 03/07) e poderá ser confirmado pelas testemunhas arroladas ao final.

-

30. Por outro lado, o filho do Requerido, que seria o futuro pai da criança que a Requerente carrega, morreu (doc. 09), pelo que, comprovadamente, não poderá prestar os alimentos gravídicos necessários.

31. De rigor, pois, o deferimento da presente ação, para condenar o Requerido ao pagamento de alimentos gravídicos avoengos à Requerente.

II.B – DO VALOR DOS ALIMENTOS DEVIDOS

E DO ÔNUS DA PROVA

32. **Certo que está o direito da Requerente à fixação de alimentos gravídicos a serem pagos pelo Requerido, cumpre verificar, agora, qual o montante em que tais alimentos devem ser fixados.** Passemos, pois, a tal verificação.

33. Conforme determina o artigo 2º da Lei 11.804/2008, os alimentos gravídicos devem suprir as necessidades decorrentes da gestação, sendo relativos à parte de tais despesas que deverá ser custeada pelo futuro genitor, ou, como no caso, pelo futuro avô, proporcionalmente aos rendimentos dele e da mulher grávida.

34. Ou seja, fixa-se o valor da prestação alimentícia gravídica seguindo-se o trinômio proporcionalidade – necessidades da gestante oriundas da gravidez – possibilidade do alimentante.

35. Destarte, cumpre analisar aqui, por primeiro, as necessidades da Autora decorrentes da gravidez. Assim, vejamos.

36. **Toda e qualquer gravidez acarreta, como decorrência natural, alterações físicas no corpo da gestante, bem como alterações e adaptações patrimoniais da gestante em preparação para a vinda da criança. Tais alterações fazem presumir a necessidade de auxílio financeiro pelo futuro genitor, haja vista que a gestante deverá custear roupas novas, alimentos especiais, consultas e exames médicos, adaptações em sua casa para a chegada do bebê, roupas para o bebê, berço, carrinho de passeio etc.**

37. Corroborar tal presunção o fato de a Autora trabalhar como auxiliar de limpeza, percebendo rendimentos mensais no valor de R\$ 497,35 (quatrocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos) (doc. 03), os quais, por óbvio, são insuficientes para custear o seu sustento pessoal e as despesas advindas da gravidez.

38. Assim, frente aos gastos oriundos da alimentação, vestimenta, saúde, e alterações patrimoniais relativas à gravidez, bem como diante dos baixos rendimentos auferidos pela Requerente, a razoabilidade, enquanto princípio jurídico, impõe que o Requerido seja condenado ao pagamento de alimentos gravídicos em valor não inferior a 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos enquanto empregado e, em caso de desemprego, 30% do salário mínimo nacional vigente.

39. Vale ressaltar, agora, que, **estando o valor pleiteado em proporção com as necessidades da Autora, é do Réu da presente ação o ônus de comprovar sua eventual impossibilidade para arcar com o valor dos alimentos pleiteados.** Explica-se.

40. Na grande maioria das ações alimentícias, como na presente, o alimentando, porque já viveu sob a dependência do alimentante ou já teve contato íntimo com ele, sabe exatamente qual é o seu padrão de vida e quais são, pois, suas possibilidades financeiras. **É o caso dos autos, visto que a Requerente sabe que o Requerido trabalha na L.C. Mazzeiro Ltda, auferindo rendimentos mensais de, aproximadamente, R\$ 1.000,00 (um mil reais).**

41. Todavia, também na grande maioria dos casos, o alimentando não possui acesso aos documentos relativos aos ganhos e ao patrimônio do alimentante, não tendo como comprovar as possibilidades financeiras do alimentante. **Isso até mesmo porque os ganhos e os dados patrimoniais do alimentante estão constitucionalmente protegidos pelo direito à privacidade e à inviolabilidade da vida privada.**

42. Daí porque, exigir do alimentando tal prova equivaleria a impossibilitar que ele pleiteie os alimentos em valor proporcional às suas necessidades e às possibilidades do alimentante, pois nunca conseguiria provar os reais ganhos deste, o que, por óbvio, afetaria seu direito constitucional ao sustento e à efetividade da tutela jurisdicional.

43. Prevendo justamente tal situação é que o artigo 2º da Lei 5.478/68, aplicável ao caso por força do artigo 11 da Lei 11.804/2008, ao regular a ação de alimentos, exige do requerente **apenas prova quanto ao parentesco ou quanto à obrigação alimentar, bem como indicação do valor pleiteado.**

44. Com efeito, pleiteando o alimentando, com base na razoabilidade e no dever de lealdade processual, valor alimentar proporcional às suas necessidades, cabe ao alimentante provar que, no caso, tal valor extrapola suas possibilidades.

45. Nesse sentido, é salutar a lição de Maria Berenice Dias, exposta em sua obra “Manual de Direito das Famílias”, 4ª edição, Editora RT, páginas 487/488:

“**Vem se consolidando o entendimento de que, nas demandas alimentares, se inverte a divisão tarifada dos encargos probatórios (CPC 333). Ao autor cabe tão-só comprovar a obrigação do réu de prestar-lhe alimentos.** É o que diz a lei (LA 2º): *o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor.* Não há como impor ao alimentando a prova dos ganhos do réu, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos. O autor, caso ainda não atingida a maioridade civil, não necessita sequer provar suas necessidades, pois essas são presumidas. **Transfere-se ao réu o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que eventualmente não necessita do quanto alega. Também é do alimentante o encargo de provar seus rendimentos, eis não dispor o alimentando de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5º X). Omitindo-se em trazer tais dados, desatende o réu o dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma devassa em sua vida econômico-financeira.**” (g.n.)

46. Conclusão semelhante é trazida pelo enunciado nº 37 do Centro de Estudos do TJRS, que dispõe o seguinte:

“**Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado**”.

47. Também a jurisprudência pátria tem atribuído ao alimentante o ônus de provar sua impossibilidade de prestar o valor de alimentos pleiteado, cumprindo destacar, por sua clareza e precisão quanto ao tema, os seguintes julgados:

“Alimentos – Ônus da prova – Devedor profissional autônomo. **Em se tratando de ação de alimentos, invertem-se os ônus probatórios, incumbindo ao devedor o encargo de demonstrar seus ganhos, por não dispor o alimentando de meios de acesso aos seus rendimentos, sigilo que integra o direito constitucional à privacidade, ou seja, à inviolabilidade da vida privada (CF 5º X).** Desempenhando o alimentante suas atividades como profissional autônomo, na ausência de demonstração de seus ganhos, impositivo fixar o valor dos alimentos atentando-se nos sinais exteriores de riqueza. Agravo provido em parte (TJRS - 7ª C. Civ., AI 70004165551 - julg. 26.06.2002 - g.n.)”

“Alimentos – Alimentante profissional autônomo – Inversão do Ônus da prova – Alimentada que demonstrou viver em situação calamitosa – Sentença de improcedência reformada, para se fixarem alimentos - Recurso provido.” (TJSP – 8ª C. de Direito Privado – Apel 6341594800 – julg. 29/04/2009 – g.n.)

48. Sendo assim, tendo a Autora comprovado que necessita de alimentos gravídicos avoengos em valor equivalente a, no mínimo, **30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do Requerido enquanto empregado e, em caso de desemprego, 30% do salário mínimo nacional vigente**, deve ser determinada a inversão do ônus da prova para que o Réu venha juízo e, se for o caso, comprove a sua impossibilidade de pagar tal valor.

III - DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS PROVISÓRIOS E DA POSSIBILIDADE DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

49. O artigo 11 da Lei 11.804/2008 prevê a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, bem como da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68).

50. Nesse sentido, em conformidade com o artigo 4º da Lei de Alimentos e com o artigo 273 do Código de Processo Civil, o juiz, ao analisar a petição inicial da ação de alimentos gravídicos deverá, a título de antecipação de tutela, fixar alimentos gravídicos provisórios.

51. Para tanto, a parte requerente deverá demonstrar a presença dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, verossimilhança do direito invocado e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Então, vejamos.

52. Quanto à verossimilhança do direito alegado, ela decorre de todo o exposto nos itens “IIA” e “IIB” supra, nos quais fora demonstrada (i) a existência de indícios de paternidade do filho do Requerido em relação ao feto que a Requerente carrega, (ii) a impossibilidade do futuro genitor pagar os alimentos gravídicos, em função da sua morte (v. doc. 08), (iii) a necessidade da Requerente em relação aos alimentos pleiteados, e (iv) a possibilidade do Requerido em custear tais alimentos.

53. Ressalte-se, por oportuno, que no que tange aos indícios de paternidade, eles advêm, *in casu*, do fato de a Requerente, no período da concepção, viver em união estável com o filho do Requerido (v. docs. 02/07), só tendo mantidos relações sexuais com ele.

54. Não obstante, caso Vossa Excelência entenda necessário, os referidos indícios de paternidade poderão, ainda, serem comprovados **em audiência de justificação, a ser designada em atenção ao disposto no artigo 804 do Código de Processo Civil, aplicável aqui por analogia.**

55. Vale mencionar, outrossim, que a jurisprudência tem aceito a realização de prova quanto aos indícios de paternidade em ações de alimentos gravídicos por meio de testemunhas ouvidas em audiência de justificação. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Agravado de Instrumento 994093449220 (6467124500)

Relator(a): Alvaro Passos

Comarca: Campinas

Órgão julgador: Quinta Turma Cível

Data do julgamento: 16/09/2009

Data de registro: 21/09/2009

Ementa: ALIMENTOS GRAVÍDICOS- Concessão - Necessidade - Oitiva das partes em audiência de justificação confirmando o relacionamento amoroso - Idade gestacional compatível com o início do namoro - Fortes indícios de paternidade - Redução dos alimentos - Descabimento - Observância do binômio necessidade e possibilidade - Incidência do percentual sobre férias, 13º salário, horas extras e verbas rescisórias -

Impossibilidade - Rendimentos que possuem caráter indenizatório ou de prêmio ao esforço empreendido pelo trabalhador - Decisão parcialmente reformada - Recurso provido em parte.”

56. Quanto ao perigo de dano irreparável e de difícil reparação, ele decorre da própria natureza da obrigação alimentar. Explica-se.

57. Os alimentos, ainda que provisórios, são destinados à subsistência do alimentando, visando **a compra de mantimentos e ao custeio das necessidades mais básicas do ser humano. Isso ainda mais no caso de pessoas extremamente pobres, como a Autora.**

58. Com efeito, a lógica indica que, sob pena de perda da efetividade do direito alimentar, **os alimentos devam ser deferidos e pagos o quanto antes e sempre de forma antecipada (o alimentante paga os alimentos necessários para o mês que irá vencer e não aguarda o vencimento do mês para pagar os alimentos).**

59. Do contrário, **o alimentando primeiro ficaria sujeito às possíveis artimanhas do alimentante para não ser citado e, depois, teria que aguardar um mês inteiro sem dinheiro para custear suas necessidades de primeira ordem, o que claramente poria em risco sua subsistência.**

60. Corroborando a necessidade de se fixar os alimentos provisórios a partir do despacho inicial e com vencimento antecipado, mais uma vez é precisa a lição de Maria Berenice Dias, exposta em sua obra “Manual de Direito das Famílias”, 4ª edição, Editora RT, páginas 489/490:

“**Os alimentos provisórios devem ser pagos desde o momento em que o juiz os fixa.** Aliás, antiga súmula do STF, apesar de fazer referência ao desquite, nem por isso é de se ter por revogado. Modo expresso é reconhecido como termo inicial da obrigação o pedido, e não a decisão judicial que concede alimentos. **Equivocado o entendimento de quem, invocando o §2º do art. 13 da Lei de Alimentos, sustenta que os alimentos provisórios se tornam exigíveis somente a partir da citação do devedor. Não há como sujeitar o pagamento dos alimentos ao ato citatório. Mantendo o devedor vínculo empregatício, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que ele dê início ao desconto da pensão na folha de pagamento do alimentante. Os descontos passam a acontecer mesmo antes da citação do réu. Não dispondo o devedor de vínculo laboral, não há como lhe conceder distinto prazo e admitir que comece a pagar os alimentos somente após ser citado. Descabido tratamento discriminatório: além de se deixar o credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação e esconder-se do oficial de justiça.**

(...)

Os encargos decorrentes do poder familiar surgem quando da concepção do filho: a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (CC 2º). Ora, principalmente a partir do momento em que o pai procede ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao poder-dever familiar, entre os quais o de assegurar-lhe sustento e educação.

(...)

O genitor que deixa de conviver com o filho tem o dever alcançar-lhe alimentos de imediato: espontaneamente, mediante pagamento de alimentos, de forma documentada, ou propondo ação de oferta de alimentos. **Como os alimentos destinam-se a garantir subsistência, precisam ser pagos antecipadamente.** Cabe ao credor indicar as circunstâncias em que acabou o convívio, declarando quando deixou de ser cumprido o dever de sustento pelo não pagamento de alimentos. É do devedor o encargo de demonstrar que continuou exercendo os deveres de prover a manutenção do filho. Esse é o marco inicial da obrigação alimentar. **Descabido limitar o seu adimplemento à data da citação (LA 13 §2º). Tratando-se de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Não há por que reconhecer que o devedor está em mora somente a partir do ato citatório (CPC 219).**” (g.n.)

61. Desta feita, demonstrada a presença dos requisitos do artigo 273 do CPC, deve ser concedida tutela antecipada para o fim de que:

a-) sejam fixados os alimentos gravídicos provisórios no valor de **30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do Requerido enquanto empregado e, em caso de desemprego, 30% do salário mínimo nacional vigente,** os quais serão devidos desde a data da decisão que os fixou e não da data da citação; e

b-) tenham os **alimentos provisórios vencimento antecipado**, não tendo que aguardar a fluência de um mês para que sejam devidos, (ou seja, **para que o alimentante seja obrigado a pagar os alimentos necessários para o mês que irá se vencer e não aguardar o vencimento do mês para pagar os alimentos**).

III – DO PEDIDO

62. Ante todo o acima exposto, requer-se a Vossa Excelência:

(a) preliminarmente, a oitiva do representante do Ministério Público, nos moldes do artigo 11 da Lei 11.804/2008 e do 9º da Lei 5.478/68;

(b) a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita a Autora, visto ser pessoa pobre na acepção jurídica do termo (v. docs. 10 e 11);

(c) **a designação, se necessário, de audiência de justificação prévia nos moldes do artigo 804 do Código de Processo Civil, aplicável à espécie por analogia, a fim de que seja comprovada, mediante oitiva das testemunhas arroladas ao final, a existência dos necessários indícios de paternidade;**

(d) a concessão, a título de antecipação de tutela, de **alimentos gravídicos provisórios** no valor equivalente a **30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do Requerido enquanto empregado e, em caso de desemprego, 30% do salário mínimo nacional vigente**, devidos desde a data da decisão que os fixou e com vencimento antecipado (ou seja, os alimentos serão pagos para o mês que irá se vencer, não havendo que se esperar o vencimento do mês para que sejam pagos), devendo tais alimentos ser descontados diretamente da folha de pagamento do Réu pelo seu empregador (empresa L.C. Mazzeiro Ltda, situada em Jaú/SP, na Rua Pedro Merlini, nº 315, Jd. Quinta da Colina) e depositados, até o dia 10 (dez) de cada mês, na conta da requerente (Banco do Brasil, agência nº 0079-5, conta poupança nº 19-009275-1 – doc. 06);

(e) a citação do Requerido, nos termos do artigo 7º da Lei 11.804/2008, para que, querendo e podendo, conteste a presente demanda, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de revelia;

(f) a designação de audiência de conciliação, instrução e julgamento, com o deferimento, à Requerente, de todos os meios de prova em direitos admitidos, em especial a oitiva das testemunhas arroladas ao final; e

(g) seja, finalmente, julgada procedente a presente ação, condenando-se o Réu ao pagamento de alimentos gravídicos avoengos, no valor equivalente a **30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do Requerido enquanto empregado e, em caso de desemprego, 30% do salário mínimo nacional vigente**, convertendo esta prestação de alimentos gravídicos para alimentos devidos à criança eventualmente nascida com vida, nos moldes dispostos pelo artigo 6º, parágrafo único, da Lei 11.804/2008;

63. Por oportuno, o Defensor Público, infra-assinado informa que, nos termos do artigo 44 da Lei Complementar Federal nº 80/94 e do artigo 162 da Lei Complementar Estadual nº 988/06, fará uso do prazo processual em dobro e da intimação pessoal sobre todos os termos do presente feito, a qual deverá ser concedida na sede da Defensoria Pública em Jaú, localizada na Rua Governador Armando Salles, nº 427, Vila Santa Terezinha.

64. Em conformidade com o disposto no artigo 259, inciso VI, do CPC, dá-se à causa o valor de R\$ 3.600 (três mil e seiscentos reais).

Termos em que,

pede deferimento.

Jaú, 01 de outubro de 2010.

LUÍS GUSTAVO FONTANETTI ALVES DA SILVA

2º Defensor Público DA COMARCA DE JAÚ/SP

TESE 86

Proponente: Claudia Aoun Tannuri e Carolina De Melo Teubl Gagliato

Área: Família

Súmula:

É possível o pedido de inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito, notadamente no SPC e no SERASA.

Assunto

Direito de Família, Execução de Alimentos

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A Defensoria Pública atua em favor de diversos credores de alimentos em ações de execução de alimentos. Trata-se de uma das maiores demandas da Defensoria Pública.

Assim, a inscrição do nome do devedor de alimentos no SCP e no SERASA representa meio coercitivo de extrema relevância para os assistidos da Defensoria Pública.

A Atuação da Defensoria Pública em Juízo em favor dos necessitados está prevista no artigo 5 inciso III da Lei n. 988/2006:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

Fundamentação jurídica

A inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros do SPC e SERASA é providência eficaz, já que tem o condão de facilitar a satisfação do direito do alimentando.

Trata-se de medida de coerção a ser deferida pelo Magistrado com fundamento nas regras gerais previstas no artigo 461, caput e parágrafos do CPC.

Referidos dispositivos trazem a previsão da tutela inibitória a qual tem caráter coercitivo, tendo por escopo fazer com que o obrigado cumpra a determinação judicial.

Assim, o juiz poderá, sempre que entender pertinente, determinar providências necessárias para a efetivação do direito do credor.

Por tratar de regras de caráter geral não parece haver qualquer óbice à aplicação do artigo 461 caput e parágrafos do CPC às execuções de alimentos, podendo o magistrado determinar outras medidas coercitivas para a efetivação do pagamento pelo devedor de alimentos. A respeito, mencione-se que o parágrafo 5º do artigo 461 do CPC traz rol meramente exemplificativo de medidas coercitivas.

Há de ser ressaltado que o ordenamento jurídico confere ao Juiz poderes para adotar medidas coercitivas atípicas, com flexibilidade, adequadas ao caso concreto, com o objetivo de garantir a efetiva e célere satisfação do credor.

É por essa razão que a tutela inibitória pode ser definida como corolário do direito de acesso à justiça, do direito à adequada tutela jurisdicional.

Trata-se também de medida acautelatória adotada pelo Magistrado com base no poder geral de cautela a fim de preservar os interesses do alimentando com fulcro no artigo 615, inciso III, do CPC.

Note-se que a providência tem o condão de garantir a efetividade do processo com seu nítido caráter coercitivo, forçando o devedor a efetuar o pagamento dos alimentos devidos.

Referidas providências ganham especial relevância em sede de execução de alimentos, nas quais o credor necessita ser satisfeito de forma emergencial, sob pena de comprometimento de sua própria sobrevivência. O crédito de alimentos relaciona-se à tutela do direito à vida e à existência digna do alimentando.

O crédito alimentar, por sua natureza, é cercado de especificidades e de uma ampla gama de meios executórios. Não parece haver óbice à utilização da medida pleiteada, a fim de alcançar com maior rapidez e eficácia a satisfação do alimentando que, quase sempre, está passando por situação de penúria.

A prisão civil do devedor de alimentos consubstancia expediente a mais que não retira a possibilidade de a execução seguir as mesmas regras do Processo de Execução em geral, dentro de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil.

Um ponto merece ser destacado. Em execuções de alimentos, é muito comum que a prisão ou a penhora não se revelem medidas eficazes para a satisfação do credor.

Assim como a prisão, a medida pleiteada tem nítido caráter coercitivo. Ademais, não parece razoável que uma dívida junto a uma loja de departamentos ou a uma instituição financeira, por exemplo, autorize a inscrição junto ao SPC e ao SERASA, não ocorrendo o mesmo em relação a uma dívida de alimentos do pai em relação aos filhos.

José Miguel Garcia Medina ensina:

“A amplitude da participação do juiz na criação da solução jurídica mais adequada é ainda maior nos casos em que incide o denominado princípio da atipicidade das medidas executivas (por exemplo, quando da fixação de uma medida coercitiva, em ação fundada no art. 461, § 5º do CPC). Assim, ao atuar no curso de uma ação de execução, o juiz acaba por resolver diversas questões relevantes que não dizem respeito, necessariamente, à averiguação da existência da relação jurídica de direito material, mas sim à validade e à adequação os atos executivos, operação esta que reflete materialmente nas esferas jurídicas do exequente e do executado. O que melhor exprime a confluência de tais interesses, segundo nosso entendimento, é a incidência do princípio da proporcionalidade. Com efeito, tanto melhor será o resultado dessa modalidade de tutela jurisdicional quanto mais celeremente se realizar o direito do exequente, sem, contudo, sacrificar-se, de modo exorbitante e injustificável, a esfera jurídica do executado (...) “a complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o surgimento de normas jurídicas ainda mais gerais, trazendo em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), bem como de cláusulas gerais, a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às

particularidades de cada caso, particularidades estas insuscetíveis de serem previstas pelo legislador. Intensifica-se, desse modo, o grau de participação do juiz na resolução dos litígios, pois este não mais se limita a simplesmente indicar a solução legal antecipadamente prevista no ordenamento jurídico para um problema.” (Variações recentes dos poderes executivos do Juiz, cumprimento e execução de sentença condenatória, in Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2008, pp.334/336).

A inscrição do nome de devedores de alimentos em cadastros que acarretem restrição de direitos é medida que já existe na Argentina, país no qual foi criado o Registro de Devedores Alimentares Morosos (*Registro de Deudores Alimentares Morosos*), implementado na cidade autônoma de Buenos Aires (Lei 269/2000) e em algumas Províncias como Chaco (Lei 4.767/2000), Córdoba (Lei 8892/2000), Mendoza (Lei 6879/2001), dentre outras. O Peru também implementou o registro.

A inscrição no *Registro de Deudores Alimentares Morosos* traz conseqüências ao devedor de alimentos inadimplente, dentre as quais: impossibilidade de obter cartão de crédito e abrir contas correntes, impossibilidade de obter licença, permissão, concessão e habilitações que dependam do Governo, impossibilidade de exercer cargos eletivos, entre outros. Trata-se de uma lista pública, sendo que tanto a inscrição como a baixa dependem de ordem judicial.

No Brasil, o Tribunal de Justiça de Pernambuco foi pioneiro ao aprovar o Provimento n. 03/2008, o qual dispõe sobre o protesto de decisões irrecorríveis sobre alimentos. Segundo Zeno Veloso, *“o Provimento do TJPE prevê mais um mecanismo de coerção para que o devedor de pensão alimentícia cumpra a sua obrigação.” (Devedor de alimentos pode ir para o SPC, disponível em <http://www.soleis.adv.br>).*

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça de Goiás editou o Provimento n. 08/2009, o qual dispõe sobre o protesto de sentença proferida em ação de alimentos.

Sabe-se, ainda, da existência de convênio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com o SERASA, o qual permite o repasse de informações diretamente do Distribuidor a referido órgão. Entretanto, referido convênio não é aplicado às execuções de alimentos.

Assim, se execuções ajuizadas por instituições financeiras ou grandes empresas são prontamente comunicadas aos órgãos de proteção ao crédito assim que distribuídas, nada mais justo que o mesmo ocorra em relação às execuções de alimentos.

O E. Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais editou Enunciados do Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, dentre os quais se destaca o Enunciado 76, com a seguinte redação: *“No processo de execução, esgotados os meios de defesa e inexistindo bens para a garantia do débito, expede-se a pedido do exeqüente certidão de dívida para fins de inscrição no serviço de Proteção ao Crédito- SPC e SERASA.”*

Destaca-se, ainda, o Parecer n. 174/09, do MM.Juiz Auxiliar da Corregedoria do TJSP, José Marcelo Tossi Silva, pelo qual foi garantido o protesto de crédito correspondente a alimentos não pagos.

Rolf Madaleno propõe uma alternativa no sentido da criação de um cadastro nacional de devedores de alimentos:

“a criação de um registro nacional de devedores de alimentos, do qual constariam os nomes daqueles alimentantes que estivessem devendo mais de duas prestações alimentícias, ordenando que todas as pessoas

físicas ou jurídicas que contratassem os serviços de outra, tivessem que consultar este registro para verificar se ela tem dívida de alimentos, para, neste caso, comunicar o novo emprego ao juiz que impôs a obrigação alimentícia. Do mesmo modo, bancos e instituições financeiras que abrissem contas-correntes e recebessem depósitos, ou que concedessem cartões de crédito a um devedor de alimentos, deveriam promover igual comunicação ao juiz alimentar. Similar aviso também estaria previsto para a expedição e renovação da carteira de motorista, ou para o registro de compra ou venda de algum veículo automotor. Ademais disto, enquanto constasse do cadastro nacional de devedores de alimentos, a pessoa ficaria impossibilitada de constituir alguma sociedade comercial, ou de atuar como diretor ou administrador em qualquer empresa mercantil. Pode ser acrescentado, a exemplo do Serviço de Proteção ao Crédito, que, enquanto figurasse no registro nacional como devedor de alimentos, não seria recomendado ao comércio em geral, conceder qualquer linha de crédito para as compras a prazo em favor do devedor alimentício.” (O Calvário da Execução de Alimentos, in Revista Brasileira de Direito de Família, n. 1, São Paulo, p.32-43, abril-junho 1999).

Prossegue o ilustre Autor: “*Está por demais evidenciado que a proposição de aplicação deste elenco de medidas indiretas de coerção busca criar alguma espécie de embaraço ou de constrangimento ao devedor de alimentos e procura, em sua essência, uma idéia engenhosa, como instrumento alternativo de pronta cobrança, e de imediato recebimento do essencial crédito alimentar. São vias indiretas de cobrança das pensões postas injustificadamente em atraso pelo devedor, com expressa previsão legal para a coerção física, porque, se dentro de um sistema de penas, quem pode mais, condena a menos, não se afigura necessário alterar a legislação em vigor.*”

Mencionem-se alguns julgados a respeito do tema:

*Agravo de Instrumento- Interposição contra decisão que não autorizou a execução de dívida alimentar- Pedido de prisão civil do devedor, sem que, no Juízo de origem, tenha formado relação processual para incidência do art.733, § 1º do Código de Processo Civil- Devedor advogado conhecido que estaria empregando métodos para frustrar todos os tipos de execução- Inadequação da via eleita, conduzindo ao não conhecimento do agravo- Determinação, contudo, em virtude do interesse público, para que o Juízo empregue medidas concretas para fazer cumprir o que se decidiu, procedendo a tentativa de penhora on line de saldos bancários do alimentante, **remessa de certidão da dívida para inscrição do nome do devedor nos órgãos que cadastram devedores inadimplentes e começo da execução nos termos do art.733 do Código de Processo Civil e Súmula 309 do E.STJ- Recurso não conhecido, com determinação.** (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 494.728-4/6, rel.Des. Enio Zuliani, j. 15.03.2007, g.n.).*

AGRAVO REGIMENTAL - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC - Negativa de seguimento por manifesta improcedência - Impossibilidade - Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para que este cumpra sua obrigação alimentar - Inexistência de óbices legais - Possibilidade de determinação judicial da medida - Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso - Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade - Ausência de violação ao artigo 43 do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros - Cadastros que, ademais, já se

utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo - Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa - Manifesta improcedência não verificada - Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida - Recurso Provido. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo Regimental n. 990.10.088682-7/50000, rel.Des.Egidio Giacoia, j.25.05.2020, g.n.).

Ressalta o ilustre Desembargador relator: “Nem se argumente que a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito violaria o segredo de justiça: a uma, porque as informações constantes de tais bancos de dados são sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso contra o devedor; a duas, porque o segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes, direito fundamental que - a exemplo dos demais direitos fundamentais - não tem caráter absoluto. Desta forma, ante o conflito deste direito fundamental (intimidade do devedor de alimentos), com o direito fundamental do alimentando à sobrevivência e à vida com dignidade, aplicada a regra da proporcionalidade, sobrelevam-se os interesses do menor, devendo prevalecer os últimos. Por outro lado, o argumento de que eventual inscrição do devedor junto aos cadastros de proteção ao crédito dificultaria seu ingresso no mercado de trabalho também é frágil. Primeiramente, porque parte da premissa de que a grande maioria das empresas não admite em seu quadro de funcionários pessoas com restrições financeiras, o que não exprime a realidade. Segundo, porque se assim o fosse, nenhum credor poderia incluir o nome do devedor nos cadastros públicos de mau pagadores, posto que tal medida também dificultaria (pelas mesmas razões da decisão proferida em Primeira Instância), a inserção do executado no mercado de trabalho e, via de conseqüência, o recebimento do crédito por parte do exequente. Por fim, pondere-se que hodiernamente tais cadastros se utilizam das informações públicas existentes nos Distribuidores Judiciais para abastecer seus bancos de dados. Tais informações não se limitam a relações de consumo, de modo que não há qualquer violação ao artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, que, embora se refira ao termo “consumidor”, não faz qualquer distinção quanto à natureza do débito inscrito. In casu, ainda que a informação não seja pública em decorrência do segredo de justiça, possível a adoção da medida exclusivamente mediante ordem judicial, com determinação no sentido de que as informações a serem registradas devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em nome do devedor, perante a Vara de Família” (g.n.)

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS- Agravo contra indeferimento de pedido de **negativação do devedor, em órgãos de proteção ao crédito, pelo débito alimentar inadimplido- Razoabilidade da providência,** pelos fundamentos constantes do corpo do voto- Agravo provido, para autorizar a anotação restritiva em exame. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.160280-6, rel.Des. Luiz Ambra, j.28.07.2010, g.n.).

Agravo de Instrumento. Execução de alimentos. Agravante requereu a expedição de ofícios ao SPC e ao SERASA para inscrição do alimentante em seus cadastros. Admissibilidade, ante o Convênio entre a Corregedoria Geral de Justiça e o SERASA. Por conseguinte, não obstante a execução de alimentos ter procedimento próprio, o requerido pela menor é também um meio coercitivo admitido. Agravo provido. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.088665-7, rel.Des. Natan Zelinschi de Arruda, j.12.08.2010).

Execução de alimentos. Indeferimento do pedido de inscrição do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Reconhecimento de lege ferenda. Provimentos que tratam da matéria. Medida cabível, ante a recalcitrância do executado. Recurso provido. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n.990.10.144454-2, rel.Des. Caetano Lagrasta, j. 25.08.2010).

Execução- Alimentos- Indeferimento do pedido de negativação do devedor, em órgãos de proteção ao crédito, pelo débito alimentar inadimplido- Razoabilidade da providência, uma vez esgotadas todas as tentativas de pagamento do débito, inclusive as mais gravosas, como a decretação da prisão civil- Devedor recalcitrante- Decisão reformada- Agravo provido. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.152757-0, rel.Des.Joaquim Garcia, j.20.10.2010).

Execução de alimentos. Indeferimento do pedido de inscrição do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Reconhecimento de lege ferenda. Provimentos que tratam da matéria. Medida cabível, ante a recalcitrância da executada. Precedentes desta Câmara. Recurso provido. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.096175-6, rel.Des.Caetano Lagrasta, j.10.11.2010).

AGRAVO- Execução de alimentos- Inserção do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito- Decisão recorrida que indeferiu a pretensão- Inconformismo da exeqüente- Acolhimento- Circunstâncias no caso concreto autorizam a medida- Se o procedimento especial autoriza a medida extrema da prisão civil do devedor- mais justificada a possibilidade de meio excepcional menos gravoso ao devedor na busca pela satisfação do crédito, em razão da própria natureza e da urgência da pretensão perseguida- Decisão reformada- Recurso provido. (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI n.0187568-19.2010.8.26.0000, rel.Des. Viviani Nicolau, j. 01.02.2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO- Execução de Alimentos- Decretada a prisão civil do executado- Pedido de inclusão do nome do executado no cadastros de devedores- Indeferimento- Medida que, malgrado de natureza coercitiva, assim como a prisão civil poderá ser cumulada com esta de modo a dar efetividade à decisão que deu origem à execução- Decisão reformada- Recurso provido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.187527-6, rel.Des. José Carlos Ferreira Alves, j.14.12.2010).

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS- Decisão que indeferiu a expedição de ofícios ao SPC e ao SERASA- Indeferimento não acertado no caso concreto- Outras medidas coercitivas, como prisão civil, bloqueio on line de ativos financeiros, penhora de bens e desconto junto ao INSS já foram adotadas no curso do processo, sem êxito- Cabível o deferimento da medida de inscrição do devedor em cadastros de maus pagadores, como último e excepcional meio de compelir o executado a pagar os débitos alimentares devidos aos filhos menores- Recurso provido. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 990.10.426622-0, rel.Des. Francisco Loureiro, j.28.04.2011).

Destaque-se que nos termos do artigo 43, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, **“os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”**

A providência referida é mais favorável até mesmo para o próprio executado, conforme leciona o artigo 620 do CPC, uma vez que a prisão é medida mais gravosa, por acarretar evidente restrição do direito de ir e vir, o que pode perdurar por meses.

Ademais, em se tratando de colisão de direitos fundamentais, devem prevalecer o direito à vida e à existência digna do alimentando e não o direito de propriedade ou o direito à intimidade do alimentante.

Trata-se da técnica da ponderação, associada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aplicável nos casos de colisão de princípios fundamentais. Consiste, segundo Luís Roberto Barroso, “em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis..., especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.” (A nova interpretação constitucional dos princípios, in *Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.117).

Cabe ao juiz, ao analisar o caso concreto, interpretar o ordenamento jurídico de forma sistemática a fim de decidir com Justiça. E, em tal atividade, mostra-se incompatível o apego ao formalismo exacerbado e a aplicação da literalidade dos textos normativos.

Nesse sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque : “Nessa linha, entre as diversas sugestões destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça,..., interessa, aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias. Em primeiro lugar, é preciso abandonar a idéia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não pode ser objeto de culto... O reforço da autoridade judiciária e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz para adequar as regras processuais às circunstâncias da situação litigiosa constituem orientação adotada nas modificações introduzidas no processo civil inglês em 1998.” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 108/110).

Cândido Rangel Dinamarco ensina: “Essa renúncia a tradicionais postulados do direito processual veio com o declarado objetivo de propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável- e, para tanto, descompromissada dos preconceitos que envolvem todos esses dogmas. É legítimo renunciar a dogmas.” (*Nova Era do Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.29).

Nos termos do artigo 125, I, II e III, e artigo 130 do CPC, incumbe ao Juiz a direção do processo a fim de garantir a celeridade e efetiva solução do litígio, bem como determinar, até mesmo de ofício, as provas necessárias à instrução do processo, dentro de seus poderes instrutórios. Cabe ainda ao Magistrado prevenir ou reprimir a prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça, notadamente por devedores que se furtam ao cumprimento de sua obrigação.

Tais deveres ganham especial relevância na proteção dos interesses da parte hipossuficiente.

O Juiz deve proporcionar a realização e efetivação do direito do alimentando de forma célere, deferindo todas as medidas necessárias para tanto, tendo em vista dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta dos interesses das crianças e dos adolescentes (artigo 227 da Constituição da República).

Nesse sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco: *“Acima de todas essas razões paira ainda a consciência de que no Estado moderno a jurisdição é função pública por excelência, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade como um todo (escopos sociais, políticos, jurídico): aos juízes não cumpre atuar como meros homologadores de condutas dos particulares. Há situações em que a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos, quando o juiz fosse obrigado a conformar-se e afinal, como Pôncio Pilatos, lamentar a injustiça mas permitir que prevalecesse.”* (Instituições de Direito Processual Civil, v.III, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.53).

José Roberto dos Santos Bedaque afirma: *“Somente o comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade rela entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.”* (Código de Processo Civil Interpretado, coord. Antonio Carlos Marcato, 3ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 383).

Ademais, devem ser adotadas pelo Juiz providências que garantam a efetivação da garantia fundamental da celeridade e da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República), notadamente para a garantia da satisfação e da proteção dos interesses de menores hipossuficientes credores de alimentos. É o que também preceitua o artigo 125, II, do CPC.

Observe-se ainda que a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (instituída pelo Ato n. 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009) arrolou algumas decisões acerca das proposições temáticas, destacando-se a seguinte: *“Ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo: adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.”*

O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n. 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro), projeto cuja elaboração foi permeada pelo real significado do Direito de Família, com forte influência do IBDFAM, estabelece em seu artigo 206: *“Citado o réu, deixando de proceder ao pagamento, o juiz determina a inscrição do nome do devedor no Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos e demais instituições públicas ou privadas de proteção ao crédito. § 1º. O juiz deve comunicar o valor e o número das prestações vencidas e não pagas. § 2º. A determinação não depende de requerimento do credor. § 3º. Quitado o débito, a anotação é cancelada mediante ordem judicial.”*

Elpídio Donizetti, membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo Código de Processo Civil, destaca em seu texto “O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais” (disponível em <http://www.jus.com.br>): *“As normas processuais, à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, encontram seu fundamento de validade e eficácia nas normas de direitos fundamentais. O processo deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e estruturado conforme essas mesmas normas (dimensão objetiva- direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, etc.). Percebe-se a preponderância do papel do magistrado para desempenhar a reconstrução do processo civil à luz da constituição. Não é por outra razão que o art. 461, § 5º do atual CPC conferiu ampla liberdade ao magistrado para determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica. Como conseqüências do panorama aqui descrito, pode-se mencionar o reconhecimento de um direito fundamental ao devido processo legal, à máxima efetividade, a um processo sem dilações desnecessárias, à igualdade processual,...”* Trata-se, inclusive, do conteúdo dos artigos 4º, 5º, 6º e 8º do anteprojeto do novo CPC.

É por essa razão que o artigo 1º do anteprojeto do novo CPC dispõe: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Portanto, a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros do SPC e do SERASA revela-se medida eficaz, compatível com o ordenamento jurídico, e que deve ser pleiteada pelos Defensores Públicos em favor dos credores de alimentos.

Fundamentação fática

Conforme já ressaltado, a Defensoria Pública atua em favor de diversos credores de alimentos, daí a importância da matéria, podendo a aplicação de tal tese ser pleiteada a favor dos credores de alimentos nas ações de execução de alimentos.

Trata-se de eficaz meio coercitivo para que o devedor cumpra a sua obrigação, notadamente quando a prisão não se revela eficaz e o alimentante não é proprietário de bens. Ademais, o “nome sujo” muitas vezes pode ter carga coercitiva maior do que a prisão.

Sugestão de operacionalização

Pode-se pleitear a aplicação da presente tese:

Na própria petição inicial da ação de execução de alimentos;

Após a apresentação da Justificativa, na costumeira manifestação a ser apresentada após a Justificativa do Executado;

A qualquer tempo enquanto a ação de execução estiver tramitando e ainda remanescer débito.

TESE 97

Proponente: Viviane Remondes Caruso

Área: Família

Súmula:

A Súmula nº 358 do STJ não afasta a possibilidade da concessão da tutela antecipada nas ações de exoneração de alimentos.

Assunto

A presente proposta versa sobre ação de exoneração de alimentos, especialmente sobre o pedido liminar de concessão de tutela antecipada para a exoneração da obrigação alimentar antes da sentença.

Tal assunto ganhou relevância na doutrina e especialmente na jurisprudência após a edição da Súmula nº 358 do Superior Tribunal de Justiça que disciplina que a exoneração da obrigação alimentar fundamentada na maioria do filho deve ser feita apenas com decisão judicial e contraditório.

O que a proposta pretende é afastar da análise da possibilidade de concessão da tutela antecipada a interpretação restritiva da referida súmula.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A proposta de tese possui pertinência com as atribuições da Defensoria Pública estabelecidas genericamente no artigo 5º, III, da Lei Complementar Estadual nº 988/2006, pois o maior volume de casos que são submetidos à atuação do defensor público são aqueles de competência da Vara de Família e dentre eles, os relativos aos alimentos.

A Defensoria Pública atua em favor dos alimentantes que desejam exonerar-se da obrigação alimentar que possui com ex-companheiro, marido ou esposa, ou ainda de filhos que atingiram a maioridade e/ou constituíram família.

A exoneração da obrigação alimentar cujo credor deles não mais necessita atende à proteção, muitas vezes, dos necessitados, eis que o devedor possui outras obrigações, dentre elas a de sustento de outros filhos menores.

Fundamentação jurídica

A súmula nº 358 do STJ assim disciplina:

“O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.”

Após a edição da referida súmula, muitos a interpretaram como impeditiva da concessão da tutela antecipada nas ações de exoneração de alimentos, sob o fundamento que a concessão da tutela antecipada impedia o contraditório exigido pela súmula.

Neste sentido, colaciona-se o acórdão abaixo:

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS Afastamento da preliminar de não conhecimento, por intempestividade Cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório (súmula 358 do STJ) Reforma da decisão que concedera a antecipação de tutela para determinar a imediata cessação do pagamento dos alimentos Agravo de instrumento provido[\[1\]](#).

Observa-se que o Tribunal de Justiça reformou a decisão interlocutória que concedeu a tutela antecipada para autorizar a imediata cessação do pagamento dos alimentos pelo fundamento da necessidade de contraditório.

Ocorre que esta interpretação mostra-se equivocada eis que em última análise retoma a já extinta discussão jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade da tutela antecipada pela falta de contraditório. Já superada esta discussão eis que a concessão da tutela antecipada não elimina o contraditório, ele apenas é diferido.

Ademais, em uma simples análise dos julgados que fundamentaram a edição da súmula, verifica-se que o objetivo da referida súmula foi para impedir a cessação automática do pagamento dos alimentos, prática recorrente de muitos devedores e alegação corriqueira em matéria de defesa nas ações de execução de alimentos.

Seguem os julgados do Superior Tribunal de Justiça que foram mencionados na edição da súmula:

CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. DÉBITO QUE SE ESTENDE AO LONGO DO TEMPO. CONSTRIÇÃO QUE SE LIMITA AO ADIMPLENTO DAS PRESTAÇÕES MAIS RECENTES. SÚMULA N. 309/STJ. MAIORIDADE SUPERVENIENTE DO ALIMENTANDO.

I. "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo" (Súmula n. 309/STJ).

II. A maioria do alimentando não constitui critério para a exoneração do alimentante, devendo ser aferida a necessidade do pensionamento nas instâncias ordinárias.

III. Recurso ordinário desprovido[2].

CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. DÉBITO QUE SE ESTENDE AO LONGO DO TEMPO. CONSTRIÇÃO QUE SE LIMITA AO ADIMPLENTO DAS PRESTAÇÕES MAIS RECENTES. SÚMULA N. 309/STJ. MAIORIDADE SUPERVENIENTE DA ALIMENTANDA.

I. "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo" (Súmula n. 309/STJ).

II. A maioria da alimentanda não constitui critério para a exoneração do alimentante, devendo ser aferida a necessidade do pensionamento nas instâncias ordinárias.

III. Recurso ordinário desprovido[3].

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DA MAIORIDADE CIVIL. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 358/STJ. ANÁLISE DA NECESSIDADE DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

2. No caso, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu que o valor executado está correto, afastando o alegado excesso de execução. Rever tal conclusão implicaria o reexame da prova dos autos, inviável no âmbito do recurso especial.

3. Ademais, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, nos termos do enunciado n. 358: "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório ainda que nos próprios autos".

4. Agravo regimental a que se nega provimento[4].

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. ART. 733, § 1º, CPC. SÚMULA Nº 309/STJ. AÇÃO DE EXONERAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. AÇÃO DE EXECUÇÃO ANTERIOR. IRRETROATIVIDADE.

1. A decretação da prisão do alimentante, nos termos do art. 733, § 1º, do CPC, revela-se cabível quando não adimplidas as três últimas prestações anteriores à propositura da execução de alimentos, bem como as parcelas vincendas no curso do processo executório, nos termos da Súmula nº 309/STJ, sendo certo que o pagamento parcial do débito não elide a prisão civil do devedor. 2. Os alimentos são devidos até o trânsito em julgado da ação de exoneração.

3. O reconhecimento judicial de exoneração do dever alimentar não dispõe de efeito retroativo, não alcançando as parcelas vencidas e não pagas de dívida reconhecida judicialmente em ação de execução, sob pena de privilegiar o devedor de má-fé.

4. Recurso ordinário não provido[5].

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL.

ALIMENTOS. ART. 733, § 1º, CPC. SÚMULA Nº 309/STJ. AÇÃO DE

EXONERAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. AÇÃO DE EXECUÇÃO ANTERIOR.

IRRETROATIVIDADE.

1. A decretação da prisão do alimentante, nos termos do art. 733, § 1º, do CPC, revela-se cabível quando não adimplidas as três últimas prestações anteriores à propositura da execução de alimentos, bem como as parcelas vencidas no curso do processo executório, nos termos da Súmula nº 309/STJ, sendo certo que o pagamento parcial do débito não elide a prisão civil do devedor.

2. Os alimentos são devidos até o trânsito em julgado da ação de exoneração.

3. O reconhecimento judicial de exoneração do dever alimentar não dispõe de efeito retroativo, não alcançando as parcelas vencidas e não pagas de dívida reconhecida judicialmente em ação de execução, sob pena de privilegiar o devedor de má-fé.

4. Recurso ordinário não provido[6].

Fundamentação fática

É possível requerer a concessão de tutela antecipada na ação de exoneração de alimentos quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, quando o devedor de alimentos estiver enfrentando dificuldades financeiras decorrentes de outras obrigações além da alimentar e também quando houver prova inequívoca e verossimilhança das alegações, quando o filho tiver atingido a maioridade e não estiver estudando em tempo integral, condição que lhe permite sustentar-se, ou ainda, no caso de ex-esposa, quando ela mantém novo relacionamento estável em que o dever de assistência mútua é passada ao novo companheiro.

Sugestão de operacionalização

Aplica-se nas petições iniciais de ação de exoneração de alimentos, especialmente em item que identifica o requerimento de antecipação da tutela.

Neste item, além de mencionar os fatos que preenchem os requisitos estabelecidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, é necessário também mencionar a possibilidade de concessão da tutela antecipada mesmo que sob a ótica da Súmula de nº 358 do STJ.

Também se pode aplicar a tese em eventual recurso de agravo caso indeferida a tutela antecipada. No recuso de agravo de instrumento, é possível o requerimento de

concessão de tutela recursal para que o Tribunal de Justiça autorize desde logo a exoneração do encargo alimentar.

Referências Bibliográficas:

[1] TJSP, Relator(a): Paulo Eduardo Razuk, Comarca: Barueri Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 13/08/2013 Data de registro: 06/08/2013

[2] STJ, RHC19389/PR RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2006/0079943-7 Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento06/06/2006 Data da Publicação/Fonte DJ07/08/2006 p. 225 RSSTJ vol. 31 p. 393

[3] STJ, RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.484 - SP (2008/0090992-4)RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

[4] STJ, AgRg no AREsp 61358 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0171527-1 Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento28/05/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 04/06/2013

[5] RHC 35192 / RS RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS2013/0005873-0 Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 18/03/2013

[6] T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 18/03/2013

TESE 98

Proponente: Tiago Augusto Bressan Buosi

Área: Família

Súmula:

A ausência de vínculo empregatício formal do devedor de alimentos não retira a liquidez do título, mesmo estando os alimentos fixados somente em percentual sobre os seus ganhos, sem prejuízo do ajuizamento de ação revisional para adequação do valor dos alimentos.

Assunto

Direito de Família, Execução de Alimentos.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A Defensoria Pública atua em favor de diversos credores de alimentos em ações de execução de alimentos.

Trata-se de uma das maiores demandas da Defensoria Pública sem qualquer dúvida.

A Atuação da Defensoria Pública em juízo em favor dos necessitados está prevista no artigo 5 inciso III da Lei n. 988/2006:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

Fundamentação jurídica

Não raro o Defensor Público se depara com o questionamento sobre a liquidez do título de alimentos podendo, tal situação, acarretar prejuízos irreparáveis ao credor da pensão.

A insurgência ocorre quando no título de alimentos há apenas parâmetro de cálculo da pensão alimentícia em caso do devedor trabalhar com vínculo formal.

Geralmente, estipula-se um percentual sobre a remuneração mensal do devedor da pensão alimentícia.

Assim, o problema surge quando esse devedor não mais trabalha com vínculo formal, exercendo atividade informal ou mesmo em caso de desemprego.

Seria possível, em situações como essas, o ajuizamento de ação revisional de alimentos para que liminarmente seja estipulado parâmetro de cálculo da pensão alimentícia em caso de trabalho sem vínculo ou desemprego, geralmente, um percentual sobre o salário mínimo nacional.

Ocorre que mesmo com a adoção desta medida proativa, o prejuízo ao credor da pensão é inquestionável, na medida em que ficaria tempo razoável sem receber a pensão.

Ademais, mesmo que houvesse fixação liminar desse novo parâmetro, como é cediço e de conhecimento dos Defensores Públicos que atuam na área da família, pende também celeuma a respeito do termo inicial para o pagamento de pensão alimentícia provisória, já que há forte posicionamento no sentido desses alimentos serem devidos apenas após a citação – a propósito, o TJ/SP editou a malfadada súmula n. 06.

Portanto, para evitar maiores prejuízos ao credor da pensão alimentícia e garantir que não haja perda de valores nesse lapso de tempo, imprescindível que o Defensor Público postule a tese de que o título se reveste de liquidez.

A questão é simples: se o ônus de manejar revisional de alimentos deve recair sobre alguém, não é lícito que recaia sobre a parte hipossuficiente na relação, parte esta que necessita dos alimentos para sobreviver.

De modo geral, a questão apresentada nesta tese atinge credores que são crianças e/ou adolescentes, sendo assim, aplicável o princípio constitucional da **prioridade absoluta da criança e adolescente**.

A interpretação da questão, portanto, deve ser iluminada por esse princípio constitucional.

A professora Maria Berenice Dias, em artigo de título O Cumprimento da Sentença e a Execução de Alimentos, consultado em seu site pessoal^[1], ensina que:

A cessação do vínculo empregatício não libera o devedor nem torna ilíquido o valor da obrigação. O quantum alimentar cristaliza-se no montante do último pagamento feito.

Assim, seria possível o cálculo da pensão alimentícia utilizando-se como base o último pagamento recebido quando o devedor trabalhava com vínculo.

Essa informação é possível ser obtida junto ao banco de dados do INSS, bastando requerimento para que o juízo expeça ofício determinando a apresentação de histórico de salários.

Essa informação é possível ser obtida junto ao banco de dados do INSS, bastando requerimento para que o juízo expeça ofício determinando a apresentação de histórico de salários.

A esse respeito o STJ é pacífico, bem como o TJ/SP.

STJ:

"ALIMENTOS. Petição inicial. Inépcia. Desemprego. Calculada a pensão dos filhos, acordada quando da separação dos pais, em quantitativo sobre a remuneração do alimentante, a rescisão do contrato de trabalho do devedor não retira a liquidez do título. A mudança na situação econômica, se houve, será motivo de defesa a ser apresentada pelo devedor, ou de ação de revisão, mas não de extinção do processo. Art 733 do CPC. A dívida deve ser calculada segundo a última remuneração efetivamente recebida. Recurso conhecido e provido." (STJ - REsp nº 330011/DF - 4ª Turma - Rei. Min. Rui Rosado de Aguiar - DJ 25/02/2002).

"ALIMENTOS. Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida." (STJ - REsp nº 726752-0/SP - 4ª Turma - Rei. Min Jorge Scartezini - DJ 01/07/2005, p. 559).

"PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 586, § 1º, DO CPC - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 356/STF - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE AUMENTOS - PENSÃO FIXADA EM PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DO EXECUTADO - DESEMPREGO SUPERVENIENTE - EXTINÇÃO DA AÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

1 - Não enseja interposição de recurso especial matéria (art. 586, § 1º, do CPC) não ventilada no v. julgado atacado. Incidência da Súmula 356/STF.

2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida.

3 - Precedente (REsp nº 330.011/DF).

4 – Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o processamento da ação de execução de alimento”. (4a Turma - Resp 726.752/SP - Relator Ministro Jorge Scartezzi).

TJ/SP:

Apelação Cível 5994904400

Relator(a): Elliot Akel

Comarca: Santos

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/03/2009

Data de registro: 11/05/2009

Ementa: EXECUÇÃO - ALIMENTOS - PENSÃO FIXADA EM PERCENTUAL SOBRE SALÁRIO DO DEVEDOR E DESCONTADA DIRETAMENTE EM FOLHA DE PAGAMENTO - MEMÓRIA DE CÁLCULO ELABORADA COM BASE NA ÚLTIMA PENSÃO PAGA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO, NO TÍTULO, DE PENSIONAMENTO NA HIPÓTESE DE DESEMPREGO DO ALIMENTANTE - FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO RECLAMADO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO DURANTE O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA NÃO DEMONSTRADO - EXTINÇÃO DO PROCESSO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Apelação Com Revisão 5826284600

Relator(a): Sebastião Carlos Garcia

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 05/02/2009

Data de registro: 17/02/2009

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Pensão alimentícia fixada em percentual incidente nos rendimentos líquidos do alimentante - Desemprego ulterior - Extinção do processo sem julgamento de mérito - Inadmissibilidade - Execução que deve ter seu regular prosseguimento - Apelo provido.

Agravo de Instrumento 5620324000

Relator(a): Roberto Mac Cracken

Comarca: Barueri

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/12/2008

Data de registro: 16/02/2009

Ementa: Agravo de Instrumento. Execução de Alimentos. Desemprego do alimentante. Modificação da pensão que não pode ser promovida em ação executiva, devendo o agravante promover a ação revisional para tal fim. Valor da pensão fixado em percentual sobre a remuneração líquida do agravante. Inexistência de fixação de pensão alimentícia em caso de desemprego. Pensão a título de alimentos que, durante o período de desemprego, devem ter por base a última remuneração líquida percebida pelo agravante de sua ex-empregadora. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Recurso não provido.

Apelação Cível 4830834600

Relator(a): Galdino Toledo Júnior

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/09/2008

Data de registro: 10/10/2008

Ementa: ALIMENTOS - Execução - Obrigação fixada em percentual do salário mensal do devedor - Desemprego superveniente - Irrelevância - /liquidez do título executivo afastada - Débito mantido - Comprovação, ademais, de que o executado tornou-se sócio de estabelecimento comercial após sua demissão - Recurso provido.

Apelação Com Revisão 5022724500

Relator(a): Beretta da Silveira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 08/04/2008

Data de registro: 17/04/2008

Ementa: Execução de alimentos - Pensão alimentícia fixada em percentual incidente sobre a remuneração do alimentante - Desemprego superveniente - Não desonera da obrigação alimentar nem retira a liquidez do título judicial, que se cristaliza no montante do último pagamento feito - Extinção afastada - Recurso provido.

Apelação - Execução de alimentos. Extinção pelo art 618, I, CPC. Desemprego do alimentante em momento anterior ao período executado. Falta de referencial para cálculo - Irresignação - Alimentos fixados em 20% dos rendimentos líquidos do alimentante, em acordo judicial e sem disposição quanto à hipótese de desemprego - Patente liquidez do título. **Omissão do alimentante em regularizar a pensão que não pode ser imputada a alimentanda** - Prosseguimento do feito tendo por referência a última remuneração do alimentante - Recurso provido. (TJSP -

Apelação nº 554.154.4/2-00 - 3a Câmara de Direito Privado - Rei. Des. Egidio Giacoia - J: 11/11/2008)

ALIMENTOS - EXECUÇÃO - EXTINÇÃO – Alimentos fixados em percentual do salário do alimentante - Ruptura da relação empregatícia - Obrigação que não desaparece ou se suspende - Manutenção do título judicial - **Até que o devedor promova uma revisional, continuará pagando com base no último valor descontado.** Apelo provido. (TJSP - Apelação nº 502.405.4/3-00 - 8a Câmara de Direito Privado - Rei. Des. Sílvio Marques Neto - J. 05/11/2008).

Execução de alimentos. A cessão do vínculo empregatício não libera o devedor nem torna ilíquido o valor da obrigação, **que deve ser calculado com base na última remuneração efetivamente percebida.** Decisão reformada. Agravo de Instrumento provido. (TJSP - Agravo de Instrumento nº 561 340-4/8-00 - 9a Câmara de Direito Privado - Rei. Des. Piva Rodrigues - J. 12/08/2008).

Execução de alimentos - Pensão fixada com base nos salários líquidos do devedor - Indeferimento - Falta de liquidez - Desemprego - Descabimento - Valor certo e exigível com base no valor da última pensão recebida pelo credor – Prosseguimento ordenado - Recurso provido. (TJSP - Agravo de Instrumento nº 385.688-4/2-00 - 2a Câmara de Direito Privado - Rei. Des José Joaquim dos Santos - J- 11/10/2005).

O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n. 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro), projeto cuja elaboração foi permeada pelo real significado do Direito de Família, com forte influência do IBDFAM, estabelece:

Art. 191. A cessação do vínculo laboral não torna ilíquida a obrigação, correspondendo os alimentos, neste caso, ao último valor descontado.

Cumprir destacar que entendimento diverso significaria deixar o credor de alimentos desamparado, o que não se pode admitir.

Portanto, a aplicação da tese proposta se revela imprescindível para a defesa de interesse de credores de pensão alimentícia e compatível com o ordenamento jurídico.

Fundamentação fática

Conforme já ressaltado, a Defensoria Pública atua em favor de diversos credores de alimentos, daí a importância da matéria, podendo a aplicação de tal tese ser pleiteada a favor dos credores de alimentos nas ações de execução de alimentos.

Sugestão de operacionalização

Pode-se pleitear a aplicação da presente tese:

- 1) Na própria petição inicial de execução de alimentos;
- 2) Após a apresentação de justificação;

A qualquer tempo quando o próprio juízo levanta a questão, podendo-se realizar manejo dos recursos cabíveis.

Referências Bibliográficas:

TESE 107

Proponente: Claudia Aoun Tannuri

Área: Família

Súmula:

É possível o reconhecimento de efeitos jurídicos próprios de Direito das Famílias às uniões simultâneas ou paralelas, as quais devem ser conceituadas como entidades familiares.

Assunto

Direito de Família. Novos arranjos familiares.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A defesa desta tese é de suma importância e utilidade na representação em juízo dos necessitados (artigo 5º, III, da LCE n.988/2006), diante do atual conceito de família, no qual prevalece a existência do afeto entre os membros. A questão abordada na tese proposta é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do Direito das Famílias, dada sua relevância social. Como ainda há certa resistência do Poder Legislativo em editar leis sobre o tema, cabe ao Poder Judiciário, no julgamento de casos concretos, utilizar-se de princípios do Direito das Famílias e dos meios de integração do ordenamento jurídico para a solução justa das controvérsias que envolvam o reconhecimento das famílias simultâneas.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuirá para a efetivação dos direitos de inúmeros usuários da Defensoria Pública.

Fundamentação jurídica

1. INTRODUÇÃO

A família, base da sociedade, sofreu grandes mudanças em suas funções, estrutura e concepção ao longo dos anos.

O modelo tradicional, de família patriarcal, hierarquizada, patrimonializada, centrada na figura masculina e no instituto do matrimônio, com finalidade meramente reprodutiva, cedeu espaço a um novo paradigma familiar. Atualmente, como decorrência de uma série de mudanças sociais, culturais e econômicas, a família passou a ser vista pela sua natureza instrumental^[1], como um lugar democrático de afeto^[2], intimismo^[3] e, especialmente, no qual e pelo qual se potencializa a busca individual da felicidade e desenvolvimento pessoal^[4]. Molde este que a doutrina nacional convencionou chamar de “família eudemonista”^[5].

O amor, sentimento antes execrado pela família patriarcal, tornou-se valor juridicamente tutelado. A afetividade foi elevada a princípio jurídico, de tal sorte que o reconhecimento de novos arranjos familiares, na atualidade, depende também da aferição do afeto^[6] - o que eliminou a obrigatoriedade do casamento para constituição de família^[7]. Trata-se do *paradigma do advento da família afetiva contemporânea*, consoante a compreensão de Águida Arruda Barbosa.^[8]

Essa nova concepção, cujo maior apanágio é o alargamento do conceito jurídico de família, surge com a Constituição de 1988, a qual, segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, “introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos nos âmbitos civil e penal.”^[9] Vale ressaltar, ainda, que a família e esse novo paradigma familiar são reconhecidos também no âmbito internacional, como direitos fundamentais a serem garantidos pelos Estados.^[10]

Cumpra ainda destacar a Lei n.11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que trouxe expressamente, de forma inédita em nosso ordenamento jurídico, o conceito de família (artigo 5º, inciso II), em consonância com o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, incluindo no conceito inclusive as comunidades formadas por indivíduos aparentados por vontade expressa. Ademais, enaltece o elemento do afeto nas relações interpessoais (artigo 5º, inciso III). Nesse contexto, prevê a tutela jurídica das entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo, (artigos 2º e 5º, parágrafo único), assim como as famílias paralelas ou simultâneas e poliafetivas.

É nesse contexto que se busca uma nova abordagem para a família, em especial às famílias simultâneas ou paralelas. O trato doutrinário e jurisprudencial, tradicionalmente, mostrou-se avesso ao reconhecimento de efeitos jurídicos a tais famílias, em flagrante menoscabo às situações que se evidenciam no plano fático, muito embora sua incidência seja reconhecida pela sociedade.

Em face destes elementos, a proposta da presente tese é uma leitura sobre os possíveis caminhos interpretativos para a celeuma, a lume dos princípios inerentes ao Direito de Família constitucionalizado e atual.

2. A PRIMAZIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios dão o *tonus* ao ordenamento jurídico, pois fornecem o supedâneo axiológico e dotam de coerência (ou unicidade) determinado sistema jurídico, servindo ao intérprete como principal fonte hermenêutica. Aduz-se, portanto, a indispensabilidade dos princípios na atual conjuntura do Direito, ao passo em que (frise-se, como norma constitucional), possuem força normativa própria^[11], são dotados de prevalência e concretude, de tal modo que estão aptos a surtir efeitos diretos e imediatos na atividade forense^[12].

Nessa ótica, a Constituição de 1988, ao inseri-los em seu texto, deixou de ser um mero conjunto de regras organizacionais hierarquicamente superiores ou de normas programáticas para se tornar um “código de princípios”^[13] ou uma verdadeira “carta de princípios”^[14], que passou a informar e englobar todo o ordenamento jurídico brasileiro^[15]; imiscuindo-se, inclusive, no Direito de Família.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que os princípios nunca estiveram tão próximos do Direito de Família como hodiernamente, sendo patente a sua primazia. São numerosos os princípios que permeiam o universo da família, existindo, além dos expressamente previstos na Constituição de 1988, também os implícitos - todos igualmente imbuídos de força normativa^[16].

Não seria útil elencá-los *ad nauseam*; todavia, forçosa a menção a alguns para que se proceda à análise das famílias simultâneas.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, antes mesmo de ser direito fundamental ou princípio positivado, é um complexo ideário que habita o plano filosófico e moral,

recebendo larga expressão no pensamento de Immanuel Kant (1724- 1804). O ponto primordial do princípio da dignidade da pessoa humana é a proteção estatal da própria natureza humana, independentemente de qualquer visão pública ou externa em relação ao ser individualmente considerado^[17]. A doutrina nacional, mais do que entendê-lo como uma norma fundante do Estado Democrático de Direito, compreende-o como “Macroprincípio” ou “Princípio Maior”, norteador dos demais princípios.

Flávio Tartuce, no que tange aos desdobramentos deste princípio no Direito de Família, lembra o fenômeno da “repersonalização” ou “personalização” das relações civis, pelo qual se mitiga o foco patrimonial das relações humanas para se supervalorizar a pessoa. Dessa forma, a pessoa humana passou a ser o foco de proteção dos institutos jurídicos. É em atenção àquele princípio que as relações jurídicas de família deixaram de ser consideradas exclusivamente sob o ponto de vista econômico e passaram a ser consideradas sob o prisma das relações afetivas desenvolvidas pelos indivíduos^[18].

A família é o espaço em que o princípio da dignidade humana concretiza-se por excelência, de modo a possibilitar a plena realização de cada um de seus membros. Trata-se aqui do princípio da busca da felicidade, que foi previsto pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (*The Pursuit of Happiness*), e é entendido como decorrência implícita do sistema constitucional vigente, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio constitucional da busca da felicidade decorre implicitamente do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assumindo papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência pudesse comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.^[19]

Por derradeiro, afirma-se que é na atuação dos poderes públicos, da sociedade, bem como na atividade forense, que esse princípio definitivamente se concretiza; não se podendo aferir eventual lesão senão no caso concreto e em cotejo com os demais princípios.

2.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade e do respeito às diferenças constitui um dos cernes do Direito de Família, na medida em que garante a concretização da dignidade dos indivíduos e da justiça. Sabe-se que o perfazimento da igualdade somente se opera quando considerada em sua dimensão material, substancial, e não meramente formal. Com a derrocada do modelo tradicional de família, patriarcal e hierarquizada, surgiu o novo paradigma familiar, baseado na igualdade e na dignidade dos seus membros.

Trata-se de princípio proclamado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e previsto expressamente no *caput* e no inciso I do artigo 5º, bem como nos parágrafos 3º e 5º do artigo 226 e no parágrafo 6º do artigo 227. Ademais, norteou a elaboração de diversos dispositivos do Código Civil de 2002. Na lição de Paulo Lôbo, o princípio da igualdade veio consagrado na Constituição de 1988 em três eixos: igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º); igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal (artigo 226, §5º) e, por fim, igualdade entre as entidades familiares, na proporção em que o *caput* do artigo 226 protege a família de forma ampla, sem restrições a qualquer tipo ou modelo.^[20]

Dessa forma, deve-se considerar ilegítima qualquer diferenciação baseada exclusivamente no modelo de família adotado pelos indivíduos.

2.3 Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal

O princípio em tela se respalda no fato de não mais se buscar a proteção da família como instituição, mas como lugar ou meio instrumental, no qual e pelo qual se promove a

liberdade e a igualdade de seus membros^[21] (repisa-se: sob aspecto isonômico ou material e não meramente formal), ensejando uma compreensão de que o Direito de Família deve ser encarado sob o prisma da autonomia, apanágio este do Direito Privado^[22]. Destarte, sustenta-se que o mencionado princípio implica reconhecer a autonomia privada do indivíduo para optar por condutas em busca de uma felicidade pessoal, sem a intromissão do Estado, de modo a possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade.

Entende-se que a intervenção do Estado nas relações familiares somente deve ocorrer de forma excepcional, em situações extremas, como ultima *ratio*, uma vez que prevalece a regra geral da liberdade do indivíduo. Por força do princípio supracitado, identifica-se hodiernamente um Direito de Família Mínimo, no qual prevalece o exercício da autonomia privada dos indivíduos no âmbito familiar, a fim de preservar a sua liberdade e garantir a implementação dos demais direitos fundamentais. Um exemplo do exercício dessa autonomia é a livre escolha de modelos familiares.

Nesse tocante, Paulo Lôbo indica:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. ^[23]

Neste passo, será ilegítima a intromissão que restrinja a liberdade dos indivíduos na constituição de arranjos familiares que melhor se adequem às escolhas pessoais por eles vislumbradas. Afinal, a personalidade não se desenvolve a partir das escolhas feitas pelo próprio indivíduo, desembaraçado do Estado?

Com base nessa autonomia é que se cogitou também o princípio da pluralidade familiar decantado a seguir.

2.4 Princípio da pluralidade das entidades familiares

O Estado, visando garantir o desenvolvimento do ser humano, tem o dever constitucional de proteger a família enquanto local - mais do que isso, proteger o ser humano de eventual lesão à sua dignidade; sem, contudo, suprimir o exercício de direitos fundamentais, os quais são essenciais para se atender à dignidade da pessoa humana. Nesta linha de raciocínio, questionou-se o modelo unitário imposto pelo matrimônio, ao passo em que este limitava as escolhas pessoais e impedia o reconhecimento de outros arranjos familiares. Assim, uma nova resposta surgiu a partir da Constituição de 1988, a qual previu expressamente outros arranjos familiares, como a união estável (§3º) e a família monoparental (§4º), de forma a romper com a premissa de que o casamento é o único instituto formador e legitimador de família. Fundamenta-se, portanto, naquele dispositivo o princípio da pluralidade familiar^[24].

Na ótica de Gustavo Tepedino, a pluralidade das entidades familiares decorre

da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. ^[25]

Se de uma banda houve a certeza da ampliação das formas de família, de outra surgiu uma dúvida: o reconhecimento da entidade familiar é exclusivo às formas expressamente indicadas na Constituição, ou se pode estender a interpretação para um rol implícito mais abrangente?

A doutrina majoritária adota a tese ampliativa, compreendendo o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, como cláusula geral de inclusão (e não de exclusão, como ocorria na redação das constituições anteriores), de tal sorte que não se pode excluir qualquer entidade que possua afetividade, estabilidade e ostensibilidade^[26]. Neste passo, patente é a não taxatividade do rol; porém, abertas as comportas constitucionais para o reconhecimento, quais seriam as outras formas de famílias a serem contempladas?

A doutrina nacional já classificou algumas destas formas, decantadas exemplificativamente a seguir: I - Família matrimonial, decorrente do casamento civil ^[27]; II - a família informal, advinda da união estável^[28]; III - a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes^[29]; IV - a família reconstituída, também chamada de pluriparental, recomposta ou mosaicos, cuja formação advém de novos casamentos ou estabelecimento de uniões estáveis sucessivas após a extinção dos relacionamentos anteriores^[30]; V - a família homossexual ou homoafetiva^[31], formada por casais do mesmo sexo; VI - as famílias formadas por transexuais^[32] e intersexuais^[33]; VII - a família anaparental^[34] ou solidária^[35], formada por pessoas que convivem e possuem identidade de propósitos, ainda que não sejam parentes e sem qualquer conotação sexual; VIII - a família paralela ou poliamorosa, caracterizada por uma simultaneidade de relacionamentos, de cunho afetivo e sexual, tendente à formação de um ou mais núcleos familiares^[36].

Nesse último tópico, notável é o caso do trio carioca que, em sede de reconhecimento oficial, buscou a lavratura de uma escritura pública na comarca de Tupã-SP, cognominada pela tabeliã de “união poliafetiva” e justificada na conjugação dos princípios da pluralidade familiar, afetividade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Interessante notar a distinção que faz Rolf Madaleno entre a família poliamorosa carioca e a família paralela, ao salientar que naquela há

(...) a existência de uma união afetiva entre um homem e duas mulheres que afirmam viverem em harmônica coabitação em uma única moradia, não se confundindo nesse aspecto com uma família paralela, na qual um homem, em regra, vive ao mesmo tempo com duas mulheres, mas em residências distintas^[37].

Sem embargo ao exposto pelo jurista, poder-se-ia fazer outra distinção: a família poliamorosa ou poliafetiva é aquela em que há plena ciência e aquiescência de todos os seus integrantes, os quais mantêm relacionamentos afetivos recíprocos. Conforme a psicóloga Regina Navarro Lins, trata-se de situação em que “todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela”, admitindo-se essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual^[38]. Já nas famílias paralelas ou simultâneas, o segundo elemento não está presente, ou seja, não há reciprocidade entre todos os membros, podendo ser caracterizada por duas uniões estáveis ou um casamento e uma união estável, a exemplo do caso prático esmiuçado no item 2.

Entretanto, um único princípio não pode servir de interpretação, sob pena de se infirmar a unidade do ordenamento jurídico, esvaindo-se a própria ordem constitucional. Não se poderia chegar a qualquer conclusão excluindo-se o exame mais apurado dos demais princípios. Diante disto, faz-se mister analisar também a monogamia, sem a qual não haverá uma interpretação adequada ao Direito de Família.

2.5 A monogamia

O casamento monogâmico, indubitavelmente, é uma construção histórico-cultural imanente à sociedade ocidental^[39]. A ideologia do matrimônio chegou a ser inconteste durante muito tempo, de modo que poucos juristas se detiveram em uma explanação mais acurada sobre a dimensão dos deveres inerentes à monogamia.

Em relação aos deveres, Rolf Madaleno indica a existência da regra da fidelidade como um dos deveres do casamento^[40], acrescentando Paulo Nader que a exclusividade monogâmica é peculiar a este negócio jurídico^[41]; para a união estável, aponta o autor Euclides Benedito de Oliveira^[42], a existência da regra de lealdade; Paulo Lôbo, por sua vez, não nega a existência desses deveres, embora ressalte a sua inexigibilidade no plano jurídico^[43].

Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, que trouxe à baila a questão principiológica, tratou a monogamia como princípio jurídico ordenador, o qual atua despido de viés moralizante, na medida em que organiza as relações jurídicas da família no mundo ocidental^[44]. Guilherme Calmon Nogueira da Gama compreende a monogamia como princípio infraconstitucional, em decorrência de valores culturais contidos no dever de fidelidade e lealdade, expressamente previstos no Código Civil brasileiro de 2002^[45]. Tais posicionamentos, embora se coadunem com o pensamento monogâmico prevalente na doutrina, não deixam de comportar críticas.

Carlos Eduardo Pianovski, em compreensão diametralmente oposta, percebe a monogamia como uma conduta ou padrão moral social médio. O advogado paranaense, pautando-se no princípio da pluralidade de entidades familiares, princípio da liberdade e o princípio eudemonista, é incisivo ao afirmar que o Estado não deve determinar um padrão de formação familiar, em nítido desvio funcional, coibindo outros possíveis arranjos que melhor se coadunem à moral do sujeito, pois isto seria um óbice ao desenvolvimento individual da personalidade^[46].

Marianna Chaves, ponderando sobre o posicionamento dos autores mencionados, conclui que a monogamia não é um princípio constitucional e que, mesmo se considerada como princípio, não poderá ser princípio jurídico, mas apenas um princípio a ser considerado pela hermenêutica, servindo à interpretação de normas não expressas em enunciado legislativo^[47].

Maria Berenice Dias, baseando-se na teoria da origem das famílias e do Estado de Engels, e comungando com a exposição de Pianovski e Marianna Chaves, compreende a monogamia como pertinente a um conjunto de valores adotados pela sociedade não em decorrência do amor, mas em razão do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo - e, portanto, uma sobreposição de ordem sexual em detrimento da mulher^[48].

Embora diverjam na plataforma teórica, os autores indicam alguns efeitos considerados como injustos quando se eleva a monogamia a princípio absoluto: Pianovski considera indevida a imputação de efeitos jurídicos a uma família em oposição às demais, especialmente se privilegiada pelo casamento^[49]; Maria Berenice Dias entende desastrosa a desconsideração dos relacionamentos simultâneos, cuja repulsa jurídica resulta verdadeiro enriquecimento ilícito do parceiro infiel, de forma a se desrespeitar a dignidade da pessoa humana, afrontando-se também a ética^[50]; Rodrigo da Cunha Pereira, embora defenda a monogamia como princípio jurídico ordenador, entende que este pode ser amainado no caso concreto, devendo-se prevalecer a ética em detrimento à moral para se atingir o bem maior que é a justiça^[51]; Calmon Nogueira da Gama, por sua vez, excepciona a monogamia em caso de união estável putativa, conferindo-lhe efeitos na esfera patrimonial^[52].

Diante do exposto, independentemente da existência ou não de um princípio da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro e a sua classificação (se princípio constitucional, infraconstitucional, moral, etc), os autores reconhecem uma necessidade real de aferição do caso concreto, não sendo suficiente uma visão hermética, de obnubilação em relação aos fatos, tendente à exclusão de direitos.

3. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS OU PARALELAS

É cediço que a doutrina e jurisprudência tradicionais adotavam posicionamento contrário ao reconhecimento e aplicação de efeitos jurídicos às famílias simultâneas ou paralelas, sob fundamento de que resultam em verdadeira afronta à monogamia e aos deveres de fidelidade e lealdade. Tal compreensão, porém, foi mitigada ou tangenciada pelos Tribunais, que encontraram esteio em teorias econômicas e reconheceram, dessa forma, a possibilidade de existência de uma sociedade de fato, cuja larga adoção cristalizou-se na Súmula 380 do STF, segundo a qual “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Outros efeitos patrimoniais também foram levados a cabo pela jurisprudência, tais como a famigerada indenização por serviços domésticos prestados^[53] e a divisão de pensão por morte entre as “companheiras” na seara previdenciária^[54], muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado no sentido de que haja uma nítida distinção entre a união estável instada no artigo 1.723 e o concubinato contido no artigo 1.727, ambos do Código Civil vigente^[55].

Sem prejuízo ao exposto, alguns doutrinadores apontaram uma solução tangencial, da putatividade nas uniões estáveis, fruto de uma interpretação ampliativa dos efeitos aplicados ao casamento putativo prescrito no artigo 1.561 do Código Civil de 2002, sem, todavia, reconhecer a existência de uma entidade familiar propriamente dita^[56]. A referida solução envolve a árdua e subjetiva tarefa de aferição do desconhecimento da pluralidade de relacionamentos, exigindo-se uma situação de boa-fé por parte de quem pleiteia o reconhecimento. Em outras palavras: exige-se que a pessoa não tivesse conhecimento da existência de outros relacionamentos sustentados concomitantemente pelo companheiro ou cônjuge - o que foi severamente criticado por Marianna Chaves, especialmente em razão do alto subjetivismo e dificuldade probatória^[57].

Poder-se-ia, por outro lado, sustentar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, pelo qual se impõe ao sujeito certos deveres de conduta. Nesse último tocante, far-se-ia uma alusão a um instituto de larga aplicação no âmbito do Direito Contratual, a saber, a proibição da adoção de comportamentos contraditórios, de modo a frustrar uma justa expectativa do outro sujeito (*venire contra factum proprium no potest*).

Na última década, em contrapartida, alguns juristas passaram a vislumbrar a possibilidade de um reconhecimento mais amplo de efeitos a esses núcleos familiares paralelos. Esta parte da doutrina^[58], apoiada nos princípios da dignidade humana e busca da felicidade, da afetividade, autonomia privada e pluralidade familiar, entende ser indispensável a aplicação de efeitos na seara familiar, mesmo que de forma excepcional e casuística. Impende notar que o reflexo desta forma vanguardista de pensar já alçou alguns tribunais do país^[59].

Assim, na seara jurisprudencial, há acórdãos que defendem a proteção da união estável simultânea, conferindo efeitos inerentes ao Direito de Família. Os primeiros votos dimanaram da 7ª e 8ª Câmara de Direito Privado do Rio Grande do Sul, aplicando-se a partilha de bens entre a concubina e a esposa ou companheira, no que se convencionou chamar de “triação”^[60], direito aos alimentos e outros efeitos intrínsecos ao Direito de Família. Insta salientar que tal entendimento também é esposado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, consoante Apelação Cível n. 0176862-7^[61]. Em seu voto, o Desembargador relator Eduardo Sertório^[62] destaca:

Não estou a generalizar e considerar toda e qualquer relação paralela a do casamento como digna de reconhecimento pelo Poder Judiciário. Reconheço ser cada caso um caso. No caso presente, a participação de esforços de Maria na vida de José, a posse do estado de casado entre eles, além dos motivos já listados anteriormente, fazem com

que reconheça, para todos os efeitos, a união estável entre ambos, assim como reconheço não haver bens a serem partilhados, decorrentes dessa relação. A lei busca proteger muito mais do que a família, as pessoas que dela fazem parte. Não se pode estar a reprimir as famílias consideradas ilícitas.

Observe-se o seguinte julgado, de relatoria do ilustre Desembargador Caetano Lagrasta:

União estável. Reconhecimento e dissolução. O fato de manter dupla união não se constitui num Bill de indenidade àquele que age de forma a manter um dos companheiros na ignorância de sua atitude Partilha dos bens adquiridos na constância da relação. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, 8ª Camara de Direito Privado, AC 646.037-4/4-00, rel.Des.Caetano Lagrasta, j. 16.12.2009)

Neste diapasão, cumpre enaltecer o voto vencido do Ministro Ayres Britto, ao afirmar:

(...) à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois.^[63]

Para além da centralização no elemento afeto, argumenta-se que o reconhecimento de efeitos vem ao encontro da vedação ao enriquecimento ilícito, pois se evita que o sujeito “infiel” tenha seu patrimônio preservado em detrimento do companheiro que o auxiliou moral e/ou materialmente na formação de tal patrimônio; aliás, tal medida pode ser compreendida até mesmo como meio de se desencorajar a “infidelidade”, uma vez que o reconhecimento da união e de seus efeitos jurídicos tornaria a opção menos atrativa.^[64]

Ademais, no que tange à confusão semântica existente entre os termos “concubinato” e “união estável”, ambas insculpidas no Código Civil, de relevo a compreensão do Desembargador Caetano Lagrasta, ao asseverar, em declaração de voto divergente:

Se por um lado a nomenclatura legal não permite chamar o relacionamento que une pessoas impedidas de se casar de “união estável”, também é certo que não se pode relegar ao abandono aqueles que conviveram e dependeram economicamente do outro durante largos anos, ignorando (ou negando) uma situação social fática evidentemente estabelecida, qual seja, a existência concomitante de duas famílias, como parece ter ocorrido entre agravante e agravada, o que será apurado após a devida instrução processual.^[65]

A perquirição dos motivos que levam uma pessoa a adotar a simultaneidade familiar, por envolver aspectos subjetivos, escapa ao objetivo do presente trabalho. Por certo, a resposta é muito complexa; contudo, pode-se mencionar a conveniência social na manutenção do matrimônio; assim como um fator psicológico que o psiquiatra Flavio Gikovate chama de “fator antiamor”^[66], que pode se afigurar na união paralela, dotada de grande intensidade do ponto de vista afetivo. Mantém-se o casamento em virtude desse verdadeiro receio do afeto que envolve o relacionamento paralelo.

Nesse sentido, vem ganhando relevância para o Direito a **teoria psicológica do poliamorismo ou poliamor** (tradução do termo em inglês *polyamory*), a qual admite a possibilidade de coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. A

psicóloga Noely Montes Moraes afirma que “a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.” (Revista Galileu, reportagem “O Fim da Monogamia?”, Editora Globo, outubro de 2007, p.41).

Por derradeiro, destaca-se o artigo 64 do projeto de lei ° 2.285 de 2007 - Estatuto das Famílias - que não veda efeitos na seara familiar a tais relacionamentos, ao passo em que, em seu parágrafo único, estabelece: “A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em regra, pensa-se no relacionamento paralelo com um viés moral e preconcebido, de um relacionamento espúrio, abjeto, no qual a figura da amante é suntuosa e sedutora, passando o marido infiel a sustentar seus caprichos às expensas do patrimônio arduamente constituído por ele e sua esposa. Contudo, o caso pratico descrito difere em muito da figura estigmatizada do “amasiamento”, que é consumado em encontros velados e esporádicos. Ao revés, caracteriza-se pela existência inequívoca de um núcleo familiar paralelo, com os elementos da afetividade, da comunhão de vida e de propósitos, da durabilidade, publicidade e estabilidade.

Ainda que se argumente a existência de óbice ao reconhecimento da união simultânea como família, com base no regramento infraconstitucional e em atenção ao princípio da monogamia, nos parece que tal solução não se afigura a mais adequada e justa, especialmente quando aferido o caso concreto, no qual, muitas vezes, a parte mais frágil termina por ser prejudicada e desamparada juridicamente.

A nosso sentir, com esteio na técnica da ponderação de interesses^[67], deve-se conjugar os princípios da dignidade humana (no qual está inserida a busca da felicidade), da afetividade, da igualdade, da autonomia e da pluralidade das famílias, conduzindo a uma necessária mitigação do princípio da monogamia, ao passo em que aqueles princípios possuem inegável força normativa e ensejam a adoção de uma solução mais justa, dotada de razoabilidade e proporcionalidade. Dessa forma, é possível garantir efeitos decorrentes do relacionamento mantido por tantos anos, notadamente em relação aos alimentos e partilha de bens. De se frisar que esses institutos têm características e requisitos próprios (no caso dos alimentos, necessidade, possibilidade, dependência econômica e vínculo em virtude do relacionamento afetivo; no caso da partilha de bens, comunhão de esforços para a aquisição do patrimônio, tanto material como moralmente), identificáveis nas uniões simultâneas.

O não reconhecimento desses direitos constituiria, no mínimo, violação ao princípio da igualdade, na medida em que se estabeleceria uma diferenciação unicamente em virtude do modelo de relacionamento afetivo adotado, ignorando-se a presença dos elementos que caracterizam os institutos citados.

A solução ora propugnada em nada infirma o atual ordenamento jurídico. Trata-se de adoção de um olhar mais humano para as situações vivenciadas diariamente, em verdadeiro prestígio aos princípios ora elencados, que visa à ampliação de direitos e garante uma dignidade muitas vezes ignorada em razão do preconceito e desconhecimento de causa, os quais são incompatíveis com a dimensão ética inerente ao Direito.

Fundamentação fática

Conforme já ressaltado, a Defensoria Pública atua em favor de pessoas, quase sempre mulheres idosas, que buscam o reconhecimento de efeitos jurídicos (alimentos, partilhas de bens, direitos sucessórios) para núcleos familiares constituídos de forma simultânea ao casamento; daí a importância e aplicabilidade da presente tese.

Sugestão de operacionalização

Pode-se pleitear a aplicação da presente tese em casos práticos como o narrado a seguir: A Sra. “X”, idosa, sem condições de inserção no mercado de trabalho e que sofre de sérios problemas de saúde, procurou a Defensoria Pública para ingressar com a competente ação, visando ao reconhecimento da união mantida com o Sr. “Y”, bem como à fixação de alimentos. O relacionamento durou mais de trinta anos, era imbuído das características da continuidade, publicidade e estabilidade, na medida em que ambos se apresentavam socialmente como um casal, perante familiares, amigos e vizinhos; assim como possuíam o objetivo precípuo de constituição de uma família.

Da união, adveio o nascimento de um filho. A Sra. “X” auxiliava “Y”, não somente no cuidado do filho em comum e do lar, mas oferecendo verdadeiro suporte afetivo para que o Sr. “Y” pudesse prosperar em seus negócios e na construção de seu patrimônio. O companheiro, a seu turno, custeava todas as despesas da Sra. “X” e, inclusive, a desestimulava a trabalhar fora.

Ocorre que “Y” é casado, mantendo o relacionamento com a esposa “Z”. Em verdade, “Y” costumava passar alguns dias da semana com a esposa e outros com a companheira. Digno de nota que ambas tem plena ciência das uniões paralelas mantidas pelo Sr. “Y”. Posteriormente, o relacionamento entre a Sra. “X” e o Sr. “Y” chegou ao fim, porque “Y” padecia de Mal de Alzheimer e a esposa assumiu o controle de todos os aspectos da vida do marido, entre eles a administração do patrimônio.

Nessa situação, é possível o ajuizamento de ação para reconhecimento da união paralela mantida pelo casal, a fim de garantir direitos próprios de Direito das Famílias à Sra. “X” (por exemplo, alimentos, partilha de bens), não constituindo o casamento do Sr. “Y” óbice ao pleito da referida senhora.

Referências Bibliográficas:

[1] MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.624.

[2] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias, vol. 6*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.44.

[3] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 92-93.

[4] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 17 - 25.

[5] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.55.

[6] TARTUCE Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/11/14/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>>. Acesso em 02 ago. 2013.

[7] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.43.

[8] BARBOSA, Águeda Arruda. *Conceito pós-moderno de família* In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernandes (coordenadores). *Direito da família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 27

[9] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*, São Paulo:Atlas, 2010, p.34.

[10] Cf.: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 16.3), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 23.1), Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (artigo 10.1), Convenção sobre os Direitos da Criança (em seu Preâmbulo), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 16) e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) (artigo 4.e)

[11] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50 -52.

[12] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p.79.

[13] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. , São Paulo: Malheiros. 2011, p.600

[14] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,p. 57.

[15] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Verbatim. 2012 ,p.27-28.

[16] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 57-72.

[17] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.118.

[18] TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em :<<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao1/Arquivos/Novos%20princ%C3%ADpios%20do%20direito%20de%20fam%C3%ADlia%20brasileiro%20-%20Flavio%20Tartuce.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2013.

[19] Esse entendimento foi adotado pelo STF, no julgamento da ADPF 132, rel.Min.Carlos Ayres Britto, j.5.5.2011.

[20] LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. p. 59.

[21] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p.64.

[22] FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p. 157.

[23] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. p.63:

[24] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p. 190-198.

[25] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil - tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 258-259.

[26] Cf: PAULO LOBO

[27] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 44-45.

[28] Ibidem, p. 46-47.

[29] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* ,p.82.

[30] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. *As famílias pluriparentais ou mosaicos* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 508.

[31] DIAS, op. cit., p. 47-48.

[32] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.176-202.

[33] Idem , p.203-213.

[34] DIAS, op. cit. p. 48-49.

[35] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Tartuce, Flávio; Simão, José Fernando (coord.) *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: Método, 2009 , p.402 - 403.

[36] DIAS, op. cit. p. 50-54.

[37] MADALENO, Rolf Hanssen. *Escritura de união poliafetiva: impossibilidade*. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, Edição n. 114, p. B26. Novembro de 2012.

[38] LINS, Regina Navarro. *A Cama na Varanda*, 7ª Ed., Rio de Janeiro:Best Seller, 2012, p.401.

[39] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Família e Dignidade Humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 204.

[40]MADALENO, Rolf. *A união (ins)estável (relações paralelas)*. disponível em: .Acesso em 10. mar.2013.

[41]NADER, Paulo. Curso de *Direito de Civil: Direito de Família - Volume 5*. 5ª ed.,Rio de Janeiro: Forense, 201, p. 191-196.

[42]OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6ª ed. atual. e amp. São Paulo: Método, 2003 , p. 127-129.

[43] LÔBO, Paulo .*Direito civil: famílias*. p.175-176.

[44] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*.p.127-136.

[45] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100-112.

[46] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. p. 195- 198.

[47] CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. Disponível em:< www.mp.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492>. Acesso em: 10 mar. 2013.

[48] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*.p.60-61.

[49] PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia* . p. 201

[50] DIAS, loc. cit.

[51] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p.144-145.

[52] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. p. 100-112.

[53] Cf.: TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AC n. 9217111-84.2005.8.26.0000- SP, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j.11.11.2008, pub. 27.11.2008;

[54] Cf.: TRF-2 Região, REO n. 2003.70.01.015492-1/PR, Sexta Turma Especializada, rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j.21.06.2010, pub. 15.07.2010; STJ, Quarta Turma, REsp n. 303604 - SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.20.03.2003.

[55] Cf.: STF, REExt n° 397762-BA, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.03.06.2008.

[56] Cf.: 1 - OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 82-85, 139-148; 2 - AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 281-284.

[57] CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/21492>. Acesso em: 10 mar. 2013.

[58] Cf.: 1- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares* In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernandes (coordenadores). *Direito da família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. 237-254. 2- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. p. 50-54. 3 - DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p.4- 4- CHAVES, Marianna. *Famílias paralelas*. 5 -MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, p.627. 6- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)*. 7-FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*, vol. 6. p 527-531.

[59] Cf.: 1 - TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Acr n. 646.037-4/4-00, rel. Des. Caetano Lagrasta, j.16.12.2009; 2 - TJRS, 8ª Câmara Cível, ApC n.70039847553, rel. Des. Rui Portanova, j.28.04.2011; 3 - TJPE, 3ª Câmara Cível, ApC n.176862-7, rel. Des. Eduardo Sertório, j.08.03.2012.

[60] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 50 -54.

[61] DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. 1. Atendidos os requisitos da lei, é de se reconhecer a união estável, respeitada a publicidade, a continuidade do relacionamento e o intuito de se constituir família; 2. Quanto ao fato de pessoas casadas, na constância do casamento, poderem manter união estável, não há impedimento, em decorrência do princípio constitucional de proteção à família (artigo 266, §3º CF); 3. As famílias previstas na Constituição não são 'numerus clausus'; 4. A presença da afetividade, como fundamento, e a finalidade da entidade, além da estabilidade, com comunhão de vida, e a ostensibilidade, levam ao reconhecimento de famílias simultâneas; (sic) 4.º caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade" (TJPE, 3ª Câmara Cível, ApC n.176862-7, rel. Des. Eduardo Sertório, j.08.03.2012)

[62] Acórdão disponível em: . Acesso em 10. mar. 2013.

[63] STF, REExt n° 397762-BA, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.03.06.2008.

[64] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p.50-54.

[65] TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AI n.0158881-95.2011, rel. Des. Salles Rossi, j.7.12.2011

[66] Trata-se de uma tendência que surge entre pessoas que estão muito apaixonadas, correspondente a um verdadeiro medo da felicidade proporcionada por relacionamentos dessa natureza. Segundo Gikovate, "existe em todos nós um anseio pela fusão romântica" e, ao mesmo tempo "um ingrediente interno que se opõe a esse desejo", que é o fato antiamor. E prossegue: "O medo do sofrimento relacionado com uma eventual ruptura do vínculo amoroso leva-nos a uma tendência contrária ao amor, tendência essa que só não é suficiente e definitiva em virtude do enorme anseio que existe em nossa subjetividade de que, de novo, venhamos a experimentar o aconchego e a harmonia que um dia foram nossa única razão de ser" (GIKOVATE, Flavio. *Uma nova visão do amor*, 7ª Ed., São Paulo, MG Editores, 2009, pp.71-73).

[67] Trata-se da técnica da ponderação, associada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aplicável nos casos de colisão de princípios fundamentais. Consiste, segundo Luís Roberto Barroso, "em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis..., especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas." (*A nova interpretação constitucional dos princípios*, in *Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.117).

TESE 108

Proponente: Elthon Siecola Kersul

Área: Família

Súmula:

A ausência no acordo das questões relativas à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) não constitui óbice para a homologação do pedido de divórcio consensual.

Assunto

Trata-se a referida proposta da impossibilidade de recusa do pedido de homologação do divórcio consensual com fundamento na ausência das questões relativas à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas).

De fato, ainda após a vigência da EC 66/2010 persiste o entendimento de que se não houver a previsão no divórcio consensual das cláusulas protetivas (alimentos, guarda e visitas), pode-se recusar o pedido de divórcio, com fundamento no artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio, bem como por analogia no artigo 1121, do Código de Processo Civil e artigo 1574, parágrafo único do Código Civil.

Referida entendimento incompreensível prolonga a infelicidade do casal em flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima do Estado e da facilitação do divórcio.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Conforme o artigo 4º, da Lei Complementar nº. 132/2009:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos ([Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009](#) (grifo nosso)).

Incontestável que a maior parte das demandas envolvendo Direito de família diz respeito aos pedidos de Divórcio.

É cediço também que em muitas situações a composição amigável ocorre tão somente em relação à dissolução do casamento ou dissolução, guarda e visitas, postergando-se a discussão da fixação da guarda e visitas dos filhos ou tão somente dos alimentos em favor dos filhos para discussão em ação própria, se houver necessidade.

Fundamentação fática e jurídica

Após a vigência da EC 66/2010 não pode mais subsistir o entendimento de que se pode recusar o pedido de homologação do pedido de divórcio consensual pela ausência de previsão das cláusulas protetivas aos filhos (alimentos, guarda e visitas) com fundamento no artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio, bem como por analogia no artigo 1121, do Código de Processo Civil e artigo 1574, parágrafo único do Código Civil.

Nessa esteira, conforme descreve Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (Introdução e Princípios Constitucionais do Direito das Famílias, ed. 2014, editora JusPodivm, Famílias, págs. 136): **“(...) Consequência interessante da supressão do instituto da separação do direito brasileiro é o afastamento do Estado da vida privada familiar, permitindo que o casamento e a sua manutenção (ou não) seja ato exclusivo de vontade das partes interessadas.** Afinal, ninguém pode ser obrigado a amar. Dar e receber amor é ato participativo de vontade, longe da participação estatal. **E, lembrando que a base fundante do Direito das Famílias é o afeto, detectado o seu fim, resta ao Estado aceitar a deliberação das partes, sem tentar afrontar ou limitar a sua vontade”.** (grifos nossos)

Ora, se as partes livremente se casaram, porque não podem ter a mesma liberdade para dissolver o casamento?

Nesse sentido, cumpre destacar o artigo “Da separação e do Divórcio” escrito e veiculado por Maria Berenice Dias no sítio eletrônico (<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,23>), no qual a ilustre Desembargadora do TJRS descreve:

“Talvez um dos mais incompreensíveis interditos é a previsão constante do parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, repetindo estranhamente a norma do § 2.º do artigo 34 da Lei do Divórcio. Os indigitados dispositivos autorizam o juiz recusar a homologação da separação se comprovar ele que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. **Surpreendente esse poder discricionário – chamado pela doutrina de “cláusula de dureza” – conferido ao magistrado de afrontar a vontade das partes, que vêm a juízo desvencilharem-se do casamento. Não dá para imaginar que motivo seria invocável ex officio para negar a separação e impor a manutenção do vínculo. Tal hipótese, ao que parece, representa verdadeiro retorno à indissolubilidade do casamento, princípio abandonado com o advento da Lei do Divórcio.”** (Grifo nosso).

E continua:

“Difícil identificar que interesses mereceriam ser preservados a ponto de obrigar que casamentos desfeitos não tenham o seu término chancelado pelo Estado. Se forem interesses de ordem patrimonial, com relação a um dos cônjuges, a solução seria decretar a separação, deixando-se somente de homologar a partilha. **Igualmente não se vislumbra vantagem aos filhos de viverem em um lar onde os laços de afeto não mais existem e a permanência do vínculo legal entre seus pais é imposta judicialmente. Havendo a obrigação de ambos os genitores, mesmo que separados, de prover o sustento da prole, e sendo assegurado o convívio de quem não detém a guarda, por meio da regulamentação das visitas, descabe falar em desatendimento dos interesses dos filhos a ponto de impedir que os pais concretizem o desejo de se separar.”** (grifos atuais).

Igualmente, a possibilidade de recusa da homologação do acordo de divórcio com fundamento na ausência das cláusulas protetivas afronta diretamente o princípio dispositivo e o da inércia da jurisdição, o qual impede que o processo se instaure sem requerimento, o que em outros termos, obsta que as partes sejam obrigadas a litigar sobre questões não levadas a juízo.

Esse é o escólio de José Carlos Barbosa Moreira:

“Fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como **o da iniciativa de instauração do processo**, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, **o da possibilidade de auto composição do litígio**, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante, Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. Temas de direito processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.).

Em outras palavras, o juiz somente é acionado se as partes não tiverem condições de solucionarem os próprios conflitos.

De fato, em virtude da ausência de celeridade da solução dos conflitos pelo poder judiciário é que surgem meios alternativos de solução de conflito como a Autocomposição e outros meios extrajudiciais, não podendo o Estado afastar a capacidade das partes de encontrar solução para os próprios litígios.

Ademais, com a EC nº66/10 o casamento civil “pode ser dissolvido pelo divórcio” (art. 226, §6º, da CF), não prevendo qualquer condição, requisito para a efetiva decretação do divórcio, revogando tacitamente a Lei 6515/77, principalmente o artigo 34, §2º, da Lei de Divórcio.

Entendimento diverso prolongaria de forma injustificável a infelicidade do casal em flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima do Estado, da liberdade e da facilitação do divórcio.

Ainda, em vista dos motivos acima elencados e levando em consideração a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende o fim do Instituto da Separação judicial (inclusive Tese Institucional 08/10), inaplicável por analogia o artigo 1121, do Código de Processo Civil e parágrafo único do artigo 1574, do Código Civil.

Por outro lado, ainda que se adotasse entendimento diverso, da aplicabilidade do parágrafo único, artigo 1574, do Código Civil ao divórcio, o Juiz somente poderia **intervir no limite da preservação dos incapazes ou de um dos cônjuges, em situações excepcionalíssimas**, que acarretasse manifesto prejuízo ou patente desigualdade entre cônjuges, **permitida ainda a cisão dos pedidos**.

Nesse sentido, o enunciado 516, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concodância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.

Nesta esteira também é o escólio de Milton Paulo de Carvalho Filho, (Código Civil Comentando, Coordenador Ministro Cezar Peluzo, fls. 1571, 8ª Edição, 2014):

“O Juiz poderá negar a homologação se verificar a insinceridade do pedido de um dos cônjuges, se vislumbrar no acordo que a vontade de um deles está dominada pela do outro, **ou se perceber que a separação é concedida por um dos consortes mediante pacto leonino que prejudica, gravemente, o outro e a prole, não atendendo a seus interesses** (Veja Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil: direito de família. São Paulo, Saraiva, 2002).” (Grifos nossos)

Verifica-se assim que mesmo antes da EC 66/2010, o entendimento predominante era de que o juiz somente poderia recusar a homologação **em situações graves e**

excepcionalíssimas, mas não pela ausência no acordo das questões referentes à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas).

Nesse sentido:

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. CABIMENTO. Como o julgador tem o dever de recusar a homologação quando o acordo não preserva suficientemente os interesses dos consortes ou dos filhos, o juízo de valoração previsto no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil passa a integrar o ato homologatório em si, de forma a ensejar a possibilidade de conhecimento do recurso. **Contudo, somente em especialíssimas situações, de flagrante desigualdade ou manifesto prejuízo, esta Corte tem manifestado oposição à respectiva chancela judicial, o que inócorre na espécie.** (Apelação Cível nº. 70018784686, TJRS, Sétima Câmara Cível, 2007/Cível, Des.^a Maria Berenice Dias, Relatora) (Grifo Nosso).

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. **ACORDO APENAS QUANTO À DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL**, DISCORDANDO AS PARTES NO QUE TANGE AOS ALIMENTOS E EVENTUAL PARTILHA DE VERBA INDENIZATÓRIA TRABALHISTA. **FEITO CONVERTIDO EM AÇÃO DE ALIMENTOS**, COM ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO NA NOVA AÇÃO, A QUAL, UMA VEZ APRESENTADA, NÃO FOI RECEBIDA PELO DECISOR. RECURSO PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE SEJA DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO, nº 70008164311 OITAVA CÂMARA CÍVEL, 2004/CÍVEL, TJRS, DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT, Relator-Presidente).

Por fim, cumpre também transcrever o voto nº. 21082, Relator: Caetano Lagrasta, da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento n. 990.10.357301-3 – Bauru) que corrobora com a tese proposta:

“O recurso comporta provimento. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico.

A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva - relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa - ou objetivas -transcurso do tempo.

Ante a alteração da Constituição e a não recepção do instituto da separação judicial, restaria violado o princípio do acesso a uma ordem jurídica e célere (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF), se findo o processo com a extinção do feito por falta de interesse de agir ou a improcedência do pedido, devendo o julgamento adequar-se ao novo ordenamento jurídico decorrente da manifestação do Poder Constituinte Derivado.

Ressalta-se que não há alteração dos fatos narrados em prejuízo da defesa da parte contrária, conforme acenado com os arts. 264 e 294 do CPC, mas apenas nova configuração jurídica para os mesmos, sendo esta a principal atividade do julgador, aplicar o Direito vigente aos fatos narrados.

Nesse sentido, com base no art. 515, § 3º, do CPC, incontroverso que as partes são casadas, de rigor a imediata procedência do pedido de divórcio, de acordo com o art. 226, § 6º, da CF, determinando-se o regular andamento do feito em relação aos outros capítulos. **Isto porque a extinção do vínculo matrimonial e a cessação da sociedade conjugal não dependem da resolução das outras questões do processo.**

Incabível a recusa pelo cônjuge ou companheiro, o divórcio tem sua decretação imediata, bastante a vontade de um deles, uma vez que não mais poderá discutir a culpa.

Nesse sentido, afirma JOSÉ FERNANDO SIMÃO que: A culpa acabou no Direito de Família? A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento. O divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante. O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas, acabou definitivamente. Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de família? Não. (...) Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a culpa em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais. Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges. (A PEC do Divórcio - A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família - A passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno. "Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões". Número 17. IBDFAM e Editora Magister, 2010, pp. 14 e ss.).

As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em "cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentenciai, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão" (Capítulos de Sentença. 4a ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 12).

Observa-se que solução diversa não preservaria a força normativa da Constituição e a carga axiológica decorrente da normatização dos princípios da dignidade humana e liberdade na busca do amor e da felicidade." (Grifos atuais).

Portanto, a ausência de previsão no acordo das questões relativas a guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) ou a discussão posterior em ação própria não constitui óbice para homologação do divórcio consensual.

Dessa forma, propõe-se a referida tese institucional: A inexistência no acordo das questões relativas a alimentos, guarda e visitas aos filhos menores (cláusulas protetivas) não é óbice para a homologação do divórcio consensual.

Sugestão de operacionalização

Identificado caso que se amolde à situação fática exposta na fundamentação, deverá ser realizado o divórcio consensual prevalecendo o respeito à vontade das partes ainda que as questões referentes à guarda, visitas e alimentos aos filhos menores (cláusulas protetivas) sejam postergadas para discussão em ação própria, se houver necessidade.

TESE 117

Proponente: Nalida Coelho Monte

Área: Família

Súmula:

As medidas protetivas de urgência da lei 11.340/06 não exigem, para sua concessão e manutenção, a existência de boletim de ocorrência, representação criminal ou procedimento criminal.

Assunto

Violência doméstica – natureza jurídica das medidas protetivas de urgência – desnecessidade de boletim de ocorrência ou representação criminal

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Atuação na defesa dos direitos da mulher vítima de violência – deliberação csdp nº 143/2009, anexo i, artigo 8º, i, ii e v

DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO INDEPENDENTEMENTE DE PROCESSO CRIMINAL

As medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 são providencias de caráter “cível”(fixação de alimentos provisórios ou provisionais, suspensão ou restrição de visitas), penal(proibição de contato ou aproximação, decretação de prisão preventiva) e administrativo- penal(suspensão do porte de armas), que objetivam tutelar a mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Para a sua concessão, nos termos do que preconiza o art. 22^[1] do referido diploma legislativo, deve-se comprovar **apenas a ocorrência da violência doméstica e familiar**. Estabeleceu-se tratamento diferenciado à mulher, em razão de ao longo dos anos, esta ter ocupado uma posição de subalternidade em relação ao homem (em decorrência do reforço da ideologia patriarcal), de modo que a busca pela chamada igualdade material justifica a adoção de instrumentos de proteção especial aptos a prevenir e erradicar a discriminação da mulher em razão do gênero.

Uma vez justificada a necessidade de especial proteção à mulher, faz-se necessário definir a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Sobre o tema, há que se questionar, primeiramente, o modo pelo qual é possível determinar a natureza jurídica de um instituto na Ciência do Direito. Segundo a melhor doutrina, para realizar a contento tal desiderato, deve-se considerar a análise do instituto como atividade lógica de classificação,

“[...] pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais. Definição (busca da essência) e a classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza^[2]”.

Dito isso, qual seria a definição/essência e classificação/posicionamento comparativo que então determinariam a natureza jurídica das Medidas Protetivas previstas na Lei Maria da Penha?

Naturalmente, há uma dificuldade inicial razoável no que tange a tais questionamentos, mormente em razão de não haver posicionamento doutrinário ou jurisprudencial consolidados no Direito Pátrio em relação a questão. Entretanto, surgiu o entendimento, segundo o qual, as medidas protetivas de urgência têm caráter cautelar, caracterizando-se como procedimento acessório em relação ao processo principal de natureza criminal. Nesses termos, submete-se a validade da Medida Protetiva à instauração de um processo principal.

Conforme se demonstrará, não se pode concordar com o pensamento esposado acima, que considera que as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 ostentam a natureza jurídica de medidas cautelares, sendo por consequência medidas de caráter instrumental.

Pensar dessa forma, é o mesmo que retirar a efetividade do processo, “desvinculando o direito processual dos problemas sociais, econômicos e psicológicos que gravitam ao redor de suas conceituações ou construções lógicas.”^[3]

A título de intróito, não se pode confundir provimento cautelar com a função de preventividade que diversos provimentos jurisdicionais possuem, incluindo os provimentos cautelares. Assim, pode-se afirmar que existem procedimentos jurisdicionais que possuem caráter preventivo, posto que se destinam a evitar a lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme preconiza o art. 5º, XXXV da Constituição Federal e provimentos jurisdicionais de caráter repressivo aptos a tutela de direitos já lesionados.

No que se refere a tutela jurisdicional de caráter preventivo, não se pode olvidar que esse tipo de tutela não se esgota nos procedimentos cautelares, devendo, em verdade, considerar esse tipo de tutela (preventiva) um gênero, nas quais se encontram como espécies, a tutela cautelar, a tutela antecipada, a tutela inibitória, dentre outras. Em relação ao tema assim afirma CASSIO SCARPINELLA BUENO^[4]:

“Melhor do que entender a preventividade como algo inerente a um “processo” (o “cautelar”), portanto, é entendê-la como algo inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. E nem poderia ser diferente à luz do art. 5º XXXV, da Constituição Federal que se refere expressamente a lesão ou ameaça de lesão a direito, impondo que ambas sejam objeto de proteção do Estado- Juiz. Por isso, a proposta desde o n.2 da Introdução, é a de distinguir a “tutela jurisdicional”(e não o processo ou a ação) em “preventiva” e “repressiva”. É aquela, a tutela “preventiva”, que se relaciona (mas não se esgota) com que o Código de Processo Civil chama de “processo cautelar”.”

Pelo exposto, não se pode, simplesmente, classificar as medidas protetivas de urgência como “*cautelares propriamente ditas*” somente em razão das mesmas apresentarem feição preventiva, posto que, conforme já mencionado existem diversos outros tipos de provimentos jurisdicionais preventivos que não se confundem com os cautelares.

Dessa forma, **as medidas protetivas de urgência ostentam natureza jurídica de tutela inibitória**. Buscam resguardar o direito material da mulher em ter sua vida, integridade física e psicológica não violadas, de modo que a ofendida busca um provimento judicial que visa inibir um ato ilícito ainda não praticado ou impedir a reiteração de um ato já cometido ou

a continuação de uma atividade ilícita em curso por parte do agressor. Trata-se de tutela jurisdicional preventiva, voltada para o futuro(ainda nos casos em que se destina a impedir continuação de ato ilícito, posto que não se destina somente a reparação do dano). **Não se trata, pois, de procedimento cautelar, razão pela qual não há que se falar em processo principal**, pois o procedimento para a decretação de medidas protetivas de urgência é de conhecimento, principal e satisfativo.

O ordenamento jurídico estimula, pois, a adoção da tutela inibitória apta a prevenir, remover ou impedir a continuação de um ato ilícito. Há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma tutela inibitória atípica, fundada no princípio geral da prevenção. Ora, não basta que o ordenamento garanta direitos é necessário, ainda, que existam meios de conferir proteção a estes direitos afirmados. Por essa razão, pode-se dizer que quem tem direito material, tem direito de requerer a tutela desse direito material, que pode ser de cunho preventivo ou repressivo. Em relação ao tema assim se posiciona Luiz Guilherme Marinoni^[5]:

“O direito à tutela jurisdicional , que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas direito de ir ao Judiciário, mas o direito de obter a via técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente realizado através da jurisdição. O direito a tutela, assim, é o direito à técnica processual(por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material”.

As medidas protetivas de urgência são provimentos aptos a **garantir a integridade da mulher em situação de violência, com vistas a impedir a continuidade ou repetição do ilícito.** Portanto, as referidas medidas não possuem natureza jurídica de cautelares, pois não são dotadas das características de instrumentalidade, referibilidade e provisoriedade, comuns as “cautelares propriamente ditas”.

Os provimentos jurisdicionais, previstos no art. 22 da Lei 11.340/2006, não se destinam a eficácia da decisão jurisdicional a ser proferida em outro processo (no caso, em feito de natureza criminal), o objetivo das medidas protetivas é a defesa dos direitos **da paz, habitação e inviolabilidade da integridade física e psicológica da mulher, de forma que não se prestam para garantir a efetividade de um processo criminal, por exemplo.**

No ponto, deve-se destacar que os objetivos do processo criminal e do requerimento de concessão de medidas protetivas são diversos. Ora, quando se pratica um crime (ação/omissão contrária anormal penal) surge para o Estado- Juiz a possibilidade de aplicação da norma penal secundária, quer dizer o “direito de punir”, a ser exercido no decorrer de um processo criminal. Nesse sentido, para que a Ação Penal seja julgada procedente necessário que o órgão de acusação tenha êxito na prova da culpa do acusado, surgindo por consequência, o direito de punir ou aplicar a pena. Por outro lado, as medidas protetivas de urgência objetivam a tutela da integridade física e psicológica da mulher em situação de violência, em nada se relacionado com a aplicação da pena pelo Estado –Juiz. Assim, as medidas protetivas de urgência não possuem caráter instrumental (posto que não objetivam garantir a eficácia de provimento jurisdicional a ser proferido em outro processo). Repise-se que o objetivo das medidas da Lei Maria da Penha é a garantia do direito a paz, habitação, vida, incolumidade física e psicológica da vítima de violência doméstica, sendo, portanto, um fim em si mesmo, motivo pelo qual se pode concluir que, as medidas protetivas tutelam o próprio direito material.

Não se pode concluir, de forma apriorística que, ao fim do processo criminal, as medidas protetivas de urgência deixam de ser úteis, sobretudo, nos casos em que a violência não cessou.

A exposição acima demonstra que as medidas protetivas não encartam as características determinantes dos provimentos cautelares propriamente ditos, sobretudo, a instrumentalidade.

Em relação ao tema o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu:

STJ – RECURSO ESPECIAL Resp 1419421 GO 2013/0355585-8 (STJ)Data de publicação: 07/04/2014 Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340 /2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340 /2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. 3. (STJ, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, D.J. 11.02.2014).

Deve-se destacar, ainda, outro ponto de fundamental relevância, **a necessidade de se respeitar a autonomia da mulher em situação de violência.** Embora, a mulher, nesses casos, esteja vulnerável e necessite de uma especial proteção por parte do Estado, não se pode retirar da mesma o poder de decidir. Assim, se a vítima não deseja representar criminalmente o agressor (por ainda possuir com o mesmo, relação de dependência emocional ou mesmo temor de presenciar um membro da família condenado, criminalmente), não se pode exigir como condição para a tutela de sua incolumidade física e psicológica (através das medidas protetivas), a o registro da ocorrência ou representação criminal, sob pena de CONDICIONAR a proteção da mulher em situação de violência.

Em valiosa contribuição para o tema, pode-se mencionar as conclusões obtidas pela Rede de Enfretamento a Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Cidade de São Paulo- Rede Leste, no sentido de que “os tipos de violência (descritos no art. 7º da Lei 11.340/2006) não equivalem aos “tipos penais”. Estes, ao contrário daqueles, têm sua preocupação centrada não na pessoa vitimada, mas naquele/a que vítima, na conduta criminosa, que nada diz da violência, mas sim da dinâmica seletiva intrínseca ao Sistema de Justiça Criminal(...)”. E conclui afirmando: “que a Lei Maria da Penha deslocou o tratamento complexo deste problema social dos “tipos penais” para “os tipos de violência”, permitindo pensar medidas específicas de proteção e de cuidado caso a caso, sem haver uma resposta (penal) pré-construída, pronta e acabada e que quase nunca se efetiva como enfrentamento individual e coletivo, senão perpetua a violação do direito à saúde e à vida. A lei não prescinde dos tipos penais, mas não vincula e nem subordina a proteção das mulheres à existência ou não de crime (registro de ocorrência, representação, processo-crime, condenação etc). Na LMP, o recurso à tipificação da conduta violenta diz respeito ao desejo da mulher de ver o autor da violência processado e não ao desejo de ser protegida pelas medidas de proteção.”

Dessa forma, ao buscar um provimento judicial capaz de protegê-la, a mulher em situação de violência tem como maior interesse (às vezes único interesse) a manutenção de sua integridade física e psíquica e a de seus familiares. Ter em mãos a determinação judicial de afastamento do agressor confere a mesma a sensação de segurança e proteção que a fazem crer na possibilidade de uma vida sem violência.

Nesse sentido, importante considerar a lição da Ilustre Defensora Pública Júlia Maria Seixas Bechara, em artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)^[6]:

Para alguns, é possível que se entenda que o principal é o processo criminal. Todavia, essa vinculação traria inconvenientes, em especial a desproteção da mulher em caso de retratação da representação ou a manutenção dessa para garantia de vigência da ordem. **Ademais, não se pode admitir que medida de natureza cível vincule-se a processo principal de caráter criminal.**

[...] Tal consequência, por demais gravosa, vai de encontro à razão de existência das próprias medidas protetivas. Se, de um lado, se constatam dificuldades para o ajuizamento das demandas, como o acesso à célere assistência jurídica, a obtenção de documentos necessários à propositura da ação ou mesmo a instabilidade emocional, de outro lado é possível que sequer exista a necessidade de outro feito, como mencionado anteriormente. **De tal modo, a exigência de futura propositura de ação significaria nova desproteção à vítima, em atendimento a formalismo incompatível com o mecanismo de solicitação da ordem.** Grifo Nosso.

No mesmo sentido afirma a Ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias:

As medidas deferidas, em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, ou seja, não é imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias. Todas têm caráter satisfativo, não se aplicando à limitação temporal imposta na lei civil. Subtrair a eficácia da medida depois do decurso de determinado prazo, conforme é sustentando em sede doutrinária, pode gerar situações para lá de perigosas. **Basta supor a hipótese de ter sido afastado o ofensor do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, tendo ela ficado no domicílio comum junto com a prole. Decorridos 30 dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da decisão, tenha o agressor o direito de retornar ao lar**^[7]. Grifo Nosso.

Registre-se, ainda, que com a argumentação aqui expendida não se pretende defender a validade *ad aeternum* das Medidas Protetivas, mas tão só que sua duração não se condicione nem se limite à existência de um processo principal de natureza criminal.

Nesse aspecto, merece transcrição do Juiz de Direito titular da Comarca de Goiatins (TO), Coordenador Estadual da Política de Proteção da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito do Tribunal de Justiça do Tocantins, *in verbis*:

Acerca da fixação de prazo judicial para vigência das Medidas Protetivas Urgentes, como em alguns casos, seis meses, em analogia aos prazos decadenciais de que dispõe a vítima para os crimes sujeitos à queixa ou à representação previstos no artigo 38 do CPP, a contar da data do último ato de violência, importa em nova sujeição da mulher à risco e à vulnerabilidade social.

Ora, após aquele prazo, o agressor que se aproxima da mulher ou retorna ao lar conjugal, não estaria mais descumprindo a ordem judicial de distanciamento e nem estaria sujeito à prisão cautelar prevista no inciso I do artigo 313 do CPP.

Ao meu sentir, a melhor solução jurídica é a não fixação de prazo às Medidas Protetivas Urgentes.

Após o julgamento por sentença cível do mérito do pedido de MPU, a eficácia da coisa julgada se protrairá no tempo indefinidamente, à

semelhança do que ocorre com as decisões proferidas em ações de alimentos.

Inclusive nessas ações embora o artigo 15 da Lei 5.478/1968 afirme não haver trânsito em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados, a melhor doutrina aqui representada pela Professora Maria Berenice Dias afirma que a coisa julgada é limitada aos fatos, à causa de pedir e ao pedido lá deduzido.

Ora, após o trânsito em julgado, as partes de uma demanda de alimentos não podem voltar à justiça pedindo a revisão do julgado sob os mesmos fatos antes afirmados, pois sobre eles há coisa julgada material!

Caberia essencialmente ao agressor, após o trânsito em julgado, e para não se impingir de descumpridor das medidas judiciais, pedir, por simples petição nos autos, com anuência expressa de sua vítima, o cancelamento daquelas medidas, à semelhança do pedido de restabelecimento da sociedade conjugal nas antigas ações de separações judiciais (artigo 46 da Lei, 6.515/1977)[8]. Grifo Nosso.

Por fim, deve-se destacar que a concessão das medidas protetivas não restringe em nada o direito ao contraditório, ampla defesa ou quaisquer outras garantias constitucionais do suposto agressor. Ora, o contraditório e ampla defesa são assegurados ao mesmo no processo de concessão de medidas protetivas, sendo oportunizado que o réu, no processo de concessão de medidas protetivas, tenha o direito de influir no convencimento do magistrado produzindo provas e requerendo audiência, por exemplo.

Não se pode sequer afirmar que concessão das medidas protetivas, **ante a inexistência de um processo criminal, poderia implicar na restrição da liberdade do agressor por tempo indeterminado**, em caso de descumprimento das medidas, em função do art. 20 da Lei 11.340/2006[9], **uma vez que a própria Lei Maria da Penha admite a aplicação de outras providências previstas no Código de Processo Civil(por exemplo, multa)[10] para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22 da lei 11.340/2006.** No ponto, cumpre destacar que a possibilidade de fixação de multa, em virtude do estabelecimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, bem como, a referência expressa ao art. 461 do CPC é conclusão lógica de que as medidas da Lei Maria da Penha têm caráter de tutela inibitória. É cediço que o art. 461 do CPC “*é a fonte normativo –processual da tutela inibitória individual, tornando viável a obtenção desta tutela através da propositura de uma única ação, sem que seja necessário pensar em ação cautelar e ação de execução.*” [11]

Nesse diapasão, ausente a *noticia criminis*, representação criminal ou processo principal relativo ao requerimento das medidas protetivas de urgência, as mesmas, ainda, poderiam ser deferidas, uma vez constatada a prática de quaisquer tipos de violência descritos no art. 7º da Lei 11.340/2006. Em caso de descumprimento das medidas deferidas, nos termos mencionados neste parágrafo, poderia o julgador fixar a multa do art. 461 do CPC para constranger o suposto agressor a respeitar as medidas protetivas.

A possibilidade de aplicação do CPC ao procedimento de concessão de medidas protetivas de urgência decorre de autorização expressa da própria Lei 11.340/2006, que possui caráter misto, caracterizando-se por ser sistema **legal múltiplo com dispositivos de natureza penal, civil e processual com vistas a garantir ampla e integral proteção da mulher vítima de violência.**

Em que pese a constatação acima mencionada, não se pode olvidar que, atualmente, os Juizados de Violência Doméstica têm se transformado em “varas

criminais". Tal fato é facilmente percebido pelos seguintes Enunciados do Fonavid, abaixo transcritos:

ENUNCIADO 3 – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família ser processadas e julgadas pelas Varas de Família.

ENUNCIADO 5 – A competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher está condicionada à existência de notícia-crime ou representação criminal da vítima.

Os referidos Enunciados vão de encontro ao objetivo da Lei Maria da Penha, mitigando a proteção da mulher em situação de violência, bem como, condicionando a proteção da incolumidade física e psicológica dessas mulheres à existência de um Boletim de Ocorrência ou processo-crime, frustrando, dessa forma, a finalidade social da Lei.

Ademais, condicionar a competência do Juizado de Violência Doméstica à existência de *Notícia Criminis* ou Boletim de Ocorrência é manifesta violação ao art. 14 c/c art. 33 da Lei 11.340/2006^[12], que criaram um verdadeiro “juízo universal” ou “juízo integral” para processamento, julgamento e execução das causas derivadas de violência doméstica, com intuito de facilitar o acesso à justiça, evitar decisões contraditórias e perceber o problema da mulher em situação de uma forma completa.

Por fim, não se pode deixar de destacar que a Lei Maria da Penha não tem apenas a finalidade punitivista ou caráter somente penal. **Ao contrário, a Lei 11.340/2006 sequer faz menção a tipos penais. Por outro lado, o referido diploma legislativo possui diversas previsões de caráter preventivo (inclusive, com a previsão de políticas públicas) e assistencial (termo, aqui, aplicado no sentido de minorar os efeitos da violência doméstica após sua ocorrência),^[13] razão pela qual não se pode incorrer no erro de transformar esses Juizados em varas criminais.**

Por todo o exposto, pode-se concluir que as medidas protetivas de urgência, em razão de sua natureza de tutela inibitória podem ser concedidas, ainda, que ausentes a *notícia criminis* e representação criminal.

Fundamentação fática

Inúmeros são os casos em que os Juizes de Violência Doméstica condicionam o requerimento e concessão das medidas protetivas de urgência ao Boletim de Ocorrência ou representação criminal, mitigando a tutela da incolumidade física e psicológica da mulher em situação de violência.

Tal forma de proceder deve-se ao entendimento, segundo o qual, as medidas protetivas de urgência possuem natureza de cautelares.

Muitos são os casos em que o Magistrado reconhece que a mulher se encontra em situação de violência, concedendo as medidas pleiteadas e ao oficiar a delegacia e ser informado da ausência de representação criminal, extingue o feito, sob o argumento de que as medidas protetivas têm caráter de cautelares.

Ressalte-se, que muitas vezes, a extinção das medidas protetivas ocorre sem que se comprove qualquer alteração da situação fática que ensejou a sua concessão. Em outros termos, não se verifica a necessidade das medidas no caso concreto, bastando para sua extinção, a simples afirmação da Delegacia de Polícia de que inexistente procedimento criminal

instaurado relativo ao Boletim de Ocorrência, que serviu como fundamento do requerimento das medidas de urgência.

Casos, há, em que as medidas protetivas são extintas, antes mesmo da notificação do agressor, ante a informação, nos autos, de que não há representação criminal. Perceba-se que o provimento jurisdicional sequer chega a operar efeitos no mundo real, tornando o processo destituído de efetividade.

Existem, ainda, situações nas quais o Magistrado, ao tempo, em que profere a sentença, MESMO CONDENATORIA, extingue a medida protetiva, em razão da suposta cautelaridade desse tipo de provimento jurisdicional.

Diante dos altos índices de extinção das medidas protetivas de urgência, passou-se a estudar acerca da natureza jurídica das mesmas.

Sugestão de operacionalização

Requerimento de medidas protetivas sem a exigência de Boletim de Ocorrência, desde que comprovada a existência de violência de gênero no contexto de uma relação íntima de afeto e Interposição de recurso de apelação, no caso de extinção das medidas protetivas concedidas, em razão da ausência de representação criminal, conforme modelo que segue em anexo.

Referências Bibliográficas:

[1] 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:

[2] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

[3] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitoria: Individual e Coletiva 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag.24.

[4] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 04, 6. Ed. Editora Saraiva, Pag. 158.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA INIBITORIA: INDIVIDUAL E COLETIVA, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 71.

[6] BECHARA, Júlia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/689>>. Acesso em 13/10/12.

[7] Idem.

[8] LIMA, Luatom Bezerra Adelino de. **Medidas protetivas de urgência em favor de homens**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/luatom-limamedidas-protetivas-urgencia-favor-homens>>. Acesso em 22/10/12.

[9] Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

[10] § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos [§§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 \(Código de Processo Civil\)](#).

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA INIBITORIA: INDIVIDUAL E COLETIVA, 5 /*ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 86.

[12] Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

[13] Dentre as medidas de caráter assistência previstas na Lei 11.340/2006, pode-se citar: interrupção do contrato de trabalho da mulher em situação de violência; Inscrição da mulher em programas sociais por tempo determinado; encaminhamento da mulher para casas abrigo; encaminhamento do agressor para programas de reeducação.

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE INSTITUCIONAL 02

Nome: João Victor Rozatti Longhi

Área de atuação: Família

Súmula

Em ações de exoneração de alimentos com alimentandos absolutamente capazes a competência é relativa e a demanda pode ser proposta no domicílio do autor devedor.

Assunto

Família – alimentos – exoneração - competência relativa – domicílio do autor.

Fundamentação jurídica

DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA – COMPETÊNCIA RELATIVA – MATÉRIA NÃO APRECIÁVEL DE OFÍCIO.

A regra do art. 53, II do CPC assim dispõe:

*Art. 53. É competente o foro: II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que **se pedem** alimentos (grifamos);*

Dessa maneira, a regra trazida pela lei vem no sentido de tratar como de competência absoluta quanto à matéria ações que tem por objeto o pleito à obrigação com prestação positiva, ou seja, de se pagar alimentos, combinando-se sua fundamentação com a regra do ECA que visa proteger crianças e adolescentes.

Logo, a regra trata de ações de alimentos propriamente ditas, revisionais ou de execução de título extrajudicial, etc. A função do instituto, em tese, é proteger o alimentando, parte presumivelmente vulnerável em termos processuais que teria mais dificuldades em se defender em processos movidos contra si em comarca diversa da sua.

Contudo, a regra comporta exceção, dentre elas a ação de exoneração de

alimentos, que tem como pedido a cessação da prestação alimentícia.

Nesse caso, a competência não é absoluta quanto à matéria, **MAS RELATIVA**, devendo ser decidida apenas em caso de arguição preliminar pelo demandado e não de ofício pelo juiz.

Nesse sentido, recente aresto do TJRS:

CONFLITO NEGATIVO. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLINAÇÃO DE

OFÍCIO. A competência territorial, por ser relativa, em regra, não pode de declinada de ofício e prorroga-se, caso não seja excepcionada (artigos 64 e 65 do CPC). **Assim, tratando-se de ação de exoneratória de alimentos, descabe ao juízo declinar de ofício da competência, apenas porque o processo foi ajuizado no foro do domicílio do alimentante.** ACOLHERAM O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. (TJRS - CComp 70079306221 - 8.ª Câmara Cível - j. 6/12/2018 - julgado por Rui Portanova)

Convém destacar que o inteiro teor do julgado revela situação idêntica a desses autos: pai que ajuíza ação contra filho maior visando exoneração de alimentos na comarca de Alvorada/RS sendo que o filho reside Gravataí/RS. O juízo de Alvorada declinou de ofício a competência, remetendo os autos ao Juízo de Gravataí quem, por seu turno, suscitou o conflito negativo de competência uma vez se tratar de competência relativa O Tribunal decidiu que o juízo de Alvorada – FORO DO PAI/ALIMENTANTE – seria o competente, não podendo ser a competência relativa declinada de ofício.

Igualmente, já consignou este E. TJPR:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA EM FACE DE FILHO MAIOR DE IDADE. COMPETÊNCIA TERRITÓRIAL. CARÁTER RELATIVO. AUSÊNCIA DE EXCEÇÃO LEGAL A JUSTIFICAR O DECLÍNIO, DE OFÍCIO, DA COMPETÊNCIA NO CASO EM APREÇO. APLICAÇÃO DA SÚM. 33 DO STJ “A INCOMPETÊNCIA RELATIVA NÃO PODE SER DECLARADA DE OFÍCIO”. FORO REGIONAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA QUE NÃO OSTENTA COMPETÊNCIA DE CARÁTER FUNCIONAL ABSOLUTO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM AS VARAS DESCENTRALIZADAS. CONFLITO ACOLHIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (TJPR - Relator: Ivanise Maria Tratz Martins Processo: 0007341-84.2017.8.16.0188. Data Publicação: 06/04/2018 Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível. Data Julgamento: 05/04/2018).

Fundamentação fática

DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS – COMARCA SEM DEFENSORIA PÚBLICA (DEL. CSDP/PR 042/17)

Em regra ocorre quando o autor ajuíza ação de exoneração de alimentos contra a parte ré, filho maior de idade que não mais ostenta situação jurídica de presunção de necessidade haja vista não estar matriculado em curso superior ou técnico nem enquadrar-se em outras situações que ensejem o dever, por parte do autor, de manter-se obrigado a prestar alimentos. O demandado reside em outra comarca, inclusive sem Defensoria, em regra.

Daí porque ajuizar na comarca do pai é melhor para o assistido.

Em se tratando de situações como estas, onde o assistido procura a Defensoria para atendimento inicial e a comarca do pretense *ex adverso* não dispõe de Defensoria, prevê a Del. CSDP/PR 042/17:

Art. 1º. Incumbe à Defensoria Pública do Estado do Paraná a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados ...omissis...

§2º - Em se tratando de demandas urgentes que tramitarão em outros Estados, deverá ser observado o acordo entre Defensorias Públicas-Gerais (Condege), promovendo o Defensor Público o primeiro atendimento do usuário na própria localidade de sua residência, desde que possua atribuição na matéria e **exista Defensoria Pública com atribuição na comarca competente para o feito. (grifamos).**

Sugestão de operacionalização

Em se tratando de assistido que quer se exonerar de alimentos por ser o filho maior morando em outra comarca, encaminhar para atendimento e ajuizar ação no domicílio do pai ou mãe que presta alimentos para ajuizamento da ação de exoneração.

Referências

DIAS, Maria Berenice. Alimentos - Direito, ação, eficácia e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 21 mai. 2019.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. . 3. ed. Manual de Direito Civil. Salvador: JusPodivm

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Família. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CASSETARI, Christiano. Elementos de direito civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Art. 186. Disponível em <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 21 mai. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo. 4. ed. Salvador. JusPodivm, 2019.

CRIMINAL

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

TESE 11

Proponente:

Área: Criminal

Súmula:

Abertura de vista dos autos, em Segunda Instância, para a Defensoria Pública após a apresentação do parecer pelo Ministério Público – paridade de armas – homenagem ao contraditório e à ampla defesa – inobservância – nulidade do julgamento.

II Encontro Estadual - 2008

Fundamentos:

Os processos criminais em segunda instância são submetidos à análise da Douta Procuradoria de Justiça para a elaboração de parecer.

Afirma-se, de forma amplamente majoritária na doutrina e na jurisprudência, que referida atuação se dá na condição de *custos legis* e, portanto, o julgamento do recurso sem a possibilidade da Defesa manifestar-se após o parecer ministerial, não viola o contraditório e a ampla defesa. Assim, em sede recursal, o Ministério Público posiciona-se por último.

Contudo, referida posição precisa ser revista.

A atuação enquanto *custos legis* não retira a necessidade da observância do contraditório, até porque, o Ministério Público não deixa de ser *custos legis* em primeira instância, onde, sem dúvida alguma, a garantia deve ser observada.

E mais, **nas sustentações orais da defesa em sessão de julgamento no tribunal**, abre-se a palavra ao *custos legis* após a Defesa, numa nítida observância ao contraditório que, para a Defesa, não existe.

De mais a mais, o que se experimenta atualmente, salvo raras exceções, é que o parecer da Douta Procuradoria de Justiça, além de reiterar os argumentos da acusação, vem a reforçá-los, enriquecendo-os e inovando-os. E mais, por vezes, o acórdão se vale dos fundamentos constantes no parecer como razão de decidir, sem que fosse dada a possibilidade à Defesa de enfrentá-los.

Em nossa ótica, não resta a menor dúvida de que o procedimento atual viola frontalmente o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Assim, proponho aos nobres colegas que, em sede de preliminar de qualquer recurso e/ou HC, seja requerida a abertura de vista dos autos para a Defensoria Pública após a juntada do parecer ministerial.

DOCTRINA:

*“Feitas essas colocações, é de ver que o Ministério Público tem atuação em diversas instâncias. No órgão de primeiro grau, via de regra como parte. No segundo grau de jurisdição pode atuar tanto como parte como fiscal da lei, especialmente quando exara parecer nos processos, em grau de recurso. Conforme **Rômulo de Andrade Moreira**, o parecer do ‘Ministério Público, por intermédio do Procurador de Justiça’ é de duvidosa constitucionalidade, pois, ‘ainda que na condição de custos legis, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o promotor de justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa’, razão pela qual ‘este privilégio fere o contraditório (ação versus reação), a isonomia (paridade de armas), o devido processo legal (a defesa fala por último) e a ampla defesa (direito do acusado de ser informado também por último)’.”*

JULGADOS:

Tomamos conhecimento do acórdão referente à apelação de nº. 963980.3/5, julgada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acompanhada de brilhante parecer do Ministério Público.

O Promotor de Justiça, **Dr. Alberto Camiña Moreira**, designado para a apresentação do parecer, de **forma exemplar fez constar**:

*“1. Ofício por determinação da Administração Superior do Ministério Público, em ato questionado perante o Conselho Nacional do Ministério Público, e por ele mantido, ao menos até esta data; atuo contra a minha vontade. Não é função do subscritor manifestar-se perante os Tribunais.
2. Até por isso, fica argüida a ilegitimidade da atuação da Procuradoria de Justiça nesta fase processual. Ofende o princípio da dignidade da pessoa humana o Ministério Público atuar, no processo penal, em posição de vantagem quantitativa em relação ao acusado. Há um desequilíbrio; fere a paridade de armas, fere a amplitude de defesa. No julgamento do **HC 87926**, em julgamento ainda não concluído, eis a notícia do voto do Ministro Cezar Peluso:*

‘O Min. Cezar Peluso, relator, deferiu o writ para anular o julgamento do recurso em sentido estrito e determinar que outro se realize, observado o direito de a defesa do paciente, se pretender realizar a sustentação oral, somente fazê-lo depois do representante do Ministério Público. Entendeu que, mesmo invocada a qualidade de custos legis, o membro do Ministério Público deve manifestar-se, na sessão de julgamento, antes da sustentação oral da defesa, haja vista que as partes têm direito à observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Ressaltando a unidade e indivisibilidade do parquet, asseverou ser difícil cindir sua atuação na área recursal, no processo penal, de modo a comprometer o pleno exercício do contraditório. Aduziu, também, que o direito de a defesa falar por último é imperativo e decorre do próprio sistema, e que a inversão na ordem acarretaria prejuízo à plenitude de defesa. Ademais, afirmou não ser admissível interpretação literal do art. 610, parágrafo único, do CPP (“...o presidente concederá...a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando requerer...”) e que o art. 143, §2º, do Regimento Interno do TRF da 3ª Região, que dispõe que o parquet fará uso da palavra após o recorrente e o recorrido, merece releitura constitucional.

3. Para não me alongar em questão interna corporis, requeiro, desde logo o desentranhamento (vejam a que ponto tive que chegar) desta manifestação, por descabida no processo penal.

4. No mais, tomo a liberdade de reiterar a manifestação do Promotor de Justiça atuante em 1º grau de jurisdição.”

Por fim, cumpre registrar que o HC 87926-8 ventilado pelo Nobre Promotor de Justiça, já foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Registro, a seguir, a respectiva ementa:

“AÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. **Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade**

*reconhecida. **HC concedido.** Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, §2º, do RI do TRF da 3ª Região. **No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento.***

TESE 12

Proponente:

Área:

Súmula:

É inconstitucional o provimento 32/00 da corregedoria Geral de Justiça do estado de São Paulo

II Encontro Estadual - 2008

Fundamentação teórica e fática

Sem qualquer receio, é possível afirmar que qualquer um dos Defensores Públicos com atribuição criminal já se deparou com algum processo marcado pela incidência do Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que trata das *“medidas de proteção às vítimas e testemunhas, especialmente aquelas expostas a grave ameaça ou que estejam coagidas em razão de colaborarem com investigação ou processo criminal.”*

De acordo com seu artigo 3º, *“as vítimas ou testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não terão quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos.”*, sendo que o artigo 5º do ato normativo em questão trata como as partes do processo poderão ter acesso aos dados suprimidos dos autos principais.

A presente proposta visa a examinar a possibilidade de manejo em uma ordem democrática e garantista do Provimento nº 32/00.

Antes mesmo de se realizar a filtragem constitucional do Provimento nº 32/00, mister se faz apontar para a atecnia da Corregedoria Geral da Justiça em elaborar o ato em questão. Possivelmente preocupado com crimes tidos como mais graves, o órgão responsável pela elaboração do Provimento remeteu-se a Lei nº 7960/89, que disciplina a prisão temporária. Até aí nenhuma censura, se não fosse previsto no artigo 109, inciso VI, Constituição da República combinado com artigo 26, *caput*, Lei nº 7.492/86, a competência da Justiça Comum Federal para conhecer, processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional. Assim, mesmo que se considere constitucional, o que não é a posição adotada nesta proposta de enunciado institucional, atesta-se a impossibilidade de o ato normativo em tela versar sobre os chamados “crimes de colarinho branco”.

Superado esse breve adendo que demonstra o evidente abuso normativo constatado no Provimento nº 32/00, pois versa sobre matéria que a Justiça Comum Estadual não exerce a sua jurisdição, nas linhas que se seguem inicia-se a demonstração da incompatibilidade formal e material do ato estadual já tantas vezes citado.

Sob o ângulo formal, mesmo com hercúleo esforço, não há como defender a constitucionalidade do Provimento nº 32/00. Para a melhor elucidação desta assertiva, não é demais recorrer às lições da Teoria Geral do Estado.

A Federação, que é uma das formas de Estado, caracteriza-se pela pluralidade de centros decisórios autônomos, e não soberanos, sob a mesma base territorial. Com o intuito de impedir sobreposições de atuações e, ainda, considerando o fato que incumbe à Constituição a organização do Estado, é que nos Estados Federais a Constituição delimita as competências de cada um dos entes.

A título ilustrativo, seria possível destacar o caso norte-americano em que a Constituição de 1787 traça as competências da União, sendo que as demais matérias ficam reservadas para os estados-membros. Apesar de se tratar de interessante modelo, diante da complexidade da federação brasileira, que é composta por quatro entes, e não dois como nos Estados Unidos, mostrou-se necessário o estabelecimento de diverso critério.

Grosso modo, pode-se afirmar que o texto constitucional pátrio estipulou três vetores que tratam sobre a divisão de competências dos entes da federação, a saber: tributária, administrativa e legislativa.

No que se refere à divisão de competência tributária, ocorreu divisão explícita entre os entes, cabendo a União exercer a competência residual, sendo que essa afirmação se baseia no imposto previsto no artigo 154, inciso I, CRFB/88.

Por sua vez, a divisão competência administrativa se erigiu em explicitações das esferas federal e municipal, incumbindo, portanto, aos estados-membros o restante.

A competência legislativa, ponto-chave para a análise do Provimento nº 32/00, segue, de certa forma, a mesma lógica da delimitação da competência administrativa, isto é, há previsões dos espaços reservados à União e ao Município, sendo que as matérias restantes deverão ser tidas como de competência estadual.

À algumas matérias, é permitida a atuação administrativa e legislativa de todos entes. Como forma de se evitar conflitos, deverá a União traçar normas gerais, ao Estado normas específicas e ao Município suplementá-las.

O artigo 22, inciso I, CRFB/88 assinala que é competência privativa da União legislar sobre matéria processual, sendo que existe a possibilidade excepcional de atuação do estado-membro, desde que lei complementar federal o autorize.

Ao que se sabe, até o presente momento, o Congresso Nacional não aprovou qualquer lei complementar, que delegasse ao estado de São Paulo competência para legislar sobre processo penal, tampouco se tem notícia de sanção presidencial sobre qualquer proposta aprovada nesse sentido.

Em outros termos mais claros, não há qualquer delegação que permita o estado de São Paulo disciplinar sobre matéria processual penal.

E não se deve perder de vista a natureza processual da matéria versada no Provimento nº 32/00, haja vista a sua disciplina no Código de Processo Penal.

Diga-se ainda mais. Em se tratando de vítima ou vítima receosa em depor diante do réu, o Código de Processo Penal autoriza a retirada do réu da sala de audiência para a realização do ato.

A existência da Lei nº 9.807/99, que *“estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”*, somente vem a corroborar o posicionamento de que a matéria encontra-se fora de alçada estadual.

Outrossim, não resta a mínima dúvida de que se trata de assunto processual, estando, portanto, inserido no âmbito de incidência do artigo 22, inciso I, CRFB/88, o que permite deduzir a violação ao pacto federativo que se traduz no Provimento nº 32/00.

Poderia-se objetar o posicionamento até agora utilizado por meio de duas vertentes, quais sejam, suposta natureza procedimental da matéria disciplinada no Provimento nº 32/00 e também as recentes reformas ocasionadas no Código de Processo Penal, em especial a Lei nº 11.690/08, que conferiram maior preocupação com a vítima.

Mesmo que se considere como afeto ao procedimento a proteção à vítima e a testemunha, o artigo 24, inciso IX, CRFB/88 trata de competência legislativa comum, o que ordinariamente não é titularizada pelo Poder Judiciário.

Quanto às reformas processuais, em especial a nova redação do artigo 201 do CPP, é relevante assinalar que em matéria de controle de constitucionalidade, ao contrário do que se verifica em outros ramos do Direito, não há espaço para a convalidação. Logo, aquilo que nasceu inconstitucional, mesmo com alteração do parâmetro, o que não é o caso, pois se trata de inconstitucionalidade formal, e não de ilegalidade, não seria retirada a mácula.

Feitas essas considerações, sob o ângulo formal, o Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça não guarda compatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Melhor sorte não obtém o Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça quando o exame de sua constitucionalidade é feito pelo prisma material.

A ampla defesa é garantia fundamental, sendo composta por três fatores, vale dizer, defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva.

Para esta análise, é relevante, mesmo que de maneira sucinta, discorrer sobre a autodefesa, uma vez que é a parcela da ampla defesa realizada pelo próprio réu, podendo ser desmembrada em direito de audiência e direito de presença.

O direito de audiência constitui-se no direito que todo réu tem em ser ouvido por juiz, caso deseje manifestar sua versão dos fatos.

Por outro lado, o direito de presença é aquele que confere ao réu a possibilidade de participar de todos os atos do processo, fornecendo elementos para que seu Defensor possa contraditar argumentos trazidos por uma das testemunhas ou vítima.

Não se menospreza o fato que o exercício da autodefesa, em especial o direito de presença, poderá entrar em conflito com outros interesses que também são tutelados pela Constituição da República: integridade psíquica das pessoas ouvidas em juízo e também a administração da Justiça.

Dessa forma, é de suma relevância encontrar o ponto de equilíbrio nesse conflito, sob pena de esvaziar por completo os bens jurídicos envolvidos.

O princípio da proporcionalidade mostra-se, então, importante ferramenta de auxílio ao intérprete para solucionar a colisão entre ampla defesa *versus* integridade psíquica das vítimas e testemunhas e administração da Justiça.

Conforme as lições doutrinárias, o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade impõe que, caso existam duas soluções cabíveis para a resolução do conflito, se utilize a que menos restringe os direitos envolvidos.

A adequação implica numa análise se os meios são idôneos ao fim proposto.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma análise teleológica da restrição realizada para a solução do conflito.

Ora, se o Código de Processo Penal já prescreve a retirada do réu da sala de audiência, caso a vítima ou testemunha se sintam ameaçadas com a presença do integrante do pólo passivo da relação processual, já há previsão de meio menos gravoso do que o utilizado pelo Provimento nº 32/00.

Portanto, sequer é necessário aferir a adequação e o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o Provimento nº 32/00 já viola o princípio da proporcionalidade em seu subprincípio necessidade.

Vai-se ainda mais longe na demonstração da inconstitucionalidade material do Provimento nº 32/00. Um dos argumentos utilizados para os defensores da supressão dos dados qualificativos das vítimas e testemunhas seria o da tutela da intimidade, ainda mais em tempos de mídia invasiva.

É claro que a liberdade de informar, uma das facetas da liberdade de expressão, não é ilimitada. Entretanto, a Constituição da República vedou, até mesmo como resposta ao finado regime militar, o estabelecimento da prévia censura aos meios de comunicação.

Ora, se há vedação constitucional à censura, qualquer limitação prévia ao labor da mídia há de ser tido como inconstitucional. Isso não quer dizer que restrições não são toleradas, o que não se admite é vedação anterior e abstrata.

Destarte, examinando a matéria sob o enfoque da liberdade de expressão, o Provimento nº 32/00 também incide em inconstitucionalidade material por constituir verdadeira prévia censura, o que é defeso pelo texto constitucional.

Demonstradas as inconstitucionalidades existentes no Provimento nº 32/00, resta saber a sanção cabível pela sua utilização. E quanto a esse ponto não pode existir questionamento, posto tratar-se de prova inconstitucional, o que a torna nula.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Artigo 4º, inciso IV, LC Federal nº 80/94

Artigo 5º, inciso IX, LC Estadual nº 988/06

Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria pública em que se insere

Grupo Temático: Direitos Humanos, item 6.

TESE 13

Proponente: Gustavo Augusto Soares dos Reis

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

O reconhecimento fotográfico não pode ser admitido no processo penal, sobretudo sem a observância do art. 226 CPP.

O reconhecimento fotográfico de pessoas em regra não pode ser admitido no processo penal, salvo quando interessar à ampla defesa. Essa praxe não possui previsão legal e o art. 3º do CPP não pode servir de base para a sua admissão, haja vista que sua gênese remonta ao período autoritário do Estado Novo, o que exige uma releitura constitucional sua (a interpretação extensiva, assim, limitar-se-ia a questões ligadas a procedimento). Por outro lado, uma interpretação dogmática do art. 226 do CPP leva a concluir que o reconhecimento fotográfico é rechaçado. Por fim, ainda que se o admita como prova condenatória, há de serem observadas, na prática, as diretrizes do art. 226. Em suma, reconhecimento de pessoas deve ser sinônimo de reconhecimento *presencial* de pessoas.

Atribuição institucional correspondente:

Art. 5º, inc. IX da LC 988/06 (“São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla, com meios e recursos a ela inerentes”).

Item do plano de atuação em que se insere:

Plano de Metas de Direitos Humanos, onde se prevê, dentre outras coisas, o estudo de precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos. **Justificativa:** no caso, o estudo tem o sentido de criticar os precedentes judiciais que tratam do assunto debatido.

Fundamentação da tese:

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOAS: NA PRÁTICA A TEORIA NÃO PODE SER OUTRA

O presente texto visa trazer algumas reflexões sobre um polêmico tema: o reconhecimento fotográfico de pessoas.

O instituto do reconhecimento de pessoas é, por si próprio, polêmico, e devido ao menos a duas razões: a primeira, que o questiona à luz de estudos de Psicologia aplicados ao direito. O segundo, de cunho eminentemente prático: nos processos judiciais, a observância integral do art. 226 do Código de Processo Penal é rara, excepcional.

Debrucemo-nos um pouco mais sobre essas duas questões.

O eminente magistrado e professor carioca, Geraldo Prado, ao tratar do assunto lembra daquilo denominado “falsas memórias”.

Atuando pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o estudioso defrontou-se com um caso concreto em cuja decisão encontra-se interessante e pedagógica fundamentação:

“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 inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação” (TJRJ, Apelação n. 2007.050.04426, j. 29 de novembro de 2007)

Realmente, e sobretudo em tempos em que os meios de comunicação por vezes exploram o lucrativo mercado do medo^[1], o que às vezes causa excesso de pânico nas pessoas, qualquer submissão a uma conduta criminosa pode levar a vítima a entrar em um estado de tensão que no mínimo influencia a sua percepção da realidade. Todavia, certamente os crimes de violência à pessoa é que têm mais chances de conviver com as falsas memórias, o que é compreensível.

Por outro lado, a não-observância dos ditames do art. 226 do CPP se transformou em algo comum na prática forense^[2]. Talvez até haja excesso de formalismo no dispositivo legal, e talvez falte estrutura necessária para o seu bom cumprimento, como a arquitetura dos fóruns e o ineficiente número de policiais para a escolta. Mas o fato é que se trata da literalidade do dispositivo que está em jogo e dela não podemos descurar.

De qualquer sorte, nem estamos habilitados e nem almejamos trazer uma reflexão crítica sobre o reconhecimento de pessoas. Neste artigo, nosso intuito é abordar um aspecto seu: o polêmico reconhecimento fotográfico. A abordagem será de cunho científico-dogmática, isto é, fulcrada apenas no direito positivo. Pretendemos analisar a existência ou a inexistência do reconhecimento fotográfico, bem como o seu valor probante. No que tange ao seu valor probante, é certo que ele, em princípio, só faria sentido se admitíssemos a sua existência (=validade) jurídica. Contudo, mesmo a constatação de sua inexistência jurídico-positiva necessita de sua consideração em uma hipótese, como veremos adiante, haja vista que o plano do dever-ser que reputar a sua invalidade jurídica (inexistência legal) não impede que, na prática (ser), ele seja adotado. Nesse caso, então, far-se-á necessário ponderar a sua interpretação.

Pois bem.

Quando trata da prova, o Código de Processo Penal disciplina em seu rol o tema do reconhecimento de pessoas e de coisas. Conforme argumentaremos mais adiante, o reconhecimento *peçoal* a que se refere o CPP é pessoal não apenas no sentido de não ser de objetos (art. 227), mas no sentido de que ele rechaça o reconhecimento fotográfico. A literalidade do art. 226, sobretudo no que atina à expressão “*ao lado de outras pessoas*”, insculpida no inciso II, não deixa margem para outra interpretação. Portanto, daqui em diante devemos entender o reconhecimento de pessoas como reconhecimento *presencial* de pessoas.

É certo que em uma pesquisa jurisprudencial poderemos encontrar tanto julgados que admitem o reconhecimento fotográfico como os que o recusam, ao menos ante a inexistência de demais provas no contexto processual.

A título de exemplo dos julgados que admitem o reconhecimento fotográfico como meio de prova, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO BASEADA FUNDAMENTAMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO DO RÉU NA FASE INQUISITÓRIA. I - É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de

que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção. II – In casu, a sentença condenatória do paciente se baseou, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico do acusado na fase inquisitória, quase um ano após a ocorrência dos fatos, o que não se mostra suficiente para sustentar a condenação do acusado. Writ concedido.” (STJ - HC n.º 22.907/SP; Rel. Ministro Felix Fischer; DJ 04/08/2003).

Quanto àqueles que não o admitem ou que no máximo o concebem como indício, vejamos-se:

“Sem nenhum valor probante o reconhecimento feito. O apontar alguém, em consulta a álbum fotográfico, quando muito, com grande boa vontade, poderá ser ligeiro indício, a ser corroborado por outros firmes elementos” (TACRIM-SP-2º Gr. Cs. –AP –Rel. Camargo Sampaio – j. 09.03.1983 – JUTACRIM – SP76/21.

“O reconhecimento’ fotográfico, levado a efeito na polícia, não é previsto em lei, sendo, pois de nenhum ou escasso valor” (TACRIM – SP – AP- 5.ª C. – Rel. Denser de Sá – j. 06.11.1979 – JUTACRIM-SP 61/265)

Mas, como dito, há aqueles que reconhecem a sua falta de previsão legal, mas ainda assim o admitem, embora com restritas ponderações:

Prova. Reconhecimento fotográfico. Inexistência de previsão legal. Ausência das formalidades indicadas no art. 266 do CPP. Formação da convicção do juiz na afirmação da responsabilidade penal do acusado. Possibilidade mediante confrontação e conjugação com outros meios provatórios idôneos produzidos no curso da instrução criminal. – “Se o auto de identificação pessoal do réu é prova que deve ser recebida com alguma reserva, em razão da possibilidade da existência de erro pela pessoa que identifica, em razão da diversidade de situações que interferem na sua realização, como, por exemplo, a semelhança entre as pessoas; a sugestionabilidade que pode acometer o reconhecedor; o tempo decorrido desde o crime e, porque, quase sempre não são obedecidas as formalidades indicadas no art. 266 do CPP, fatores que comprometem o conteúdo de possibilidade de veracidade que o auto deve conter, o fotográfico, então, que nem tem previsão legal, só pode exercer alguma influência na convicção do juiz para a afirmação da responsabilidade penal do acusado, excepcionalmente, dependente sempre de sua confrontação e conjugação com outras provas idôneas, produzidas no curso da instrução criminal, que neste caso inexistem” (TACRIM-SP – 10.C. – AP 1.320.565-1 – Rel.Márcio Bártoli – j. 06.11.2002 – RT 813/603).

É evidente que o direito, por ser um fenômeno cultural, não se compagina com a idéia de verdade. Por isso, existindo ou não julgados que o admitem, nada obsta que, por meio da argumentação e da decisão racional, certas concepções sejam revistas pois, como ensina Luís Roberto Barroso, *“Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”*[\[3\]](#).

Com efeito, direito é linguagem, e a linguagem, segundo corrente epistemológica moderna, admite a participação do intérprete na construção da realidade jurídica. É o que leciona Eros Roberto Grau:

“Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de

normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão [4].

Mais enfático é o respeitável Juarez Freitas: “*Não se admite o intérprete passivo de outrora, perspectiva advogada, ainda hoje, por áulicos nostálgicos da Escola da Exegese. (...) Na linha do desvendado por Claus-Wilhelm Cannaris, importa mesmo, em sede de decisão jurídica, a qualidade da eleição das premissas*” [5].

Portanto, se um dia a jurisprudência guiou-se para admitir a validade do reconhecimento fotográfico, nada impede, como se impõe, que uma decisão racional afaste essa praxe. Com efeito, procuraremos demonstrar que o reconhecimento fotográfico é um instituto estranho ao processo penal brasileiro e que a sua aplicação prática não lhe confere existência jurídica. Ora, se o *desuso* não tem o condão de revogar a ordenação jurídica um fenômeno jurídico válido, o *uso* reiterado de uma prática em processos judiciais também não induz a sua inserção nesse mesmo sistema social [6]. O que queremos dizer é que o argumento que o reconhecimento fotográfico há muito é admitido na jurisprudência não lhe confere a juridicidade para a sua manutenção. Até porque, como dizia o grande Rui Barbosa, *a tradição não pode significar o governo dos vivos pelos mortos* [7].

Assim, a **tese central é que o reconhecimento fotográfico não pode ser admitido na prática processual, salvo quando interessar à ampla defesa, e ainda que se o admita, o art. 226 do CPP deve ser observado, sob pena de nulidade**. Essa tese se embasa em três argumentos: (i) o reconhecimento fotográfico não possui previsão legal; (ii) mais que não possuir previsão legal, o inciso II do art. 226 o veda literalmente; por fim, (iii) ainda que se admita a possibilidade de utilização do reconhecimento fotográfico, ele deve observar os requisitos contidos no art. 226 do CPP.

Argumento 1: Da inexistência de previsão legal para o reconhecimento fotográfico

O instituto do reconhecimento fotográfico não possui previsão legal. E se inexistente a previsão legal, difícil é manter-se essa prática. Assim, o procurador da República EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA relembra que o CPP, que é de 1940, deve ser relido sob a ótica da CF88:

“Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais.... A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (Curso de processo penal, 7ª edição, Del Rey, 2007, p. 7-8). Não se deve perder de vista que o processo penal possui a função fundamental de regular a aplicação do direito penal: sem processo, não há pena. Portanto, o Código de Processo Penal deve sofrer uma *releitura constitucional* [8].

E qual seria a releitura constitucional a que nos referimos?

Pois bem. Partindo da premissa inicial que o reconhecimento fotográfico não possui previsão legal – deixando de lado, portanto, o argumento que faremos mais à frente no sentido de que o próprio art. 226 do CPP o rechaça literalmente –, o *operador do direito terá de motivar racional e juridicamente o dispositivo legal que legitimaria a sua prática*. E, ao que parece, tal dispositivo seria o **art. 3º do CPP**, que estabelece que a legislação processual, em suma, admitirá interpretação extensiva (e, no caso, a interpretação extensiva seria o reconhecimento *peçoal* fotográfico).

Este art. 3º do Código de Processo Penal, porém, embora não nos pareça não-recepcionado pela CF88, é que exige uma releitura constitucional.

Entendemos, assim, que *a interpretação extensiva que o art. 3º permite diz respeito a dispositivos legais que tratem de rito processual, e não de processo penal em si mesmo.*

Ora, a Constituição de 1988 foi quem distinguiu procedimento ou rito de processo, prevendo até mesmo que enquanto somente a lei federal pode tratar de processo penal (art. 22, I), a lei estadual pode disciplinar os procedimentos em matéria processual (art. 24, XI). Este, portanto, é um ponto de vista que pode fazer as vezes de critério para a interpretação conforme a constituição do art. 3º do CPP, mantendo-o vigente, portanto.

Reitere-se: *o caráter instrumental do processo penal democrático desafia regras como a do art. 3º do Código de Processo Penal, e por isso poder-se-ia até cogitar a sua inconstitucionalidade (em verdade, não-recepção).*

A releitura constitucional do CPP se impõe porque ele data de um período de autoritarismo na história do Brasil, e seu genitor foi ninguém menos que Francisco Campos, também conhecido como Chico Ciência, de quem falaremos pouco mais adiante.

Este período é muito bem descrito pelo historiador Boris Fausto:

“No dia 10 de novembro de 1937, tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. O ministro da Guerra – general Dutra – se opusera a que a operação fosse realizada por forças do exército. À noite, Vargas anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor de uma Carta constitucional elaborada por Francisco Campos. Era o início da ditadura do Estado Novo”[\[9\]](#).

Tratando do mesmo assunto, o PhD brasileiro, José Murilo de Carvalho, faz a mesma interpretação do período:

“(…) Não se tratava de fascismo ou nazismo, que recorriam a grandes mobilizações de massa. O Estado Novo não queria saber de povo nas ruas. Era um regime mais próximo do salazarismo português, que misturava repressão com paternalismo, sem buscar interferir exageradamente na vida privada das pessoas. Era um regime autoritário, não totalitário ao estilo do fascismo, do nazismo, ou do comunismo”[\[10\]](#).

Mas, faça-se-lhe justiça, Francisco Campos era um político sincero e que não tinha vergonha alguma de externar sua concepção de mundo. Assim, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Chico Ciência deixa explícita a intenção de uma de suas criações jurídicas:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificada primazia o interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (...). O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo[\[11\]](#) e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou

menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”[12].

O processo penal do Estado Democrático liga-se intimamente ao progresso dos direitos fundamentais. É nesse sentido que leciona AURY LOPES Jr.:

“Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”[13].

Portanto, tal como o Direito Penal, o Processo Penal também é informado pelo princípio da estrita legalidade. É por isso que alguns doutrinadores de escol, como PONTES DE MIRANDA, se referiam a esse princípio valendo-se de um trocadilho: *princípio da legaliteraldade*[14].

À vista de tudo o que foi dito acima, parece-nos inquestionável que a inexistência de previsão legal para o reconhecimento fotográfico impede a sua aplicação prática, sob pena de se estar agindo em explícita ofensa ao primado da estrita legalidade processual penal. De qualquer sorte, ainda que se procure sustentar a sua aplicação com esteio no art. 3º do CPP, tal dispositivo, por ter em sua gênese o espírito autoritário do Estado Novo, deve sofrer uma filtragem constitucional, restringindo o seu alcance apenas e tão-só ao *procedimento* em processo penal. Apenas matéria que se ligue a esta temática admitiria a interpretação extensiva da lei.

Argumento 2: O Código de Processo Penal não se omite quanto ao reconhecimento fotográfico; ele o veda literalmente.

Apenas por razões argumentativas lançamos a afirmação que o CPP não prevê a figura do reconhecimento fotográfico. Em verdade, o CPP trata do assunto, e no sentido de vedá-lo. A mera interpretação literal diz isso. Transcrevamos, então, o 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.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Antes de tudo, o intérprete/aplicador do direito deverá convir algo que não exige muito esforço hermenêutico: que a palavra ‘pessoa’ prevista no inciso II do art. 226 tem o sentido de *ter a presença do indivíduo/pessoa a ser reconhecido(a)*.

A afirmação acima – poderia sustentar o hermenêuta da tese contrária à defendida no presente trabalho – não passa de um dogma, um postulado[15]. No entanto, a coisa não é bem assim, como demonstraremos.

Ora, se o oponente da tese aqui sustentada conceber que a palavra pessoa, prevista no inciso II do art. 226, não indica que é necessária a *presença física* da pessoa no ato instrutório, ele, oponente, será desafiado ao seguinte: a (idêntica) palavra pessoa prevista no inciso I permite a mesma interpretação? Se não, o que distingue as duas palavras ‘pessoa’? De outra banda, ainda que se admitisse essa distinção, o inciso IV não seria *necessariamente* tornado letra morta?! Com efeito, se ele prescreve que o ato será lavrado e subscrito pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas *presenciais*, ou o inciso IV se torna letra morta, ou, para a sua manutenção, faz-se a sua (abominável e grotesca) cisão: *a pessoa a ser reconhecida tem de estar presente, mas a pessoa reconhecedora pode reconhecer via internet e as testemunhas dão a sua assinatura por meio de certificação digital!!!*

Essa interpretação, por si só, basta para concluir que o CPP exige a presença física tanto de reconhecedor como de reconhecido. De qualquer modo, há ainda outro argumento que leva à mesma conclusão, como veremos agora.

É que o intérprete-opponente de nossa tese, isto é, que admite o reconhecimento fotográfico *como meio de prova condenatória*[16], poderia dizer que a expressão “se possível”, prevista no inciso II do art. 226, reconhece e permite o *reconhecimento do ausente*. Assim, diria ele, se possível, faz-se o reconhecimento *na presença*. Se não, não se o faz.

Três contra-argumentos afastam esse entendimento.

O primeiro é que a expressão “se possível” não faz ligação direta à palavra “pessoa” (no sentido de sua presença física), e sim à expressão subsequente: “*ao lado de outras que com ele tiverem qualquer semelhança*”. Ou seja, se possível, a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras semelhantes. Se não houver pessoas semelhantes, não será possível, e por isso a pessoa a ser reconhecida será analisada isoladamente.

A idéia central do inciso II é que a pessoa a ser reconhecida seja colocada ao lado de outras semelhantes. E prova disso é que, se isso não for possível (devido à ausência de pessoas semelhantes), o *dispositivo em si torna-se inócuo*, a ponto de a pessoa a fazer o reconhecimento não necessitar de apontar a pessoa que reconheceu (pois se o réu está isolado, basta que a pessoa reconhecedora diga se reconheceu ou não; é um esforço físico desnecessário levantar o braço e apontar o dedo cujo resultado só pode ser um: o reconhecido).

O segundo contra-argumento está no inciso III: *não se pode admitir receio por fotografia, sob pena de não se poder realizar o ato em si*. Ora, conquanto seja possível (psicologicamente falando) que o trauma da vítima tenha se dado a ponto de esta não poder sequer ver a foto do acusado, deve-se convir que, se isso ocorrer, o próprio ato de reconhecimento fica prejudicado, e não apenas o ato *presencial* de reconhecimento.

Aliás, observe-se que o inciso III deixa escancarado que a finalidade (*telos*) do reconhecimento de pessoas é que reconhecedor e reconhecido sejam colocados na presença, frente a frente: se assim não fosse, para quê a parte final enfatizaria que “*a autoridade providenciará para que esta não veja aquela*”?!

Por fim, ainda que a expressão “se possível” pudesse indicar que, se impossível, o reconhecimento fotográfico seria válido, o seu próprio conteúdo desafia a sua aplicação generalizada.

Realmente, esta situação exigiria que apenas em casos excepcionais se procedesse ao reconhecimento fotográfico, e por casos excepcionais deve-se entender aqueles em que se mostra *faticamente* impossível a realização presencial do ato. Recorde-se que mesmo para doutrinadores que admitem o instituto do reconhecimento fotográfico isso seria a exceção, e não a regra. Nesse sentido se manifesta Eugênio Pacelli de Oliveira:

“O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas.” (Curso de Processo Penal, 7ª edição, Ed. Del Rey, 2007).

Assim sendo, caberá ao juiz, no caso concreto, verificar a possibilidade ou não do reconhecimento fotográfico mediante os seguintes questionamentos: não era possível a realização do reconhecimento *presencial* de pessoa? Se não o era, tal situação (excepcional e peculiar) não deveria ser explicitamente motivada pela autoridade policial? A palavra “possível” não tem como antítese a “impossibilidade”? A impossibilidade não deve ser demonstrada?^[17] Como se vê, ou se interpreta dessa forma a expressão “se possível”, ou é melhor admitirmos de vez que o CPP em verdade conferiu uma discricionariedade ao aplicador da lei: se possível, faz-se o reconhecimento presencial; se impossível, não. Mas ainda que possível, apenas se for conveniente.

Argumento 3: A admissão da validade do reconhecimento fotográfico não exige este instituto da observância do art. 226 do CPP

Nos dois tópicos acima, procuramos demonstrar que o reconhecimento fotográfico é um instituto estranho ao processo penal brasileiro, e a sua aplicação prática não lhe confere existência jurídica.

No entanto, caso se admita a validade restrita ou irrestrita do reconhecimento fotográfico, *mutatis mutandis*, a ele aplicam-se as formalidades insculpidas no art. 226 do CPP.

Antes, porém, de adentrarmos nessa questão, faz-se necessário rebater eventual desvio de foco argumentativo, que pode ser sintetizado na seguinte indagação: ***as formalidades do art. 226 do CPP devem ser observadas apenas na fase inquisitorial ou também devem sê-lo na fase processual?***

Em nosso entendimento, parece ser indubitoso que as formalidades do art. 226 aplicam-se ao reconhecimento realizado em juízo, e isso devido a *três motivos*.

O primeiro é que o art. 226 está localizado no Livro I do Código de Processo Penal, que recebe o título “do **processo** em geral”. Assim, outro entendimento que não o de sua aplicação ao processo desafia uma interpretação sistemática da lei.

O segundo é que, além de desafiar uma interpretação sistemática, a recusa na aplicação daquelas formalidades no processo judicial não se coaduna com a própria literalidade do parágrafo único do próprio art. 226. Realmente, se as referidas regras não se aplicam ao processo judicial, mas apenas em sede inquisitorial, qual é a razão de o

parágrafo único prescrever que “o disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase de **instrução criminal ou em plenário do júri**”?! (destacamos).

Já o terceiro é que, à medida que se firmou em doutrina e jurisprudência que os vícios do inquérito policial não contaminam o processo, de duas, uma: ou se entende que as formalidades do art. 226 aplicam-se ao reconhecimento judicial, ou é melhor revogar-se totalmente o referido dispositivo. Ora, se (a) os vícios do inquérito policial não se irradiam sobre o processo e se (b) as formalidades do art. 226 não se aplicam no processo, mas somente na fase pré-processual, tem-se a conclusão (c): o art. 226 é imprestável, sem sentido jurídico, uma vez que tanto o *respeito* quanto o *desrespeito* a suas formalidades não possuem nenhuma consequência jurídico-processual^[18].

Retornando ao objeto central do presente tópico, afirmamos que as formalidades do art. 226 também se aplicam ao reconhecimento fotográfico, pois que se assim não se admitir, ter-se-á de concluir que ele não se sujeita a qualquer regulação. Isto é, o reconhecimento *presencial* de pessoas sujeitar-se-ia às formalidades do art. 226, ao passo que o reconhecimento *fotográfico* de pessoas, não!

Por certo, algumas diretrizes previstas naquele dispositivo legal não se compaginam com o reconhecimento via fotografia. Em verdade, os incisos II, III e IV são *faticamente* de impossível aplicação, exceto se se pretender, por exemplo, colocar uma foto ao lado da outra (inciso II)^[19].

Pois bem. Se os incisos II, III e IV do art. 226 não se aplicam ao reconhecimento fotográfico, é porque apenas o inciso I lhe é aplicável. E ele prevê que “a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida”.

Ora, se por um lado os incisos II, III e IV não se aplicam ao reconhecimento fotográfico, posto que isso seria uma impossibilidade *fática*, o inciso I, por outro lado, é-lhe perfeitamente aplicável. *Nada obsta que a pessoa reconhecedora descreva a pessoa a ser reconhecida antes de proceder ao reconhecimento das fotografias.*

Assim sendo, mesmo o reconhecimento fotográfico pressupõe a observância do art. 226 do CPP, ao menos no que atina ao inc. I, este sim de absoluta aplicabilidade prática e que, se adversado, deverá ensejar a nulidade do ato, posto que o inciso IV do art. 564 do CPP prescreve que ocorrerá nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Referências Bibliográficas:

[1] É o que adverte Eduardo Galeano: “*Nossa melhor publicidade são os noticiários da televisão*”, diz, e sabe o que diz, um dos especialistas em venda de segurança. Na Guatemala, há cento e oitenta empresas do ramo, no México seiscentas, no Peru mil e quinhentas. Há três mil na Colômbia. No Canadá e nos Estados Unidos, gasta-se com a segurança particular o dobro do que se gasta com a segurança pública”. (De pernas pro ar – a escola do mundo ao avesso. 8ª edição, LPM Pocket, 2006, p. 107). Recentemente no Brasil, após a ocorrência de um caso de cárcere privado ocorrido no município de Santo André, Estado de São Paulo, e que mereceu inacreditável participação da mídia – que chegou ao ponto de falar via celular em rede nacional com o super-astro do crime! – o jornal Folha de SP, poucos dias depois do desfecho do referido caso, noticiou que o governo brasileiro pioneiramente autorizou que as seguradoras forneçam um seguro contra seqüestro, onde o resgate seria assumido pela seguradora (Folha de SP, 23/10/08, pág. C6). Agora, como se vê, seqüestrar é um negócio menos arriscado do ponto de vista do criminoso. E do ponto de vista da seguradora, os meios de comunicação se encarregam de captar a clientela necessária para o equilíbrio econômico-financeiro, pois até mesmo quem, por sua condição social, não tem o direito de ser seqüestrável certamente irá à busca dessa pseudo-garantia de paz e tranqüilidade.

[2] Quem denuncia isto é ninguém menos que Aury Lopes Jr: “*O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte de juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal*” (Direito Processual Penal, vol I, Lumen Juris, 2007, p. 631). O autor cita, inclusive, que na Itália o reconhecimento,

sob pena de nulidade, é precedido por uma descrição da testemunha sobre as características do suposto criminoso

[3] *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, in: Revista de Direito Administrativo, n. 225, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 9.

[4] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 147.

[5] *O intérprete e o poder de dar vida à constituição*, in: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 231 e 229.

[6] Exceto para quem, como Kelsen, admita o costume como fonte formal do direito: “(...) também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada desuetudo. A desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume” (Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 237).

[7] Nessa linha pensa o doutrinador e magistrado aposentado, Adauto Suannes: “(...) o fato de os Tribunais fazerem certas afirmações de modo reiterado não deve significar que isso possa ser aceito sem mais detença por todos aqueles que se debruçam sobre a ciência do Direito e as demais ciências auxiliaadoras do aplicador da lei, cabendo principalmente ao doutrinador cotejar decisões judiciais com seu necessário substrato científico, sob pena de praticarem mero exercício de nefelibatismo jurídico”. A inconstitucionalidade da elevação da pena pela reincidência e a inaceitabilidade do reconhecimento fotográfico. Jurisprudência Comentada, Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, ano 4, número 13, janeiro/março de 1996, p. 322.

[8] “Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código de Processo Penal de 1941 não está superado apenas pelo tempo; está superado também por força da incompatibilidade normativa com o texto de 1988, em cujo bojo construiu-se um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP” (Curso de processo penal, 7ª edição, Del Rey, 2007, p. 3).

[9] *História Concisa do Brasil*, Edusp, São Paulo, 2006, p. 200.

[10] *Cidadania no Brasil – o longo caminho*, 8ª edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2006, p. 109

[11] Certamente, partindo da finalidade ali almejada, o art. 3º do CPP funciona como um verdadeiro obstáculo ao formalismo e que, hoje, na vigência da CF88, se não for bem interpretado poderá desafiar a concepção moderna do processo penal. Daí o porquê de termos proposto que a validade e a vigência do art. 3º se mantêm, mas o texto deve sofrer uma releitura (interpretação) conforme a constituição, o que, salvo melhor juízo, é alcançado quando se restringe a aplicação extensiva apenas ao que diz respeito a rito, mas não a processo.

[12] Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item II.

[13] *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*, vol I, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 27.

[14] *Apud*, Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista, *Direito Penal Brasileiro*, vol. I, Revan, p. 202.

[15] E, como leciona Tercio Sampaio Ferraz Jr., “um dogma não se questiona não porque ele veicula uma verdade, mas porque ele impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso” (Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 1989, p. 44).

[16] Isso porque, segundo nos parece, se vítima e réu, por exemplo, estivessem por considerável tempo hospitalizados e necessariamente não pudessem ser postos em um mesmo local para a realização do reconhecimento pessoal, tornando, assim, impossível que se o fizesse na forma presencial, é evidente que eventual reconhecimento fotográfico que culminasse com a absolvição do réu deveria ser entendido como válido. Dois pesos e duas medidas? Sim, mas isso com base na Constituição, que consagrou a regra da AMPLA defesa (art. 5º, inciso LV) e rechaçou a ampla acusação.

[17] “A diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada” (Norberto Bobbio, Igualdade e Liberdade, Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Ediouro, Rio de Janeiro, 1996, p. 10). “Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente do que a pessoa, está obrigado a justificar isso” (Robert Alexy, Teoria da Argumentação Jurídica, Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy, São Paulo, 2001, p. 294). “(...) por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades

fortuitas ou injustificadas” (Celso Antônio Bandeira de Mello, O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 18).

[18] E para quem insistir em entender que as formalidades do reconhecimento de pessoa se aplicam apenas no âmbito inquisitorial, e não processual, veja-se o comentário do ex-Delegado da Polícia Federal e professor da PUC-RS, Átilo Antonio Cerqueira, ao tratar do inciso VI do art. 6º do CPP (artigo este que dispõe sobre as incumbências da autoridade policial no inquérito); “*É comum que haja, no transcurso da investigação, a necessidade de realização do reconhecimento de pessoas e coisas (objetos). Para tanto, a autoridade procederá conforme previsto nos arts. 226 a 228 do CPP, providenciando que a testemunha descreva, inicialmente, o mais minudentemente possível, o objeto ou a pessoa a ser reconhecida e, só após, se efetive o reconhecimento propriamente dito*” (Código de Processo Penal Anotado, org. Marcus Vinicius Boschi, Livraria do Advogado, Rio Grande do Sul, 2008, p. 21) (destacamos).

[19] Isso seria realmente grotesco, mas veja-se que se o intérprete admitir que colocar uma foto ao lado da outra é mais seguro (do ponto de vista da ampla defesa) do que simplesmente passar várias fotos, já aqui o aplicador da lei enfrentará variados empecilhos na prática processual. Isso porque, segundo nos conta a experiência, é comum que a autoridade policial apresente as fotografias com o auxílio de computador, e nesse caso não se há de cogitar de uma foto ao lado da outra (ao menos em geral).

TESE 14

Proponente: Mailane Ramos dos Santos Rodrigues de Oliveira

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

A pendência de pagamento da pena de multa não impede o reconhecimento da extinção de punibilidade.

A extinção da punibilidade na pendência da execução da pena de multa nos termos da lei n. 9.268/96

Considerando as disposições da Lei Federal n. 9.268/96, que alterou a redação do artigo 51 do Código Penal, impõe-se a revisão das reiteradas negativas judiciais em declarar a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena ante a pendência de execução da pena de multa.

Dispõe o mencionado artigo 51, com a nova redação que lhe fora conferida: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*”. Pois bem. Analisemos, brevemente, os reflexos decorrentes da alteração legislativa.

O advento da Lei n. 9.268/96 provocou polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da execução da pena de multa, cuja definição tem reflexos importantes, não apenas no que concerne à legitimidade, mas também em relação ao prazo prescricional e à extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.

De um lado renomados juristas, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Parecer PA-3 n. 6/97) e o próprio Ministério Público paulista, entendendo que a Lei n. 9.268/96 não retirou a atribuição do órgão Ministerial e das varas de execução criminal para a execução da pena de multa, sob o fundamento, em síntese, de que a pena de multa não perdera o caráter de sanção penal, disciplinada no artigo 32 do Código Penal, visando atingir o condenado em seu patrimônio, em face do seu caráter aflitivo, tendo o legislador empregado a expressão “dívida de valor” com o intuito exclusivo de enfatizar a impossibilidade de conversão da pena pecuniária em prisão e para proporcionar a atualização monetária da multa até seu efetivo pagamento, estabelecendo um procedimento mais eficaz para sua execução judicial.

Entendem mencionados operadores do direito, portanto, que, preservado o caráter da multa como sanção de natureza penal, cabe ao Ministério Público promover a sua cobrança, já que este é atrelado ao princípio da indisponibilidade da persecução penal, o que equivale dizer que não fica a seu bel-prazer a cobrança ou não da sanção pecuniária, devendo o procedimento seguir o quanto disposto na Lei n. 6.830/80 e a execução tramitar perante a vara das execuções penais competente, mantendo-se os prazos penais de prescrição, não obstante a disciplina da lei de execução fiscal no que se refere às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

De outro lado o Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que, com o advento da Lei n. 9.268/96 a pena de multa, como dívida de valor, deve ser executada pela Procuradoria do Estado, numa das varas da Fazenda Pública, devendo ser balizada, inclusive no que concerne ao prazo prescricional executório, pela Lei n. 6.830/80 (cinco anos).

Insta ressaltar que, inicialmente, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu timidamente que a competência para execução da pena de multa era da Procuradoria Geral do Estado, mas, tendo em vista tratar-se de matéria jurisdicional, deixou a decisão dos casos concretos a cargo de cada juiz, que poderia reconsiderar o encaminhamento à PGE, ou determinar a espera do decurso do prazo prescricional.

Depois, por suas Câmaras, o Tribunal passou a decidir que a Lei n. 9.286/96 revogou a cobrança da multa criminal pelo Ministério Público em autos apartados, considerando-a dívida de valor a ser executada pela Fazenda Pública, no rito da Lei n. 6.830/80.

Veio a lume, então, o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, assentando que a competência para promover a execução é da Fazenda Pública do Estado perante o Juízo das Execuções Fiscais, legitimada a Procuradoria Geral do Estado para a cobrança, referendando assim, todas as conclusões dos Juízes do Setor de Execuções Fiscais de São Paulo.

No cenário atual, pois, não obstante o posicionamento do Ministério Público e da Procuradoria Geral do Estado, reconhecendo a legitimidade do primeiro, tem prevalecido o entendimento do Poder Judiciário em suas diferentes instâncias, carreando para a Procuradoria Geral do Estado a responsabilidade pelo cumprimento da Lei n. 9.286/96, com observância dos ditames procedimentais da lei de execuções fiscais (urge salientar que pende julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI n. 3.150, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, visando ao reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a execução da pena de multa perante as Varas de Execuções Criminais).

As implicações do entendimento jurisprudencial no sentido da legitimidade da Procuradoria do Estado para a execução da pena de multa não podem ser desconsideradas.

Com efeito, não se pode olvidar que, se a cobrança da pena pecuniária é incumbência da Fazenda Estadual, o Poder Executivo, por meio do Governador do Estado, considerando critérios de conveniência e oportunidade, pode anistiar o pagamento e autorizar a não execução de valores considerados ínfimos, o que, em tese, nega eficácia à sentença condenatória.

E isto é o que ocorre em São Paulo, nos termos da Resolução PGE n. 56, de 07 de outubro de 2003, que autoriza a não inscrição na dívida ativa, o não ajuizamento e a suspensão de execuções fiscais para cobrança de débitos de pequeno valor.

Por outro lado, sendo a multa executada em juízo diverso do da execução, o artigo 81, II, do Código Penal (que permite a revogação do *sursis* se o beneficiário, embora solvente, frustra a execução da pena de multa) e o artigo 118, § 1º, da Lei de Execução Penal (que determina a regressão a regime prisional mais rigoroso se o condenado, podendo, não pagar a multa cumulativamente imposta), ficam sem qualquer eficácia - tendo, na prática, sido revogados tacitamente.

Ainda quanto à consideração da multa como dívida de valor cuja execução deve seguir estritamente a disciplina legal para as execuções fiscais, há a celeuma referente à incidência, ou não, do artigo 4º, inciso VI, da Lei n. 6.830/80, que autoriza a a execução de dívida ativa da Fazenda Pública contra os sucessores a qualquer título.

De um lado o argumento de que não é cabível em matéria criminal, tendo em vista o princípio esposado na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLV, de que a pena não passará da pessoa do condenado; princípio este, aliás, consabido desde Beccaria.

De outro, o argumento de que não há tal óbice, eis que “*O fato de ser uma dívida de valor decorrente de uma multa penal, a ser cobrada dos herdeiros do de cujus, respeitados os limites das forças da herança, não a faz incidir sobre o patrimônio do herdeiro antes da aquisição da herança, o que, aí sim, configuraria uma inconstitucionalidade, pois faria incidir sobre o patrimônio de pessoa diversa o efeito da condenação criminal de natureza pecuniária*”, “*E nem se objete com o argumento de que a aquisição do acervo hereditário se dá na data do óbito (cf. CC, arts. 1.752 et seq.), pois tal fato não influencia o raciocínio, haja vista que o monte partível herdado no momento da abertura da sucessão, que corresponde à data do óbito, pelos herdeiros, consiste no acervo resultante dos créditos, diminuídos dos débitos existentes à época do óbito, o que será apurado ao depois, na forma da legislação em vigor.*”, conforme explicita o Juiz de Direito paulista, Dr. José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues.

Outro aspecto a ser analisado é o da prescrição: se a pena de multa não perdeu sua natureza de sanção penal, entendimento este não questionado, e a Lei n. 9.268/96 determinou apenas que as causas de interrupção e suspensão da prescrição são as indicadas na Lei n. 6.830/80, há que se concluir pela existência de uma lacuna legal no que diz respeito ao prazo prescricional da pretensão executória a ser considerado: se o do Código Penal (dois anos se a multa for a única cominada ou aplicada e o prazo estabelecido em lei para a prescrição da pena privativa de liberdade, se a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou aplicada – CP, art. 114), ou o prazo estabelecido na lei de execução fiscal (cinco anos), inclinando-se a jurisprudência pertinente pelo prazo fixado na Lei n. 6.830/80, que elenca hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição, que poderá, inclusive, acarretar verdadeira hipótese de imprescritibilidade de sanção penal (partindo da premissa de que a pena de multa não perdera tal caráter), com violação frontal de preceito constitucional.

E tudo quanto se expôs deve ser considerada quando da análise dos reflexos da execução da multa como dívida de valor e incumbência da Fazenda Pública, na extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.

É fato notório que a grande maioria das condenações criminais alcança processados pobres que, mesmo em face de cominações de pena de multa no patamar legal, tornam-se insolventes.

Diante de tal circunstância (hipossuficiência econômica), acabam por cumprir eventual pena privativa de liberdade ou restritiva de direito integralmente, mas dificilmente conseguem quitar as penas de multa cominadas cumulativa ou isoladamente.

Nestas hipóteses, surge a esdrúxula situação de reiteradas decisões judiciais que indeferem pedido de declaração de extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena sob o argumento de que a sanção pecuniária não fora cumprida, não obstante o próprio Judiciário reconhecer que, com o advento da Lei n. 9.280/96, a **execução da pena de multa passou a ter caráter extrapenal**, posto sua natureza de sanção penal não tenha sido alterada.

Neste sentido leciona Luiz Flávio Gomes: “*O réu tem dez dias para pagar a multa espontaneamente no juízo criminal mesmo (não foi revogado o art. 50 do CP). Não efetuado o pagamento, extrai-se certidão da condenação, que será enviada à Fazenda Pública para inscrição. A partir daí é pura ‘dívida de valor’, sem nenhum reflexo na liberdade do condenado, e já não será correto falar em prescrição penal, senão em prescrição (de crédito) civil.*”

Este mesmo autor, ao final de suas considerações, afirma textualmente que a multa “*deixa de ser um assunto penal e passa a ser um assunto fiscal.*”^[1]

No mesmo sentido, outro grande penalista, Livre-docente da Universidade de Roma: “*Inscrita a dívida correspondente à pena pecuniária, será ela cobrada tal qual um crédito tributário, mediante execução fiscal.*”^[2]

Não diverge Romeu de Almeida Salles Jr.: “A execução da multa não se faz mais conforme os arts. 164 e s. da Lei de Execução Penal, devendo ser promovida pela Fazenda Pública e não pelo Ministério Público.”^[3]

Inúmeros são os julgados favoráveis à tese ora esboçada (esta corrente, indiscutivelmente, é majoritária), não obstante não se olvide de julgamentos em contrário; exatamente por isso, passo a transcrever apenas a posição do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada em recentes julgados:

“Com o advento da Lei n.º 9.268/96 que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, a multa passou a ser considerada dívida de valor e a ter caráter extrapenal. Sua execução passou a ser regulada pela Lei n.º 6.830/80, necessitando da respectiva inscrição na dívida ativa e sendo ajuizada pela Fazenda Pública. Recurso improvido.”(Recurso Especial 175909/SP (98/0039356-0), DJ 21/09/98, p. 99, 1ª. Turma, Min. Garcia Vieira, unanimidade).

“De acordo com o ‘novo’ art. 51 do CP, a multa imposta em sentença penal condenatória é considerada dívida de valor, devendo ser cobrada segundo a Lei n.º 6.830/80. Por essa razão, será inscrita em dívida ativa, e será reclamada via execução fiscal movida pela Fazenda Pública, falecendo legitimidade ativa ao Ministério Público.” (Recurso Especial 180921/SP (98/0049330-1), DJ 19/10/98, p. 81, 2ª. Turma, Min. Adhemar Maciel, unanimidade).

“Multa imposta em processo criminal (Código Penal – art. 51) Lei 9.268/96 – Cobrança – Ilegitimidade do Ministério Público Estadual – Legitimidade da Fazenda Pública. Desde o advento da Lei 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, cobrar dívida correspondente à pena de multa, imposta em processo criminal (CP art. 51). O Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança.” (Acórdão unânime da 1ª. S do STJ – Conflito de Atribuições 76/RJ – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j 28.04.99 – DJU-e 31.05.99, p. 71 – ementa oficial).

“Multa imposta em processo criminal (Código Penal – art. 51) Lei 9.268/96 – Cobrança – Ilegitimidade do Ministério Público Estadual – Legitimidade da Fazenda Pública. Desde o advento da Lei 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, cobrar dívida correspondente à pena de multa, imposta em processo criminal (CP art. 51). O Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança.” (Acórdão unânime da 1ª. T do STJ – Resp 175.911/RJ – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j 11.05.99 – DJU-e 1 14.06.99, p. 115 – ementa oficial).

“A cobrança da multa penal incumbe à Procuradoria da Fazenda Estadual. Conflito que não se estabelece com a Fazenda Nacional por ser da alçada estadual a cobrança.” (Conflito de Atribuições nº. 105, Paraíba, 1ª. Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18/12/2000, v.u., DJU 05/03/2001).

E este entendimento sobre o CARÁTER EXTRAPENAL PARA A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA deve balizar as respostas para todos os questionamentos acima expostos, inclusive o de ser vedada a exigência do pagamento da multa como condição da extinção da punibilidade penal.

De concluir-se, pois, que, em respeito à coerência, uma vez prevalecendo no Poder Judiciário o entendimento de que a Lei n. 9.268/96 impingiu caráter extrapenal à execução da pena de multa, nos termos da nova redação do art. 51 do Código Penal, o mesmo Judiciário há que reconhecer que a não solvência relativa à sanção pecuniária não serve de fundamento para o indeferimento da pretensão de ver declarada extinta a punibilidade em razão do cumprimento da pena no âmbito penal, determinando-se, via de conseqüência, a baixa nos registros criminais no Instituto de Identificação Civil (IIRGD) e no Cartório Distribuidor Criminal, de conformidade com o art. 202 da LEP.

Logo, a pendência de pagamento da pena de multa, uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, é assunto da Procuradoria Fazendária, e não tem o condão de impedir o reconhecimento pelo juízo da execução penal da extinção da punibilidade.

Referências Bibliográficas:

[1] Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 10/96, p. 180.

2 Paulo José da Costa Jr., Comentários aos Crimes do Novo Código de Trânsito, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40.

3 Código Penal Interpretado, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 108.

TESE 15

Proponente:

Área: Criminal

Súmula:

À luz do princípio constitucional do contraditório e da atual redação do art. 155 do CPP, é inadmissível condenação baseada em elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a necessidade de se operar a adequada interpretação do novo dispositivo do art. 155 do Código de Processo Penal, de forma a não ofender o art. 5º, LV, da Constituição Federal (princípio do contraditório), impedindo, assim, que se utilizem, na formação da convicção judicial do fato, os elementos informativos colhidos em investigação.

As Leis 11.689/08, 11.690/2008, e 11.719/08, vieram para alterar, substancialmente, o processo penal, mas, infelizmente, não é o que está acontecendo.

No que se refere, especificamente, à alteração do art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08, esta sendo disseminado entendimento no sentido de ser possível a utilização dos elementos informativos colhidos na investigação para a formação da convicção do juiz, desde que se tenha produzido alguma prova em contraditório judicial.

Para esse entendimento, somente não é possível o julgador formar sua convicção exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial, ou seja, mesmo com a alteração legislativa, manteve-se o entendimento anteriormente prevalecente.

Essa interpretação decorre do oportunismo de quem não quer dar efetividade ao princípio constitucional do contraditório em razão da má colocação da palavra exclusivamente no mencionado artigo legal.

Ora, a alteração legislativa veio justamente para quebrar alguns paradigmas, e, na questão em análise, para afastar o entendimento inconstitucional, até então vigente, de que ao juízo é dado utilizar como elemento de convicção as informações colhidas em sede inquisitorial.

Não é possível se admitir como prova os dados apanhados em fase pré-judicial, sem contraditório, excepcionando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, em razão de terem o contraditório postergado.

E justamente para solucionar esse problema é que foi alterado o dispositivo mencionado.

Infelizmente, prevalecendo a interpretação supra mencionada, não ocorrerá a alteração dos critérios de apreciação da prova e das razões de decidir, mantendo-se a liberdade de se utilizar as informações da investigação em detrimento do contraditório, o que pode resvalar em arbitrariedade judicial na formação de sua convicção.

Alterar o texto legal e manter a mesma prática operacional é uma incongruência.

Vejamos a literalidade do preceito:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Para a correta interpretação dessa regra, vamos separá-la em dois períodos para melhor visualizar-mos as duas normas nela contida.

Primeiro período:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

Creio que neste período não há muito que se discutir, saltando aos olhos a norma: o juiz apenas poderá formar sua convicção com base nas provas produzidas em contraditório judicial. Não podem ser utilizados outros elementos informativos colhidos sem a observância do contraditório judicial. Essa posição é reforçada pelo modo imperativo do verbo núcleo da frase: “o juiz **formará** sua convicção...”.

Segundo período:

“O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

No que tange a esta frase, a interpretação mais acertada, constitucional adequada, é aquela que dá permissão ao julgador de basear um édito condenatório exclusivamente nas provas colhidas em sede de investigação, quando se tratarem estas de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, posto que o contraditório, nestes casos, estará presente, mas de forma postergada.

E isso se aplica apenas em situação excepcional, e não ordinariamente, em especial nas investigações daqueles delitos que, em regra, são comprovados exclusivamente por documentos e laudos periciais, como é o caso dos crimes de lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro, entre outros. Comumente, nestes casos, o conjunto de provas que embasa a acusação é documental e decorrente de quebras de sigilos bancários e interceptações telefônicas, sendo que a única pessoa que precisará ser ouvida em juízo será o próprio acusado. Eventual oitiva de policiais apenas serviria para indicar as provas que foram coletadas, e não fatos por eles presenciados, posto que,

como dito, são investigações de atos pretéritos, praticados muitas vezes eletronicamente, sem a presença de testemunhas.

Nesses casos específicos, a convicção poderá ser formada exclusivamente com base nos elementos colhidos em investigação, dando-se a oportunidade do acusado contraditar, em sede judicial, as provas contra si existentes.

Portanto, andou bem a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal pois nesses casos o contraditório estará presente, sendo apenas postergado para a fase judicial, não havendo ofensa ao princípio constitucional.

O que não colaborou foi a técnica legislativa.

Se o artigo assim fosse escrito: *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida exclusivamente em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*, certamente não teria espaço para o surgimento da presente divergência hermenêutica.

Excluída a expressão “exclusivamente”, o resultado também seria constitucionalmente positivo: *“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*.

Verifica-se, como essas pequenas alterações, que o sentido do dispositivo legal não pode ser outro senão aquele que se coaduna com a Constituição Federal.

Mantido o primeiro entendimento, ficará sem efeito a norma contida na primeira parte do dispositivo (O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial). Subsistirá sua validade, mas não sua efetividade, o que é constitucionalmente inaceitável.

Assim, devemos adotar a interpretação de que o juiz somente poderá formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, não podendo utilizar os elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com o meios e recursos a ela inerentes.

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese:

Item III – g) atuação na tutela dos direitos humanos – Como já afirmado, com a edição da Lei Complementar nº 988 de 2006, consolida-se o mandato da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos de modo que toda a atuação institucional relaciona-se com a temática referida, em especial, criar precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos, e uniformizar teses institucionais para servir de suporte ao trabalho dos defensores.

TESE 16

Área: Crimina

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

Em caso de arquivamento de inquérito, impronúncia, absolvição, extinção de punibilidade e casos análogos, os registros criminais devem ser excluídos do IIRGD e dos demais arquivos policiais.

A inconstitucionalidade e ilegalidade da manutenção de registros criminais no banco de dados do instituto de identificação ricardo gumbleton daunt

O cidadão paulistano que já se viu envolvido em inquérito policial arquivado ou que já respondera a processo criminal em que fora absolvido, tivera a extinção da punibilidade declarada ou cumprira integralmente sua pena, depara-se, no mais das vezes, com circunstâncias assaz constrangedoras e vexatórias quando se candidata a uma vaga de emprego ou precisa de autorização administrativa para exercer sua profissão (v.g. motoristas de táxi ou autônomos que atuam no transporte coletivo), sendo preterido, ou não logrando êxito em sua pretensão, tendo em vista o 'vazamento' de informação sigilosa, obtida de modo ilegal junto ao banco de dados mantido pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt.

Em regra, a existência de inquérito policial ou processo criminal instaurados em face de um cidadão somente deveria ser informada em atendimento a requisição judicial. Contudo, esta disposição legal não se concretiza, havendo, na prática, divulgação contumaz e ilegal dos registros constantes nos bancos de dados do Instituto de Identificação.

É fato notório o corriqueiro acesso a referidos registros por empresas que oferecem empregos e 'investigam' a vida pregressa do candidato levando em consideração o teor encontrado nos bancos de dados do IIRGD, o que dificulta, e muito, a recolocação no mercado de trabalho do cidadão que já se viu na qualidade de indiciado ou réu, ainda que não tenha sofrido condenação criminal.

Com efeito, quem já se viu envolvido em inquérito policial (ainda que arquivado) ou em processo judicial (ainda que tenha sido absolvido ou que a punibilidade tenha sido declarada extinta) acaba sendo rotulado e estigmatizado e não consegue se reintegrar profissionalmente (e, via de conseqüência, socialmente), transformando-se em 'cidadão de segunda classe', o que é inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Na prática, os argumentos lançados pelo IIRGD para justificar a manutenção do registro no seu banco de dados são, inegavelmente, contrários ao que se constata. Vale ressaltar parte deles: "*Este Instituto de Identificação jamais divulga a quem quer que seja*

o que está anotado em seus cadastros, somente observando as exceções legais, ou seja, informações prestadas às autoridades judiciárias ou para instrução de processo em concursos públicos. Sua exclusão dos arquivos físicos, da qual decorreria a eliminação de dados do computador, impossibilitaria a prestação dessas informações ou levaria à entrega ao Poder Judiciário de informações falsas, pois ignoraria o instituto de habeas data” (ofício do órgão encaminhado ao Juízo da 27ª Vara Criminal Central da Capital, encartado aos autos do processo controle n. 769/04).

Urge salientar, *mutatis mutandis* porquanto se refira aos casos em que há cominação de pena, que, não obstante o quanto disposto no artigo 202 da Lei de Execução Penal, determinando o sigilo automático dos dados relativos a processos nos quais as penas aplicadas já foram extintas (o que, na prática, não ocorre, impondo ao interessado uma peregrinação aos órgãos públicos envolvidos para obter a devida ‘baixa’), a regra no Estado de São Paulo evidencia que, no mais das vezes, o comando legal que restringe as informações é desrespeitado. Primeiro, porque, como já salientado, o ‘sigilo’ dos dados, na absoluta maioria das vezes, não é automático, mas depende de provocação do interessado, gerando um procedimento que pode demandar longa espera. Segundo, porque, mesmo com o ‘sigilo’ já formalizado, não há controle sobre a freqüente violação de tais dados por empregadores e agências de empregos.

E, nestas hipóteses em que sequer houve condenação, há maior gravidade, uma vez que o só fato de ter sido investigado administrativamente ou de ter sido denunciado criminalmente determina sérias dificuldades futuras para o exercício de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, inclusive o da dignidade da pessoa humana, dada a freqüente e notória violação do dever de sigilo.

Quando o interessado consegue, após uma verdadeira batalha contra a burocracia, formalizar o ‘sigilo’ determinado em lei, ainda assim não consegue continuar normalmente sua vida porque, se ou quando precisa procurar novo emprego percebe que as empresas empregadoras têm acesso a dados que deveriam ser sigilosos e, ao serem informadas acerca de qualquer registro criminal (ainda que seja de inquérito arquivado ou processo em que o desfecho fora a absolvição ou a extinção da punibilidade), negam a oportunidade de trabalho e o conseqüente retorno ao convívio social, considerando o competidíssimo mercado profissional.

Mencionada situação constitui flagrante violação aos direitos fundamentais do cidadão que não mantém qualquer pendência com a Justiça Criminal tanto que, ante esta inaceitável situação, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem determinado a exclusão definitiva dos dados de processos criminais nos quais o réu foi absolvido ou houve declaração de extinção da punibilidade, sem anterior condenação. Isto porque, tanto o revogado artigo 748 do Código de Processo Penal quanto o artigo 202 da Lei de Execução Penal não impedem a exclusão desses registros pelo singelo fato de mencionados artigos legais tratarem do sigilo de dados no caso de cumprimento ou extinção da pena, ou seja, quando efetivamente houve condenação, mas apenas reforçam a conclusão lógica de que nos casos em que sequer houve cominação de pena, não há qualquer necessidade da manutenção do registro no banco de dados do Instituto de Identificação.

A exclusão dos dados, mais do que não violar os dispositivos legais do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, dá eficácia plena ao princípio constitucional do estado de inocência e da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a negativa em proceder desta maneira sob o argumento de respeito à lei processual penal, acaba por violar de maneira frontal o princípio constitucional mencionado, sendo tal decisão, além de ilegal, inconstitucional, e em total dissonância com que se espera de uma prestação jurisdicional efetiva, que pacifique a sociedade e possibilite a plena efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

Reportemo-nos às decisões do STJ:

PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO. ART. 748 DO CPP. ANTECEDENTES CRIMINAIS. INQUÉRITOS ARQUIVADOS. REABILITAÇÃO, ABSOLVIÇÃO E RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. **EXCLUSÃO** DE DADOS DO **REGISTRO** DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Esta Corte Superior tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748 do Código do Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados ou a processos nos quais tenha ocorrido a reabilitação do condenado, a absolvição por sentença penal transitada em julgado, ou, ainda, o reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. (Precedentes). Ordem concedida. (Pet 5948 / SP PETIÇÃO 2007/0239617-6; Ministro FELIX FISCHER; ata do julgamento 07/02/2008).

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ANTECEDENTES CRIMINAIS - INQUÉRITOS ARQUIVADOS - **EXCLUSÃO** DE DADOS DO **REGISTRO** DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL.

1. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, de molde a preservar a intimidade do mesmo.

2. A lei confere ao condenado reabilitado direito ao sigilo de seus **registros** criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do **registro** pertinente, em sua folha de antecedentes. (RMS 17774/SP. Rel. Min. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 1.7.2004, p. 278). Recurso provido. (RMS 18540 / SP; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0088428-5; Ministro HUMBERTO MARTINS; Data do julgamento: 20/03/2007)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. PEDIDO DE **EXCLUSÃO** DO NOME DO IMPETRANTE NOS **REGISTROS** DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. SIGILO DAS INFORMAÇÕES PELO DISTRIBUIDOR CRIMINAL. ACOLHIMENTO DO PEDIDO. PRECEDENTES.

É pacífico o entendimento jurisprudencial desta eg. Corte de Justiça, em atendimento ao disposto no art. 748 do CPP, de que os dados relativos a inquéritos arquivados, em processos nos quais tenha ocorrido a reabilitação do condenado ou tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, ou em caso de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, devem ser excluídos do respectivo **registro** nos Institutos de Identificação e preservado o sigilo no Distribuidor Criminal. Precedentes. Recurso provido. (RMS 19936 / SP; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0066467-3; Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; Data do julgamento 08/11/2005).

Não se pode admitir que uma intercorrência criminal isolada, seja o registro de um inquérito policial arquivado, seja de absolvição criminal ou de um processo que teve a extinção da punibilidade declarada, torne-se um óbice eterno e intransponível, impedindo o recomeço de uma vida em sociedade. Para efetivar a proteção dos direitos fundamentais

do cidadão, não se pode negar exclusão de tais dados do Instituto de Identificação Criminal cujo banco de dados é utilizado pela polícia civil (o que não se confunde com o registro no Cartório Distribuidor Criminal, que tem acesso restrito na prática), prestigiando-se, nesse passo, as normas constitucionais, que informam o restante do ordenamento jurídico, cabendo ao aplicador da lei sempre lhes conferir a devida efetividade.

Por outro lado, a providência da informação acerca da vida criminal pregressa do cidadão pode muito bem ser ultimada pelo Cartório Distribuidor, prescindindo-se, pois, da duplicidade de registro (não se faz necessária a manutenção também no IIRGD).

Assim, considerando tudo o que se aduziu, a exclusão definitiva do registro processual no banco de dados do IIRGD deve ser determinada judicialmente, interpretando-se o quanto disposto no art. 202 da LEP de forma consentânea com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico penal dela decorrente e nela firmado, não podendo o cidadão que se viu, um dia, envolvido em inquérito policial ou processo criminal com situação regular perante o Judiciário, quer em razão de ter sido o procedimento administrativo arquivado, quer em razão de absolvição ou extinção da punibilidade, ou, ainda, o integral cumprimento da pena cominada, ser 'punido' perpetuamente.

Ressalte-se, mais uma vez, que a exclusão do registro do inquérito ou processo do banco de dados do IIRGD não acarretará qualquer prejuízo de ordem processual, eis que a manutenção do registro junto ao Cartório Distribuidor Criminal, observado o sigilo legal, satisfaz a necessidade da informação.

TESE 17

Proponente:

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

A condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas não gera reincidência e outros efeitos secundários.

A tese é de extrema relevância aos Defensores Públicos que lidam com o direito penal, tanto no processo de conhecimento como no de execução da pena. A imunização dos efeitos decorrentes da reincidência impede a intensificação do direito de punir do Estado. Como consequência, o indivíduo defendido pela Defensoria Pública cumprirá tempo menor de prisão, seja porque não teve sua pena exacerbada, seja porque não será obrigado a cumprir lapsos temporais maiores com vistas a sua progressiva liberdade. Isso certamente reduz os efeitos deletérios e marginalizantes que o sistema penitenciário produz, bem como contribui ao arrefecimento da dessocialização do condenado. É necessário que os Defensores Públicos lotados nas varas criminais singulares e nas varas de execuções penais incorporem a seu cotidiano funcional a vertente hermenêutica consubstanciada na presente tese, afirmando a importância dos princípios e contribuindo ao fortalecimento de um sistema penal edificado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A utilidade prática do posicionamento adotado, portanto, evidencia o interesse e a pertinência institucionais da tese (artigos 2º; 5º, III; 51, I DA LODPSP).

Trata o artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) da conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Anteriormente era o artigo 16 da Lei 6.368/76 o responsável pela descrição e a definição das consequências jurídico-penais do comportamento do usuário de drogas.

O legislador ordinário deu novo tratamento aos usuários de drogas, deixando de puni-los com pena privativa de liberdade. Como se lê nos incisos do artigo 28 da Lei de Drogas^[1], esses agentes doravante sofrerão medidas despenalizadoras, abandonada que foi a idéia do encarceramento.

Em razão disso, instalou-se relevante discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas. Basicamente, três posições surgiram: I) houve *abolitio criminis*, de modo a rechaçar o caráter criminoso da conduta do usuário de drogas; II) trata-se de infração penal *sui generis*, pois a nova disciplina legal descriminalizou formalmente a conduta do usuário e, ao mesmo tempo, previu medidas despenalizadoras para censurá-lo; III) o artigo 28 é crime e o usuário, tóxico-delinqüente, tendo havido apenas despenalização da conduta do usuário.

Nos autos do Recurso Extraordinário de n. 430.105 QO/RJ, publicado em 13 de fevereiro de 2007, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o egrégio Supremo Tribunal Federal adotou o terceiro entendimento supramencionado^{[2]-[3]}.

Nesse ponto, indaga-se: pode o artigo 28 da Lei de drogas gerar reincidência?

Como regra, na hipótese de o agente ter contra si condenação anterior definitiva pela prática de crime, caso incorra novamente nas elementares de um tipo penal, será considerado reincidente, em conformidade com o artigo 63 do Código Penal.

Nessa ordem de idéias, na linha do entendimento recentemente sufragado pela mais alta corte de Justiça do país, será reincidente o agente que cometer nova infração penal após ser condenado definitivamente pelo cometimento da infração descrita no artigo 28 da Lei de Drogas. Essa solução encontra amparo na legislação penal em vigor e certamente atrairá muitos adeptos.

Discorda-se de tal posicionamento, porém.

Sabe-se que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem com um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, como se lê no primeiro dispositivo da Carta Maior. A colocação topográfica desse comando revela que nosso sistema constitucional é garantista.

Desse modo, os provimentos jurisdicionais não de ser razoáveis, proporcionais, tendo-se sempre em mira o indivíduo, figura mais importante em um Estado como o nosso, marcado por sua feição Social, Democrática e Humanista.

Colocadas tais premissas, afirma-se convicta e veementemente que **A CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS É INCAPAZ DE GERAR REINCIDÊNCIA**, razão pela qual devem ser afastadas prontamente interpretações puramente legalistas, para que cedam espaço aos mandamentos constitucionais da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Formulada a assertiva, passa-se agora à explanação dos fundamentos jurídicos que guiaram e autorizaram tal conclusão.

Como se sabe, constitui a reincidência uma circunstância agravante (artigo 61, I, CP) e sua finalidade é intensificar o direito de punir do Estado. O julgador vale-se de condenação anterior transitada em julgado para majorar os limites quantitativos da resposta penal-estatal^[4].

Pois bem, imagine-se a seguinte situação concreta: um determinado agente que fora condenado anteriormente pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas é sujeito passivo de uma persecução penal que objetiva a apuração do crime de tráfico, em sua forma simples.

Concretizado um dos verbos elencados no tipo penal delineado no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas e reconhecida a culpabilidade desse agente, será ele condenado à pena privativa de liberdade de, no mínimo, cinco anos.

Nesse mesmo caso, suponha-se que o julgador, partindo do mínimo legal na primeira fase de individualização da pena, reconheça a reincidência e aplique o percentual de aumento de um sexto^[5]. A pena de prisão que era de cinco anos passará a ser de cinco anos e dez meses, isto é, utilizando e valorando o artigo 28 da Lei de Drogas, o magistrado determinará que o agente cumpra mais dez meses de encarceramento!

Por outro lado, no processo de execução da pena, a adoção acrítica do pensamento do egrégio Supremo Tribunal Federal é nefasta e redundante em sérios prejuízos ao *status libertatis* do indivíduo. De fato, considerar o condenado ao artigo 28 reincidente significa ampliar sua manutenção no cárcere, pois nesse caso os lapsos temporais conducentes à obtenção de direitos são mais extensos, de que constituem exemplos o livramento condicional – cujo requisito objetivo de um terço passa a ser metade do cumprimento da pena privativa de liberdade – e a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados, que passou a exigir dos reincidentes o cumprimento de três quintos da pena privativa de liberdade após a promulgação da Lei de n. 11.464/07.

Significa dizer que a interpretação puramente legalista, despida do conteúdo normativo-constitucional da razoabilidade, ao reconhecer a aptidão do artigo 28 a induzir reincidência, estende (indevidamente) o tempo do indivíduo no cárcere. A depender do caso concreto, essa manutenção no sistema penitenciário pode durar anos^{[6]-[7]}.

Analisando-se o corpo do voto do relator do acórdão que definiu como crime o artigo 28 da Lei de Drogas, verifica-se que a egrégia Corte de Justiça reafirmou a intenção do legislador em repelir a possibilidade de o usuário cumprir pena privativa de liberdade, bem como enfatizou o caráter despenalizador do dispositivo em análise^[8].

São diminutas as conseqüências jurídico-penais daqueles que incidam nas elementares do artigo 28 da Lei de Drogas. Tanto isso é verdade que sequer houve previsão legal de pena privativa de liberdade aos usuários de entorpecentes.

Nesse contexto, carece de razoabilidade utilizar a condenação definitiva anterior pela prática do artigo 28 da Lei de Drogas para o fim de retirar direitos subjetivos do acusado, incrementar a censura penal-estatal e mantê-lo mais tempo segregado, suportando as agruras do cárcere.

Poder-se-ia argumentar que todos esses efeitos decorrem da lei penal, cuja incidência é imperativa e inderrogável. Verificado o suporte fático autorizador da aplicação do artigo 63 do Estatuto do Repressivo, o silogismo daí decorrente conduziria necessariamente à produção dos efeitos da reincidência.

O argumento impressiona, mas não convence.

Predomina entre os intérpretes que não infirmam a constitucionalidade do instituto da reincidência o entendimento segundo o qual o reincidente revela maior grau de periculosidade, estando a exacerbação da pena justificada pela insuficiência da punição anterior^[9]. Todavia, pode ser considerada perigosa uma pessoa anteriormente condenada por um fato que nem mesmo enseja pena de prisão? É merecido tal estigma e justificada a exacerbação da reprimenda penal àquele que teve contra si imposta medida despenalizadora que se descumprida não o sujeita ao cárcere? Óbvio que não!

Ademais, a exacerbação vulnera a não mais poder o princípio da proporcionalidade, “uma vez que o acessório (agravante da reincidência) não pode exceder o principal (a pena imposta)”^[10]. E é precisamente isso o que ocorre na hipótese de que se trata: as conseqüências da reincidência são mais pujantes e gravosas que a condenação anterior pela prática do artigo 28^[11].

De outro lado, a valoração da condenação anterior pelo artigo 28 como substrato fático hábil a induzir reincidência conduz à equiparação dessa conduta a crimes graves, tais como os crimes hediondos e equiparados (*v.g.*, latrocínio, homicídio qualificado, tráfico de drogas, tortura, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor etc.). A toda evidência, esse proceder viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade, pois confere idêntico tratamento jurídico a situações fáticas tão distintas^[12].

A respeito do princípio da igualdade, cita-se a valiosa doutrina do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

“Exige-se uma **igualdade material através da lei**, devendo tratar-se por igual o que é ‘igual e desigualmente o que é desigual’. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*^[13].

É perfeitamente possível a controlabilidade judicial do princípio da igualdade, mormente para aviar interpretações que dêem tratamento uniforme a situações fáticas desiguais, homenageando-se o princípio da proibição geral do arbítrio.

Portanto, o magistrado deve emitir resposta jurisdicional diversa quando depara com condenação anterior pelo artigo 28 da Lei de Drogas, levando em consideração as especificidades dessa infração. Em suma, para chegar a uma decisão adequada e socialmente convincente, deve o magistrado superar o puro positivismo jurídico^[14], fazendo valer a principiologia em que está escorada a Constituição Federal e o rosário de direitos fundamentais previstos no artigo 5º, todos unificados pelo valor da dignidade humana, criando um ambiente favorável à reaproximação entre Direito e Ética^[15].

Calha tracejar outro argumento: nos dias atuais, até mesmo as contravenções penais estatuem respostas penais mais gravosas que as previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Deveras, em conformidade com o artigo 5º da LCP, o agente que incidir numa das figuras típicas previstas no citado diploma legal será obrigado a cumprir pena de prisão simples, que deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto pelo prazo de até 5 (cinco) anos, ou pena de multa.

Se aquele que vier a cometer uma contravenção penal, que possui tratamento penal mais rigoroso, posteriormente cometer um crime, é considerado primário (artigo 63, CP), é desarrazoada, ferindo inevitavelmente o princípio da proporcionalidade, a conclusão segundo a qual é reincidente aquele que vem a ser condenado por crime na hipótese de anteriormente ter sido condenado por porte de droga para consumo próprio, infração penal de diminutas conseqüências penais na esfera de liberdade do indivíduo.

É necessário registrar que não é estranha ao legislador a técnica de neutralizar os efeitos da reincidência, malgrado tenha o agente em seu passado cometido um delito e sido condenado. O Código Penal desconsidera, para efeito de reincidência, os crimes militares próprios e os políticos (art. 64, II). Nada impede, portanto, à luz dos princípios constitucionais acima apontados, que o magistrado deixe de reconhecer a reincidência aos que tenham incidido nas elementares do artigo 28 da Lei de Drogas.

Conceder ao magistrado o poder de neutralizar os efeitos da reincidência sem que para tanto exista previsão em lei não significa negar o ordenamento jurídico posto. Isso porque, hoje, o espírito da Justiça apóia-se nos direitos fundamentais da pessoa humana e a razoabilidade é a medida preferível para mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica^[16].

Não há como aplicar uma norma de direito positivo a um determinado caso em que ela se revele injusta, posto que válida aos demais casos que ela regula, pois nessa hipótese sua incidência é inconstitucional, já que violadora do amplo catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna^[17].

Enfim, sendo impossível realizar *the justice under law*, torna-se necessário escolher entre o direito positivo e a justiça^[18]. Esse escrito caminha pela decisão em favor da justiça e espera que a conclusão no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas é incapaz de gerar reincidência na forma do artigo 63 do Código Penal seja o entendimento prevalecente nos Tribunais pátrios.

Referências Bibliográficas:

[1] O artigo 28 da Lei de Drogas prevê as seguintes medidas: “I – advertência sobre os efeitos da drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

[2] “Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo [art. 16 da Lei 6.368/76] continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95”(Informativo n. 456).

[3] Em data posterior (31/03/2008), o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação criminal de n. 01113563.3, relator o juiz José Henrique Rodrigues Torres, reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal, “porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”. O presente escrito, todavia, trabalhará com o *decisum* do Supremo Tribunal Federal.

[4] Por conta disso, há quem divise na reincidência clara violação aos princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da legalidade. Nesse sentido, as lições, respectivamente, de Paulo de Souza Queiroz e de Alberto Silva Franco: “Ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se, em verdade, valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anteriormente praticada (em relação à qual já foi o agente condenado e punido)” (*Direito Penal – introdução crítica*, SP: Saraiva, 2001, p. 29); “Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado

Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica (*Código Penal e sua interpretação*, SP: RT, 8ª ed., 2007, p. 367).

[5] “O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-as discricionárias do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto” (Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal Comentado*, SP: Saraiva, 2002, p. 219).

[6] É o caso do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade pela prática do crime de extorsão mediante seqüestro que teve duração superior a 24h. Nessa hipótese, a pena mínima é de 12 anos (art. 159, § 1º, CP). Condenado anteriormente pelo art. 28 da Lei de Drogas, em vez de dois quintos, terá que cumprir três quintos da pena privativa de liberdade para progredir de regime prisional (arts. 1º, IV e 2º, § 2º da Lei 8.072/90), o que certamente exigirá a permanência por mais alguns anos no regime fechado antes de ingressar no semi-aberto.

[7] Procurou-se demonstrar apenas alguns dos efeitos decorrentes da reincidência, tendo em vista que inúmeras são as conseqüências que ela traz a esfera jurídica de direitos do indivíduo (assim, p. ex., os artigos 67; 44, II; 60, § 2º, 77, I, 33, § 2º, b e c; 110; 117, VI, 81, I; 86, I; 155, § 2º; 171, § 1º e 170, todos do Código Penal). Guilherme de Souza Nucci, em seu *Código Penal Comentado*, lista 14 efeitos que a reincidência produz (SP: RT, 6ª ed., 2006, p. 378).

[8] “Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. (...) “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade” (RE n. 430.105 QO/RJ, publicado em 13 de fevereiro de 2007, relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

[9] “A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide” (Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, Atlas, 2000, p. 301). Entretanto, a reincidência não é necessariamente um sinal de periculosidade. Nem sempre o reincidente é mais perigoso que o primário. Um primário alvo de diversas ações penais que buscam a apuração e o castigo de diversos homicídios, nenhuma delas com a nota da definitividade, certamente é mais culpável que um reincidente em crimes de furto.

[10] Após demonstrar a inconstitucionalidade do instituto, pondera Paulo Queiroz o seguinte: “Mas se a reincidência for tolerada, como o é ordinariamente, temos que o agravamento que dela decorrer jamais poderá implicar aumento igual ou superior, mas sempre inferior à pena que fora imposta na sentença condenatória precedente, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade” (*Direito Penal – Parte Geral*, RJ: *Lumen Juris*, 4ª ed., 2008, p. 61).

[11] Como ficou demonstrado nos casos práticos citados linhas antes, tanto no processo de conhecimento como no de execução da pena, a reincidência pode propiciar agravações significativas na pena privativa de liberdade, inclusive ampliar por anos a segregação do indivíduo, valendo mais uma vez frisar que o artigo 28 da Lei de Drogas apenas prevê em seu preceito secundário medidas despenalizadoras que não são convertidas em pena privativa de liberdade quando descumpridas, ao contrário do que ocorre com as restritivas de direitos, *ex vi* do artigo 44, § 4º, CP.

[12] “Quando não houver motivo racional evidente, resultante da ‘natureza das coisas’, para desigual regulação de situações de fato iguais **ou igual regulação de situações de facto desiguais, pode considerar-se uma lei**, que estabelece essa regulação, **como arbitrária** (José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra, 2ª ed., 2001, p. 382).

[13] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 5ª ed., 2002, p. 426.

[14] Plauto Faraco de Azevedo, *Aplicação do Direito*, SP: RT, 2ª ed., 2000, p. 134. É também do autor a seguinte passagem: “Pode também acontecer que a lei atenda às exigências da justiça, revelando-se, entretanto, injusta sua aplicação ao caso concreto, cuja singularidade resiste a seu enquadramento legal. Esta última hipótese já fora percebida por Aristóteles, que buscá-la resolvê-la mediante o recurso da equidade” (Idem, p. 139).

[15] A respeito do pós-positivismo e da ascensão dos princípios, registra-se o escólio de Luís Roberto Barroso: “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. (...) A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e no nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie dentro da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no

pensamento esclarecido. (...) O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva: SP, 6ª ed., 2006, p. 350).

[16] STJ, [RMS 25.652-PB](#), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/9/2008, 5ª Turma.

[17] Já é bem conhecido o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição. Canotilho leciona que a *prevalência da constituição* é uma das dimensões desse princípio. Segundo o autor, “dentre várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais”. Fica claro então que “no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma” (Idem, p. 1.210-1.211).

[18] Apud Plauto Faraco de Azevedo, *Aplicação do Direito*, cit. *Fundamentos de filosofia Del derecho* (“Grundzuge der Rechtsphilosophie”), tradução de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, p. 252

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000.

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 2006, p. 350.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 5ª ed., 2002, p. 426.

—. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Editora Coimbra, 2ª ed., 2001

Franco, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação*, São Paulo, RT, 8ª ed., 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, São Paulo, RT, 6ª ed., 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução crítica*, São Paulo, Saraiva, 2001.

—. *Direito Penal – Parte Geral*, RJ: Lumen Juris, 4ª ed., 2008.

TESE 18

Proponente:

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula:

O acusado que tem o primeiro contato com o Defensor Público na audiência de instrução, debates e julgamento possui o direito subjetivo a requerer a produção de provas neste ato processual, mesmo após decorrido o prazo para a apresentação de resposta escrita ou defesa preliminar.

Fundamentação teórica e fática:

É notória a carência estrutural da Defensoria Pública, especialmente o reduzido número de defensores públicos, destacando que em razão desta insuficiência de quadros, estes operadores do Direito, em raríssimas situações, têm contato com os seus assistidos, antes da apresentação da defesa prévia, momento oportuno para o requerimento da produção de provas.

Deste modo, considerando os princípios da ampla defesa, da isonomia material no seu aspecto processual (paridade de armas) e também o princípio da busca da verdade real, em nosso sentir, é direito subjetivo do réu, que tem o primeiro contato com o defensor público na audiência, postular a produção de provas, mesmo após decorrido o momento oportuno.

Deve haver uma ponderação de interesses, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, prevalecendo os postulados acima mencionados em comparação ao princípio do devido processo legal.

Em última análise, a adoção desta tese representa a observância de um efetivo acesso à Justiça por parte dos réus nas condições referidas.

Assim, esta tese tem embasamento nos seguintes preceitos legais: Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, Artigo 5º, incisos XXXV e LV também da Carta Magna, Artigos VII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Artigo 8º, 1 e 2, c e f da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente:

Artigo 5º, inciso IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Indicação do item do plano anual de atuação da defensoria em que se insere:

Capítulo II – Grupo Temático: Direitos Humanos – Item 4.

TESE 45

Proponente: IDDD – Inst. de Defesa do Direito de Defesa

Área: Criminal

Súmula:

Com a pronta constatação da ausência de outros mandados de prisão ou de busca e apreensão de adolescente, o acusado, cuja custódia cautelar for revogada em audiência ou plenário de julgamento, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Fundamentação teórica e fática

Conforme se vê na prática forense da Justiça Criminal, acusados(as) presos(as) que ganham o direito à liberdade - seja provisória, por conta de deliberação proferida ao final de uma audiência, ou definitiva, em razão da absolvição diante do plenário do Júri -

estão voltando aos estabelecimentos prisionais para serem soltos somente nos dias seguintes da data em que é proferida a decisão que lhes devolve a liberdade.

Alega-se, para isso, que é necessário fazer uma pesquisa sobre outros mandados de prisão que possam estar pendentes. Tal pesquisa, “só” poderia ser feita no estabelecimento prisional.

Essa falha do Estado faz com que muitos(as) acusados(as), ou pessoas já absolvidas, que deveriam gozar da liberdade, voltem ao cárcere – ainda que por uma noite - sem título prisional vigente.

(Dispositivos Legais violados: art. 5º, inc. LVI da Constituição da República e art. 7º e seus incisos da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica.)

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

(Item a ser indicado na Lei Orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar nº 988/06 – Acesso: </dpesp/Default.aspx?idPagina=2939>)

Artigo 2º - A Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a **tutela jurídica integral** e gratuita, **individual** e coletiva, **judicial** e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: (...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: </dbpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010>)

As ações aqui propostas se inserem no Plano de Metas da Deliberação CSDP nº 57, de 4 de janeiro de 2008, notadamente nos itens “d”, qual seja: “Atuação na área carcerária”; e “g”, que se refere a “Atuação na tutela dos direitos humanos”

TESE 46

Proponente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD

Área: Criminal

Súmula:

É inconstitucional e ilegal a vedação da concessão de liberdade provisória no caso de crime de tráfico de entorpecentes.

Fundamentação teórica e fática

A vedação trazida pelo artigo 44 da Lei n.º 11.343/06 acerca da concessão de liberdade provisória aos presos(as) por crimes de tráfico de drogas é inconstitucional, tendo em vista a afronta ao princípio da individualização da pena, portanto, não deve prevalecer sobre as demais bases constitucionais.

No mais, a prisão cautelar somente se justifica quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, caso contrário, haverá execução provisória da pena, execução esta não admitida no processo penal pátrio.

Por fim, há que se ressaltar ainda que a prisão processual, sem possibilidade de liberdade provisória, fere também o princípio constitucional da presunção de inocência, tendo em vista o cumprimento antecipado de uma pena que sequer foi definida, já que não há condenação transitada em julgado.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

(Item a ser indicado na Lei Orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar nº 988/06 – Acesso: [/dpesp/Default.aspx?idPagina=2939](#))

Artigo 2º - A Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a **tutela jurídica integral** e gratuita, **individual** e coletiva, **judicial** e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: (...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: [/dbpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010](#))

As ações aqui propostas se inserem no Plano de Metas da Deliberação CSDP nº 57, de 4 de janeiro de 2008, notadamente nos itens “d”, qual seja: “Atuação na área carcerária”; e “g”, que se refere a “Atuação na tutela dos direitos humanos”.

TESE 64

Proponente: Daniela Skromov de Albuquerque

Área: Criminal

Súmula:

Cabe Habeas Corpus para o STJ da decisão do Relator do Tribunal de Justiça que indefere liminar em Habeas Corpus, quando a decisão de origem negar infundadamente ao acusado o direito à liberdade no curso do processo criminal.

Assunto:

Direito à liberdade no curso do processo. Presunção de Inocência. Excepcionalidade da prisão cautelar, que não pode servir como instrumento de punição antecipada. Exigência de fundamentação válida nas decisões judiciais. Flexibilização da Súmula 691 do STF pelas Cortes Superiores, em casos de teratologia da decisão atacada.

Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

A tese ora apresentada está em consonância com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo previstas no artigo 5º, incisos III e IX da Lei Complementar 988/06

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

[...]

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

[...]

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Fundamentação fática e jurídica:

Em sede constitucional, inúmeros são os dispositivos que garantem a toda pessoa, e especialmente ao acusado num processo criminal, o direito fundamental à liberdade, de forma a deixar claro que a prisão processual é medida excepcionalíssima:

CF 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;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Na mesma linha de excepcionalidade, o Código de Processo penal dispõe que toda prisão cautelar deve estar subsumida às hipóteses taxativas do artigo 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública ou econômica; b) conveniência da instrução criminal; c) segurança na aplicação da lei penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem 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.

Tais requisitos são necessários a toda e qualquer prisão provisória, já que mesmo em caso de prisões em flagrante, a manutenção da custódia cautelar deve estar necessariamente fundada nas três hipóteses legais de prisão preventiva (artigo 310, parágrafo único do CPP), não bastando para tanto a mera existência de indícios de autoria e materialidade do delito:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a incorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

No entanto, a imensa maioria dos pedidos de liberdade no curso do processo, a chamada "liberdade provisória", ou a prisão para apelar, é denegada em fundamentações outras que não as previstas no CPP. Vejamos as mais comuns na prática da Justiça paulista:

a) Mera explicitação textual dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sem qualquer base probatória contida nos autos.

b) gravidade em abstrato do delito;

c) conjecturas abstratas de fuga ou presunções de periculosidade e de existência de ligações criminosas;

d) falta de juntada de comprovantes de residência, o que além de não configurar uma das hipóteses da prisão cautelar, afronta o princípio da presunção de inocência e inverte a regra da distribuição do ônus da prova, assim como transforma direitos (à moradia e ao trabalho) em deveres que condicionam o gozo da liberdade.

A prisão processual, medida extrema e excepcional, só é permitida quando os autos contenham provas ou indícios substanciais da ocorrência de uma das hipóteses autorizadoras, uma vez que existe mandamento constitucional que determina sejam as decisões judiciais fundamentadas, sob pena de nulidade (CF artigo 93, IX), o que deve ser

feito *in concreto*, já que “o que não está nos autos não está no mundo”. Nas palavras do Ministro do STJ Hamilton Carvalhido, a fundamentação:

[...] “deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada” (HC 49.644/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/02/2007 p. 390).

A jurisprudência do STF é farta nesse sentido, como revelam os seguintes julgados: HC 93056, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 15.05.2009; HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007.

Prosseguindo, constata-se que a imensa maioria dos pedidos infundadamente indeferidos em primeiro grau são referendados em sede liminar nos Habeas Corpus impetrados no Tribunal de Justiça, o que via de regra é feito também sem fundamento idôneo, sendo certo que o tempo médio para o julgamento de mérito desse Habeas Corpus gira em torno de três meses.

Em virtude disso, tais Habeas Corpus, em montante significativo, são julgados no mérito prejudicados, uma vez que a decisão colegiada se dá quando já sobreveio sentença, fazendo com que o réu passe a instrução toda recluso, o que transforma a prisão processual em regra e em pena antecipada, e consubstancia evidente afronta ao direito de liberdade, além de ser a maior causa da superpopulação de presos provisórios no Estado de São Paulo, e de implicar em “trabalho perdido” dos Defensores.

Essas constatações nos levam à necessidade de encontrar meios de acesso tempestivo às Cortes Superiores a fim de tornar a prisão cautelar de fato uma exceção e de fazer valer a garantia constitucional da celeridade processual (CF, artigo 5, inciso LXXVIII).

E a solução para isso é encontrada em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais revelam que é permitida a flexibilização da Súmula 691 do STF [\[1\]](#).

Isso significa que inúmeros são os deferimentos de liminares em Habeas Corpus impetrados perante o STJ de decisões monocráticas do TJ que simplesmente referendam uma decisão de origem que nega a liberdade no curso do processo sem fundamento válido.

Nesse sentido, são as decisões que seguem:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF.

1. Não se admite habeas corpus contra decisão proferida pelo relator da impetração na instância de origem, excetuados os casos de indeferimento de pedido liminar em decisão inquestionavelmente teratológica, despida de qualquer razoabilidade, como se verifica na hipótese.

2. A prisão cautelar, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória.

3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o benefício da liberdade provisória, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 86.415/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DIREITO DE APELAR SOLTO. CONHECIMENTO.

1. Sob pena de indevida supressão de instância, diante da ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de Origem, segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (Súmula 691/STF).

2. Constatado evidente constrangimento ilegal perpetrado contra os pacientes, porquanto responderam a todo o processo em liberdade e, na sentença condenatória, sob o fundamento da existência de antecedentes desfavoráveis, foi-lhes negado o direito de apelar em liberdade, determinando-se a expedição de mandado de prisão, impende o abrandamento do referido enunciado sumular, para se conhecer do writ.

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. JULGAMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. ACÓRDÃO PROLATADO. FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXPOSTO NA INICIAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO WRIT EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.

1. Segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, dada a ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de origem (Súmula n. 691 do STF).

2. O óbice inserto na Súmula 691 do STF, contudo, resta superado se o acórdão proferido no julgamento do habeas corpus originário, em que restou indeferida a liminar, objeto do mandamus ajuizado neste Superior Tribunal, contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faça as vezes do ato coator.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. PREVENTIVA. GRAVIDADE DO DELITO. VIOLÊNCIA PRÓPRIA DO TIPO. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. MERA SUPOSIÇÃO. CUSTÓDIA ANTECIPADA GENÉRICA E BASEADA EM MERAS CONJECTURAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO SE MOSTRAM AMEAÇADAS. PACIENTE PRIMÁRIO, SEM ANTECEDENTES E RESIDENTE NO DISTRITO DA CULPA. COMPARECIMENTO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL PARA PRESTAR ESCLARECIMENTO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REVOGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO DA DECISÃO AOS DEMAIS RÉUS.

1. Há constrangimento ilegal quando o decreto de prisão preventiva encontra-se fundado em meras conjecturas acerca da possibilidade de ocorrência de ameaça a testemunhas e da periculosidade do paciente, haja vista a gravidade do delito em tese cometido, própria do tipo, dissociadas de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

2. A prisão preventiva não pode ser decretada de forma genérica e se ausentes os motivos previstos no artigo 312 do CPP, especialmente quando se trata de paciente primário, sem antecedentes criminais, residente no distrito da culpa e que compareceu perante a autoridade policial para prestar esclarecimentos acerca dos fatos criminosos.

3. Ordem conhecida e concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, estendendo-se, de ofício, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP, a decisão a Leonardo Silva, Maria Eliete dos Santos e Fábio Santos de Melo.

(HC 111.549/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/06/2009)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171 (ONZE VEZES) DO CP. WRIT IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO AINDA NÃO APRECIADO. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO PRETÓRIO EXCELSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - Hipótese em que a impetração se volta contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida de liminar, ainda não tendo ocorrido o julgamento final do writ no e. Tribunal a quo.

A hipótese, de regra, atrairia a incidência da Súmula 691 do Pretório Excelso. Contudo, verificada flagrante ilegalidade, é possível a concessão da ordem em habeas corpus impetrado contra o indeferimento de liminar.

II - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula nº 09/STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal,

não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).

III - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel.Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

IV - No caso, os fundamentos apresentados no decreto prisional, meros juízos de probabilidade destituídos de base empírica - de que os acusados soltos poderiam continuar a aplicação das fraudes objeto da denúncia e coagir testemunhas - não são aptos a justificar a necessidade da custódia cautelar. Dessa forma, se não restaram evidenciadas quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, deve ser revogada a prisão preventiva. (Precedentes).

V - Além disso, o decreto ora vergastado apresenta fundamentação idêntica a de decisão anterior já declarada por esta Corte destituída de fundamentação idônea (HC 57.974/RJ), que tratava também de prisão preventiva decretada em desfavor do paciente acerca dos mesmos fatos objeto do presente feito.

Ordem concedida.

(HC 89.647/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 06/10/2008)

HABEAS CORPUS Nº 132.979 - SP (2009/0062707-8), RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)IMPETRANTE: DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PACIENTE: RICARDO DE JESUS LOPES LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de RICARDO DE JESUS LOPES LIMA, apontando-se como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 16 de dezembro de 2008, e denunciado como incurso no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e no artigo 12 da Lei 10.826/03. Alega o impetrante que não há indícios de autoria e da materialidade do crime, motivo pelo qual a decisão de primeiro grau, que indeferiu a liberdade provisória, é ilegal. Da mesma forma, o julgado do Tribunal a quo, que rejeitou o pedido de liminar. Acrescenta que o habeas corpus impetrado em segundo grau está pendente de julgamento desde o dia 16 de fevereiro de 2009.

Requer o deferimento de medida liminar, para que seja expedido contramandado de prisão.

É o relatório.

Passo a decidir.

Em primeiro lugar, far-se-á necessário superar o enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe conhecer de habeas corpus contra decisão denegatória da ordem, se se tratar de decisão monocrática. Mas, esta Corte e o próprio Colendo Supremo Tribunal Federal, quando a decisão contrarie jurisprudência das Cortes Superiores, já mitigaram o rigor dessa Súmula, como se verifica dos seguintes julgados: HC 91468/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe nº 074 Divulg. em 24-04-2008; HC 90387/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJ de 28-09-2007; e HC 117.982/SP, Relatora Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe de 03/12/2008.

Não é, pois, caso de extinção do processo por inadequação desta via, diante do sério gravame causado ao paciente.

A decisão de primeiro grau está assim fundamentada (fl. 86): “O acusado está envolvido em crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma, o que por si só, é de gravidade social relevante, dado o perigo que a conduta insere. O crime de tráfico contribui para o aumento da criminalidade, já que à volta dele os piores crimes: homicídios, roubos, furtos, etc. De lembrar-se que a Lei 11.343/2006, em seu artigo 44 veda a concessão do benefício. Além disso, trata-se de crime hediondo, ex vi do artigo 2º, caput, da Lei 8.072/90, havendo expressa proibição à concessão da benesse pretendida. Existem fortes indícios de autoria e prova da materialidade da infração. O simples fato de o acusado eventualmente ser primário, ter bons antecedentes, possível residência e emprego fixos, não podem servir de únicos alicerces para concessão da liberdade provisória, há que se apurar tais condições sempre com o modus operandi do delito, prevalecendo-se o bem estar social sobre o individual. Isto posto, indefiro o pleito em questão.

O Tribunal a quo, por sua vez, indeferiu a liminar, por entender que não há constrangimento ilegal manifesto (fl. 107).

No entanto, conforme precedentes desta Corte, a vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime, nem em meras conjecturas e nas suas consequências sociais. Nesse sentido: HC 118649/PR, Relatora Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe 02/02/2009 e HC 110917/RJ, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 19/12/2008.

[...]

Desta forma, concedo a liminar, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final do presente writ, salvo prisão por outro motivo ou se sobrevierem eventuais razões para sua prisão preventiva, com o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

[...]

(HABEAS CORPUS Nº 132.979 - SP (2009/0062707-8), Ministro CELSO LIMONGI, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJ 22/04/2009)

A medida aqui proposta, portanto, além de se revelar como forma de consagração dos direitos fundamentais à liberdade e à celeridade processual, mostra-se como um instrumento para a redução da população de presos provisórios, podendo inclusive causar um maior número de absolvições, penas menores e regimes menos rigorosos (a experiência mostra que réu solto pode causar positiva influência na convicção do magistrado no momento da sentença) e colaborar para a redução do estigma “réu preso=réu culpado”.

Sugestão de operacionalização:

Quando da impetração do HC para o TJ, já xerocopiar uma via completa extra, “prevedo” o indeferimento e antecipando o trabalho posterior de pegar o processo para xerocar, evitando assim eventuais dificuldades de acesso aos autos em virtude do andamento do feito (conclusão, vista ao MP etc). Acompanhar o resultado da liminar no *site* do TJ ou esperar a intimação via e-mail do Núcleo de Segunda Instância, e em caso de indeferimento, imprimir a decisão monocrática para com essa documentação impetrar HC para o STJ nos molde aqui exposto.

Referências Bibliográficas:

[1] Súmula 691 do STF :*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “habeas corpus” impetrado contra decisão do Relator que, em “habeas corpus” requerido ao Tribunal Superior, indefere a liminar.*

TESE 65

Proponente: Wagner Ribeiro de Oliveira

Área: Criminal

Súmula:

O exame clínico de embriaguez não é meio hábil a caracterizar o elemento do tipo “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas” do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro” e, conseqüentemente, tipificar a conduta.

Assunto

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a necessidade de se operar a adequada interpretação do novo dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, de forma a não ofender o art. 5º, II, da Constituição Federal (princípio da legalidade), impedindo, assim, que se utilizem o exame clínico de embriaguez como apto a caracterizar o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Fundamentação teórica e fática

O art. 306 do CTB tipifica a conduta de “*conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.*”

Assim, está claro que somente será considerado crime se ficar constatado que o condutor do veículo estava conduzindo-o com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior ao especificado através de exame realizado no sangue do condutor.

O parágrafo único do mesmo artigo prevê que o Poder Executivo estipulará testes de equivalência, ou seja, descreverá outros testes de aferição da concentração alcoólica no condutor.

Conforme dispõe o **parágrafo único do art. 306** do citado diploma legal, “***o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo***”.

A equivalência entre os testes foi estipulada no **Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008**, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

“Art. 2º: Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico como hábil a constatar o estado de alcoolemia para fins de caracterizar o delito em apreço, restringindo-se ao exame de sangue e ao etilômetro.

Assim, **sem a constatação pelo meio de prova exigido em lei como apto a constatar o fato** de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, **não há que se falar em tipicidade da conduta**.

O princípio da legalidade exige isso.

O exame clínico de embriaguez não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos de que o acusado estava clinicamente embriagado.

Não existindo prova hábil a caracterizar o delito descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, o que configura constrangimento ilegal à liberdade do paciente a decisão do juízo criminal que admite o laudo pericial citado como prova hábil a caracterizar o crime em apuração.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. **Atipicidade**. “A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. **Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97**. Negaram provimento.”(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009) (g.n).

Ante o exposto, verifica-se que a inexistência de exame de sangue ou de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar impede a tipificação da conduta e enseja o trancamento da eventual ação penal iniciada em razão do constrangimento ilegal decorrente da ausência de justa causa para o prosseguimento desta ação.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese:

Item III – g) atuação na tutela dos direitos humanos – Como já afirmado, com a edição da Lei Complementar nº 988 de 2006, consolida-se o mandato da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos de modo que toda a atuação institucional relaciona-se com a temática referida, em especial, criar precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos, e uniformizar teses institucionais para servir de suporte ao trabalho dos defensores.

Sugestão de operacionalização:

Apresentar a tese em sede de resposta à acusação e, sendo negada, impetrar *habeas corpus* visando o trancamento da ação.

Seguem abaixo modelos das peças citadas.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

Autos nº ____/ ____

Acusado: _____

_____, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, que lhe move o Ministério Público, por meio do Defensor Público do Estado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 396 do CPP, com a nova redação da pela Lei nº 11.719/2008, apresentar **RESPOSTA À ACUSAÇÃO**.

O acusado foi denunciado e está sendo processado por supostamente ter dirigido um veículo automotor em estado de embriaguez alcoólica.

Ocorre que, conforme se verifica nos autos, o acusado não foi submetido a nenhum exame de alcoolemia apto caracterizar o delito do art. 306 do CTB.

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 306 do citado diploma legal, “o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”.

A equivalência entre os testes foi estipulada no Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

“Art. 2º: Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico hábil a caracterizar e estado de alcoolemia e caracterizar o delito em apreço.

Assim, verifica-se que, sem a constatação de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, não há que se falar em tipicidade da conduta.

O princípio da legalidade exige isso.

O belo trabalho doutrinário exposto as fls. 38/45, realizado pelos peritos policiais signatários, não é apto a tipificar a conduta do denunciado, servindo apenas, com dito, como um trabalho doutrinário. Tanto o é que não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. Atipicidade. “A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97. Negaram provimento.”(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009).

Diante do exposto, nos termos do art. 397, III do CPP, requer seja o acusado Benedito Barbosa Santiago ABSOLVIDO SUMARIAMENTE, tendo em vista a não caracterização do crime tipificado no art. 306 do CTB.

No mais, não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, a Defensoria Pública, em favor do acusado, alega inocência; nega que os fatos ocorreram como narrados, o que restará provado.

O acusado é primário e de bons antecedentes (fls. 38), tendo ele **direito à suspensão do processo**, conforme preconiza o art. 89 da Lei 9.099/95, motivo pelo qual **requer** a designação de audiência especificamente para essa finalidade, qual seja, fazer a proposta de suspensão do processo.

Requer-se o benefício da assistência judiciária nos termos da lei 1060/50, por ser o acusado pobre na acepção jurídica do termo.

Requer também, por fim, a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Nestes termos, pede deferimento.

São José do Rio Preto, __ de __ de 2009.

Defensor Público

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

_____, brasileiro, portador do R.G. n° _____ SSP/SP, Defensor Público, classificado na Defensoria Pública Regional de São José do Rio Preto-SP, com domicílio profissional na Rua Marechal Deodoro, n° 3131, em São José do Rio Preto/SP, Tel. (17) 3218-8297, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e nos arts. 647 a 667, do Código de Processo Penal, interpor o presente

HABEAS CORPUS

COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

em favor de

_____, portador do RG n° _____-SSP-SP, filho de _____, nascido aos _____ em _____/SP, residente na rua _____, no município de São José do Rio Preto -SP;

contra ato do Meritíssimo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto, proferido nos autos do processo n° _____/___ (controle), pelos motivos que passa a expor.

Da ausência de justa causa para a ação penal.

O paciente está respondendo ao processo supracitado como incurso no art. 305 e 306, c.c o art. 298 n.º I, todos da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) porque, segundo a denúncia, em 07 de julho de 2008, dirigia veículo automotor em estado de embriaguez, conforme exame clínico que constatou o acusado encontra-se clinicamente embriagado (fls. 08 processo original).

Consta dos autos que o paciente conduzia veículo automotor na via pública clinicamente embriagado, gerando uma colisão com o veículo VW Saveiro, cor vermelha, placas DKX 1587 – Palestina – SP, ocasião em que se afastou do local do acidente para fugir da responsabilidade penal e civil.

Consta, também, que o motorista da VW Saveiro perseguiu o paciente até abordá-lo. Feito isso, acionou a Polícia Militar que compareceu ao local e o encaminhou à Delegacia de Polícia, recusando-se ele a fornecer amostra de sangue para exame pericial. Foi realizado, então, exame clínico de embriaguez.

O primeiro exame de verificação de embriaguez constatou que o ora paciente apresentou sintomas indicativos de que estava embriagado, concluindo que estava “**clinicamente embriagado**”.

Ocorre que, conforme se verifica nas cópias dos autos em questão, o acusado não foi submetido a nenhum dos exames de alcoolemia indicados pelo ordenamento jurídicos como aptos caracterizar o delito do art. 306 do CTB.

Conforme dispõe o **parágrafo único do art. 306** do citado diploma legal, “***o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo***”.

A equivalência entre os testes foi estipulada no **Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008**, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

“Art. 2º: Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico como hábil a constatar o estado de alcoolemia para fins de caracterizar o delito em apreço.

Assim, **sem a constatação pelo meio de prova exigido em lei como apto a constatar o fato** de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, **não há que se falar em tipicidade da conduta**.

O princípio da legalidade exige isso.

O laudo pericial acostado aos autos originários não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo

do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos de que o acusado estava clinicamente embriagado.

Não existindo prova hábil a caracterizar o delito descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, o que configura constrangimento ilegal à liberdade do paciente a decisão do juízo criminal admitiu o laudo pericial citado como prova hábil a caracterizar o crime em apuração.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. Atipicidade. “A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. **Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97.** Negaram provimento.”(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009) (g.n).

A Constituição Federal elenca como direito fundamental da pessoa humana, impondo a concessão de ‘*Habeas-Corpus*’ nesta hipótese:

Art. 5º, LXVIII – ‘conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’.

De rigor o reconhecimento do constrangimento ilegal pela ausência de justa causa para o prosseguimento da presente ação penal.

Ante o exposto, requer o trancamento da presente ação em razão do constrangimento ilegal decorrente da ausência de justa causa para o prosseguimento desta ação.

Razões do pedido de Liminar

Conforme se verifica, o paciente está sendo processado por um delito sem que exista prova admitida em direito a comprová-lo, sem que houvesse, portanto, justo motivo para a persecução penal.

Evidencia-se, assim, o *periculum in mora*, já que a demora prolongará, ainda mais, o constrangimento ilegal do paciente, o qual perdurará até julgamento do presente remédio processual.

Não menos evidente é o *fumus boni juris* do pedido, ante todo exposto supra.

Deve-se, portanto, liminarmente, ser **suspenso o andamento da mencionada ação penal** até julgamento final do presente *writ*.

Ressalta-se por fim a possibilidade de tal medida ser revogada em momento posterior.

Diante dos fatos narrados, demonstrado o constrangimento ilegal pela instauração da presente ação penal por ausência de justa causa, requer o impetrante a concessão de uma **ORDEM DE HABEAS CORPUS LIMINARMENTE, em**

favor de _____, a fim de que se reconheça a probabilidade da falta de justa causa e, conseqüentemente, do trancamento da ação penal, determinando-se a suspensão do processo nº _____ da 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto-SP liminarmente até final julgamento do presente.

Outrossim, após pedido de informações que porventura se façam necessárias, aguarda a Defensoria seja concedida ao final a ordem, **reconhecendo-se a ausência de justa causa por ausência de tipicidade, determinando-se, conseqüentemente, o trancamento da mencionada ação penal.**

Nesses termos, pede a concessão da ordem.

De São José do Rio Preto para São Paulo, em 29 de junho de 2009.

Defensor Público

TESE: 66

Proponente: Genival Torres Dantas Junior

Área: Criminal

Súmula:

Cabe ao defensor público pleitear a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ao assistido processado pela prática de algum dos delitos previstos de tráfico ilícito de entorpecentes, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão desse benefício, em que pese a vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

Assunto:

A Lei nº 8.072/1990 que disciplina os denominados “crimes hediondos” e a Lei 11.464/2007 que a alterou, em nenhum momento, veda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em relação a esses delitos, quando presentes os requisitos legais para a sua concessão.

Entretanto, o artigo 44 da Lei 11343/2006 que cuida dos delitos de tráfico de entorpecentes, equiparados pela Constituição Federal aos crimes hediondos (artigo 5º, inciso XLIII), proíbe expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, inciso IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Fundamentação jurídica:

Existe uma manifesta contrariedade entre as referidas normas, o que causa uma situação de aplicação de uma diferente solução jurídica para duas situações semelhantes, ou seja, há uma manifesta violação ao princípio da isonomia.

Nesse sentido, é a doutrina de Rogério Sanches Cunha em sua obra *Lei de Drogas Comentada*, sob Coordenação de Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, páginas 233/234:

“(...) Contudo, havendo na Lei 11.343/2006 a proibição expressa de restritiva de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício somente para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O art. 44 da Lei 11.343/2006 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial revoga a geral), parece-nos que restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico é ferir de morte o princípio da isonomia.” (grifo nosso)

Outrossim, também depreende-se a existência de uma manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, pois se permite uma restrição sobremaneira gravosa ao direito de liberdade do réu, com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito, não se permitindo ao magistrado prolator da sentença analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto.

No compasso do alegado, o entendimento manifestado por Amaury Silva, em sua *Lei de Drogas Anotada*, Editora JH Mizuno, 2008, página 279:

“Inconstitucionalidade da restrição aos outros institutos: ‘sursis’, liberdade provisória e conversão da pena privativa da liberdade em restritiva de direitos: Sua incidência ofende ao princípio da proporcionalidade e mesmo da ubiqüidade do Poder Judiciário, em relação a todos os crimes previstos no art. 44, porque não há encaixe com a regra excepcional da CF, art. 5º, XLIII. A criação legislativa não pode a par de uma generalidade, buscar na primeira fase de individualização da pena, criar mecanismos específicos baseados em presunção de gravidade de delito ou de periculosidade do autor, anestesiar ou restringir a fórmula de julgamentos pelo Poder Judiciário. O ideal é que cada caso concreto seja analisado com a ‘performance’ realista que apresentar, cabendo ao magistrado de maneira fundamentada deliberar a respeito da privação da liberdade ou não, utilizando-se as proibições legais se compatíveis e necessárias.

A precedente manipulação legislativa da atividade jurisdicional é uma espécie de dirigismo que leva, se aplicada literalmente, a decisões artificiais como meros conglomerados declaratórios de um absolutismo impróprio ao sistema democrático. É inconcebível supor que de antemão uma tentativa de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º c/c art. 14, II, parágrafo único, CP) pode irromper no ‘sursis’, e uma ação delituosa periférica do complexo problema do tráfico de drogas não receba o mesmo tratamento. Do mesmo modo que uma condenação por concussão ou corrupção passiva simples (art. 316, ‘caput’ e art. 317, caput, CP), proporcione a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, e os crimes mencionados no art. 44, Lei 11.343/2006 não se sujeitam a tal consideração.”

Nem se diga que nesse caso deveria prevalecer o princípio da especialidade, já que os princípios costumeiramente utilizados para solucionar os conflitos aparentes de normas cedem, ante o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano que sempre deve ser aplicado, independentemente de um lei ser hierarquicamente superior, especial ou posterior a outra.

É importante realizar algumas considerações a respeito do princípio da aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*) que também pode incidir na situação retratada no presente texto.

Em princípio, vale citar um trecho de um texto dos consagrados doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, qual seja, *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução*, disponível em <http://www.lfg.com.br> 27 de maio. 2009, em que estes fazem importantes considerações a respeito do tema, *in verbis*:

(...) Há três critérios de solução das antinomias normativas (hierárquico – norma superior revoga a inferior-, especialidade – lei especial derroga a lei geral - e cronológico ou posterioridade – lei posterior revoga a anterior).

(...) Mas esse critério não é intransigente (não é absoluto). Porque em matérias de direitos humanos valem também outros critérios, destacando-se: (a) o da vedação do retrocesso, ou seja, uma norma nova não pode retroceder ou diminuir direitos conquistados em norma anterior (fala-se aqui em efeito clique da lei anterior mais protetiva); (b) princípio “pro homine” (que conduz ao diálogo entre as várias fontes normativas).

(...) No plano material, quando se analisa o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos que o contempla (Constituição Federal, Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam – eles “dialogam”).

Em outras palavras, no plano material devemos partir da hierarquia entre as normas de Direitos Humanos, mas ela não é inflexível (absoluta). Por quê? Porque por força do princípio ou regra ‘pro homine’ sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o ‘status’ ou posição hierárquica que vale sempre, sim, o seu conteúdo (porque irá preponderar a que mais amplia o exercício do direito ou da garantia) (...).

A ilustre internacionalista Flávia Piovesan, com o brilhantismo que lhe é peculiar, explicita com clareza o significado do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, em sua obra *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 10ª edição, Editora Saraiva, 2009, p. 102:

(...) no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito Interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.

Insta salientar que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano é previsto expressamente nos artigos 5º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 29, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), todos instrumentos normativos de índole internacional ratificados pelo Brasil.

Não se pode olvidar o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que o Pretório Excelso reconheceu a natureza supralegal dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que estão em posição hierárquica inferior à Constituição Federal e superior às leis infraconstitucionais.

Assim, esta tese tem embasamento nos seguintes preceitos legais: Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, Artigo 5º, incisos XLIII e LIV também da Carta Magna, Artigo VII

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Artigo 5º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Artigos 24 e 29, “b” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Fundamentação fática:

Caso acolhida a presente tese se permitirá que o defensor público pleiteie, por exemplo, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ao réu primário, com bons antecedentes e que tenha feito jus aos benefícios da redução da pena, com base no disposto no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006.

Ora, o que se busca é se corrigir uma situação extremamente injusta, desigual e desproporcional, pois enquanto um réu condenado a uma pena de quatro anos por qualquer outra espécie crime, exceto o que envolva violência ou grave ameaça, mesmo que seja reincidente não-específico pode fazer, em tese, jus ao benefício, caso o magistrado entenda que a medida é socialmente recomendável e que estejam presentes os requisitos legais, um outro condenado por tráfico de drogas, a uma pena de um ano e oito meses, primário e com todas as circunstâncias favoráveis favoráveis, não pode fazer jus a essa benesse.

Sugestão de operacionalização:

Pleitear o benefício em tela em sede de alegações finais. Caso não seja deferido o pedido, recorrer ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e se, não houver êxito, impetrar *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça e, caso seja necessário, ao Supremo Tribunal Federal.

TESE 67

Proponente: Genival Torres Dantas Junior

Área: Criminal

Súmula:

Cabe ao defensor público pleitear nos casos em que há a apuração do delito tipificado no artigo 158, § 3º do Código Penal, a aplicação da pena prevista para o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso V do Código Penal.

Assunto:

A partir da Lei 11.923/2009, que entrou em vigor no dia 17 de abril de 2009, o denominado “sequestro relâmpago”, passou a ser tipificado no artigo 158, § 3º do Código Penal, com pena de 6 (seis) a 12 (doze) anos de reclusão, além da multa.

Ocorre que a reprimenda prevista para este delito é manifestamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da proporcionalidade na fixação das penas.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente:

Artigo 5º, inciso IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Fundamentação jurídica:

A reprimenda mínima prevista para o delito no artigo 158, § 3º do Código Penal é a mesma que é determinada para o crime de homicídio simples, em situação de manifesta irrazoabilidade, pois o legislador deu o mesmo valor jurídico às condutas de “matar” e “seqüestrar”.

Ademais, a pena cominada ao crime de seqüestro relâmpago é triplamente superior à pena mínima proposta para o caso de lesão corporal gravíssima, em que haja perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente.

Dessa forma, a pena privativa de liberdade prevista no § 3º do art. 158 do Código Penal revela-se desproporcional em relação a outros fatos criminosos protetores de bens jurídicos mais valiosos do que a propriedade, como a vida e a integridade física.

Outrossim, também existe manifesta desproporcionalidade do crime em tela em comparação à pena prevista para o ilícito penal de roubo com privação da liberdade da vítima (artigo 157, § 2º, inciso V do Código Penal) em que a reprimenda mínima é de cinco anos e quatro meses de reclusão.

Ora, considerando que tanto o roubo com privação da liberdade e o seqüestro relâmpago atingem bens jurídicos idênticos e têm modo de execução idêntico, não se justifica pena distinta.

Dessa forma, levando-se em consideração essa manifesta violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, deve ser aplicado ao delito previsto no artigo 158, § 3º do Código Penal, a reprimenda relacionada ao crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso V do Código Penal.

Assim, esta tese tem embasamento nos seguintes preceitos legais: Artigo 5º, incisos XLVI e LIV da Constituição Federal.

Fundamentação fática:

Caso acolhida a presente tese se permitirá que o defensor público pleiteie a aplicação de uma pena mais justa e razoável aos acusados da prática do crime descrito no § 3º do artigo 158 do Código Penal.

Sugestão de operacionalização:

Pleitear o benefício em tela em sede de alegações finais. Caso não seja deferido o pedido, recorrer ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e se, não houver êxito, impetrar *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça e, caso seja necessário, ao Supremo Tribunal Federal.

TESE 68

Proponente: Luis Cesar Rossi Francisco

Área: Criminal

Súmula:

O tráfico na sua forma privilegiada (art. 33, parágrafo quarto da lei 11.343/06) não é crime equiparado a hediondo e a pena aplicada pode ser suspensa condicionalmente, se presentes os requisitos do artigo 77 do código penal.

Assunto

A tese aqui defendida trata da impossibilidade da figura privilegiada do tráfico de drogas ser classificada como crime equiparado e hediondo. Como consequência, sustenta-se que os rigores punitivos previstos na Lei 8.072/90 não são aplicáveis aos condenados na forma do art. 33, Parágrafo Quarto da Lei 11.343/06.

Intersecção do tema com a atuação da defensoria pública

Esta proposta de tese institucional visa firmar entendimento da carreira sobre a inaplicabilidade dos rigores punitivos previstos na Lei 8.072/90 às condenações proferidas por delito de Tráfico de Drogas, na forma do Parágrafo Quarto do art. 33 da Lei 11.343/06 e sobre a aplicabilidade a estas do instituto do sursis da pena.

Relaciona-se, portanto, direta e imediatamente com a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, visto ser atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado a representação em juízo dos necessitados, na tutela de seus direitos individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores (art. 5, III da Lei Complementar Estadual n. 988/06).

Fundamentação jurídica e fática

Frise-se, por primeiro, que embora não veiculador de uma nova pena, o §4º do art. 33 cuida de uma figura penal inédita: a do chamado traficante de primeira viagem.

É o que ressalta Guilherme de Souza Nucci:

“Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso.” (Leis penais e processuais penais comentadas, RT, 2007, 2ª Edição, p. 330).

Destarte, embora formalmente estejamos diante de uma norma penal sem autonomia típica, podemos lançar mão facilmente de uma interpretação teleológica para o fim de concluir que o legislador, ao reconhecer a menor gravidade do crime de tráfico praticado sob as condições elencadas no Parágrafo Quarto, criou um tipo privilegiado que exige análise específica e que por diversas razões (a seguir elencadas) não pode ser considerado como crime equiparado a hediondo. [\[1\]](#)

Aliás, é tradicional a técnica legislativa brasileira de criar tipos privilegiados através de parágrafos que trazem seus requisitos legais de configuração e, em seguida, uma redução de pena decorrente do seu reconhecimento. É assim com o crime de homicídio privilegiado e com as figuras privilegiadas dos crimes patrimoniais sem violência (furto, apropriação indébita, estelionato, etc.).

Passemos agora aos fundamentos jurídicos e fáticos que induzem conclusão no sentido de que o tráfico privilegiado não pode ser considerado como crime equiparado a hediondo:

Os rigores punitivos trazidos pela Lei 8.072/90 são flagrantemente incompatíveis com os aspectos objetivos e subjetivos do tráfico privilegiado.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltar que a regra do regime inicial fechado obrigatório, prevista na atual redação da Lei 8.072/90, que já é de duvidosa constitucionalidade^[2], na condenação por tráfico de drogas, na forma do parágrafo quarto da Lei 11.343, atritam ainda mais e irremediavelmente com os princípios constitucionais da individualização da pena e da humanidade, que determinam que toda a pena deve ser cumprida de forma progressiva.

O regime inicial fechado obrigatório, instituído pela Lei 11.464, mesmo se considerado constitucional, só é compatível com estes princípios em caso de condenação pela prática de crime de tráfico na forma do caput ou do parágrafo primeiro do art. 33 da Lei 11.343.

Tratando de réu condenado pela figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 o regime inicial fechado obrigatório e a imposição das regras especiais e bem mais rígidas de progressão frustram quase que por completo a materialização destes princípios.

Ademais, já é antigo o saber criminal no sentido de que penas menores devem, sempre que possível, ser cumpridas em regime aberto ou intermediário, pois a privação total da liberdade por pequeno lapso temporal é - como ressaltado acima - inapropriado para fins de ressocialização do condenado e prevenção do crime.

A tudo isso, deve ser agregar o fato do art. 44 da Lei 11.343/06 vedar, apenas em relação aos delitos previstos no art. 33, *caput* e §1º e 35 a 37 desta lei, a concessão de fiança, a aplicação de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Por 'coincidência', são justamente estes os rigores decorrentes da classificação de um crime como hediondo ou equiparado (vide Constituição Federal e Lei dos Crimes Hediondos).

Se o legislador não fez referência, no art. 44 da lei 11.343/06, a figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 é porque não quis classificar este delito como equiparado a hediondo.

Em abono desta tese vem também o fato do §4º do art. 33 vedar expressamente a conversão da pena de prisão em pena privativa de liberdade. Considerando que tal proibição já vem expressa no art. 44 da Lei 11.343/06 não faria qualquer sentido repetir esta proibição se não fosse verdade que o referido artigo 44 não se aplica (por inequívoca vontade do legislador) a figura privilegiada prevista no art. 33 §4º.

Não se pode perder de vista o fato de que o Superior de Justiça já afirmou por diversas vezes que o homicídio qualificado privilegiado não é crime hediondo (*HC 10.446/RS - Sexta Turma, HC 41579/SP - Quinta Turma, HC 43043/MG - Sexta Turma, etc.*).^[3]

Com efeito, temos aqui uma hipótese que em tudo se assemelha a esta, pois o crime de homicídio qualificado é hediondo, mas quando privilegiado perde esta qualidade.

Da mesma forma, o tráfico, delito equiparado a hediondo, perde esta qualidade quando praticado na forma privilegiada prevista no §4º da Lei 11.343/06. Já há, inclusive, decisões judiciais neste sentido:

“EMENTA: PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE

*PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreiamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinquir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado. Restando fartamente comprovado que o réu praticou ao menos três, das dezoito condutas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, quais sejam "trazer consigo", "oferecer" e "entregar a consumo", impossível se apresenta a desclassificação do fato para o delito de uso de substância entorpecente. É impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, à penalidade fixada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma lex tertia de Tóxicos, que seria diversa, tanto da antiga quanto da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo a dupla finalidade da pena. Em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei (11.343/2006) não se afigura mais benéfica e, portanto, não retroage, porquanto recrudescer a pena mínima abstratamente considerada, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (Lei nº 6.368/76), para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Lei nº 11.343/06). A pena restritiva de direitos há que ser suficiente para o desestímulo e a repreensão da conduta delituosa, admissível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, do CP. Recurso parcialmente provido. V.V.P.: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - **APLICAÇÃO DISPOSITIVO CONSTANTE DO ART. 33., §4º, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE . A circunstância que privilegia o delito (art.33,§4º, da Lei 11.343/06) afasta a equiparação com hediondez tratada na Lei 8.072/90.** APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.06.215789-2/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): CLAYTON BRAGA RODRIGUES - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. HÉLCIO VALENTIM." (Grifo e sublinhado nossos).*

Outrossim, sustenta-se também a perfeita aplicabilidade do instituto do sursis de pena (art. 77 do Código Penal) às condenações impostas com fulcro no art. 33, Parágrafo Quarto da Lei 11.343/06, se presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 77 do Código Penal.

Nem a lei dos crimes hediondos e equiparados e tampouco a nova Lei de "Drogas" veda a aplicação desta medida despenalizadora (sursis), que evita o desnecessário encarceramento de um réu absolutamente primário, uma vez que a primeira nada mencionada sobre este substitutivo penal e a segunda, expressamente o autoriza, já que o texto do tipo penal inserto no §4º do art. 33 apenas proíbe a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, silenciando totalmente a respeito do cabimento do sursis.

Sabe-se que é corolário do princípio da legalidade que tudo aquilo que não está proibido está permitido. Ademais, se quisesse afastar a possibilidade da pena aplicada ao traficante de primeira viagem ser suspensa condicionalmente, teria, por evidência, cuidado de vedar tanto uma quanto outra medida despenalizadora. Se não o fez, é porque não entendeu correto e/ou conveniente.

Com efeito, considerando que o legislador jamais se utiliza de palavras inúteis e considerando que tudo que não está proibido pela lei penal está por via obliqua (por força do princípio da reserva legal), autorizado, não há que se desprezar a aplicação desta medida alternativa que constitui sanção adequada à repressão e prevenção do chamado tráfico “miúdo”, isto é, aquele onde não se evidencia envolvimento com o crime organizado e onde o acusado não ostenta nenhum outro tipo de condenação.

Há fortes razões, inclusive, para dizer que esta permissão não foi fruto de um “cochilo” do legislador, uma vez que é conhecida a falência do sistema penitenciária e a necessidade de se buscar substitutos a prisão, reservando-a apenas aos casos mais graves, onde nenhuma outra medida se revela possível ou quando todas elas já fracassaram.

Desde o advento da Escola Positiva já é praticamente incontroverso que o isolamento por pouco tempo de criminosos de pouca ou nenhuma periculosidade não cumpre os propósitos do direito penal, nem no que toca à prevenção geral nem no que se refere à prevenção especial.

Neste sentido, o escólio de Moacyr Benedicto de Souza: *“O pequeno período de isolamento do delinqüente, em geral de escassa ou nula periculosidade, não permite um estudo adequado de sua personalidade para fixação de um plano de reabilitação, pois a terapêutica penal não se opera com efeitos instantâneos. Por outro lado, a convivência deletéria com outros companheiros de presídio, com longa vivência na senda da criminalidade, violadores habituais das normas penais, refletirá de maneira bastante perniciosa em seu espírito, adestrando-o na mecânica da delinqüência multiforme. De discípulo, passa a mestre. E, uma vez em liberdade, fatalmente porá em prática a teoria adquirida, voltando a delinqüir. Ele que, via de regra, se situava na área da criminalidade ocasional, passa a integrar-se no cabedal delitivo do habitual. A pena de curta duração não recupera e não atinge, por isso mesmo, os fins visados pela justiça penal. Também não beneficia ninguém em termos de prevenção geral, pois antes que se perceba e avalie as conseqüências de sua punição, o condenado já terá deixado o presídio, de volta aos seus ambientes familiar e social”* (A influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro, Edição Universitária de Direito, 1982, p. 96).

Importante destacar, ainda, que mesmo à época da antiga redação da lei dos crimes hediondos (que trazia rigores punitivos ainda maiores, como o regime integralmente fechado) e da antiga lei de drogas – Lei 6368/76 – a jurisprudência de nossos tribunais superiores já era no sentido de que a pena privativa de liberdade aplicada pela prática de crime hediondo ou equiparado podia perfeitamente ser substituída por sanção restritiva de direitos, se presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, ou suspensão condicionalmente, nos termos do art. 77 do referido diploma legal.

O argumento declinado para embasar este entendimento é o mesmo aqui trazido, o da inexistência de óbice legal. Neste sentido:

“A Lei dos Crimes Hediondos apenas prevê que o cumprimento da pena seja integralmente em regime fechado, não contendo nenhuma nora explícita que exclua a possibilidade de aplicação do sursis. Destarte, sua observância é perfeitamente possível.” (STJ – Quinta Turma – Resp. 260.735 – rel. Gilson Dipp – j. 05.12.2000 – DJU 04.06.2001, p. 220).

“O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exhaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)” (STJ, HC 8.753-RJ, DJU 17.5.99, p. 244, in Bol. IBCCr 83/390).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é possível afirmar, em face da atual legislação, que se por um lado o Parágrafo Quarto do art. 33 da Lei 11.343 expressamente proíbe a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, por outro, nada

menciona sobre o instituto do sursis, o que significa dizer que ele é perfeitamente compatível com esta condenação, até porque, há muito tempo em nosso sistema já possui caráter subsidiário e residual, sendo admitido justamente em casos onde a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos não é considerada pelo legislador como medida socialmente adequada.

Sugestão de operacionalização

Se aprovada, a presente tese é de aplicabilidade prática e imediata, especialmente entre os Defensores Públicos que atuam perante Varas Singulares. Seguem em anexo, Razão de Apelação Criminal na qual se apresentou esta tese em favor de um de nossos defendidos.

Referências Bibliográficas:

[1] Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar vários julgados que vão ao encontro deste entendimento. Referido tribunal por diversas vezes, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, asseverou que o estupro e o hoje revogado crime de atentado violento ao pudor, quando praticados na forma do art. 224 (violência presumida), não podiam ser considerados como crimes hediondos, já que o art. 1º da Lei 8.072/90 não os listou expressamente, referindo-se apenas as figuras do caput dos artigos 213 e 214 e as figuras qualificadas previstas no art. 223, caput e parágrafo único do Código Penal.

[2] Mesmo entre os que entendem que o tráfico privilegiado é crime equiparado a hediondo há quem assevere que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idôneo para a fixação de regime prisional fechado. Neste sentido, recentíssima decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo “*Apelação Criminal com Revisão nº 993.08.012516-3. Acordam em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ‘DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA FIXAR O REGIME SEMI-ABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA, MANTIDA NO MAIS, A R. SENTENÇA. V.U.’, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. São Paulo, 29 de julho de 2008. Rel. Marco Nahum.*

[3] No mesmo sentido: DJU 19.2.01, p. 242, in RBCCr 34/323, TJPR, RT 764/646, TJSP, HC 300.603-3/0, j. 12.1.00, RT 781/565.

TESE 82

Proponente: Bruno Haddad Galvão

Área: Criminal

Súmula:

Com fundamento no princípio da proporcionalidade, a reincidência não impede a fixação de regime aberto para início de cumprimento de pena.

Assunto:

CÓDIGO PENAL. PARTE GERAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

CRIMINAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Fundamentação jurídica

III – DO REGIME INICIAL ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, não é raro se decidir por um mais gravoso do que a pena recomenda, apenas pelo fato do réu ser reincidente.

No que diz respeito ao regime inicial semiaberto ou fechado fixado pelo Estado/Juiz, não obstante a pena possa ficar bem abaixo de 04 anos ou entre 04 e 08 anos, respectivamente, não podemos olvidar do posicionamento sumulado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 719 – “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea.” (grifo nosso)

Nessa toada, considerando a pena fixada geralmente muito inferior ao máximo recomendado pelo regime, há que se questionar qual a proporcionalidade de uma decisão que fixa regime mais gravoso não obstante a quantidade da pena aplicada justifique o regime aberto ou o semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “b” e “c”, do Código Penal, *in verbis*:

Art.33, §2º, -

b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto

c) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (grifo nosso)

E nem se argumente que a reincidência afastaria a aplicação do citado diploma legal simplesmente porque o mesmo faz menção expressa a “condenado não-reincidente”, haja vista que o antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já chegou a fixar precedente em sentido contrário:

“Diante do princípio da proporcionalidade, ao condenado a pena de dez meses e vinte dias de reclusão, e multa, pode ser aplicado o regime aberto, ainda que reincidente”. (TACrSP, AP. 1.215.695-4, rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 25.10.00, grifo nosso)

Da mesma forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n.º 700134570031, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA DO ARROMBAMENTO NÃO CONFIGURADA. PENA-BASE. PEDIDO DE EXASPERAÇÃO. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. **RÉU REINCIDENTE. REGIME ABERTO.** POSSIBILIDADE. CASO EXCEPCIONAL, EM QUE A PENA APLICADA NÃO JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. Apelo desprovido. (Apelação Crime N° 70013457031, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 04/05/2006)

A **reincidência**, por si só, não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do artigo 33, § 2º, “b” ou “c”, do Código Penal no que diz respeito a fixação do regime de cumprimento de pena. Conforme já foi dito, é completamente desproporcional que, somente devido à agravante da reincidência, o recorrente inicie a condenação em regime intermediário ou fechado. A proporcionalidade deve ser observada.

Até porque, sofreriam os réus um triplo agravamento. Um, reconhecendo a reincidência para negar benefícios processuais. Dois, a considerando para agravar a pena. Três, impondo regime inicial mais gravoso do que a pena permite.

Vejam que, nos acórdãos, se admitiu regime aberto para aquele “reincidente”, condenado a pena de até 04 anos. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao regime semiaberto, guardadas as devidas proporções.

Não se justifica a migração para o regime intermediário ou fechado, a depender do caso, eis que feriria o princípio da proporcionalidade, consistente em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os três têm como base as finalidades da pena, e não o contrário.

Interessante, quanto a possibilidade de fixação de regime aberto um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Habeas corpus. Penal. Roubo. **Réu reincidente. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime fechado. Agravamento exacerbado do regime prisional. Concessão do semi-aberto.**

1. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, **ensejando inclusive a fixação da pena-base no mínimo legal**, descabe aplicar regime mais gravoso, no caso o fechado, por conta apenas da reincidência.

2. "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula n.º 269 do STJ).

3. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 83.118; Proc. 2007/0112311-1; SP; Quinta Turma; Relª Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 23/08/2007; DJU 01/10/2007; Pág. 340) CP, art. 59 Súm. nº 269 do STJ.

Assim, sendo as circunstâncias judiciais plenamente favoráveis, **fixando-se a pena-base no mínimo**, e permanecendo a pena no patamar do regime aberto ou semi-aberto, fixadas bem abaixo do máximo permitido para o regime, é possível a fixação do regime aberto/semiaberto, mesmo se tratando de réu reincidente.

Fundamentação fática

Sempre nos deparamos com réus reincidentes, que tem a pena fixada bem abaixo de 04 anos de reclusão e, apenas pelo fato da reincidência, mesmo com circunstâncias judiciais favoráveis, não fazem jus ao regime aberto, por impedimento legal. Da mesma forma, e nas devidas proporções, a fixação de regime fechado para aqueles reincidentes que têm a pena fixada muito abaixo de 08 anos.

Ocorre ser necessária uma leitura constitucional, sobretudo pelo princípio da proporcionalidade, do art. 33, §2.º, “b” e “c”, do Código Penal.

Referida leitura é feita por alguns tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que já entendeu conforme a tese aqui apresentada.

Assim, é de fundamental importância o trato do tema no Pré-Encontro Estadual.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização é muito fácil.

Uma vez fundamentada a tese pelo colega, que certamente contará com o apoio deste Defensor Público que a presente subscreve, esta pode ser sustentada em memoriais defensivos, debates e recursos de forma muito simples.

TESE 83

Proponente: Lucas Pampana Basoli

Área: Criminal

Súmula:

A ausência de intimação pessoal do defensor público da expedição de carta precatória, bem como da data designada para realização da audiência no juízo deprecado, é causa de nulidade absoluta.

Assunto

Defensor Público - Intimação pessoal de todos os atos do processo – Prerrogativa funcional – Inaplicabilidade das Súmulas 155 do Supremo Tribunal Federal e 273 do Superior Tribunal de Justiça aos membros da Defensoria Pública, sob pena de nulidade absoluta do ato por violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Criminal – artigo 5º, IX, da Lei Complementar Estadual 988 de 09 de janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

A intimação é ato de comunicação processual dirigida às partes ou a qualquer outra pessoa que deva, de alguma forma, intervir na relação processual, tratando-se, em verdade, de mecanismo processual que visa assegurar a plena consecução dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Confira-se, a propósito, o disposto nos artigos 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (acrescentado pela Lei nº. 7.871/89) e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal:

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.

Nessa toada, constitui prerrogativa do Defensor Público ser pessoalmente intimado de todos os atos do processo, não lhe sendo aplicável o disposto nas Súmulas 155 do STF e 273 do STJ, que assim dispõe, respectivamente:

“É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha”

“Intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data de audiência no juízo deprecado”.

A lamentável prática forense, principalmente nos Tribunais de Justiça dos Estados, é no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública, especialmente em relação à data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, procedendo-se, quando muito, a cientificação do Defensor Público da expedição da carta precatória, posição com a qual não devemos concordar.

Nessa senda, o Defensor Público, por atuar em elevado número de feitos, não possui condições materiais e humanas de acompanhar pessoalmente o agendamento de audiências designadas por meio de carta precatória, decorrendo daí a necessidade de intimação pessoal, que muito longe de ser uma regalia, constitui verdadeira prerrogativa funcional inerente ao cargo que ocupa, e existe para garantir a efetivação da *ampla defesa* do assistido e a *paridade de armas* em relação ao Ministério Público, institutos de estatura constitucional.

O mestre Tourinho Filho, com a propriedade que lhe é peculiar, já havia anotado a deficiência do tratamento processual costumeiramente empregado nas unidades jurisdicionais do país quando da expedição de cartas precatórias:

“Quando se expede carta precatória, o Juiz deprecante tem-se limitado a intimar a Defesa da expedição. Segundo entendimento jurisprudencial deverá esta diligenciar, junto ao juízo deprecado, para dele saber dia e hora para a realização do ato. Data venia, trata-se de entendimento injusto e arbitrário, porquanto obriga o Advogado, muitas vezes com dificuldade e prejuízo para suas outras atividades, a pesquisar onde e quando a testemunha vai depor. E afronta, outrossim, a ampla defesa. O Advogado não é obrigado a dirigir-se à Comarca deprecada e procurar ver, primeiramente no distribuidor, se a carta precatória chegou e, em caso positivo, a que Vara foi distribuída, para, a seguir, dirigir-se ao juízo competente e indagar sobre o dia e hora para a realização da audiência. E se a precatória ainda não houver chegado? E se, não obstante tenha chegado, os autos estiverem com o Juiz para a designação da audiência? Em ambas as hipóteses, ou o Advogado permanece na Comarca, indo diariamente ao Cartório para ter notícias, em verdadeira vigília, ou volta à sua cidade para mais tarde retomar à Comarca deprecada. O absurdo é manifesto. O zelo do Advogado não pode chegar às raias desses absurdos. Poder-se-á dizer que o mesmo ocorre com os Promotores. Não é verdade. Quando o juízo deprecado designa data para ouvida de testemunhas, de imediato faz, por ofício, comunicação ao juízo deprecante, e normalmente o Promotor toma conhecimento. Se houver alguma complexidade no processo, o órgão da Acusação pode comunicar-se com o seu colega do juízo deprecado e sugerir reperguntas ou mesmo contradita... O Defensor, por seu turno, não tem ciência da data da audiência; nem sequer tem condições de se comunicar com um colega... Dir-se-á que, em se tratando de Defensor dativo, a intimação deve ser pessoal e isso poderia causar embaraço à administração da Justiça. Pondere-se que o Defensor dativo não tem nenhum interesse em se deslocar a Comarcas distantes para assistir a depoimentos... Mesmo não fosse assim, que embaraço haveria à administração da Justiça determinar a intimação do dativo por mandado? Por acaso, o prazo para as denúncias são sempre observados? As sentenças são prolatadas sempre naquele prazo de dez dias de que trata o art. 800, I, do CPP? A Procuradoria de Justiça emite seus pareceres dentro naqueles prazos referidos nos arts. 610 e 612, II, ambos do CPP? E os acórdãos? Desse modo, datíssima maxima venia, o argumento de que a intimação da Defesa causaria transtorno à administração da Justiça não pode vingar. Ademais, que sacrifício faria o juízo deprecado em noticiar a data e hora da audiência, seja com a publicação no jornal, seja por qualquer dos meios indicados pelo § 2º do art. 370? Mais fácil ainda: tão logo o juízo

*deprecante receba o ofício do deprecado comunicando-lhe data e hora da audiência (o que normalmente acontece), que sacrifício haveria em providenciar a publicação do despacho: “J. Int.”? Os Promotores encontram-se sempre em seu gabinete, não havendo dificuldade para a sua intimação; quanto aos Defensores dativos, todos eles residem na Comarca... qual, então, a dificuldade em intimá-los? Sem embargo, o STJ, na Súmula 273, estabeleceu: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, desnecessária toma-se a intimação da data da audiência no juízo deprecado”. Tudo uma questão de bom senso. A intimação a que se refere o art. 222 do CPP objetiva dar ciência às partes de que a precatória foi expedida. Haverá necessidade de outra intimação: a pertinente à designação de dia e hora para o seu cumprimento. É verdade que não comparecendo o Advogado constituído pelo réu no juízo deprecado, nomeia-se advogado ad hoc. O réu tem o direito de ser defendido pelo Advogado que escolheu. Este é que tem, ou deve ter, uma noção bem clara das reperguntas que irão interessar à defesa do seu cliente; ele é que sabe se deve ou não contraditar a testemunha... Não é justo, pois, omitir-se a sua intimação. Mesmo que se trate de Advogado dativo, a intimação é de rigor, sob pena de se ferir o princípio constitucional da ampla defesa.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 576/578).*

Nesse passo, a prerrogativa atinente à intimação pessoal cuida-se de garantia legal que visa assegurar a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como estabelecer a paridade de armas entre membros de instituições igualmente essenciais à justiça, inexistindo razões críveis para se conceber que o membro do Ministério Público seja intimado em detrimento do Defensor Público.

Assim, ainda que indiretamente, a violação de tal prerrogativa ofende princípios constitucionais, dando causa à nulidade absoluta do feito.

Sobre o tema, em precedente de autoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS), entendeu-se que se faz necessária a intimação do réu e de seu defensor tanto da expedição da carta precatória quanto da data designada pelo juízo deprecado para a realização do ato. Tudo com vistas a proteger o direito à ampla defesa, já que a presença do réu na coleta da prova é de suma importância – de regra, a defesa técnica não tem o domínio da situação fática imputada ao réu –, além do que não é razoável exigir do acusado e de seu defensor verdadeira investigação acerca da data designada pelo juízo deprecado para a realização das audiências.

Confira-se a manifestação do preclaro Desembargador:

“Na honrosa companhia do Procurador parecerista, Dr. Lenio Luiz Streck, estou a acolher a preliminar defensiva de nulidade do processo, ante a não-intimação do réu quer da expedição das cartas precatórias, quer da data designada para a realização das audiências de inquirição das vítimas no juízo deprecado.

Início destacando a precisa abordagem de Lenio, a qual transcrevo como razões de decidir:

“Tenho que razão assiste à defesa quando pugna pelo reconhecimento da nulidade do processo por ausência de intimação do acusado da expedição da precatória para a oitiva das vítimas dos delitos de furto.

Com efeito, a garantia constitucional do contraditório impõe que seja conferida ao acusado a possibilidade de participação na formação da prova, não lhe podendo ser sonogado tal direito. Nesse sentido a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

“inequívoca a grave violação do contraditório, pois a ampla defesa, assegurada pela Constituição, exige não somente que os atos instrutórios sejam praticados na presença e com a participação do defensor técnico, mas também que seja assegurado ao acusado o direito de participar pessoalmente dos mesmos; aliás, é ele, acusado, quem presumivelmente teve contacto direito com os fatos e possui melhores condições para fornecer ao advogado as informações necessárias para a definição da linha de perguntas e reperguntas à testemunha; se está custodiado, não pode ter esse direito cerceado e a irregularidade, no caso, diz respeito à infringência de normas constitucionais (garantias da ampla defesa e do contraditório) e a disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, letra f), que assegura o direito de inquirir as testemunhas, devendo dar lugar ao reconhecimento da nulidade absoluta.”

Ademais, a Lei Processual Penal determina que sejam intimadas as partes (o que, por certo, incluiu o acusado, o qual figura no polo passivo do processo, além de sua defesa técnica). Não basta a simples intimação da defesa pública, em especial porque, via de regra, o acusado somente tem com ela contanto no momento das audiências.

Não quero com isso dizer que toda a vez que o acusado não comparecer à audiência haverá nulidade. No caso, tivesse o acusado (como foi sua defesa) sido intimado da expedição da precatória a possibilidade de realização do contraditório estaria satisfeita. Porém, isso não aconteceu no caso dos autos.

Diante disso, vislumbrando a ocorrência de agressão à garantia constitucional do acusado, não tenho outra alternativa senão a decretação da nulidade do processo, a partir da expedição das referidas precatórias.”

(...)

Não sem razão as observações de Lenio, pois quer me parecer que o comando constitucional da ampla defesa está a exigir a intimação do réu e da sua defesa, não só da expedição da carta precatória, como também da data e hora da realização da audiência no juízo deprecado.

O bom senso já diz que o acusado que não é revel deveria ter o direito de ser cientificado para acompanhar todos os atos processuais, pois é ele quem terá de amargar o cumprimento de uma condenação, caso seja julgada procedente a pretensão acusatória. Como permitir que o réu seja levado ao cárcere através de um processo que lhe foi ocultado, mesmo em parte? A prática demonstra que uma única audiência já é o suficiente para reverter o resultado final de um julgamento. Como admitir a não intimação do acusado para tal ato?

Não fosse pela boa lógica, a própria legislação processual assim deixa claro ao prever, em seu artigo 367, que o processo só seguirá sem o acusado se, uma vez intimado, deixar de comparecer ao ato processual sem plausível justificativa, o que está a impor, contrario sensu, que em assim não sendo só pode o processo correr com a sua participação, inclusive no tocante a coleta de depoimentos por precatória. Veja-se, por oportuna, a lição de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:

*“Quando a testemunha deva ser ouvida por precatória, a regularidade de sua inquirição está condicionada à anterior e regular intimação do réu e defensor a respeito da expedição da carta (art. 222 do CPP). Apesar de não ser exigência legal, melhor atende ao direito de defesa que o réu e defensor sejam cientificados sobre a data designada para a audiência na Comarca deprecada” [grifei] (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 189).*

Não se argumente estar travando o processo por puro formalismo. Esta Câmara tem afirmado, em julgamentos anteriores, que ao lado da defesa técnica, exercida por profissional habilitado, concorre a chamada autodefesa, pois que somente o acusado tem o domínio da situação de fato, sendo vazia qualquer defesa exercida com base exclusivamente em pormenores da técnica jurídica. Somente o réu pode indicar ao seu defensor eventual interesse espúrio por parte de uma testemunha; somente o réu pode alertar seu defensor, que de regra não esteve presente na cena do crime, a respeito da falsidade ou incorreção das informações prestadas por alguma testemunha; por fim, dificilmente poderá o defensor, sem a ajuda do acusado, fazer reperguntas com a desejada pertinência.

Penso não ser de bom grado fazer concessões em matéria de garantias processuais, ainda mais no âmbito do processo penal, onde está em jogo a liberdade de um cidadão. Talvez pior do que condenar alguém ao cumprimento de penas cruéis ou desumanas é condená-la sem lhe dar chances de defesa. Aliás, gize-se bem, a única razão de ser da não aplicação de sanções diretas e impensadas – arbitrárias – é a necessidade de possibilitar ao réu a sua defesa. Processo sem defesa pode ser tudo, menos processo. Ou teatro, na rigorosa avaliação de Kafka, em O Processo.

Daí por que, ao entender violado o direito de defesa em sua forma mais ampla, acolho a preliminar defensiva e anulo o processo nº 001/2.05.0014028-7 a partir da expedição da carta precatória de inquirição da vítima Josiane Borges (fl. 83), devendo ser reaberta a instrução a partir de então, observando-se a necessidade de intimação do réu e de sua defesa tanto da expedição da carta precatória como da data designada pelo juízo deprecado para a realização da audiência.”

(Apelação-Crime nº 70013749619, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 22/02/20)

Assim sendo, sob pena de nulidade absoluta, em observância à prerrogativa da intimação pessoal, deve o Defensor Público ser pessoalmente intimado tanto da expedição da carta precatória, quanto da data marcada pelo Juízo deprecado para a realização do ato, não lhe aplicável o disposto nas Súmulas 155, do STF e 273, do STJ.

Fundamentação fática

Consoante o exposto, a lamentável prática forense, principalmente nos Tribunais de Justiça dos Estados, é no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública, especialmente em relação à data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, procedendo-se, quando muito, a cientificação do Defensor Público da expedição da carta precatória, posição com a qual não devemos concordar.

Nessa senda, o Defensor Público, por atuar em elevado número de feitos, não possui condições materiais e humanas de acompanhar pessoalmente o agendamento de audiências designadas por meio de carta precatória, decorrendo daí a necessidade de intimação pessoal, que muito longe de ser uma regalia, constitui verdadeira prerrogativa funcional inerente ao cargo que ocupa, e existe para garantir a efetivação da *ampla defesa* do assistido e a *paridade de armas* em relação ao Ministério Público, institutos de estatura constitucional.

Uma vez intimado da realização do ato no juízo deprecado, o Defensor Público poderá intervir de modo a garantir a plena defesa do assistido, sendo capaz, a depender do caso, de deslocar-se até a Comarca em que o ato será realizado para dele participar; ou então, nas Comarcas providas de Defensoria Pública, comunicar-se com maior

segurança com o colega que realizará o ato; e ainda, em Comarcas distantes e desprovidas de Defensoria Pública, comunicar-se com a Ordem dos Advogados do Brasil da localidade visando à promoção de diálogo direto com o profissional que irá atuar no feito - sem prejuízo de instruir a precatória com os pontos e questões sensíveis à defesa -, evitando-se, assim, que profissionais sejam nomeados às pressas (advogados *ad hoc*) e promovam atuações despiciendas em casos complexos.

Sugestão de operacionalização

Inexistindo intimação acerca da realização do ato no juízo deprecado, apontar a existência de nulidade em sede de alegações finais (orais ou escritas). Não sendo acolhida pela primeira instância, recorrer ao Tribunal de Justiça. Negado o recurso, recorrer aos Tribunais Superiores.

Uma vez intimado da realização do ato no juízo deprecado, o Defensor Público poderá intervir de modo a garantir a plena defesa do assistido, sendo capaz, a depender do caso, de deslocar-se até a Comarca em que o ato será realizado para dele participar; ou então, nas Comarcas providas de Defensoria Pública, comunicar-se com maior segurança com o colega que realizará o ato; e ainda, em Comarcas distantes e desprovidas de Defensoria Pública, comunicar-se com a Ordem dos Advogados do Brasil da localidade visando à promoção de diálogo direto com o profissional que irá atuar no feito - sem prejuízo de instruir a precatória com os pontos e questões sensíveis à defesa -, evitando-se, assim, que profissionais sejam nomeados às pressas (advogados *ad hoc*) e promovam atuações despiciendas em casos complexos.

TESE 87

Proponente: Bruno Haddad Galvão

Área: Criminal

Súmula:

É atípico o porte de arma branca.

Assunto

LEI 3.688/41 (CONTRAVENÇÕES PENAIS). PORTE DE ARMA BRANCA. ATIPICIDADE.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

CONTRAVENÇÃO PENAL DE PORTE DE ARMA BRANCA. ATIPICIDADE.

Fundamentação jurídica

Conforme art. 19, da Lei de Contravenções Penais, é infração penal “trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade”, sujeitando o infrator à pena de “prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social”.

Tal artigo sempre foi aplicado para o porte de arma de fogo, quando ainda não havia legislação específica sobre o tema.

A respeito do porte de arma branca (faca, por exemplo), não raramente o órgão acusatório denuncia o cidadão que pratica esta conduta, acreditando que esta se subsume ao art. 19, da Lei de Contravenções Penais.

Ocorre que se formos fazer uma leitura detida e concentrada neste artigo, verificamos que na parte final exige: “sem licença da autoridade”.

Trata-se de norma penal em branco, exigindo-se um complemento normativo que faça previsão dos casos em que a autoridade competente aferirá licença ao cidadão para o porte de arma (branca).

Tal “complemento normativo”, no Brasil, apenas existe quanto à restrição sobre espadas e espadins das Forças Armadas e Auxiliares, consideradas privativas destas segundo o regulamento de produtos controlados do Exército (R-105).

Nada mais juridicamente válido existe sobre o assunto.

Consequentemente e segundo a regra constitucional, no Brasil o porte de faca ou qualquer tipo de lâmina não é proibido pela legislação, salvo a exceção acima mencionada (espadas e espadins das Forças Armadas e Auxiliares), podendo qualquer indivíduo mentalmente sadio portar sua faca para defesa ou trabalho, independentemente de qualquer autorização para tanto.

É a regra do Estado de Direito, constituindo abuso de autoridade qualquer medida policial coercitiva contra o porte de lâminas.

Ressalte-se que a jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em julgamento de 13 de janeiro de 2000, proferido pela 7.^a Câmara, ao apreciar uma apelação (processo 1175279/8), decidiu que não configura infração penal o porte de arma branca. Confira-se:

“LEI DE ARMAS. PORTE DE ARMA BRANCA. PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA: - O portar arma branca não tem nenhuma significação em termos de punibilidade, por não se tratar de instrumento cujo porte esteja condicionado à autorização de autoridade competente, conforme a Lei n.º 9437/97, que disciplina, exclusivamente, o uso de armas de fogo, **sendo certo que viola o princípio da reserva legal a tentativa de incluir as armas brancas na categoria daquelas cujo porte é disciplinado normativamente, ou supor para essa hipótese a manutenção do art. 19 da LCP**, com suporte em decreto estadual de patente inconstitucionalidade.”

Nem se diga que o **Decreto Estadual n. 6.911/55**, que proíbe o porte de faca com lâmina de 12,5 cm, preencheria o requisito do tipo “sem licença da autoridade”.

Isso porque, é certo que referida norma não disciplina a LICENÇA PARA PORTE DE ARMA BRANCA, sendo tal imprescindível pela leitura do art. 19, da LCP.

Defendendo este ponto de vista, vem Silvio Maciel (in **Legislação Penal Especial**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77/78):

Sem embargo da discussão que há sobre esse decreto (se foi ou não recepcionado pela Constituição de 1988; qual seu âmbito espacial de aplicação etc.) **a verdade é que ele não dispõe sobre nenhuma licença para porte de arma branca. Também não serve, portanto, como complemento para aplicação do dispositivo em estudo.** (sem grifo no original).

Ainda que se entenda, em último caso, que o Decreto de alguma forma estaria tratando de LICENÇA, a Constituição da República Federativa do Brasil determina que matéria penal deve ser disciplinada pela UNIÃO (art. 22, I, da CRFB), e não pelos ESTADOS!!!

A este respeito, vejamos o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

“Não há lei regulamentando o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, II, da Consituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminador, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do direito aplicá-lo ou não, a seu talante.(...) Não desconhecemos que há argumentos sustentando a vigência do **Decreto 6.911/35**, que proíbe o porte de „armas brancas destinadas usualmente à ação ofensiva, como punhais ou canivetes-punhais, ou facões em forma de punhal; e também as bengalas e gaurda-chuvas ou quaisquer outros objetos contendo punhal, espada, estilete ou espingarda”, além de „facas cuja lamina tenha mais de 10 centímetros de comprimento e navalhas de qualquer dimensão...” (art. 5º) (...) **Não pode um decreto disciplinar matéria penal, que é, nos termos do atual texto constitucional, assunto privativo da União** (art. 22, I, CF)”. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, 2007, Ed. RT, p. 152)

Por estas razões, inexistindo complemento normativo da União, tratase de fato atípico.

Fundamentação fática

É entendimento predominante nos órgãos de acusação e de julgamento que o porte de arma branca é fato típico, considerando a leitura que se faz do art. 19, da Lei de Contravenções Penais em combinação com o Decreto Estadual 6911/55.

Por esta razão, não raras vezes a Defensoria Pública faz a defesa processual de cidadãos que praticam esta conduta.

Tratando-se de fato manifestamente atípico, pela inexistência de complementação normativa da União tratando do licenciamento para o porte de arma branca, sofre o cidadão manifesto constrangimento quando tem contra si instaurado Termo Circunstanciado ou quando figura como réu em processo judicial.

Sugestão de operacionalização

Tratando-se de infração apenada com prisão simples, é possível a impetração de *habeas corpus*, a fim de trancar as investigações policiais (termo circunstanciado) ou o processo judicial instaurado em seu desfavor.

Possível, outrossim, a alegação da atipicidade para absolvição nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

TESE 88

Proponente: Bruno Haddad Galvão

Área: Criminal

Súmula:

Caso o bem subtraído seja insignificante, é possível a desclassificação do crime de roubo para o crime subsidiário.

Assunto

CRIME DE ROUBO. *RES FURTIVA* INSIGNIFICANTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME REMANESCENTE.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

CRIMINAL. ROUBO.

Fundamentação jurídica

Não há dúvidas de que o crime de roubo é complexo, eis que nada mais é do que a somatória do delito de furto com outro delito, como o de constrangimento ilegal.

Neste sentido, a doutrina de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha¹:

O crime de roubo é complexo, unidade jurídica que se completa pela reunião de dois tipos penais: *furto* (art. 155, do CP) e *constrangimento ilegal* (art. 146, do CP). Tutela-se, a um só tempo, o *patrimônio e a liberdade individual da vítima*.

Assim, furto sem uma segunda figura típica a ele atrelada numa mesma circunstância fática não é roubo, e vice versa. Por esta razão, ambos os delitos devem estar plenamente configurados para que, unidos, formem o roubo.

No entanto, percebe-se que muito embora, em tese, esteja configurado o delito de constrangimento ilegal em alguns casos concretos, o mesmo não ocorre quanto ao delito de furto.

Para que haja furto, necessário se tratar de fato típico, ilícito e culpável (este último elemento para parte da doutrina).

O fato típico, conforme a teoria constitucionalista do delito, de certa forma inspirada no funcionalismo de Claus Roxin, é composto de três dimensões, sendo elas: a) formal; b) material; c) subjetiva.

Na dimensão formal temos: **a) conduta**; **b) adequação típica**; **c) nexos de causalidade**; **d) resultado naturalístico** (para os crimes materiais).

A dimensão material abrange: **a) juízo de desaprovação da conduta** (criação ou incremento de risco proibido relevante); **b) princípio da ofensividade** (lesão ou perigo concreto de lesão relevante a bem jurídico tutelado); **c) imputação objetiva do resultado** (o resultado deve decorrer diretamente do risco proibido criado ou incrementado).

Por fim, na dimensão subjetiva se encerra o dolo e/ou requisitos subjetivos especiais (antigo dolo específico).

O Direito Penal, como visto, não se presta para tutelar todas as lesões ao bem jurídico. Para isso, existem outros ramos do Direito, ficando sua intervenção limitada aos casos em que há lesão jurídica **relevante**. É o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, composto de subsidiariedade e fragmentariedade do mesmo.

Um Direito Penal *subsidiário* é aquele que só pode intervir quando os outros ramos do Direito não forem capazes de prevenir e repelir a prática do ato ilícito.

Um Direito Penal *fragmentário*, por sua vez, significa que o mesmo somente atua quando a conduta e o resultado (lesão ou perigo concreto de lesão) forem relevantes. Assim, não é qualquer conduta ou lesão que admitem aplicação de sanções penais, precisando que sejam relevantes.

A soma da fragmentariedade e subsidiariedade resulta no que chamamos princípio da intervenção mínima.

O princípio da insignificância ou bagatela encontra guarida na fragmentariedade do Direito Penal, ou seja, tratando-se de conduta ou lesão irrelevantes, o mesmo não poderá incidir no caso concreto.

A **Tipicidade Material**, conforme a teoria constitucionalista do delito, defendida no Brasil por Luiz Flávio Gomes, na Argentina por Eugênio Raul Zaffaroni e em toda Europa de forma quase unânime, afirma que não basta o fato ser formalmente típico (conduta, nexos de causalidade, resultado naturalístico e adequação típica), devendo o mesmo ser **materialmente** típico.

O princípio da insignificância torna o fato materialmente atípico, eis que a conduta e a lesão são tão ínfimas ao bem jurídico protegido que não afronta o denominado princípio da ofensividade.

Este é, aliás, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme majestoso voto do Ministro Celso de Mello no H.C. 84.412-0 que, embora um pouco longo, merece leitura em sua íntegra:

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 84.412-0 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACIENTE(S): BILL CLEITON CRISTOVÃO OU

IMPETRANTE(S): LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RE-CONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL, EM SEU **ASPECTO MATERIAL**. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DE-SEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOUTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA.

DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão emanado do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de idêntico processo, por votação majoritária, denegou o “writ” ao ora paciente, em decisão assim ementada (fls. 37): “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - No caso de furto, para efeito de aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).

II - (...)

O ora impetrante - após afirmar que “Não se pode ignorar que o Direito Penal somente deve incidir naquelas situações em que existir uma **real violação ao bem jurídico protegido**” (fls. 03) e que, “Em outras palavras, deve haver uma agressão que justifique a incidência da pesada sanção de natureza penal” (fls. 03) -, postula a concessão de medida liminar, para fazer “cessar a coação ilegal, determinando-se a paralisação do feito originário - Processo nº 238/2000, 1ª Vara Criminal de Barretos - (...), até o julgamento do presente ‘writ’” (fls. 14 - grifei).

Passo, em conseqüência, a apreciar o pedido de medida cautelar deduzido na presente sede processual. O exame da presente causa propõe, desde logo, uma indagação: revela-se aplicável, ou não, o **princípio da insignificância**, quando se tratar de delito de furto que teve por objeto bem avaliado em apenas R\$ 25,00 (vinte e cinco reais)?

Essa indagação, formulada em função da própria “ratio” subjacente ao princípio da insignificância, assume indiscutível relevo de caráter jurídico, pelo fato de a “res furtiva” equivaler, à época do delito, a 18% do valor do salário mínimo então vigente (janeiro/2000), correspondendo, atualmente, a 9,61% do novo salário mínimo em vigor em nosso País. Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da **fragmentariedade** e da **intervenção mínima** do Estado em matéria penal - tem o sentido de **excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material**, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, “Princípios Básicos de Direito Penal”, p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal Comentado”, p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal - Parte Geral”, vol. 1/10, item n. 11, “h”, 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, “Princípio da Insignificância no Direito Penal”, p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.).

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente **necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Revela-se expressivo, a propósito do tema, o magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ (“Direito Penal - Parte Geral”, p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva): “Na verdade, o princípio

da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.” (grifei)

Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da **intervenção penal mínima do Estado** (que tem por estinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI («Curso de Direito Penal - Parte Geral», p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em **lesão significativa a bens jurídicos relevantes** - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. A questão pertinente à aplicabilidade do princípio da insignificância - quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu “infima fetação” (RENÉ ARIEL DOTTI, “Curso de Direito Penal - Parte Geral”, p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) assim tem sido apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -, há de impedir-se que se instaure ação penal (...).” (RTJ 129/187, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO - grifei) “**Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.**” (RTJ 178/310, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei) “HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.

É bem sabido que a conduta criminosa além de se amoldar formalmente ao tipo, ou seja, estar descrita da forma determinada pelo texto legal, deve também estar em conformidade **materialmente** com a norma dali retirada, isto é, deve ofender relevantemente o bem jurídico tutelado ou, ao menos, levar perigo concreto e acentuado ao mesmo.

Assim sendo, na hipótese de roubo de pequeno valor (bagatela), é de se reconhecer o crime de bagatela quanto ao delito de furto, restando apenas configurado o crime remanescente.

Fundamentação fática

A incidência do crime de roubo na Justiça Estadual é significativa, assim como os demais delitos contra o patrimônio.

Não são raras as vezes que o Defensor Público se depara, ao analisar a exordial acusatória, com crimes de roubo de um boné, de pequena quantia em dinheiro ou outros bens insignificantes sob o ponto de vista do princípio da ofensividade e intervenção mínima do Direito Penal.

Geralmente são casos em que o réu aborda a vítima e, mediante grave ameaça, subtrai bem de pequeno valor.

A punição é severa, com pena mínima de 04 (quatro) anos.

No entanto, o estudo da tipicidade material nos demonstra que é possível pleitear uma reprimenda menos gravosa nestes casos, sobretudo pelo fato do crime de roubo ser complexo.

A depender do caso, a punição pelo crime de roubo é certa (04 anos de reclusão, no mínimo). No entanto, esta tese apresenta um meio alternativo (desclassificação), escorado no Direito, de haver punição pelo Direito Penal, mas a uma pena outra e menos gravosa sob o ponto de vista quantitativo.

Assim, é de fundamental importância o trato do tema no Pré-Encontro Estadual.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização é simples. Poderá ocorrer nos debates, memoriais escritos, recurso.

TESE 92

Proponentes: Bruno Shimizu, Patrick Lemos Cacicedo, Verônica dos Santos Sionti e Bruno Girade Parise

Área: Criminal

Súmula:

A fixação de fiança pelo juízo ou a manutenção da fiança arbitrada pela autoridade policial deve implicar a imediata expedição de alvará de soltura e seu efetivo cumprimento.

Assunto:

Criminal. Medidas cautelares. Prisão processual. Fiança.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Defesa criminal - Art. 5º, incisos III, VI, alínea "I", e IX.

Fundamentação jurídica

A partir da edição da Lei n. 12.403/2011, o instituto da fiança no processo penal, erigido a medida cautelar diversa da prisão, passou a ser sobejamente utilizado pelos juízos criminais.

É comum a fixação de fianças em casos nos quais seja incabível a decretação da prisão preventiva, de modo que, quase invariavelmente, os cidadãos pobres que são

presos em flagrante acabam por permanecer presos por não terem condições de arcar com a fiança.

Assim, o investigado a quem foi arbitrada fiança normalmente permanece preso sem título, eis que a decisão judicial que concede a liberdade provisória com fiança é fundamentada no sentido de não estarem presentes os requisitos da prisão e, mesmo assim, permanece preso pelo simples fato de ser pobre.

Ou seja, trata-se de prisão cautelar atípica, desprovida de mandado judicial e, portanto, ilegal.

A decisão que fixa fiança, pela sistemática do CPP, deve acarretar imediata expedição de alvará de soltura, fixando-se prazo para recolhimento da fiança e, caso não seja paga, tornarem os autos conclusos para que o juiz altere a medida cautelar e, em último caso, decrete a prisão preventiva nos termos do artigo 312, parágrafo único, do CPP.

Isso porque, na atual sistemática das medidas cautelares, a fiança passa a ser entendida como uma medida cautelar autônoma, e não como mera contracautela, como era o entendimento anterior à entrada em vigor da lei n. 12.403/11.

A prática de condicionar a soltura ao pagamento da fiança é ilegal e, a rigor, constitui crime de abuso de autoridade, na medida em que se mantém uma pessoa presa cautelarmente sem uma decisão judicial que reconheça a presença dos requisitos para tanto e, assim, decreta a prisão.

Ninguém pode permanecer preso cautelarmente sem uma decisão judicial fundamentada que decreta a prisão. Isso contudo, é o que ocorre na manutenção da prisão anômala daquele que não paga a fiança.

Apenas para tornar o raciocínio mais claro, vale lembrar que o artigo 5º, LXI, da Constituição da República dispõe que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*.

Assim, apenas duas são as hipóteses de prisão legal: i) prisão em flagrante e ii) prisão por ordem judicial fundamentada.

No caso da pessoa presa pelo não pagamento da fiança, não há nem uma coisa, nem outra.

Não há flagrante, pois, por expressa disposição legal, a situação de flagrância esvai-se em 24 horas, tratando-se de título precário. Nesse sentido, o artigo 310 do CPP dispõe que, tendo o juízo recebido o auto de prisão em 24 horas, poderá tomar apenas uma das três medidas previstas em lei: i) o relaxamento da prisão; ii) a conversão da prisão em flagrante em preventiva; iii) a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar.

Logo, não há mais flagrante depois da manifestação judicial.

Assim, quando o juiz arbitra fiança, ou mantém a decisão da autoridade policial, exara decisão que tem a natureza jurídica de concessão de liberdade provisória, sendo um contrassenso que a pessoa não seja imediatamente solta.

Sendo imposta qualquer outra medida cautelar conjuntamente com a liberdade provisória, o raciocínio esposado fica ainda mais claro: se o juiz, por exemplo, determinar o comparecimento mensal em juízo, a pessoa será imediatamente solta. Apenas se não

comparecer em juízo regularmente é que os autos tornarão conclusos para que o juiz verifique a necessidade de adequação da medida, reforço ou, em último caso, decretação da prisão com base no artigo 312, parágrafo único, do CPP.

É óbvio que é ilegal conceder a liberdade provisória mediante comparecimento mensal em juízo e exigir que a pessoa fique presa até a data do primeiro comparecimento.

É incompreensível, assim, por que a prática (ilegal) dos juízes de primeira instância têm sido essa quando se trata de fiança.

Repise-se: decretada qualquer medida cautelar conjuntamente com a liberdade provisória, a pessoa deve ser imediatamente solta e, apenas em caso de descumprimento da medida no prazo fixado, o juízo poderá revê-la, o que não induz à decretação imediata de prisão.

Toda prisão cautelar deve ser motivada, sob pena de criação pretoriana de uma odiosa figura de prisão anômala, sem título, eis que não há flagrante e não há ordem judicial fundamentada que tenha decretado a prisão.

No mais, a manutenção da pessoa presa até o pagamento da fiança ainda viola o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isso porque o preso está impossibilitado de pagar a fiança por conta própria. Ele dependerá de seus familiares ou amigos que, aliás, sequer são intimados acerca do arrolamento da fiança.

Ainda, frise-se que, na prática, a fixação de fiança sem a expedição de alvará de soltura viola o princípio da intranscendência, na medida em que a família acaba por ser penalizada, pelas razões expostas, no curso da persecução penal.

Logo, apenas os presos que tenham amparo familiar poderão ter a oportunidade de pagar a fiança, sendo que, para os demais, a imposição de fiança representa uma medida cautelar faticamente inexecutável.

Fundamentação fática

O abuso do instituto da fiança coloca-se como o principal problema a acarretar a ineficácia da reforma das medidas cautelares no sentido de redução do contingente de pessoas presas cautelarmente no Estado de São Paulo.

O fato é que, mesmo com a edição da Lei n. 12.403/2011, de viés desencarcerador, houve um aumento significativo no número de prisões cautelares, o que demonstra que a lei vem sendo mal aplicada pelos juízes criminais.

O principal problema identificado pelos Defensores Públicos atuantes em inquéritos policiais é justamente a aplicação abusiva, ilegal e inconstitucional da fiança, que permite ao Judiciário a manutenção de uma linha ideológica voltada ao encarceramento em massa da pobreza.

A fiança, da forma como aplicada atualmente, é o instrumento por excelência que permite ao Judiciário levar a cabo a seletividade do sistema penal, possibilitando o arbítrio das prisões no curso do processo apenas para acusados pobres e já marginalizados.

Sugestão de operacionalização

A fim de garantir-se a operacionalização da tese, basta ao Defensor atuante inseri-la nos pedidos judiciais, bem como nos Habeas Corpus que questionam a aplicação de fiança.

Há modelo de Habeas Corpus contendo essa tese, com pedido de relaxamento da prisão anômala, no sítio eletrônico do Núcleo de Situação Carcerária.

TESE 93

Proponente: Cristina Emy Yokaichiya

Área: Criminal

Súmula:

Em caso de absolvição no júri com base no terceiro quesito obrigatório (art. 483, III, do Código de Processo Penal) é inadmissível o recurso da acusação com fundamento no art. 593, III, b, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos).

Assunto:

ABSOLVIÇÃO NO JÚRI. TERCEIRO QUESITO OBRIGATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. FALTA DE CABIMENTO DE RECURSO DA ACUSAÇÃO

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública não só recorrer para garantir o contraditório e a ampla defesa, mas evitar que recursos indevidos do Ministério Público prosperem e for em prejuízo da defesa.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V da Lei Complementar 80/94 estatuem:

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Fundamentação jurídica

Quando houver absolvição do acusado pelo conselho de sentença do Tribunal do júri no terceiro quesito obrigatório estabelecido no art. 483, III, do Código de Processo Penal, o Ministério Público não pode recorrer desta decisão com base no art. 593, III, d,

do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos).

Considerando que a reforma de 2008 do Código de Processo Penal introduziu quesitos obrigatórios a serem formulados em sessão plenária de julgamento, entende-se que as teses de exclusão de ilicitude e de culpabilidade são algumas das hipóteses – mas não as únicas – que autorizam uma resposta positiva à pergunta “o jurado absolve o réu?”.

Como não há exigência de fundamentação dos jurados em relação a seus votos, certo é que a resposta SIM ao quesito do art. 483, III do CPP pode ocorrer por diversos outros fatores (excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade, desnecessidade da pena, clemência, falta de provas etc.). O jurado não precisa explicar por que votou SIM ou NÃO.

Estes são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

“Quesito único sobre as teses defensivas: a principal inovação introduzida pela Lei 11.689/2008, no contexto do questionário, diz respeito à concentração em uma única indagação, em relação às teses da defesa. Não é mais necessário que o juiz presidente colha as alegações expostas em plenário pelo defensor as várias teses levantadas, transformando-as em quesitos a serem submetidos aos jurados. (...) a razão pela qual os jurados absolveram o réu, se for positiva a resposta, torna-se imponderável. É possível que tenha acolhido a tese principal da defesa (por exemplo legítima defesa), mas também se torna viável que tenha preferido a subsidiária (por exemplo, a legítima defesa putativa). Pode ocorrer, ainda, que o Conselho de Sentença tenha resolvido absolver o réu por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª. Ed. Revista dos Tribunais, p. 812).

Com a alteração realizada no Código de Processo Penal, embora sejam diversas as teses defensivas, o magistrado não pode efetuar quesitação individualizada. Por este motivo, **uma absolvição por clemência ou desnecessidade da pena no caso concreto NUNCA pode ser contrária à prova dos autos.**

Assim, quando o resultado do julgamento for positivo em relação ao réu no terceiro quesito obrigatório, NUNCA deverá ser admitido recurso do órgão ministerial com fulcro no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, porque é impossível saber qual foi a razão de decidir do jurado a fim de averiguar se é contrária ao conjunto probatório existente nos autos.

Bem expõe o Desembargador Julio Cesar Finger: “do ponto de vista normativo, ainda que com um acento bastante positivista (o que não desmerece o argumento), cabe ainda salientar que se a lei determina que um quesito seja formulado, não pode a mesma lei considerar contraditório o resultado, consideradas as respostas aos quesitos anteriores, igualmente obrigatórios. A lei não pode dar com uma mão e retirar com outra” (TJRS. Ap. 70052411774. 1ª Câmara Criminal. Des. Newton Brasil de Leão. Relator do voto vencedor Des. Julio Cesar Finger. Dj. 29/05/2013).

Na mesma linha de raciocínio, esclarece Guilherme Madi Rezende (REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. Disponível em: www.ibccrim.org.br) que a decisão absolutória dos jurados, neste quesito, não é – necessariamente – baseada em fatos; por este motivo, é incabível o argumento de que tal decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos:

Com efeito, o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. **Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto.**

A diferença marcante aqui é que **a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos.**

Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito – ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente – o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos.

Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra.

Ou seja, uma vez formulada a pergunta obrigatória do quesito genérico, deve-se admitir a resposta positiva ou negativa, como reflexo da liberdade de decidir dos jurados.

Neste mesmo sentido:

“Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria” (STJ. HC n. 200.440/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 02/04/2012).

Pergunta-se: **se os jurados são livres para absolver o acusado no quesito genérico obrigatório, como tal decisão pode ser manifestamente contrária à prova dos autos se não há necessidade de fundamentação?**

Somente a liberdade de decisão dos jurados é compatível com a garantia constitucional de soberania dos veredictos prevista no art. 5º, XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal. Considerar uma pergunta obrigatória e não admitir a resposta afirmativa para ela significa não dar liberdade de escolha aos jurados e, conseqüentemente, tolher a soberania de suas decisões.

Sobre o cabimento de recurso com fulcro no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, bem expõe Ronaldo Leite Pedrosa (PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. Disponível em: www.ibccrim.org.br):

*Impõe lei processual penal brasileira que haja sigilo absoluto, sob pena de nulidade, entre os jurados, para a tomada de decisão sobre determinado julgamento, como se vê dos artigos 486 a 491 e 564, III, “j”, todos do Código de Processo Penal. Decidem os jurados, agora com a última onda de reformas da lei de ritos penais, em um único quesito, se o acusado deve ser absolvido (artigo 483, III). Ou seja, **quaisquer que tenham sido as teses defensivas, não há possibilidade de quesitação individualizada.** Assim, em tese, tudo pode ocorrer, desde, hipoteticamente, ter o réu negado a autoria e os jurados aceitarem a tese da defesa técnica de estado de necessidade; ou o inverso; pode o acusado alegar legítima defesa, a defesa técnica sustentá-la, além de afirmar causas supra legais, e os jurados se convencerem desta. Enfim, não se sabe mais qual(is) o(s) motivo(s) que levou(aram) o conselho de sentença a esta ou aquela decisão, ao absolver. **Logo, como pode a acusação, notadamente o Ministério Público, apelar com base em decisão manifestamente contrária à provados autos? A partir de que***

tese, para sustentar a antítese? A marca da soberania dos veredictos, que a Constituição da República explícita, agora foi instrumentalizada, exatamente porque a presunção é de inocência, e os juízes leigos decidem conforme suas consciências, prevê o compromisso a eles invocado. Optaram pela absolvição? Tollitur quaestio. Caso contrário, que soberania seria essa?

Mesmo que todas as provas dos autos indiquem a responsabilidade do acusado, sem causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, e ainda que a defesa não sustente em plenário nenhuma causa de absolvição, a decisão dos jurados em quesito **obrigatório** pela legislação deve ser respeitado e **nunca** pode ser considerada manifestamente contrário à prova dos autos, visto que tal decisão pode se basear ou não nas provas existentes no processo. Se não fosse desse modo, o quesito não seria obrigatório e poderia ser facultado o questionamento quando a defesa não pleiteasse a absolvição do réu em debates orais. O magistrado não possui esta prerrogativa de afastar a quesitação, assim como a acusação não cumpre os requisitos processuais para recorrer com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal

O recurso sobre decisão manifestamente contrária à prova dos autos **é exclusivo da defesa** quando versar sobre o terceiro quesito obrigatório, assim como os instrumentos dos embargos infringentes e a revisão criminal.

Em síntese, não é cabível recurso da acusação de tal decisão com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos). Esta é a única forma de respeitar o preceito constitucional de soberania dos veredictos e o *in dubio pro reo*; e interpretar o Código de Processo Penal conforme a Constituição Federal.

Fundamentação fática

Infelizmente, há uma tendência dos tribunais em admitir os recursos do órgão acusatório em casos de absolvição do acusado pelo conselho de sentença do júri. Muitos casos de absolvição, portanto, são levados a um novo júri, configurando quase um “reexame necessário”.

Além do desrespeito à soberania dos veredictos, o retorno de um processo para novo julgamento sugere aos jurados – consciente ou inconscientemente – que o primeiro conselho de sentença errou na absolvição e que juízes experientes (desembargadores) atestaram o equívoco daquele julgamento. Significa dizer que o segundo julgamento já se inicia viciado com pré-conceitos. Embora não se possa fazer referência expressa à decisão do Tribunal que determinou o retorno dos autos, segundo art. 478, I, do CPP, a simples narrativa dos autos já influencia o ânimo dos jurados.

Deste modo, quando a absolvição derivar da resposta afirmativa ao terceiro quesito obrigatório (“os jurados absolvem o réu?”), a Defensoria Pública não pode tolerar sequer a admissibilidade do recurso com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), conforme exposto acima.

Sugestão de operacionalização

Em princípio, o ideal seria o não-recebimento da interposição do recurso do Ministério Público quando indicado o fundamento legal para o recurso. Deste modo, a Defensoria Pública já deveria se manifestar antes mesmo da decisão de recebimento do magistrado, indicando a falta de cabimento de recurso ministerial na hipótese ora debatida.

Caso haja recebimento do recurso, a presente tese institucional deve ser argumentada como preliminar das contrarrazões, a fim de levar o debate aos tribunais superiores se for o caso, indicando a negativa de vigência aos art. 483, III, do Código de Processo Penal e art. 5º, XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal.

Para o fortalecimento da tese defensiva neste sentido, recomenda-se ao defensor público fazer constar na ata de julgamento da sessão plenária o pleito de absolvição por clemência ou desnecessidade da aplicação da pena no terceiro quesito obrigatório, ainda que a única tese defensiva seja a negativa de autoria.

TESE 94

Proponente: Wesley Sanches Pinho

Área: Criminal

Súmula:

A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida.

Assunto

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

A presente tese se relaciona à atribuição da Defensoria Pública de promover a defesa de pessoas carentes acusadas da prática de infrações penais, bem como à de garantir o respeito aos direitos humanos dos cidadãos contra arbitrariedades praticadas pelos agentes do Estado.

Fundamentação jurídica

Conforme ensina a doutrina, “o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranqüilidade da vida íntima” (BRANCO, Paulo G. Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289).

Considerada a essencialidade da proteção ao domicílio para a garantia da tranqüilidade e bem-estar dos indivíduos, as hipóteses em que agentes do Estado ou mesmo terceiros podem ingressar em habitação alheia sem autorização do morador são limitadas, pela Carta Magna, às seguintes: a) flagrante delito; b) desastre; c) para prestar socorro; d) por determinação judicial, durante o dia.

No que interessa à tese, para que não se esvazie o comando contido no art. 5º, XI, da Carta da República, há de se convir que o que justifica o ingresso no domicílio é a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito. Destarte, não se confunde com a invasão arbitrária da residência seguida do encontro casual de algo ilícito, ao argumento de tratar-se de infração penal permanente. Quanto ao ponto, vale mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro não faz ressalva em relação à classificação jurídica do delito como permanente ou instantâneo para fim de admitir o ingresso em casa alheia.

Se, por um lado, o art. 5º, XI da CF, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação ao elencar o flagrante ao lado de hipóteses excepcionais como desastre ou para prestar socorro, é certo que, como ensina Delmanto, nem todo crime permanente denota essa emergência:

*“[...] o flagrante que constitui verdadeira emergência para que se admita a violação domiciliar a qualquer hora do dia ou da noite sem prévia autorização judicial. Seriam hipóteses, por exemplo, de flagrante de crimes permanentes como a extorsão mediante seqüestro, em que há a necessidade de prestar-se socorro imediato à vítima que corre perigo de vida etc., o que não se verifica em casos de crimes permanentes como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais. [...] Não obstante se possa alegar que esse entendimento poderia obstaculizar a ação policial, este é o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito, que deve tomar todas as medidas para restringir, ao máximo, a possibilidade de arbítrios e desmandos das autoridades policiais por mais bem intencionadas que possam elas estar” (DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324).*

Entender de forma diversa implica admitir que o Estado pode, arbitrariamente, invadir domicílios na esperança não fundamentada de efetuar prisões em flagrante, tornando letra morta tanto o dispositivo da CF acima citado quanto o que dispõe o art. 17, “1” do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 11, “2” da Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos vigentes no Brasil com *status* de norma materialmente constitucional.

Não se pode afirmar que estará justificada a invasão do domicílio quando os agentes de segurança pública, após procedimento irregular, venham a descobrir uma infração penal, mesmo porque, do contrário, qual é a necessidade de pedir autorização judicial se, encontrado algo ilícito no domicílio de alguém após uma busca ilegal a prova for validada? E mais, qual é a consequência para as situações em que a busca ilegal é infrutífera?

De outro vértice, é certo que uma simples “denúncia anônima” não pode fundamentar o ingresso de forças policiais em casa alheia, sob pena de que ela tenha a mesma força de uma decisão judicial. Quando a polícia, após receber uma delação apócrifa a respeito da existência de material ilícito no domicílio de um cidadão, resolve lá adentrar, fora das situações de emergência, fere de morte o princípio da separação dos poderes, invadindo a esfera de competência constitucionalmente reservada ao Poder Judiciário, a quem cabe analisar se a tal delação consubstancia, ou não, fundada razão para que a medida seja levada a efeito. Constitui, ainda, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mais, a autorização dada pela Constituição da República para que haja o ingresso domiciliar em caso de flagrante consubstancia norma excepcional, e, como tal, deve ser restritivamente interpretada, seguindo princípio basilar da hermenêutica jurídica.

É importante que a Defensoria Pública provoque o Poder Judiciário para que este assumo o seu verdadeiro papel – de aplicador da lei e garantidor dos direitos individuais dos cidadãos, e não de combatente do crime – de sorte a não dar carta branca à polícia para entrar em qualquer residência independentemente da existência de ordem judicial, respaldando arbitrariedades.

Vale lembrar que a tese vem ganhando guarida de algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“[...] Ademais, há que se considerar que os relatos policiais revelam a ilegalidade da busca domiciliar conduzida na madrugada, sem qualquer

respaldo legal, que importou em violação de norma constitucional e processual, quais sejam: (I) 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial' (Constituição Federal, art. 5º, inciso XI); (II) 'quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado' (Código de Processo Penal, art. 241). E não há que se falar que no crime permanente dispensa-se o mandado judicial de busca domiciliar, pois a ilicitude aqui antecede a apreensão da droga e está consubstanciada no ingresso dos policiais em casa alheia [...]' (TJSP, Apelação criminal nº 0020153-57.2006.8.26.0224, 7ª Câmara Criminal, Rel. Francisco Menin, j. 03.02.2011).

"[...] A prisão como efetuada ofendeu o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, pois se deu mediante violação de domicílio. E da estrita particularidade do caso dos autos, não se encontra a ação policial respaldada na exceção permissiva constitucional de ingresso em domicílio, no período noturno, pelos agentes do Estado, consistente na ocorrência de flagrante - permanente ao delito como capitulado - já que viciada de ilegalidade em sua origem. Não há nos autos policiais, como bem frisou o d. Juízo, informações robustas, de fonte idônea, acerca da prática do ilícito no local. E tal ação, ainda que independente fosse da campana, se deu mediante conduta arbitrária, entendendo-se a arbitrariedade em seu conceito gramatical, como avesso à lei, já que os agentes, respaldados apenas na afirmação de que 'receberam notícia anônima do crime' invadiram a residência em período noturno. Também é arbitrária a conduta no sentido jurídico, uma vez poder o agente público, no caso o servidor público policial, pelo ato da prisão, agir apenas de modo discricionário, sempre obedecendo os limites legais. Não fizeram. Foram ao local e invadiram a residência da vítima, não constando nos autos policiais a descrição da maneira com que tiveram acesso ao interior da residência. Não se tratava de perseguição, tampouco foi a ação calcada em fidedigna notícia de prática ilícita. Além disso, como sabido, incumbe às autoridades policiais investigar fatos - não pessoas. Inadmitida, assim, a invasão de domicílio para a devassa dos bens e revista dos moradores, sem precedente justa causa ao ato. Assim, e pela estrita particularidade do caso dos autos, de rigor a manutenção da decisão atacada [...]" (TJSP, Recurso em sentido estrito nº 990.09.332.009-6, 16ª Câmara Criminal, Rel. Newton Neves, j. 04.05.2010).

Assim, quando a prova material que fundamenta a acusação for obtida por intermédio da invasão ilícita do domicílio do imputado, deve ser aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, abraçada pelo art. 157, § 1º do CPP, para o fim de desentranhar dos autos todos os documentos que se refiram à apreensão de objetos, substâncias, materiais ou artefatos cuja simples posse pelo agente constitua crime permanente.

Fundamentação fática

É muito comum que os Defensores Públicos que atuam na área criminal se deparem com a seguinte situação: a Polícia Militar ou a Polícia Civil, sem a prévia autorização judicial, invade o recinto e, lá chegando, apreende drogas, armas ou outros objetos cuja simples posse tipifica infração penal.

Nas audiências de instrução os policiais, sem constrangimento algum, dizem que ingressaram no domicílio para fazer buscas pelo simples fato de que o bairro é conhecido pelo alto índice de criminalidade, ou porque suspeitavam dessa ou daquela pessoa, ou mesmo porque havia informações de que, no local, residem indivíduos com prévias passagens criminais.

Empreendem-se “operações” de combate ao tráfico em que diversas casas situadas em comunidades carentes são invadidas e revistadas, sujeitando inúmeras pessoas humildes e sem nenhum envolvimento com a prática delitiva a humilhações das mais variadas: armários são revirados, móveis desmontados, mantimentos guardados na despensa são jogados no chão, geladeiras são abertas e vasculhadas e o tratamento dado pelos “agentes da lei” passa longe da urbanidade exigida para o exercício da função pública.

O proceder adotado pelos policiais - que acreditam estarem prestando um serviço de qualidade para a população, tirando objetos ilícitos de circulação -, todavia, não se verifica nos bairros habitados por pessoas abastadas, que, cientes de seus direitos, não se sujeitam a esse tipo de tratamento inconstitucional, ilegal e invasivo.

Uma vez que, via de regra, os juízos de primeira instância chancelam a atividade policial, argumentando que os delitos permanentes autorizam o ingresso na residência do agente, a polícia, que vê sua atuação respaldada pelo Poder Judiciário, continua agindo da mesma forma. Assim, chega-se ao descabimento de se admitir que, para efetuar a prisão de um indivíduo que guarda em sua residência objetos ou substâncias ilícitas, várias famílias pobres sofram violações a garantias constitucionais, sem sequer haver indícios de que, em seus lares vêm sendo desenvolvidas atividades criminosas.

A Defensoria Pública não pode fechar os olhos para essa prática violadora de direitos fundamentais da população desprovida de recursos materiais. Deve, pois, atuar firmemente no sentido de coibi-la. Para tanto, uma das atitudes possíveis é a maciça impugnação da prova obtida por intermédio da violação do domicílio, de sorte a desestimular a repetição do comportamento policial arbitrário.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da tese é fácil.

Os Defensores Públicos com atuação criminal podem alegar a ilicitude da apreensão do objeto, substância, material ou artefato como preliminar da resposta escrita prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal ou da defesa preliminar mencionada no art. 55 da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, a tese pode ser sustentada em debates orais, memoriais escritos e em recursos de apelação.

Também é possível a interposição tanto de recurso especial, pois há divergência entre tribunais a respeito do tema, bem como de recurso extraordinário, porquanto, a par da já demonstrada violação a preceito constitucional quando se declara a validade da prova amealhada após a invasão de domicílio, a matéria versada na tese se reveste de grande relevância social, de modo a satisfazer o pressuposto da repercussão geral, exigido para que o apelo extremo seja conhecido.

Por fim, nada obsta a impetração de *habeas corpus*, desde que as alegações estejam comprovadas nos documentos que deverão instruir o *writ*.

TESE 100

Proponente: Cristina Emy Yokaichiya

Área: Criminal

Súmula:

Quando o réu é condenado no segundo júri, realizado por força do acolhimento de recurso com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, deve ser assegurado o duplo grau de jurisdição com base na mesma alínea, em relação a outras circunstâncias que não tenham sido abordadas no primeiro recurso, afastando-se a previsão do art. 593, §3º, do Código de Processo Penal.

Assunto

GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. RECURSO PARA ANÁLISE DAS QUALIFICADORAS DO HOMICÍDIO OU OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO TENHAM SIDO ABORDADAS NO PRIMEIRO RECURSO. SEGUNDO RECURSO COM BASE NO ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 593, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela garantia do duplo grau de jurisdição e pela aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Prescreve o art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V da Lei Complementar 80/94:

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Fundamentação jurídica

O art. 593, §3º, do Código de Processo Penal, última parte, prevê a impossibilidade de novo recurso de apelação baseado em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

(...)

*§3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; **não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.***

Ocorre que, quando o acusado é absolvido no primeiro julgamento perante o Tribunal do Júri, os jurados limitam-se a analisar a autoria e a materialidade delitiva, bem como outras teses defensivas de absolvição. Assim, os demais quesitos relacionados às qualificadoras do homicídio, ou outras circunstâncias, tais como privilégio, inimputabilidade relativa ou desclassificação, restam prejudicados.

As razões de recurso de acusação contra decisões de absolvição do Tribunal do Júri, igualmente, limitam-se a contestar a materialidade, a autoria e as teses defensivas de absolvição, não podendo por certo abordar as qualificadoras e outras circunstâncias acima mencionadas, uma vez que não foram julgadas pelo Conselho de Sentença.

Assim, a decisão do Tribunal do Justiça a respeito da apelação não verifica, por exemplo, se as qualificadoras são ou não manifestamente contrárias à prova dos autos; versa, tão-somente, sobre os primeiros quesitos votados, determinando, caso dê razão ao recurso de acusação, a realização de novo júri.

No novo julgamento, se o réu for condenado com todas as qualificadoras, deve haver a possibilidade de duplo grau de jurisdição acerca das qualificadoras, casos a decisão a respeito delas seja manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, do CPP). Não é aplicável a previsão legal do art. 593, §3º, do CPP nesta situação. Primeiro, porque significaria supressão do duplo grau de jurisdição e, depois, porque contrariaria a interpretação constitucional da expressão “pelo mesmo motivo” presente em tal dispositivo legal.

Para a garantia do duplo grau de jurisdição, a defesa deve poder apelar em relação às qualificadoras do crime de homicídio ou outras circunstâncias que não tenham sido abordadas no primeiro recurso, se manifestamente contrárias às provas dos autos.

Há de se ressaltar que a segunda apelação pela defesa não pode versar sobre o mesmo motivo da apelação anterior, visto que a primeira apelação – quando focaliza a absolvição – em momento algum discute elementos como as qualificadoras do homicídio. Ou seja, a análise sobre todos os elementos não decididos no Conselho de Sentença responsável pela primeira absolvição nunca foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

A interpretação constitucional da expressão “pelo mesmo motivo” presente no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal exige que ela se refira aos motivos da apelação. Fosse a expressão cingida à contrariedade manifesta à prova dos autos, estaria admitida a imposição de pena sem possibilidade de revisão jurisdicional, em contrariedade manifesta à Constituição Federal, que reconhece “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei”, assegurada “a plenitude de defesa”, nos termos do art. 5o, XXXVIII, a.

Aury Lopes Jr., ao tratar da apelação no tribunal do júri e da limitação ao segundo recurso, expõe: “se o réu é absolvido, o Ministério Pública apela, com base na letra “d”, e o tribunal acolhe o pedido. Pode a defesa apelar, com base na alínea “d”, argumentando que essa nova decisão é manifestamente contrária à prova dos autos e que não incide o impedimento contido no §3º, pois é a primeira vez que o réu recorre com este fundamento? Não. O dispositivo impede uma segunda apelação com base nesse fundamento independente de quem tenha recorrido. Ademais, existe um obstáculo lógico: como, julgando um mesmo caso penal, ambas as decisões (absolutória e condenatória) podem ser manifestamente contrárias à prova dos autos? Ou ainda: que prova é essa que não autoriza absolver ou condenar? Como uma mesma prova pode ser completamente incompatível com a absolvição e a condenação ao mesmo tempo? A questão aqui é de lógica probatória” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1235).

Para que fique claro, o raciocínio acima exposto não pode ser aplicado ao caso do segundo recurso fundamentado no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, quando o primeiro recurso voltou-se contra uma decisão absolutória, visto que este segundo recurso não pleiteia, nem discute no sentido estrito, a absolvição do acusado – questão decidida e re-decidida pelos jurados soberanos, imutável nos termos do §3º, do art. 593, do CPP. A apelação da decisão de um segundo Conselho de Sentença instaurado por força de decisão judicial que acolheu recurso de acusação contra decisão absolutória **RESTRINGE-SE** à apreciação das qualificadoras ou outras circunstâncias que não tenham sido abordadas no primeiro recurso, eis que manifestamente contrária à prova dos autos. Ou seja, o recurso de apelação fundado no art. 593, III, d, do CPP pode ser utilizado uma única vez em relação a essa temática.

O não conhecimento da apelação em relação a este tópico representaria violação ao duplo grau de jurisdição, afrontando diretamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. O art. 8º da mencionada CADH, internalizada no ordenamento com status de norma materialmente constitucional, ao dispor sobre as garantias judiciais, estabelece o duplo grau de jurisdição aos condenados na esfera penal.

8.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Se antes esta garantia estava implícita, diante da organização judiciária prevista na Constituição Federal, agora ela aparece de forma categórica com a CADH.

Em recente julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconheceu-se o direito ao duplo grau de jurisdição como a possibilidade de a pessoa acusada ter acesso a um recurso eficiente e amplo (que permita revisar fatos, provas e o direito aplicado), a ser analisado por outra instância, superior e diferente, daquela responsável pela decisão condenatória proferida pela primeira vez.

“92. Tendo em conta que as garantias judiciais buscam que quem esteja incurso em um processo não seja submetido a decisões arbitrarias, a Corte interpreta que o direito de recorrer da condenação não pode ser efetivo se não se garante a respeito de todo aquele que é condenado, já que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. Resulta contrário ao propósito desse direito específico que não seja garantido frente a quem é condenado mediante uma sentença que

revoga uma decisão absolutória. Interpretar o contrário, implicaria deixar o condenado desprovido de um recurso contra a condenação. Se trata de uma garantia do indivíduo frente ao Estado e não somente uma guia que orienta o desenho dos sistemas de impugnação nos ordenamentos jurídicos do Estados Parte da Convenção.

(...)

100. Deve entender-se que, independentemente do regime ou sistema recursivo que adotem os Estados Partes e a denominação que deem ao meio de impugnação da sentença condenatória, para que este seja eficaz deve constituir um meio adequado para procurar a correção de uma condenação errônea. Ele requer que possa analisar questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se baseia a sentença impugnada, posto que na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de forma tal que uma errônea determinação dos fatos implica uma errada ou indevida aplicação do direito. Conseqüentemente, as hipóteses de cabimento do recurso devem possibilitar um controle amplo dos aspectos impugnados da sentença condenatória.”

Assim, justamente para que se reconheça a soberania dos veredictos, disposta no art. 5º, XXXVIII, da CF, certo é que o sistema de justiça precisa assegurar a “plenitude de defesa”, não tolerando ilegalidades e injustiças. Por este motivo, admite-se, inclusive, a utilização da revisão criminal para os casos de decisão condenatória oriunda do Tribunal do Júri.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DE LIBERDADE. PREVALÊNCIA SOBRE AS SOBERANIA DOS VEREDICTOS E COISA JULGADA. RECURSO MINISTERIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri. 2. Em homenagem ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas como preceitos integrados num sistema unitário, de modo a garantir a convivência de valores colidentes, não existindo princípios absolutos no ordenamento jurídico vigente. 3. Diante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário. 4. Não há falar em violação à garantia constitucional da soberania dos veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar uma outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada. 5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo. 6. Recurso a que se nega provimento. (STJ. Recurso Especial nº 964.978 - SP (2007/0149368-9) Rel. Ministra Laurita Vaz).

Essa jurisprudência converge com a tese ora defendida, de que sempre deve ser acolhida a a apelação por motivo diverso, quando tal matéria não foi apreciada em segundo grau de jurisdição. Não faria sentido admitir revisão criminal para as decisões condenatórias transitadas em julgado provenientes do Tribunal do Júri e não considerar, por força da soberania dos veredictos, a apreciação em sede de apelação de elementos jamais abordados em segunda instância.

Ademais, a soberania dos veredictos não pode suprimir outros direitos fundamentais, como, no caso em tela, a reanálise por tribunal superior e o direito à liberdade, quando há condenação injusta.

É dominante o entendimento quanto à possibilidade de revisão das decisões do Júri, quando o réu condenado definitivamente pode ser até absolvido diretamente pelo Tribunal competente, como entendem os processualistas Frederico Marques, Tourinho Filho, Grinover, Gomes Filho, Fernandes, Mirabete, Greco Filho, Rangel, Capez, Ceroni, Távora e Alencar (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 771. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 676. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 316. RANGEL, Paulo. Curso de direito processual penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 854. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 457. CERONI, Carlos Roberto Barros. Revisão criminal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 196. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 596. TÁVORA, Nestor; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 920).

Tem-se entendido que a soberania dos veredictos é apenas inflexível para garantir a liberdade do réu. Assim, pela manutenção do jus libertatis, Frederico Marques é decisivo:

A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional. Os veredictos do Júri são soberanos enquanto garantem o jus libertatis. Absurdo seria, por isso, manter essa soberania e intangibilidade quando se demonstra que o Júri condenou erradamente. (MARQUES, José Frederico. A Instituição do Júri. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. p. 102).

Esta noção de garantia individual, também é a lição esposada por Júlio Fabbrini Mirabete:

Não se pode pôr em dúvida que é admissível a revisão de sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri. A alegação de que o deferimento do pedido revisional feriria a "soberania dos vereditos", consagrada na Constituição Federal, não se sustenta. A expressão é técnico-jurídica e a soberania dos vereditos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Assim, se o tribunal popular falha contra o acusado, nada impede que este possa recorrer ao pedido revisional, também instituído em seu favor, para suprir as deficiências daquele julgamento. Aliás, também vale recordar que a Carta Magna consagra o princípio constitucional da amplitude de defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), e que entre estes está a revisão criminal, o que vem em amparo dessa pretensão. Cumpre observar que, havendo anulação do processo, o acusado deverá ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 676.)

A Ministra Ellen Gracie ratificou o entendimento mantido pelo STF:

[...] A questão central, neste recurso ordinário, diz respeito à possível violação à garantia da soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento do recurso de apelação da acusação, nos termos do art. 593, III, b, do Código de Processo Penal. 2. A soberania dos veredictos do

tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. [...] 4. Esta Corte tem considerado não haver afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal ad quem que anula a decisão do júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos (HC 73.721/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.96; HC 74.562/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.96; HC 82.050/MS, rel. Min. Maurício Correa, DJ 21.03.03). 5. O sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos (HC 66.954/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 05.05.89; HC 68.658/SP, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 139:891, entre outros). [...] (RHC 93248, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-03 PP-00486).

Assim, a previsão do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, analisada à luz da presunção de inocência, admite a reanálise da decisão do Conselho de Sentença pelo Tribunal quando esta não encontra amparo na prova objetivamente produzida nos autos, ainda que já tenha havido acolhimento de apelação contra decisão absolutória fundamentada no mesmo dispositivo. Trata-se de exceção ao dogma da soberania das decisões do júri, quando há inadequação da decisão em relação ao contexto probatório.

A garantia de duplo grau de jurisdição, portanto, deve ser assegurada no caso em que o acusado é condenado após recurso do Ministério Público, a fim de analisar matéria que não foi anteriormente ventilada em sede recursal.

Fundamentação fática

Conforme previsão legal do art. 593, §3º, do Código de Processo Penal, não é possível nova apelação com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (que permite apelação de decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos), “pelo mesmo motivo”.

A interpretação de alguns operadores do direito é que o referido dispositivo impediria quaisquer novas apelações fundamentadas no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. Contudo, o duplo grau de jurisdição deve ser assegurado quando há condenação após apelação do Ministério Público, caso as qualificadoras do homicídio ou outras circunstâncias que não tenham sido abordadas no primeiro recurso nunca tenham sido apreciadas pelo Tribunal de Justiça.

Sugestão de operacionalização

A matéria deve ser tratada como preliminar no recurso de apelação, de forma a garantir o necessário prequestionamento com relação ao primado do duplo grau de jurisdição assegurado em tratado internacional de Direitos Humanos. Caso haja recusa no recebimento do recurso, tal tese deve ser argumentada em carta testemunhável.

TESE 101

Proponente: Cristina Emy Yokaichiya e Juliana Garcia Belloque

Área: Criminal

Súmula:

O reconhecimento do homicídio privilegiado pelos jurados – quando a conduta se realizou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (art. 121, §1º, última parte, CP) – é prejudicial ao quesito referente à qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, quando a imputação estiver apoiada na surpresa da agressão (art. 121, §2º, IV, do CP).

Assunto:

INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS. QUESITO SOBRE A QUALIFICADORA DA SURPRESA PREJUDICADO EM FACE DO RECONHECIMENTO DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DEFEITO NA VOTAÇÃO. REFORMA DA DECISÃO INDEPENDENTEMENTE DE NOVO JÚRI.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública:

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela plenitude de defesa e evitar a continuidade de votação no Tribunal do Júri quando há incompatibilidade entre os quesitos apresentados na sala secreta.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V da Lei Complementar 80/94,

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Fundamentação jurídica

A causa de diminuição de pena na hipótese de homicídio privilegiado, decorrente de conduta realizada sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, possui, diferentemente das circunstâncias de relevante valor social e moral, **natureza dúplice: objetiva-subjetiva**.

O referido privilégio possui três elementos típicos: “o domínio de violenta emoção”, de natureza subjetiva, pois demonstra o estado psíquico do agente, “logo em seguida” e “a injusta provocação da vítima”, aspectos estes objetivos, pois **referem-se à questão temporal da ação e a existência de uma situação fática anterior (ação da vítima)**.

Os dois elementos objetivos da figura do homicídio privilegiado por domínio de violenta emoção logo em seguida de injusta provocação afastam a imputação de ataque de inopino, capaz de gerar o emprego de recurso que dificulta a defesa da vítima, qualificadora objetiva (art. 121, §2º, IV, do CP). Por uma questão lógica, se houve injusta provocação imediatamente anterior à reação do agente, não é possível que tenha ocorrido surpresa por parte da vítima e que ela não esperasse o contra-ataque a sua afronta.

Não se trata, portanto, de circunstâncias compatíveis: uma de natureza subjetiva e outra objetiva. Assim, o Conselho de Sentença não pode ser submetido ao julgamento de ambos os quesitos mencionados, diante da impossibilidade de concomitância da qualificadora de surpresa com o homicídio privilegiado.

Nesse sentido, uma vez reconhecido pelo Conselho de jurados que os agentes estiveram em um contexto de injusta provocação da vítima que culminou no delito, não há que se falar que a vítima foi surpreendida.

Nos termos do artigo 490, parágrafo único, do Código de processo Penal, o Magistrado-presidente, ao ver reconhecida a causa de diminuição da pena pelos jurados, não deve proceder à votação da qualificadora no inciso IV, do art. 121 quando se tratar de ataque inopinado, pois incompatíveis com a figura do homicídio privilegiado em questão (art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Assim já se manifestou magistrada presidente do 1º Tribunal do Júri da Capital:

“Ora, no caso, o recurso que dificultou a defesa das vítimas está descrito como sendo derivado da surpresa – circunstância que inviabilizaria a reação dos ofendidos. De outro lado, a injusta provocação estaria associada à discussão, às ameaças feitas ao réu e às agressões, momentos antes dos crimes. Assim, inviável tomar uma ação como surpreendente, quando já existe prévia desavença entre as partes, razão pela qual mantenho minha decisão de não quesitar a circunstância qualificadora, caso reconhecido o privilégio” (Processo n. 0000239-09.2004.8.26.0052, do 1º Tribunal do Júri da Capital/SP)

Explica com muita clareza esta incompatibilidade os acórdãos abaixo:

*“Como se vê nitidamente, as respostas dos jurados são **totalmente incompatíveis, tanto sob o aspecto jurídico como sob o enfoque realista**, pois, se o recorrente agiu sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, é inadmissível também que tenha agido de surpresa, ou seja, de inopino, de forma a impossibilitar a defesa da vítima, que o provocara, conforme afirmado anteriormente. Aliás, assim já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, quando decidiu, em caso análogo, que ‘quem mata sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não pode fazê-lo insidiosamente ou de surpresa, ou de modo a impossibilitar a defesa da ofendida’ (TJSP - Ap. Rei. Dirceu de Mello - RJTJSP 73/341).*

*Decididamente, quem age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, **logicamente** não emprega surpresa ao revidar contra o autor da injusta provocação. Daí a incompatibilidade da qualificadora com o homicídio privilegiado” (TJSP - Ap. Rel. Marino Falcão - RT 596/315).” (Ap. 993.07.127139-0, TJSP, Rel. José Henrique Rodrigues Torres, jul. 10/11/08).*

“Somente em poucos e excepcionais casos tem a doutrina e jurisprudência admitido a ocorrência do homicídio privilegiado-qualificado, mais especialmente nas hipóteses de privilégio decorrente de relevante valor social e moral. O privilégio reconhecido em termos de

ação sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, é obviamente incompatível, por incongruência, com a qualificadora que objetivaria essa mesma ação como insidiosa, à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação (Ap. 683024921, 3ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Milton dos Santos Martins, j. 29/09/1983).

Não bastassem estas incompatibilidades, também o elemento típico subjetivo do homicídio privilegiado analisado afasta por completo a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa do ofendido.

Seria incompatível afirmar que o acusado, tendo agido sob o domínio de violenta emoção, teria conseguido pensar em qual meio, dentre aqueles disponíveis, se utilizaria para especialmente dificultar a defesa da vítima.

A configuração do tipo qualificado de homicídio exige o dolo, elemento subjetivo do injusto, de forma que o acusado deveria ter optado, conscientemente, pelo emprego de recurso que dificultasse a defesa do ofendido, o que não lhe era possível já que totalmente envolvido por violento estado emocional.

Assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça paulista:

“Inexpugnável é a contradição entre o homicídio privilegiado e a qualificadora do uso de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. Isto porque, naquele, a execução é subitânea, imprevista, tempestuosa, circunstâncias que não compadecem com os temperamentos racionais que ditam o modo ou meio da execução, sempre precedidos de processo mental ordenado” (TJSP – Rel. Dirceu de Mello – RT 576/340).

Conforme CLAUS ROXIN, “(...) o dolo típico deve abarcar todas as circunstâncias que constituem o tipo também como categoria sistemática; ou seja, a ação e suas modalidades, o resultado, as qualidades do autor e os pressupostos materiais relevantes para a imputação (...) O dolo se dirigirá em geral a circunstâncias do tipo descritivo ou normativo existentes ou por produzir-se (...) Pode-se dizer resumidamente que objeto do dolo típico são todas as circunstâncias do tipo objetivo a partir das quais se constrói a figura do delito”. (Derecho Penal – Parte General - tomo I, tradução da 2ª ed. alemã, Madrid, Civitas, 1997, p. 477 (tradução livre)).

Por outro lado, sob a ótica do ofendido, explicita CEZAR ROBERTO BITENCOURT que “a surpresa constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível, além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela”. Acrescenta, ainda: “A surpresa assemelha-se muito à traição. Não basta que a agressão seja inesperada; é necessário que o agressor atue com *dissimulação*, procurando, com sua ação repentina, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima” (Tratado de Direito Penal. 9ª ed. p. 63).

Destarte, tanto do ponto de vista da vítima, que – por ter provocado o acusado em momento imediatamente anterior à sua reação – tem razões próximas para aguardar a reação; quanto do ponto de vista do acusado, que – por se encontrar sob o domínio de violenta emoção em decorrência das provocações recebidas – não é capaz de eleger o meio específico de execução do delito de forma dissimuladamente surpreendente, não há como compatibilizar o privilégio reconhecido pelos jurados com a qualificadora da ação de surpresa.

Como, na ordem da quesitação, a causa de diminuição de pena é sujeita anteriormente à votação, os jurados não devem ser submetidos à votação da qualificadora se o privilégio já tiver sido reconhecido. Caso assim não proceda o Juiz-presidente, **se o tema for debatido em sede de apelação, entende-se que não se trata de hipótese de**

realização de novo julgamento. O equívoco não partiu do veredicto popular, mas sim da equivocada condução da votação pelo Magistrado, que deixou de declarar como prejudicado o quesito da qualificadora, incompatível com a parte anterior do veredito popular. Nesse caso, o Tribunal, reconhecendo que foi indevida a continuidade da votação, deve declarar inválida a votação da qualificadora, independentemente de novo júri, tornando-a sem efeito, com a consequente readequação da pena.

A lei disciplina a ordem de votação das teses aduzidas em plenário, fazendo a clara opção por conceder o benefício à defesa de votação, em primeiro lugar, das teses defensivas, sendo que incumbe ao r. Juiz Presidente vislumbrar as eventuais incompatibilidades entre as alegações das partes com o fim de evitar julgamentos com conteúdo contraditório. Esse direito de preferência concedido pelo legislador à defesa merece imperiosa observância, daí a conclusão a que se chega no sentido de que deve o Tribunal simplesmente corrigir um equívoco do juiz togado, e não do conselho de sentença, não sendo o caso de realização de um segundo julgamento.

Fundamentação fática

A jurisprudência majoritária versa sobre a compatibilidade do privilégio pela violenta emoção com a qualificadora do homicídio pela surpresa, por compreender que se trata de circunstâncias subjetiva e objetiva, respectivamente.

A análise jurídica demonstra que o homicídio privilegiado contém caráter subjetivo-objetivo e, por uma questão lógica, não pode conviver com a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima proveniente do ataque inopinado.

Como, em regra, o posicionamento dos tribunais é negativo, faz-se necessário trabalhar a questão em primeira instância, no momento da votação, fazendo constar na ata de julgamento, bem como trazer ao debate jurisprudencial toda a abrangência dos institutos, jogando luz sobre aspectos, contidos nessa tese, que não vem sido enfrentados pelos Tribunais, os quais julgam de maneira rasa a questão.

Sugestão de operacionalização

A princípio, o ideal seria tratar dessa matéria em primeira instância para que o juiz presidente não submeta os jurados à votação do quesito referente ao recurso que dificultou a defesa quando reconhecido o homicídio privilegiado. Se esse não for o entendimento, importante faz constar o pleito na ata de julgamento para se evitar alegação de preclusão da matéria.

Quando a matéria for tratada em sede recursal, deve-se argumentar a questão como preliminar nas razões, requerendo o afastamento da qualificadora independente da realização de novo júri.

TESE 113

Proponente: Fabio Jacyntho Sorge

Área: Criminal

Súmula:

O art. 155 do Código de Processo Penal também se aplica à decisão de pronúncia, ou seja, o juiz, para pronunciar o acusado, deve basear a sua decisão nas provas produzidas

em contraditório judicial sob o crivo da plenitude de defesa, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos no inquérito policial e não repetidos em juízo.

Assunto

A presente proposta trata da adoção de tese institucional da Defensoria Pública, em relação aos processos do Tribunal do Júri, para que não haja decisões de Pronúncia com base nos elementos informativos colhidos no inquérito policial (confissões, testemunhos etc), não repetidos em juízo sob o crivo do contraditório e da plenitude de defesa.

Na verdade, a pronúncia deve ser vista como uma garantia do acusado, pois ele somente será levado a Julgamento pelo Tribunal do Júri, se forem produzidas provas em seu desfavor, sob o crivo do contraditório e da plenitude de defesa.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, in verbis:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Fundamentação fática e jurídica

Inicialmente é importante mencionar que é muito comum nos procedimentos do Tribunal do Júri após encerramento da primeira fase ocorra a pronúncia do acusado, mesmo que somente com base nas informações colhidas no inquérito policial.

Tal postura causa enormes prejuízos a Defesa dos acusados, pois fica a cargo dos juízes leigos, decidirem sobre temas complexos como o contraditório e a ampla defesa.

De se notar também, que por diversas ocasiões o *Parquet* apresenta ao Conselho de Sentença, os indícios colhidos no inquérito policial como se provas fossem, sob argumentos de duvidosa validade jurídica, como a “verdade aparece no calor dos fatos”, “na polícia o réu não tem tempo de inventar mentiras”.

Utiliza-se elementos colhidos fora das garantias do contraditório e da ampla defesa, como se provas fossem, para acusar os réus.

O professor Guilherme de Souza Nucci^[1] observou bem a questão, conforme seu preciso comentário que a seguir transcrevemos:

“Ressalta-se o disparate que ocorre, atualmente, nos julgamentos do Tribunal do Júri, quando as provas produzidas na polícia, sem a menor confirmação em juízo, são exibidas com a maior naturalidade aos jurados, como se efetivas provas fossem, auxiliando sobremaneira na condenação dos réus. Afinal, juízes leigos que são, como discernir entre provas de polícia e provas do juízo? Se nebulosos ainda são os conceitos do contraditório e da ampla defesa para muitos juízes togados, logicamente, dos jurados não se poderia exigir pleno discernimento a

esse respeito. Ao decidirem por livre convencimento imotivado, podem optar pela condenação exclusivamente por conta de uma prova – às vezes até falsa- produzida na fase extrajudicial. Essa não é a garantia que pretendemos para uma imparcial distribuição de justiça, de forma que deve o Judiciário fortalecer sua posição contrária à realização e à aceitação desse tipo de prova.” (Grifos Nossos)

Diante disso, inicialmente é importante ressaltar que esta proposta de tese institucional tem relação com a tese institucional nº 15, aprovada no II Encontro Estadual da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

De se notar que por aquela tese “*À luz do princípio constitucional do contraditório e da atual redação do art. 155 do CPP, é inadmissível condenação baseada em elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas*”

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar que o art. 155 do Código de Processo Penal também se aplica a decisão de pronúncia, ou seja, o juiz para pronunciar ou impronunciar o acusado deve basear a sua decisão nas provas produzidas em contraditório judicial sob o crivo da plenitude de defesa, não podendo basear a sua decisão nos elementos colhidos no inquérito policial e não repetidos em juízo.

Ora, não deve haver a pronúncia do acusado com base em elementos colhidos no inquérito policial e não repetidos em juízo, pois se possibilitaria ao Conselho de Sentença composto por leigos, decidir por uma condenação, que se vier a ocorrer seria ao arrepio dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Aliás de se mencionar, a completa inversão operada no papel do inquérito policial que seria uma garantia do cidadão contra acusações injustas e absurdas, mas na verdade se torna uma fonte de “provas” colhidas ao arrepio da lei, a serem usadas contra ele.

Tal ponto, nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci,^[2] que a seguir citamos:

“Sua finalidade é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, a fim de fornecer elementos para o titular da ação penal, seja o Ministério Público, seja o particular, promovê-la em juízo. Essa finalidade de investigar e apontar o autor do delito, como ressalta Faustin Hélie, a segurança da ação da justiça e do próprio acusado. Fazendo uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares, que sejam suficientes para dar segurança à ação penal.”

“Não se deseja que o ingresso em juízo criminal contra alguém, por si só um fardo à pessoa de bem, ocorra sem base e de forma leviana. Por isso, ao longo do inquérito, são ouvidas testemunhas, provas periciais são colhidas, mormente aquelas que não mais poderão ser obtidas pelo decurso do tempo, documentos são recolhidos e, sobretudo, ouve-se o suspeito. Concluído, o inquérito será encaminhado ao Promotor de Justiça ou ao particular no caso de ação privada – para que este analisando seu conteúdo, extraia sua convicção no sentido de levar ou não o caso adiante, denunciando o indiciado. Fazendo-o e aceitar a denúncia ou queixa, estará iniciada a ação penal.”

(...)

“Enfocando o inquérito com tal feição, é natural deduzir que como procedimento preparatório e preventivo, não tem qualquer contorno judicial, sendo inválido para produzir provas, via de regra contra o réu. Visa à proteção do indivíduo e não ao seu prejuízo.”

“Justamente porque é somente preparatório, possui características próprias, tais como o sigilo, a falta de contrariedade, a consideração do indiciado como objeto de investigação e não como sujeito de direitos, a impossibilidade de arguir a suspeição da autoridade policial que o preside, a discricionariedade na colheita de provas, dentre outras.

O fato é que estão longe do inquérito policial os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório.”

(...)

“Está clara a sua função de garantia ao cidadão e à sociedade. Por todo o exposto, não se pode aceitar que as provas produzidas no inquérito, e possíveis de serem renovadas em juízo (tais como os testemunhos, as acareações e o interrogatório) tenham alguma validade, a não ser como mero indício, vale dizer, sozinhas, são imprestáveis para uma condenação ou para um juízo de pronúncia.”

Além disso, é válida lição do saudoso Magarino Torres^[3], presidente do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, que já em 1938, entendia que a prova produzida na fase policial, não servia para a pronúncia, pois em suas palavras:

“Confissões e declarações extrajudiciais, ou referidas por testemunhas, não valem senão como indícios remotos. E também não fazem prova perfeita os tomados pela Polícia, conquanto o vigente Código de Processo Penal do Distrito Federal haja substituído a expressão “perante autoridade Judiciária” por esta outra “perante autoridade competente” para que a confissão, ali, tenha valor de prova (Art. 255).

Mas é intuitivo que, embora a Polícia tenha competência para formar a “instrução criminal”, esta não é a competência de que a lei cogita para a apuração de crimes, e os elementos então colhidos não constituem nenhuma instância de “ação penal”, que só se inicia, na forma do art. 2 do Código de Processo Penal, por denúncias ou queixas, com os requisitos do art. 12, sob pena de “não ser aceita pelo juiz” (art. 15). E tanto mais evidente é caráter de provisoriedade dos testemunhos tomados na Polícia, que a própria lei exige seja esta prova renovada em juízo competente, o que seria uma superfetação, se lhe desse plena fé, quando é certo, ao contrário, que a investigação policial era até então secreta e só servia para orientar o Ministério Público, a cuja disposição ficava, sob sigilo, em cartório, e não se incorporava aos autos da ação penal.” (grifos nossos)

Em conclusão não pode haver decisão pronúncia com base nos indícios colhidos no inquérito policial, em razão do disposto no art. 155, do Código de Processo Penal, já que as decisões judiciais (e a pronúncia incluída) devem se basear nas provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e também porque não tem sentido submeter a análise do Conselho de Sentença um processo que de antemão, já se sabe, que não poderia terminar em condenação, ante a ausência de efetivas provas.

Sugestão de Operacionalização

Além de requerer pelas vias ordinárias (memoriais ou alegações orais), a impronúncia dos acusados, em processos em que a “prova” se constitua em indícios colhidos no inquérito policial e não repetidos em juízo, entendo que a matéria deve ser enfrentada via recurso especial, por violação ao art. 155 do C.P.P. e por recurso extraordinário, por violação ao art. 5º, LV da Constituição Federal nos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Nesse caso, se o acusado estiver preso, penso que a matéria deve ser arguida em Apelação, se o caso chegar ao Plenário do Júri e houver condenação e após, se a condenação for mantida, o questionamento deve ser dar via recurso especial, por violação ao art. 155 do C.P.P. e por recurso extraordinário, por violação ao art. 5º, LV da Constituição Federal nos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Referências Bibliográficas:

[1] O Valor da Confissão como meio de Prova no Processo Penal, 2ª edição, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, ano 1999, págs. 187/192.

[2] Idem

[3] Processo Penal do Júri, São Paulo, Quorum, 2008, págs. 236/237:

Tese 124

Proponente: Daniela Sanchez Ita Ferreira e Hamilton Neto Funchal

Área de Atividade: Criminal

Súmula:

A prisão domiciliar cautelar prevista no artigo 318 do CPP não impede o exercício do direito ao trabalho externo.

Assunto:

Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar Cautelar; Direito ao Trabalho.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Lei Complementar 988/2006

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: (...)

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência; (...)

l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais; ”

Fundamentação jurídica

Prisão Domiciliar Cautelar

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida (Cesare Beccaria, "Dos delitos e das Penas", 1764, pag. 96)[\[1\]](#).

A presente proposta versa sobre a tutela do direito ao trabalho, contemplado pela Constituição da República, no artigo 6º[\[2\]](#), como um direito social do cidadão, bem como estabelecido pela Lei de Execução Penal, como um dever social e condição de dignidade humana (art. 28), sendo também aplicável ao preso em regime domiciliar, em sede cautelar.

A prisão albergue domiciliar cautelar é um instituto previsto como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, com redação dada por meio da Lei das Medidas Cautelares (Lei nº. 12.403/2011), cujo objetivo precípua foi o de romper com o rígido binômio prisão ou liberdade e, assim, fomentar a concretização de que a liberdade é a regra e a prisão exceção. Tal instituto determina que a pessoa processada criminalmente permaneça em sua residência durante 24 horas, só podendo se ausentar mediante autorização judicial.

Ocorre que o art. 41, da Lei 7.210/84[\[3\]](#), prevê como direito da pessoa em situação prisional o direito ao trabalho. Ainda, o art. 28, do mesmo diploma legal, esclarece que o trabalho do preso condenado deve ser encarado como um dever social e condição de dignidade humana, que terá finalidade educativa e produtiva.

Ainda, no art. 115 da Lei de Execuções Penais consta que “*o juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: (...) II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados*”.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que é possível o benefício do trabalho externo ao condenado no regime semiaberto, independente do cumprimento de 1/6 de pena, se as condições fáticas e pessoais o favorecerem:

STJ - HABEAS CORPUS : HC 17035 SP 2001/0070162-8 - EXECUÇÃO PENAL. PENA DE RECLUSÃO. PRISÃO DOMICILIAR. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA. LEP, ART. 117. BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. - Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o

condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em uma das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal. - Admite-se o benefício do trabalho externo ao condenado que inicia o cumprimento da pena em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, se a situação fática e as condições pessoais do paciente o favorecerem. Precedentes. - Na espécie, a paciente é possuidora de bons antecedentes, tem residência fixa e trabalha há três anos como empregada doméstica para a mesma família, possuindo ainda dois filhos menores que vivem as suas expensas. - Habeas corpus concedido.

Não obstante o direito ao trabalho, para o acusado que se encontra em prisão domiciliar cautelar, não encontrar amparo legal em nosso ordenamento jurídico, é necessário que seja realizada uma interpretação sistemática de referidos dispositivos, devendo o hermenauta analisá-los em conformidade com a Constituição Federal e com o Processo Penal do século XXI.

Isso porque, sendo a prisão albergue domiciliar cautelar uma medida que traz sérias restrições ao direito de locomoção, tal qual a prisão domiciliar como cumprimento de pena, nada mais justo que considerar que o acusado faz jus ao direito ao trabalho tal como aquele que se encontra preso e condenado.

Dessa maneira, verificando-se que o acusado, sujeito à “*prisão domiciliar como medida cautelar*”, e o réu, sujeito à “*prisão domiciliar como prisão-pena*”, estariam, neste aspecto, em situação equivalente, mas sendo tratados de forma diversa pela lei, especificamente quanto ao direito ao trabalho, há de se concluir pela ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia.

Sob outro prisma, não se afigura correto imaginar que aquele que responde por determinado crime tenha situação mais gravosa do que aquele que se encontra definitivamente condenado por decisão judicial transitada em julgado, sob pena de ofensa ao princípio da não-culpabilidade e ao próprio princípio da razoabilidade.

Em outras palavras, o preso provisório está numa situação mais desvantajosa do que o preso condenado por decisão judicial transitada em julgado, conquanto incida sobre aquele o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Nos termos do ordenamento jurídico vigente, não se pode descurar da importância dos princípios, que, de acordo com Robert Alexy^[4], são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a partir de um juízo de ponderação.

Segundo a máxima aristotélica e de acordo com a interpretação conferida por Ruy Barbosa, por força do princípio da isonomia, há de se tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Há algum tempo foi consagrado que o preceito da isonomia é norma dirigida quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Segundo Hans Kelsen^[5]:

"a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres".

No presente caso, vê-se a inexistência de efetivo discrimen a incidir nas hipóteses de prisão domiciliar trazidas pelo art. 117, da LE, e pelo art. 318, do CPP, inobstante tratar-se de prisões domiciliares substancialmente diversas, conforme anotado acima.

Nesse sentido, não se afigura razoável impor a restrição do direito ao trabalho externo às pessoas que se encontram em prisão domiciliar, em sede cautelar, pelo simples fato de não estar prevista esta possibilidade no ordenamento jurídico, se tal direito é previsto para os condenados em regime domiciliar e em regime semiaberto.

Ante todo o exposto, resta demonstrada, por fundamentos legais, doutrinários e constitucionais, a possibilidade de aplicação do direito ao trabalho externo, previsto aos condenados em regime domiciliar, aos acusados em situação de prisão domiciliar cautelar.

Fundamentação fática

A prisão domiciliar em sede cautelar tem sido aplicada nos casos expressos no art. 318, do Código de Processo Penal.

Em recente alteração legislativa, trazida pela Lei nº 13.257/2016^[6], surgiram novas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar cautelar, como a exemplo dos casos em que a mulher tenha filho menor de 12 anos ou que o homem tenha filho menor de 12 anos e seja o único responsável pelos seus cuidados.

Desse modo, restringir o trânsito de uma pessoa à sua casa pode prejudicar sua garantia de direitos, desde dificultar, no caso de mulheres, o enfrentamento da violência doméstica, podendo agravar outras formas de violências, em detrimento de sua dignidade e integridade física, moral e psicológica e, em relação a ambos os gêneros, conseguir independência financeira por meio de trabalho externo, para fins de subsistência de sua família, além de contribuir para o processo de socialização, evitando, assim, conseqüentemente, futura reincidência.

Assim, deve ser requerido ao juiz do conhecimento o direito ao trabalho externo, com cópia da carteira de trabalho (nos casos em que o acusado trabalhava formalmente antes da prisão), declaração do empregador, comprovantes da hipossuficiência financeira da família, a fim de que seja conferido tal direito.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelos Defensores Públicos, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público conduzirá o processo exigindo que se atribua ao acusado em regime domiciliar cautelar o direito ao trabalho externo, assim como concedidos aos condenados em regime domiciliar ou em regime semiaberto.

Assim, deve ser requerido ao juiz do conhecimento o direito ao trabalho externo, juntando os seguintes documentos: cópia da carteira de trabalho (nos casos em que o acusado trabalhava formalmente antes da prisão), declaração do empregador e comprovantes da hipossuficiência financeira da família, a fim de que seja conferido tal direito. Na hipótese de indeferimento, deve ser pleiteado nas instâncias judiciais superiores.

Referências Bibliográficas:

[1] www.culturabrasil.pro.br/zip/beccaria.pdf (acessado em 04/04/2017)

[2] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[3] Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; (...) V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; (...).

[4] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Editora Malheiros, 2011

[5] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2ª edição. Paris: Dalloz, 1962. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann.

[6] Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - prisão domiciliar para HOMEM que seja o único responsável pelos cuidados do filho menor de 12 anos.

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE 01

Súmula

Júri - requisição do réu preso pelo juízo em data anterior ao julgamento em Plenário - entrevista reservada pelo Defensor Público - homenagem ao princípio constitucional da Plenitude de defesa e à Convenção Americana de Direitos Humanos - nulidade do julgamento. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Em primeiro lugar, essa ideia de propor tal tese foi baseada na minha experiência de quase 3 anos atuando em diversos júris (cerca de 80) em Araucária, na região metropolitana de Curitiba. Percebi ao longo da atuação, em determinados casos, geralmente mais complexos, a importância da entrevista reservada em data anterior ao Plenário. E quando era possível, até antes do art 422 do CPP, para ter a chance de arrolar alguma testemunha imprescindível. Por sorte, sempre que requeria tal presença do assistido perante o juízo de Araucária, tal pleito era prontamente deferido, pois a juíza de lá na época era bastante garantista. Mas sei que ela é considerada exceção, por isso a importância de tal proposta de tese, que estabelece que enquanto a Defensoria Pública do Paraná não estiver suficientemente aparelhada para entrevistar reservadamente e previamente o réu preso em data anterior ao julgamento em Plenário do Júri, é dever do Poder Judiciário requisitá-lo para garantir, assim, o seu direito à plenitude de defesa, insculpido no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, da Constituição da República. XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ainda estabelece, em seu art. 8º, item 2, alínea c, a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa, o que ainda robustece mencionada proposta de tese. Artigo 8º - Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; Refira-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou Habeas Corpus determinando que o acusado, antes da apresentação da resposta à acusação ou defesa preliminar, possua contato prévio com seu defensor público, mediante requisição em juízo, a fim de garantir todos os meios inerentes à sua ampla defesa. Segue trecho de mencionado julgado, verbis: Direito de defesa que exige a prévia entrevista entre o réu e seu defensor público em um mínimo comportamento

processual ético. Regra clara do CPP, do Pacto de São José da Costa Rica, ambos amparados pela Constituição da República. Requisição do preso que se faz necessária a fim de assegurar direito sagrado e inalienável do acusado dentro do Devido Processo Legal. Processo criminal movido pela ética da alteridade, isto é, a ética para com o outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença. Defensoria Pública que ainda não está instrumentalizada para atender aos presos sem que haja a prévia requisição em juízo para fins da oferta da defesa prévia. Direito indisponível que não pode ser postergado. Agravo Regimental a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo, em que é agravado J. A.. Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em negar provimento, nos termos do voto do Des. Relator. (TJRJ – 3.^a Câmb. Crim. – Ag.Rg. HC 0011249-55.2014.8.19.0000 – rel. Paulo Rangel – j. 15.04.2014 – public. 02.07.2014 – Cadastro IBCCRIM 3056) Com efeito, aplica-se, ao meu ver, analogicamente tal decisão para os casos de julgamento em Plenário do Júri, já que o princípio é o mesmo, ou seja, a homenagem à mais ampla defesa, que no caso do Júri, se consubstancia no princípio constitucional da Plenitude de Defesa. Em caso de indeferimento do pedido de requisição pelo juízo, tal julgamento estará eivado de nulidade, a ser arguida em Plenário, após o anúncio de julgamento e apregoadas as partes, na forma do Art. 571, inciso V, do CPP, podendo, caso não acolhida, arguir ainda posteriormente em eventual apelação. Por fim, gostaria de deixar bem claro que tal proposta de tese não viola a garantia da independência funcional do defensor público, já que ele analisará o caso concreto e aferirá a real necessidade de requerer essa entrevista reservada com o defendido, a complexidade do caso, como mencionei anteriormente, ou seja, tal proposta de tese não torna tal requerimento automático e obrigatório, servindo apenas para salvaguardar a plenitude de defesa.

TESE 02

Súmula

A cognição no processo de execução da medida socioeducativa está limitada à verificação do atingimento pelo executado das metas do Plano Individual de Atendimento, sendo ilegal a manutenção da medida por elementos externos ao plano, sobretudo em razão do lapso temporal e da gravidade do fato, ignorando o alcance dos objetivos do PIA. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

A execução de medida socioeducativa ainda é uma vertente do Direito pouco explorada e isso torna-a aberta a interpretações das mais variadas, não havendo, muitas vezes, segurança jurídica nas decisões. Durante o processo de apuração de ato infracional, que tem natureza de processo de conhecimento, a cognição do juízo se baseia na análise da prova de materialidade e autoria (art. 108, p.único, da Lei nº 8069/90). O juízo, na aplicação da medida, também deve analisar, em caso de ato infracional abstratamente passível de repressão por internação, se medida mais branda pode atingir a mesma finalidade (art. 122, § 2º) e, em qualquer caso, se a eventual medida socioeducativa a ser imposta guarda proporcionalidade em relação à ofensa cometida (art. 35, VI, Lei nº 12.594/12). A cognição judicial realizada no processo de conhecimento já analisou e valorou as alegações das partes e as provas produzidas nos autos, as questões de direito e também as de fato, tendo, portanto, início, meio e fim. A execução da medida socioeducativa, por sua vez, inicia-se a partir de um título executivo já existente e sobre o qual não se pode refazer aquela cognição. Há nova atividade cognitiva apenas no incidente de reavaliação de medida socioeducativa. Nesse contexto, o tema central dessa tese institucional é analisar a reavaliação como a realização de um juízo cognitivo, não do fato, mas, sim, da análise do cumprimento das metas estabelecidas no Plano Individual de Atendimento (PIA), previsto no artigo 52 e seguintes do SINASE. Partindo-se desse

pressuposto, o juízo da execução não tem competência funcional para reanalisar o fato, na medida em que este ponto foi motivado por órgão e fase processual distintos. O PIA, desde a elaboração do SINASE como política pública, em 2005, positivada como norma obrigatória em 2012, pela Lei n.º 12.594, é, dessa forma, o eixo condutor da execução de medidas socioeducativas de internação, semiliberdade e liberdade assistida. Quando o PIA é desconsiderado, para se analisar apenas a gravidade do fato, não há individualização da execução da medida socioeducativa e há usurpação da competência funcional. Além disso, não é à toa que o artigo 58 do SINASE exige para a reavaliação a apresentação obrigatória de relatório atualizado acerca da “evolução do adolescente no cumprimento do plano individual”. Analisando-se o artigo 42 da mencionada Lei extrai-se que as reavaliações são obrigatórias e devem ser instruídas como o PIA, bem como “a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, só, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave”. Deve-se ressaltar que esses três elementos são apenas exemplos de argumentos os quais não são idôneos para se determinar a manutenção da medida, pois qualquer elemento diverso das metas do plano deve ser desconsiderado pelo julgador. Ora, a Lei é expressa ao condicionar a reavaliação a evolução do adolescente no cumprimento da medida, que, em termos práticos, é analisado pela verificação do atingimento das metas do plano – as quais devem ser pactuadas de modo a serem passíveis de avaliação quantitativa e qualitativa. Desse modo, quando o executado cumpre as metas do PIA homologado, ele cumpre a medida imposta e faz incidir o art. 46, II, da Lei n.º 12.594/2012 (extinção do processo pelo atingimento da sua finalidade). Destaca-se que, para a elaboração do PIA, o respectivo programa tem acesso às peças dos autos de apuração do ato infracional que gerou a execução e que acompanham a guia de execução. Assim, não se ignora a gravidade do fato para determinar a fixação de metas e objetivos durante a execução. Dessa forma, a manutenção da medida só seria justificada pelo descumprimento das metas do plano, decorrente de conduta voluntária do adolescente, levando-se em consideração o princípio da “mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida” (art. 35, VII, Lei nº 12.594/12). Grave, portanto, é a manutenção da medida por elementos externos ao PIA, sobretudo, quando se afirma que o lapso temporal cumprido não é proporcional a gravidade do fato, ignorando o PIA.

Fundamentação Fática

A presente tese institucional embasa-se em reiteradas decisões no Foro Central de Curitiba, onde o eixo cognitivo do processo de Execução não é o PIA, mas sim a gravidade do fato em relação a duração temporal da medida, em total afronta ao SINASE. Esse critério também é reproduzido em outras Comarcas do Estado, o que demonstra a existência de um problema endêmico de desconhecimento daquilo que é o verdadeiro eixo condutor da execução. O juízo, dessa forma, ignora as metas e objetivos cumpridos e determina a continuidade da medida sem sequer designar audiência para tanto (art. 42, § 1º, Lei nº 12594/12).

Sugestão de Operacionalização

Há mais de uma forma de se operacionalizar o conteúdo da tese. Inicialmente, deve a Defensoria Pública velar pela completude do PIA e pelo estabelecimento de metas ao executado passíveis de avaliação quantitativa e qualitativa, por meio de impugnação ou pedido de complementação, ao se receberem os autos para manifestação após a apresentação do plano pela entidade de atendimento. No incidente de reavaliação de medida socioeducativa, deve a Defensoria Pública promover a sua instauração, independentemente do ato infracional atribuído ao executado, com base no atingimento das metas do plano. Em caso de promoção de reavaliação em desfavor do adolescente ou jovem, com a finalidade de manutenção da medida sem fundamento no

descumprimento das metas do plano, manifestar-se, em nome do executado, no sentido de que a reavaliação tenha a sua cognição limitada ao PIA, e, sendo o caso, requerer a extinção da medida, com base no art. 46, II, quando as metas tiverem sido atingidas. Caso o juízo mantenha a medida por critérios estranhos ao PIA, deve a Defensoria Pública interpor agravo de instrumento e/ou impetrar habeas corpus para que se anule a decisão ou para que, imediatamente, proceda-se à reavaliação baseada na verificação do atingimento das metas do plano. Por fim, como forma de educação em direitos direcionada à entidade de atendimento, deve a Defensoria Pública orientar as unidades socioeducativas para que elaborem os PIAs de forma ainda mais técnica, observando as diretrizes da Lei de forma que as avaliações sejam aferíveis qualitativa e quantitativamente, por meio de palestras ou workshops de construção de planos nos moldes da lei.

TESE INSTITUCIONAL 03

PROPONENTES: Antonio Vitor Barbosa de Almeida e Mariana Martins Nunes

ASSUNTO: Tráfico privilegiado e reincidência.

Sumula:

A causa de diminuição estampada no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicada mesmo ao condenado reincidente, quando a sua recidiva não for específica nos delitos de tráfico.

Fundamentação jurídica:

A aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas é possível para o réu condenado pela prática de um crime anterior não relacionado ao tráfico de entorpecentes, como se passa a demonstrar.

Com efeito, a Lei 11.343/2006 optou por tratar com distinção as figuras do traficante ocasional e do traficante profissional, dando a eles tratamento diferenciado, conforme consta da sua exposição de motivos:

Outra questão tratada pelo projeto, e que vem sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigoroso como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.

Assim, para fazer tal distinção, o legislador introduziu no texto normativo o § 4º, do art. 33 para fins de abarcar as mulas do tráfico e os pequenos traficantes que vendem drogas para sustentar o próprio vício. Consta de tal dispositivo:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Neste ponto, é de rigor consignar que, embora não conste expressamente da redação normativa, uma interpretação teleológica do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 à luz do política criminal de drogas instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad permite inferir que ao dispor sobre a redução da pena do traficante ocasional, a alusão legislativa à reincidência e aos maus antecedentes deve ser contextualizada aos crimes de drogas.

Neste sentido, o Defensor Público Federal Pablo Luiz Amaral afirma que

*Em que pese a ausência de clareza do mencionado dispositivo legal, entendemos que as circunstâncias negativas inerentes à reincidência e/ou maus antecedentes devem estar associadas tão somente aos delitos tipificados no Capítulo III da Lei 11343/2006. Isso porque, o espírito da norma contida no referido artigo lei é beneficiar e proteger o agente que não se utiliza da mercancia de entorpecentes como atividade profissional. Se o intuito foi este, inapelavelmente a orientação normativa pretendeu afastar da regra benéfica tão somente aqueles que já tiveram qualquer espécie de envolvimento com o universo do tráfico de entorpecentes. **Nesta trilha, o art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 só não será estendido àqueles que possuem maus antecedentes ou forem reincidentes específicos em delitos de drogas.***

Observa-se que esta interpretação é decorrência lógica da natureza do instituto em análise, que busca tratar com menor rigor aquele que se envolve circunstancialmente com o tráfico, não possuindo maior envolvimento com organizações criminosas ou habitualidade na prática delitiva.

Neste ponto, parece evidente, portanto, que condenações anteriores relacionadas a crimes não elencados na Lei 11.343/06 não tem o condão de desvirtuar o perfil de “pequeno traficante ocasional” de um acusado. Ora, isso porque uma condenação anterior por um crime de roubo, furto, moeda falsa, desacato, homicídio, etc., por si, nada diz sobre o envolvimento de um cidadão com tráfico de drogas, o que evidentemente poderia ser concretamente demonstrado havendo provas nesse sentido devidamente produzidas em juízo. Em outras palavras, pode restar comprovado que condenação anterior do réu por crime diverso dos elencados na Lei de Drogas esteja relacionado ao tráfico no contexto de uma organização criminosa. Isso, no entanto, deve ser provado.

Não fosse assim, ter-se-iam situações esdrúxulas em que um agente, por exemplo, com uma condenação prévia por receptação (crime sem violência ou grave ameaça) teria vedada a possibilidade de diminuição da pena, mesmo não estando comprovado o seu envolvimento com a narcotraficância ou organização criminosa. A proporcionalidade estaria completamente desvirtuada. Isso porque é possível que o agente, ao tempo de sua recidiva, tenha se envolvido ocasionalmente com as condutas da Lei 11.343/06. E negar-lhe a incidência da minorante seria igualar o tratamento mais repressivo do traficante habitual/organizado àquele ocasional, o que, conforme indicado, comprometeria a própria principiologia da Lei de Drogas.

Dessa forma, prima face, a reincidência não específica não pode ser óbice para a aplicação da redutora, devendo ficar demonstrado nos autos que ele se dedique à prática da narcotraficância ou integre facção criminosa.

Neste sentido, necessário se atentar para o fato de que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu que até para reincidentes a causa de diminuição deveria ser aplicada, quando se tem notícias de que a parte não se envolve com organização criminosa nem pratica a traficância com habitualidade:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/2006) -

SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. PEDIDOS DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA PENA DE MULTA INDEFERIDOS PRELIMINARMENTE - INCOMPETÊNCIA - MATÉRIAS AFEITAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - PRECEDENTES DESTA CORTE. A DEFESA REQUER, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE COM BASE NO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" E, ALTERNATIVAMENTE, APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - AUSÊNCIA DE DÚVIDAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ACUSATÓRIO SUFICIENTE E APTO A EMBASAR A CONVICÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEOS E COERENTES COM AS PROVAS PRODUZIDAS - APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO GRAU DE 1/6 (UM SEXTO) - PENA REDUZIDA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS - MULTA - APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA DETRAÇÃO PENAL - PENARESTANTE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO EM SEMIABERTO - RÉU REINCIDENTE - ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1 (...) Conforme de extrai de certidão de fls. 161/163 verso, RODRIGO não é réu primário e possui maus antecedentes. Entretanto, inexistem nos autos elementos que indiquem que o apelante participava de organização criminosa. Assim sendo, aplico o benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em 1/6 (um sexto). Por conseguinte, reduzo a pena de RODRIGO COSTA LOPES para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1184600-3 - Curitiba - Rel.: Marques Cury - Unânime - - J. 05.06.2014)

Ressalta-se que o entendimento exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná apenas concretiza o espírito da Lei 11.343/05, o qual busca dar tratamentos distintos ao traficante profissional e ao traficante ocasional, sendo severa para aquele e benevolente para este.

A reforçar tal argumentação, cumpre consignar que o parágrafo 4º determina que a pena pode ser reduzida de um sexto a dois terços quando reconhecida a incidência da minorante. É assente na jurisprudência, no entanto, que o critério para diminuição devem ser aqueles elencados no parágrafo 4º, uma vez que os requisitos do art. 42 da Lei 11.343/05, como a quantidade de drogas, já foram valorados na primeira fase da dosimetria da pena, não podendo ser valorados novamente sob pena de bis in idem. Dessa forma, para a valoração do quantum da redução, deve-se analisar os critérios do próprio parágrafo 4º, ou seja, a vida pregressa do acusado e o seu grau de envolvimento com o tráfico, o que significa dizer que o instituto pode ser aplicado para reincidentes e portadores de maus antecedentes, sendo que neste caso haveria a aplicação de uma diminuição menor ao máximo previsto.

Assim, fazendo-se uma interpretação teleológica e sistemática do instituto em comento, conclui-se a possibilidade de aplicação da causa minorante mesmo aos réus reincidentes, desde que desta reincidência não se vislumbre o envolvimento com organização criminosa e nem prática habitual da traficância.

Fundamentação fática

Diuturnamente, o defensor público atuante na área criminal depara-se com casos em que o acusado satisfaz o perfil do traficante para o qual foi idealizado o instituto do "tráfico privilegiado", ou seja, o pequeno traficante ocasional, mas que tem negada a

aplicação da redutora estampada no parágrafo 4º em razão de condenação anterior por crime diverso daqueles elencados na Lei de Drogas, sob o fundamento de que não estão preenchidos os requisitos legais. Dessa forma, via de regra são aplicadas penas desproporcionais ao fato praticado, com imposição de regimes semiabertos e fechados, o que evidentemente contraria a política criminal de drogas adotadas pela Lei 11.343/06.

Sugestão de operacionalização:

Os Defensores Públicos poderão utilizar a tese nas peças processuais, sobretudo alegações finais e razões de apelação, para requerer a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006 aos acusados reincidentes não específicos, o que além de lhes garantir a aplicação de penas menores e regimes prisionais mais benéficos, trará uma série de benefícios na execução de sua pena em razão do reconhecido caráter não hediondo do tipo em comento.

TESE INSTITUCIONAL 04

Nome: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Áreas de atuação: Tribunal do Júri

Súmula:

A pronúncia do acusado somente com base nos elementos de informação do inquérito policial ou de depoimentos de "ouvir dizer" viola o artigo 155 do Código de Processo Penal, o princípio do devido processo legal e da plenitude de defesa, previstos na Constituição da República.

Assunto:

Pedido de impronúncia ou viabilidade de recurso para os acusados pronunciados apenas com elementos do inquérito policial ou depoimentos de "ouvir dizer".

Fundamentação jurídica:

O Tribunal do Júri está previsto na atual Constituição da República e é da tradição constitucional brasileira, tendo em vista sua previsão desde antes e na Constituição do Império de 1824. Atualmente, a competência do Júri é para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, entre eles, o homicídio, o infanticídio, o aborto e a instigação ao suicídio.

Outrossim, o Tribunal do Júri no Brasil, detém quatro princípios constitucionais basilares: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF).

De fato, o Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário e, ao contrário dos demais juízes, toma suas decisões com base na íntima convicção, pois o Conselho de Sentença não precisa fundamentar os motivos que levaram aquela determinada decisão.

Apenas para esclarecer, o livre convencimento motivado consiste na forma de valoração em que o juiz é livre para valorar as provas que estão nos autos do processo, sendo imposto a ele que a faça de maneira fundamentada. Todavia, o sistema da íntima

convicção permite ao juízo valorar a prova de acordo com as suas concepções, sem a necessidade de motivação.

Desse modo, analisando as decisões dos jurados com um viés crítico, nota-se que não há possibilidade jurídica do julgamento pela íntima convicção dos jurados, sem considerar provas colhidas em juízo. Isto porque a decisão não fundamentada dos jurados vai contra a Carta Magna, quando a mesma positiva em seu Art. 93, IX:

“IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;(grifei)”

Verifica-se que há um desrespeito a norma constitucional, pois os jurados não motivam suas decisões, ou seja, é feita uma leitura da Constituição Federal com as lentes do Código de Processo Penal, total inversão de valores e hierarquia das normas.

É cristalino que os dispositivos do Código de Processo Penal que tratam sobre o Tribunal do Júri não estão acima da Constituição Federal, o que deixa mais inadequado os seguir. Assim, os jurados deveriam fundamentar suas decisões, contudo não é isso que ocorre e eles decidem com base na livre convicção.

Para sanar o problema, o Tribunal do Júri deveria funcionar da seguinte forma, segundo Paulo Rangel:

“Os jurados são leigos, mas decidem sobre os fatos e, sobre estes, na sala secreta, devem, entre si, sem a presença da defesa e do MP, manifestar-se. A incomunicabilidade é durante o julgamento em plenário, porém, uma vez na sala secreta, devem expor, sem declinar nomes, as razões pelas quais condenam, absolvem ou desclassificam. O prático não consegue olhar para a Constituição e aplicá-la às normas legais ordinárias. Fica preso às regras básicas do Código e tenta interpretar a Constituição de acordo com o Código, e não o contrário.”

Por fim, seria possível a condenação do réu sem provas produzidas sob o crivo do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ou seja, produzidas em juízo?

A Jurisprudência sobre a decisão de Pronúncia

A Constituição Federal assegura a todos, o devido processo legal, ou seja, todos têm o direito a um processo penal justo que deve se reger pela lei e os princípios constitucionais. Ademais, somente é possível aplicar a sanção penal quando o juízo recolher provas suficientes para condenação do acusado, sendo necessário que essa prova seja submetida aos contraditório de ambas as partes e, com isso, seja assegurado a ampla ou plenitude de defesa.

O art. 155, do Código de Processo Penal, traz a obrigatoriedade de o Juiz formar sua convicção pela apreciação da prova COLHIDA EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL, rechaçando a possibilidade de fundamentação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

Guilherme Nucci preceitua que: “É dever do julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente **a prova produzida em juízo**, sob crivo do contraditório.” Assevera, ainda, que:

“O objetivo das provas são para lastrear a convicção do magistrado no momento em que for fundamentar a sua decisão, não podendo, no entanto, basear-se exclusivamente nos elementos trazidos do inquérito policial. O julgador jamais pode basear sua sentença, em especial, a condenatória, em elementos colhidos unicamente no inquérito policial.

Antes da Lei 11.690/2008, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório.

Ademais, se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar o contraditório e ampla defesa. O Ministro Ricardo Lewandowski, lembra que é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que não pode se manter uma condenação fundada apenas em provas colhidas durante a fase de inquérito policial.(grifei)”

O art. 12 do CPP, trata que o inquérito policial (IP) deverá acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra, sendo que não existe nenhuma presunção de veracidade do IP, haja vista não haver previsão legal, consoante Aury Lopes Jr.

“Considerável doutrina e jurisprudência acabaram por criar, a nosso juízo equivocadamente, uma falsa presunção: a de que os atos de investigação valem até prova em contrário.”

O autor reforça ainda que: a declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito. Existem dois exemplos de atos: os denominados atos de prova e os atos de investigação. Os primeiros dizem respeito ao direcionamento para a formação do convencimento do juiz da verdade de uma afirmação; dirigir-se a formação de um juízo de certeza (tutela de segurança); atos a serem apresentados frente ao juiz que julgará o processo. Já os segundos, tangem a uma hipótese; estão somente à serviço da chamada fase pré-processual, para que ocorra a formação de um juízo de probabilidade, entre outras palavras, Aury aduz que são utilizadas para a formação da *opinio delicti* do acusador, ou seja, destinado à demonstrar eventual *fumus comissi delicti*, em que são atos praticados tanto pelo Ministério Público quanto pela Polícia Judiciária. Portanto, “(...) o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório”. Relativo ao entendimento doutrinário concernente ao CPP comentado à luz da Defesa, temos que “o juiz deverá apreciar e fundamentar sua decisão em **provas judicializadas**, submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Não poderá fundamentar, **exclusivamente**, nem para condenar, nem para absolver, com base nos elementos de informações colhidos durante a fase de investigação.”⁶

Uma leitura atenta ao artigo 155 do CPP não autorizaria a pronúncia do acusado apenas com base nos elementos de informação colhidos no inquérito policial, conforme será demonstrado no próximo item do artigo. Todavia, os Tribunais Superiores autorizam a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial.

Nesse sentido, cabe citar alguns precedentes sobre o tema:

"I. Habeas corpus: cabimento para verificar a suficiência e a idoneidade da fundamentação de decisão judicial. II. Pronúncia: motivação suficiente: C.Pr.Penal,art. 408. 1. Conforme a jurisprudência do STF "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos

mediante coação" (RE 287658, 1ª T, 16.9.03, Pertence, DJ 10.3.03).

2.O

caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408 C.Pr.Penal com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor". 3.Aí - segundo o entendimento sedimentado -indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado. 4.Para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes."

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE DE INQUÉRITO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

Apreciadas as questões suscitadas pela parte, não há falar em ofensa ao art. 619 do CPP.

A decisão de pronúncia trata-se de um juízo meramente declaratório de aptidão da acusação para ser submetido ao Tribunal do Júri, podendo ser lastreada nas provas colhidas no Inquérito Policial (ut, AgRg no AREsp 748.109/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/08/2016).

Agravo regimental improvido."

Desse modo, verifica-se que a jurisprudência comete dois graves erros, confunde elementos de informação e prova (os primeiros colhidos no inquérito policial e os segundos e juízo), bem como permite que o acusado seja pronunciado e encaminhado a júri com base apenas em elementos de informação, o que viola frontalmente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

A Impossibilidade de pronúncia com base nos elementos de informação do inquérito

Inicialmente cumpre esclarecer que, os precedentes anteriores se baseiam em três argumentos, o primeiro que seria aplicável a pronúncia o princípio *in dubio pro societate*, o segundo que não haveria violação do artigo 155 do Código de Processo Penal e por fim que a decisão seria mero juízo declaratório.

Não é aplicável, e nunca foi recepcionado, o princípio do *in dubio pro societate* no Processo Penal brasileiro, consoante se verifica no seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, no qual se afastou expressamente a invocação ao princípio do *in dubio pro societate* em razão de restarem ausentes indícios suficientes de autoria:

"Habeas-corpus: cabimento: direito probatório. 1. Não é questão de prova, mas de direito probatório - que comporta deslinde em habeas-corpus -, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime.

II. Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. 2. **O aforismo *in dubio pro societate* que - malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido.**

3. **O convencimento do juiz**, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas **convencimento fundado na prova: donde, a exigência - que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de**

autoria, de que o juiz decline, na decisão, "os motivos do seu convencimento". 4. Caso em que, à frustração da prova pericial - que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada -, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: conseqüente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, **pronunciou o réu sob o pálio da invocação do in dubio pro societate. descabido no ponto.** 5. Habeas-corpus **deferido por falta de justa causa para a pronúncia.** - "Grifo nosso

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça afastou o *princípio do in dubio pro societate*:

"DENÚNCIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. In casu, a denúncia foi parcialmente rejeitada pelo juiz singular quanto a alguns dos denunciados por crime de roubo circunstanciado e quadrilha, baseando a rejeição no fato de a denúncia ter sido amparada em delação posteriormente tida por viciada, o que caracteriza a fragilidade das provas e a falta de justa causa. O tribunal a quo, em sede recursal, determinou o recebimento da denúncia sob o argumento de que, havendo indícios de autoria e materialidade, mesmo na dúvida quanto à participação dos corréus deve vigorar o princípio in dubio pro societate. **A Turma entendeu que tal princípio não possui amparo legal, nem decorre da lógica do sistema processual penal brasileiro, pois a sujeição ao juízo penal, por si só, já representa um gravame. Assim, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios, não devendo se iniciar uma ação penal carente de justa causa.** Nesses termos, a Turma restabeleceu a decisão de primeiro grau. Precedentes citados do STF: HC 95.068, DJe 15/5/2009; HC 107.263, DJe 5/9/2011, e HC 90.094, DJe 6/8/2010; do STJ: HC 147.105-SP, DJe 15/3/2010, e HC 84.579-PI, DJe 31/5/2010." (grifei)

Parte da doutrina refuta a existência do princípio do *in dubio pro societate*:

"Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do **in dubio pro societate?**

Nenhuma. Não existe.

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da "soberania do júri", tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da "soberania" a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória.

Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. Também é equivocado afirmar-se que, se não fosse assim, a pronúncia já seria a "condenação" do réu. **A pronúncia é um juízo de probabilidade, não definitivo, até porque, após ela, quem efetivamente julgará são os jurados, ou seja, é outro julgamento a partir de outros elementos, essencialmente aqueles trazidos no debate em plenário.** Portanto, a pronúncia não vincula o julgamento, e deve o juiz evitar o imenso risco de submeter alguém ao júri, quando não houver elementos probatórios suficientes (verossimilhança) de autoria e materialidade. A dúvida razoável não pode conduzir a pronúncia.

Nessa linha, vale o **in dubio pro reo** para absolver sumariamente o réu que tiver agido ao abrigo da legítima defesa (não apenas quando a excludente for "estreme de dúvidas", mas quando for verossímil a ponto de gerar a dúvida razoável); **impronunciar réus em que a autoria não esteja razoavelmente demonstrada;** desclassificar para crime culposos as

abusivas acusações por homicídio doloso (dolo eventual) em acidentes de trânsito, onde o acusador não fez prova robusta da presença do elemento subjetivo.

Perfilam-se ao nosso lado, negando o **in dubio pro societate** e defendendo a presunção de inocência, entre outros, Rangel e Badaró.

Para Paulo Rangel o princípio do *in dubio pro societate* “*não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal*”. Com razão, Rangel destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do *in dubio pro societate*. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado. Por derradeiro, enfrentando a questão na esfera do Tribunal do Júri, segue o autor explicando que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. (...) A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida.

Gustavo Badaró, explica que o art. 409 (atual 414) estabelece um critério de certeza: “*o juiz se convencer da existência do crime. Assim, se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Mas se estiver em dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia, o in dubio pro reo*” (grifo nosso).

Assim, o princípio do *in dubio pro societate*, consoante esclarecedores julgados do STJ e STF e doutrina, não pode ser invocado para pronunciar o acusado quando ausente provas.

No ponto, oportuno ressaltar que a própria legislação processual de regência, no art. 155, traz a obrigatoriedade de o Juiz formar sua convicção pela apreciação da prova COLHIDA EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL, rechaçando a possibilidade de fundamentação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Em comentários ao dispositivo em questão, Guilherme Nucci explica:

“11. Produção da prova sob o contraditório judicial: a nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir ao magistrado que forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calcado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção de prova. Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, **as partes têm o direito de participar da colheita da prova**, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício. Além disso, veda-se a produção de provas ilícitas, hoje preceito expressamente contemplado pela nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei n. 11.690/2008. Por isso, **estabelece-se, como regra, dever o julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório**. A opção legislativa, entretanto, ainda foi tímida, embora possa ser considerada um avanço. Como veremos na próxima nota, a limitação deveria ter sido mais extensa” . (grifo nosso)

Com efeito, as partes têm o direito de participar da colheita de provas durante a instrução processual, o que não ocorre no **inquérito policial**, que se trata de

procedimento administrativo, em que não imperam os princípios norteados do processo penal e que, por isso, **não pode ser utilizado isoladamente para embasar o convencimento do júzo.**

Dessa forma, os elementos dos depoimentos colhidos no inquérito, uma vez que não confirmados em júzos, **não podem fundamentar uma decisão de pronúncia.** Ressalte-se que o juiz sumariante deve **“filtrar”** o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa **que foi provada em júzo.**

Ademais, como o veredito do Conselho de Sentença se pauta pela livre convicção, ou seja, é alcançado sem qualquer tipo de fundamentação, em que os elementos acusatórios são sustentados em meros boatos não confirmados em júzo, corre-se o **risco** de haver uma **condenação** exclusivamente com **base no inquérito policial**, o que contraria completamente os princípios norteadores do sistema processual penal brasileiro e os da Constituição da República.

Pois é neste momento em que se releva a primordial **importância da incidência do art. 155 do Código de Processo Penal e o controle que o magistrado realizado ao pronunciar ou não o acusado.**

Ora, para que remeter a Júri um caso em que é flagrante a ausência de sólidos elementos probatórios **colhidos judicialmente.** ensejando uma possível condenação exclusivamente com base em elementos informativos do inquérito policial? Um julgamento que, caso condenatório, certamente seria anulado em virtude da ausência de provas colhidas sob o contraditório judicial. Uma desnecessária movimentação da máquina judiciária, em que pese a presença inicial da justa causa, lastreada no inquérito policial, para o recebimento da denúncia, a qual, no entanto, **não fora corroborada em júzo para embasar uma decisão de pronúncia.**

Nesse sentido, destaca-se, entendimento recente dado pelo STJ sobre o tema:

“Assim, tem essa primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu júzo natural. **O júzo de acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo júzo da causa (iudicium causae).**

A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção do nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento” (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973, p. 11)

(...)

O certo é que, em um Estado Democrático de Direito, a ausência de qualidade probatória no contraditório é **inválida para sustentação de qualquer convencimento,** seja para condenar, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – **pronunciar o réu e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, onde, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos júzes populares, o que incrementa o risco de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sobre o contraditório judicial.**

Assim, com maior razão – até porque não são exteriorizadas as razões que levam os jurados a decidir por eventual condenação – a submissão do réu a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual tenha sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.”

Especificadamente, no que tange à necessidade de indícios suficientes de autoria, explica NUCCI que “é imperiosa a verificação acerca da autoria ou participação. Logicamente, cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador. Porém, ausente essa suficiência, o melhor caminho é a impronúncia, vedando-se a remessa do caso à apreciação do Tribunal do Júri”.

Por fim, colaciona-se ementa dos precedentes recentes do STJ, no mesmo sentido defendido no presente artigo:

“PROCESSUAL PENAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO. INSUFICIÊNCIA, NO CASO CONCRETO, PARA ARRIMAR PRONÚNCIA. FALTA DE CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO.

- No caso concreto, não havendo qualquer confirmação em juízo, sob o crivo do contraditório, dos elementos colhidos no inquérito, não há como admitir arrimar-se a pronúncia apenas e tão-somente naquela prova apurada na fase inquisitorial. Precedente da Sexta Turma.

- Equivoca-se o Tribunal de origem ao afirmar que, indiscutivelmente, a prova colhida no inquérito é isolada e, mesmo assim, concluir pela pronúncia do paciente.

- Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, para restabelecer a decisão de impronúncia. “

“RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. NÃO CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito - bastam a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos

informativos obtidos na fase inquisitorial, mormente quando essa prova está isolada nos autos, como na hipótese, em que há apenas os depoimentos da vítima e de sua mãe, colhidos no inquérito e não confirmados em juízo.

O Tribunal de origem, ao despronunciar o ora recorrido, asseverou que “não há prova judicializada suficiente para fins de pronúncia” (fl. 212), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão deste entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão do recorrido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Recurso especial não provido.”

Sobre os testemunhos por ouvir dizer, ou **HEARSAY testimony**, é importante salientar a cautela em sua valoração, conforme orientação jurisprudencial. Nesse sentido, colaciono ementa de precedentes sobre o tema:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. DESPRONÚNCIA. LIBERDADE CONCEDIDA. Despronúncia. O “princípio” do in dubio pro societate deve ser visto com ressalvas, pois não pode servir de substrato para o julgador submeter o réu a júri em qualquer hipótese, sob o pretexto de que a competência constitucional é do Conselho de Sentença. Ocorre que, se o juízo submete ao Tribunal do Júri um acusado sobre o qual inexistem os mínimos elementos para a pronúncia, a vítima e a própria sociedade

serão prejudicadas diante de eventual absolvição, na medida em que ele não poderá ser submetido a novo julgamento. No caso dos autos, duas testemunhas presenciais do fato, que não haviam apontado o recorrente como um dos autores do crime na fase inquisitorial, mudaram o depoimento em juízo. E, muito embora a mãe de uma das vítimas tenha confirmado que as referidas testemunhas teriam lhe contado tudo o que ocorreu, vindo a mudar o informe por estarem sendo ameaçadas, vale referir a **cautela sobre os depoimentos por ouvir dizer (hearsay testimony)**. De se ressaltar que as indigitadas testemunhas referiram que seriam dois os agentes criminosos, sendo que foram apontados os outros corréus como sendo os atiradores. Além disso, eventual menção de corréu em interceptação telefônica ao fato de "Maninho" ter envolvimento com os fatos, por si só, considerando eventual interesse daquele acusado em não ser responsabilizado pelos delitos, é **insuficiente à manutenção da decisão de pronúncia**. Por fim, a testemunha Bruno, que não presenciou o fato segundo se deduz do depoimento policial, e que reconheceu o réu Luis Ceron perante a autoridade policial, não foi ouvida em juízo porque veio a falecer. Outrossim, a testemunha presencial Isabela não foi ouvida em juízo. Inexistem, portanto, elementos judicializados no sentido de comprovar a existência de indícios suficientes da autoria delitiva. **Desse modo, impõe-se a despronúncia do réu**. Determinada a expedição de alvará de soltura. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. LIBERDADE CONCEDIDA. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70062969373, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 19/03/2015)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. ART. 121, § 2º, INCISO I, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIAL PARA EMBASAR DECISÃO DE PRONÚNCIA. 1. Reforma processual penal de 2008 que deixou clara a impossibilidade de prolação de decisão judicial fundamentada apenas por prova colhida na fase inquisitorial, conforme nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, ressalvada a hipótese de provas cautelares antecipadas e irrepetíveis em juízo. 2. Ainda que os jurados possam fazer uso de prova inquisitorial para formar sua convicção, o legislador pretendeu evitar que profiram decisão absolutamente desamparada de prova judicial, porquanto haveria ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. 3. **Ausentes indícios de autoria e insuficiente o hearsay testimony (testemunho por ouvir dizer), é impositiva a despronúncia do acusado**. RECURSO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70056808892, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/05/2014)

Nesse diapasão o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela insubsistência do depoimento do "**HEARSAY testimony**" quando **isolado, para pronunciar o acusado**, no Recurso Especial nº 1.444.372 – RS (2014/0070087-4) de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz¹, do qual se extrai o excerto abaixo:

"Aliás, vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per senseum alterius impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). **No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, 'não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica**. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levado em conta" (TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 461).

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um **depoimento pouco confiável**, visto que os

relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo”.

Nesse sentido Vincenzo Manzini nos ensina que “os depoimentos por ouvir dizer não tem caráter de prova testemunhal, mas podem considerar-se somente como elementos não seguros de informação”.

Ora, não se pode pronunciar alguém com base em mero boato. Portanto, “*não se remete ao Tribunal do Júri a causa perdida, aquela que juiz togado algum teria condições de julgar procedente, condenando o réu desde que respeitadas a teoria da prova e o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.*”

Desse modo, a decisão de pronúncia não é mero ato declaratório que se fundamenta no princípio do *in dubio pro societate* como faz pensar os precedentes citados no item anterior, mas decisão de crucial importância que analisa os elementos de prova de materialidade e autoria e autoriza ou não que o acusado seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como não pode se basear nos depoimentos de “ouvir dizer”.

Portanto, a decisão de pronúncia é um juízo de probabilidade que deve se fundar em provas judicializadas, em respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do artigo 155 do Código Penal, sendo de relevante importância para que o acusado não sofra o constrangimento de ser levado a júri popular e condenado com base nos elementos de informação do inquérito ou com base em depoimentos de “ouvir dizer”.

Fundamentação fática:

Desse modo, a Defesa técnica deverá sustentar em suas alegações finais, e caso pronunciado, em seu recurso em sentido estrito, pela impronúncia dos acusados quando não existir elemento mínimo de prova colhida sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa ou baseada em depoimentos de “ouvir dizer”.

No júri, seria possível a condenação do réu sem provas produzidas sob o crivo do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ou seja, produzidas em juízo? Infelizmente, os precedentes mais antigos dos Tribunais Superiores autorizam a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial.

Todavia, ficou demonstrado que a jurisprudência comete dois graves erros, confunde elementos de informação e prova, bem como permite que o acusado seja pronunciado e encaminhado a júri com base apenas em elementos de informação, o que viola frontalmente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

Conclui-se, portanto, que a decisão de pronúncia não é mero ato declaratório que se fundamenta no princípio do *in dubio pro societate* como faz pensar os precedentes citados, mas decisão de crucial importância que analisa os elementos de prova de materialidade e autoria e autoriza ou não que o acusado seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Portanto, a decisão de pronúncia é um juízo de probabilidade que deve se fundar em provas judicializadas, em respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do artigo 155 do Código Penal, sendo de relevante importância para que o acusado não sofra o constrangimento de ser levado a júri popular e condenado com base nos elementos de informação do inquérito.

Com razão o Min. Rogério Schietti em recente precedente do STJ:

“O certo é que, em um Estado Democrático de Direito, a ausência de qualidade probatória no contraditório é invalida para sustentação de qualquer convencimento, seja para condenar, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – pronunciar o réu e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, onde, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos juízes populares, o que incrementa o risco

de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sobre o contraditório judicial."

Verifica-se, com isso, a importância da decisão de pronúncia, pois o juiz sumariante deve **“filtrar”** o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa **que foi provada em juízo**. Portanto, a impossibilidade de pronúncia com base em elementos de informação garante o respeito ao artigo 155 do Código de Processo Penal, e aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, estampados na Constituição da República.

Sugestão de operacionalização

Os Defensores Públicos poderão utilizar a presente tese em sede de memoriais, no âmbito do processo penal, pugnando pela impronúncia do acusado ou recorrendo no caso de sentença de pronúncia, tendo em vista a violação ao artigo 155 do CPP e o princípio do devido processo legal e da plenitude de defesa.

TESE INSTITUCIONAL 05

Nome: WISLEY RODRIGO DOS SANTOS

Área de Atuação: Tribunal do Júri

Súmula

Na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, caso o assistido negue a autoria, o Defensor Público, dentro de sua independência funcional, caso sustente a absolvição, deve constar na ata de julgamento a ‘tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório’.

Assunto

Litigância Estratégica no Tribunal do Júri. Tese Defensorial. Absolvição pelo 2º quesito: autoria.

Fundamentação fática

O Tribunal do Júri é um ‘círculo mágico’ que faz encenar dramas da vida cotidiana, em que mortes violentas são julgadas por cidadãos comuns, alheios ao ato de julgar. Cidadãos esses, maiores de 18 (dezoito) anos e, presumidamente, de notória idoneidade, conforme reza o art. 436 do Código de Processo Penal¹.

Lembra Schritzmeyer que “os melodramas da vida cotidiana encenados no Tribunal do Júri não se resumem a condenação ou absolvição de acusados. Elaboram destinos trágicos, relações interpessoais e intergrupais, amor e traição, passado e presente, poder e autoridade, respeito e obediência”².

O Defensor Público que já fez um único júri ou vários sabe que o Tribunal do Júri é jogo, ritual e teatro. E, nesta quadra histórica, conseguir uma absolvição tem sido tarefa das mais difíceis, especialmente porque o júri, infelizmente, não termina com o encerramento da Sessão Plenária e a absolvição do assistido. Ele se desdobra em atos futuros.

O Ministério Público, quando vencido no Tribunal do Júri, corriqueiramente, apela ao Tribunal sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária a prova dos autos, conforme o permissivo do art. 593, III, d, do CPP³, postulando que o Tribunal de Justiça revalore e sopesa as provas a fim de anular a absolvição e submeter o assistido a novo julgamento.

Para o *Parquet*, a análise que fez sobre as provas impõe, necessariamente, a condenação do assistido, sendo este fato uma certeza e, por isso, são os Jurados que estão errados, “sendo certo que se equivocaram” ao não acolherem a tese da acusação. Nesse sentido, é erro ou equívoco qualquer interpretação dos fatos que não seja a encampada pela acusação.

É extremamente corriqueiro a c. 1ª Câmara do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁴ revalorar e sopesar provas, para fim de anular a absolvição do Conselho de Sentença, em franca violação à soberania dos vereditos e ao quanto positivado na regra do art. 593, III, d, do CPP, submetendo o assistido a novo julgamento popular.

Em pesquisa ao sítio de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao se pesquisar o termo “Soberania”, tendo como relator o eminente Desembargador Clayton Camargo, foram encontrados 420 registros.

Realizada uma breve análise dos votos proferidos por este Desembargador envolvendo anulação ou manutenção de decisões proferidas pelos Jurados, não se encontra 1 (um) voto sequer a favor de algum acusado. Todas as sentenças absolutórias são anuladas e todas as condenatórias mantidas.

Posição semelhante, de anulação de sentenças absolutórias e manutenção de sentenças condenatórias, é comungada pelos demais integrantes da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: Desembargadores Telmo Cherem, Miguel Kfoury Neto, Paulo Edison de Macedo Pacheco, Antonio Loyola Vieira e o juiz substituto em 2º Grau Benjamim Acácio de Moura e Costa.

Pois bem. Esta é a realidade do Defensor Público atuante no Tribunal do Júri.

É necessária uma ação estratégica a fim de absolver o réu perante o Conselho de Sentença e manter esta absolvição no Tribunal Recursal e/ou nas Cortes Superiores. Somente o Defensor Público que atuou num segundo júri, em razão do primeiro júri ter absolvido e o Tribunal anulado a absolvição, sabe o peso de sua responsabilidade e a dificuldade de manter esta absolvição, pois a ideia que a acusação ecoa no Plenário é que a primeira absolvição foi errada. Tanto é assim que o Tribunal anulou e mandou refazer o júri.

É premente uma atuação estratégica por parte da Defensoria Pública.

Para tanto, o Defensor Público, dentro de sua independência funcional, caso

sustente a absolvição, pois o assistido negou a autoria, deve constar na ata de julgamento a 'tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório'.

Fundamentação jurídica

O catálogo de direitos e garantias fundamentais positivado no texto constitucional contempla a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c), o qual impõe que, nos julgamentos colegiados do Tribunal do Júri, a análise do mérito - para fins de absolvição ou condenação do acusado por crime doloso contra a vida - seja de competência exclusiva do Conselho de Sentença.

Evidentemente, em um sistema processual penal minimamente democrático, toda e qualquer decisão deve comportar algum mecanismo de controle de legitimidade, razão pela qual a legislação infraconstitucional prevê a possibilidade de anulação do veredito popular quando a decisão dos jurados for "*manifestamente contrária à prova dos autos*" (art. 593, III, d, do CPP).

Este dispositivo, ao mesmo tempo em que resguarda a soberania do veredito popular, evita que decisões completamente alheias aos elementos empíricos de prova produzidos prevaleçam. Em outros termos, pode-se dizer que a regra precitada serve como mecanismo que privilegia a decisão do Conselho de Sentença, desde que exista um mínimo de prova que possa sustentar a conclusão dos jurados, seja pela condenação ou pela absolvição do acusado.

Anote-se que não está a se defender aqui a inviabilidade de os Tribunais de 2º grau de jurisdição, por ventura, cassarem as decisões emanadas pelo Conselho de Sentença, tampouco a possibilidade do *Parquet* recorrer de tais decisões com o fito de anulá-las, com fulcro no art. 593, III, D, CPP. O que se pretende, com efeito, é demonstrar que, a pretensão Ministerial não merece prosperar, uma vez que busca adentrar indevidamente no Espaço de Soberania atribuído aos Jurados pela Constituição da República.

Na defesa dos interesses do assistido, a Defensoria Pública deve apresentar em Sessão de Julgamento a tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório.

Eventual recurso Ministerial, diante da absolvição no 2º quesito – da autoria⁵, retratará inconformismo com o resultado do julgamento e, portanto, da própria interpretação das provas realizada pelo Conselho de Sentença, a qual é dotada de blindagem constitucional.

É oferecido ao representante do Ministério Público 2h30 de tempo de fala, isto é, 1h30 na sustentação inicial e mais 1 hora de réplica. Nesse tempo, o Promotor expõe aos integrantes do Conselho de Sentença a tese sustentada pela acusação, carreada, certamente, pelas provas constantes nos autos e elementos extraprocessuais⁶.

Todavia, cabe aos Senhores Jurados, e não poderia ser diferente, a análise da suficiência ou insuficiência do conjunto probatório apresentado ao longo da sessão. Apreciam-no livremente e seguem, ao final, a íntima convicção respectiva. Decidiram que da análise da prova aliada aos outros indícios apontados pela acusação, não foi suficiente para demonstrar cabalmente a participação do assistido no delito que lhe foi imputado.

Destaca-se que há grande diferença entre as teses de negativa de autoria e de insuficiência de provas aptas a amparar um decreto condenatório. Na primeira, é ônus

da defesa prová-la⁷, devendo operar a sustentação calcando-se em provas que expressem a inocência do defendido perante o Conselho de Sentença. Na segunda, o discurso defensivo fundamenta-se no Princípio da Presunção de Inocência. Isso, porquanto o réu deve ser considerado inocente a menos que o Ministério Público prove o contrário. Ou seja, é ônus do órgão ministerial demonstrar, acima da dúvida razoável, a autoria ou participação daquele a quem acusa lastreando-se, para tanto, em prova lícita, segura e irrefutável.

Efetivamente, é o destinatário da prova quem deve analisar se a linha argumentativa do *Parquet* apresentou de forma eficaz indícios suficientes para se verificar a autoria e materialidade do crime. É ele quem vai decidir se o que foi apresentado situa-se acima ou abaixo da dúvida razoável. A análise dos jurados se dá sobre a suficiência ou insuficiência da prova. E somente o jurado tem liberdade, diante da soberania dos veredictos, para dizer se a prova é suficiente ou não para um decreto condenatório.

No caso do Tribunal do Júri, esse gênero de análise encontra-se exclusivamente no Espaço de Soberania dos veredictos⁸. Não cabe ao Ministério Público, tampouco ao juiz togado, decidir acerca de assunto que compete unicamente aos jurados, posto que essa análise insere-se no campo de interpretação da prova.

Tentar invadir essa competência expressa irresignação com o julgamento. Contrariá-lo é atitude nefasta, comum a quem quer vencer a todo custo, mesmo que isso signifique operar injustiças baseadas nos próprios julgamentos de valor, como o faz, corriqueiramente, o órgão ministerial.

A soberania dos veredictos é princípio constitucional com força de cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição Federal. Ela é ferramenta de eficiência e respeito à instituição do Conselho de Sentença, que é formado para proferir decisão de mérito a respeito de crime doloso contra a vida (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea 'd', CF88). O Tribunal sob nenhuma circunstância pode reformar a decisão quanto ao mérito. Compete aos jurados, portanto, o julgamento dos crimes de homicídio, feminicídio, induzimento ao suicídio, infanticídio e aborto (dolosos contra a vida e os conexos), assegurando-se a soberania de suas decisões.

O Tribunal Popular, analisando a mesma prova que fundamenta o inconformismo do recorrente e cotejando com os depoimentos prestados por quem estava no local dos fatos, optou por acolher a tese apresentada pela defesa.

A vertente acolhida foi lastreada na insuficiência do conjunto probatório. Não se pode dizer que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, vez que a análise feita incide justamente sobre a suficiência de tais provas para condenar e não sobre a autoria.

Os jurados, juízes de fato, dotados de presunção de imparcialidade, ao examinar cuidadosamente todos os elementos trazidos tanto pela acusação como pela defesa, inseridos em contexto complexo que é a Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri, entenderam pela absolvição. Valoraram a prova no sentido de que ela não era suficiente para condenar. Contrariar tal decisão, além de invadir competência constitucionalmente atribuída, é manifestação do ímpeto de se operar injustiças.

A fim de corroborar a tese aqui defendida, cita-se o julgamento do Recurso Extraordinário, nº 982.162/SP, cuja argumentação trazida pelo i. Relator, Ministro Gilmar Mendes, revela-se perfeitamente aplicável ao aqui defendido. Veja-se:

“(…) Ao decidir por absolver o recorrente, os jurados apenas decidiram acatar uma das teses, amparada, obviamente, em prova produzida nos autos, de modo que não há se falar em decisão contrária ao conjunto probatório.

A decisão apenas foi contrária à prova produzida pela acusação, tendo os jurados optado pelas provas produzidas pela defesa.

E mais: se as versões da defesa e acusação são antagônicas, o resultado do veredicto não é da alçada do Tribunal, porquanto, mais uma vez, cabe apenas aos jurados decidir sobre qual versão deverão acatar.” (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REExt 982162 SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE: 03/09/2018)

É relevante a advertência de Nucci, para quem “*em muitos casos, o tribunal, ao dar provimento ao apelo, embora não possa invadir o mérito e apenas determine a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri (atuando outro Conselho de Sentença), está, na essência, revendo a decisão e valorando, sob seu ponto de vista, a prova existente. Tal medida é incabível e inconstitucional*”⁹.

O autor sacramenta o entendimento aduzindo que “*em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente*”¹⁰.

Por fim, destaca-se que a tese aqui gizada foi acolhida, recentemente, em 18.10.18, pelo Eminentíssimo Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no Habeas Corpus nº. 462.979 – MG¹¹.

Sugestão de operacionalização

A aplicação desta tese institucional ocorre de forma simples e rápida, no dia da Sessão Plenária do Tribunal do Júri.

É importante consignar que não há ofensa a prerrogativa institucional da independência funcional do Defensor Público, prevista no art. 134, §2º, da Constituição da República, posto que esta tese terá aplicabilidade caso o defensor opte, ao analisar todo o conjunto probatório, em pleitear a absolvição, por falta de provas de autoria.

Deve, então, constar na ata de julgamento que a Defensoria Pública pleiteou a absolvição com fundamento na ‘tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório’.

E durante a sustentação perante o Conselho de Sentença, o defensor público deve evitar a expressão ‘negativa de autoria’, expondo ao Conselho de Sentença que as provas não são suficientes para sustentar um decreto condenatório. Desta ideia central, deve decorrer as demais ideias expostas ao Conselho.

Esta tese defensorial será acolhida ou refutada pelo Conselho de Sentença quando forem votar o 2º Quesito, isto é, quando os jurados são questionados acerca da autoria/participação do fato, nos termos do art. 483, inciso, II, do Código de Processo Penal.

Durante a Sessão Plenária, mas antes da votação, seria prudente que o Defensor Público conversasse com o Juiz-Presidente para que, quando for ler o 2º quesito (autoria) aos Jurados e, na sequência, for explicar a eles, deve o juízo ressaltar que: Caso os senhores entendam que o réu não é o autor ou que não haja prova da autoria, ao votar ‘não’, os jurados acompanham a Defensoria Pública¹².

Uma vez absolvido o assistido, e havendo recurso pela acusação, com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, por ser a decisão manifestamente contrária a prova dos autos, o processo será remetido a Defensoria Pública para apresentação das contrarrazões.

Neste momento, o Defensor Público irá contrarrazoar sustentando que não houve decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Os jurados, tão somente, acataram a linha argumentativa da defesa, qual seja: a insuficiência de provas para sustentar um decreto condenatório. Era ônus do Ministério Público demonstrar ao Conselho de Sentença acima da dúvida razoável a participação do acusado no crime em tela.

Tentou. Não conseguiu.

Os jurados, dentro do seu Espaço de Soberania, ao valorar o que lhes foi trazido tanto pela acusação quanto pela defesa, resolveram seguir o entendimento desta última. O réu foi absolvido e agora, por inconformismo, tenta-se tolher a soberania constitucional do Júri.

Sublinhar nas contrarrazões que a insuficiência probatória foi acolhida pelos jurados, posto que não reconheceram a autoria. E, neste caso, não reconhecendo a autoria, não pode o Tribunal adentrar no campo específico de valoração da prova, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXVIII, 'c', da Constituição Federal.

Importante, ainda, pré-questionar a matéria, no sentido de que o acolhimento do apelo ministerial, ofenderá e negará vigência ao art. 5º, inciso XXXVIII, 'c', da Constituição Federal e o art. 472 do Código de Processo Penal, que permite aos jurados examinar a causa e proferir a decisão de acordo com vossa consciência.

Do julgamento do recurso de acusação pelo Tribunal de Justiça, em caso de conhecimento e provimento, o Defensor Público atuante em 2º grau, respeitada sua independência funcional, poderá manejar Recurso Especial e/ou Extraordinário as Cortes Superiores, sustentando a tese das contrarrazões aliado a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Penal¹³ e o art. 5º, inciso XXXVII, 'c', da Constituição Federal¹⁴.

Por fim, quando do retorno dos autos a 1ª instância, caso não haja sido tomada nenhuma medida judicial junto as Cortes Superiores (STJ/STF), é possível o Defensor Público atuante no processo manejar Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

TESE 06

Súmula

A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo penal dá ao réu o direito de detração do tempo de cumprimento dessas medidas, independente de qual seja a pena aplicada. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Podemos dividir as medidas cautelares aplicáveis no processo penal em dois grandes grupos: as cautelares reais e as pessoais. Enquanto as cautelares reais visam resguardar um possível ressarcimento econômico à vítima e por isso incidem no patrimônio do acusado, as medidas cautelares pessoais visam restringir, de alguma forma, a liberdade do réu, incidindo, assim, diretamente sob o seu corpo. Ainda no tocante às medidas cautelares pessoais, elas se dividem, novamente, em dois grupos: as prisões e as cautelares diversas da prisão. As prisões, que podem ser em flagrante, temporária ou preventiva, aplicam limitação total à liberdade de ir e vir do acusado, sendo verdadeiramente a aplicação antecipada do objetivo final do processo penal. Por outro lado, as medidas cautelares diversas da prisão realizam restrição parcial da liberdade de ir e vir do réu, e estão listadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. É livre de dúvidas que as prisões, quando decretadas no curso do processo penal (aqui entendido desde o procedimento inquisitorial, até o processo propriamente dito) dão ao acusado o direito de ver o tempo que cumpriram de prisão provisória detraído do tempo total da condenação. Esse direito é previsto no artigo 42 do Código Penal. A questão aqui colocada fica em torno da aplicação do instituto da detração quando o réu é submetido a medidas cautelares diversas da prisão no curso do seu processo criminal. Ora, primeiramente, é certo que as medidas cautelares diversas da prisão representam efetivamente restrição na liberdade de ir e vir do acusado. Pode não ser uma restrição total, como na prisão, mas é uma forma de restrição que varia conforme a medida, podendo até se equiparar à prisão, por exemplo, nos casos de monitoração eletrônica. A detração é um instituto que visa trazer uma compensação ao acusado. Isso porque, considerando que o mesmo é presumidamente inocente até o trânsito em julgado do processo criminal (artigo 5º, LVII da Constituição Federal), ninguém poderia então receber qualquer sanção corporal até esse momento. Porém, lhe sendo aplicado uma restrição na sua liberdade, certamente todo o tempo que fora submetido à restrição deverá ser compensado da decisão final. Nesse diapasão, independe a carga da restrição da liberdade. Sendo uma restrição total (prisão) ou parcial (medidas cautelares diversas da prisão) é certo que houve uma restrição, mesmo em contrário à presunção de inocência, e por isso deverá haver a compensação, chamada de detração pela lei penal. Vale lembrar que as medidas cautelares diversas da prisão são, em muitas vezes, as mesmas restrições impostas na pena privativa de liberdade. O recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, por exemplo, é equiparado ao recolhimento domiciliar do regime aberto (artigo 117 da Lei de Execuções Penais), bem como é semelhante ao próprio regime aberto utilizado na prática, quando não há casa do albergado. Ainda a título de exemplo, outras medidas cautelares, como a proibição de ausentar-se da comarca e o comparecimento em juízo, são igualmente condições do regime aberto, conforme artigo 115, incisos III e IV, respectivamente, da Lei de Execuções Penais. Assim, livre de dúvidas do caráter limitador da liberdade, presente também nas medidas cautelares penais diversas da prisão. É a incidência cautelar de uma limitação corporal que torna imperioso a posterior detração. Vale dizer que a detração da pena imposta com o tempo cumprido de medida cautelar pessoal independe de qual a pena e regime imposto na sentença condenatória. O direito à detração decorre da compensação com o fato de ter sido imposto ao réu medidas restritivas à sua liberdade no curso de um processo, sendo indiferente se a medida foi mais ou menos rigorosa que a sanção final. Dois fundamentos sustentam essa afirmação:

primeiramente, não é possível dizer, a priori, qual será o resultado final. Logo, não pode o acusado ser submetido a um juízo de sorte, no sentido de que, se “conseguir” uma pena mais branda terá direito a detração, caso contrário, não terá. Ora, a compensação feita através da detração é de restrição da liberdade provisória com restrição da liberdade após o trânsito em julgado. A forma como ocorrerá essa restrição (qual regime aplicável, se haverá substituição da pena, quais as condições a serem cumpridas, etc) é juízo a ser feito de acordo com a individualização da pena, mas de toda sorte configura uma sanção corporal que age diretamente na liberdade da pessoa. É importante lembrar que a pena final sequer será estante, sendo submetida a diversas mudanças no curso da execução. Em segundo lugar, podemos nos valer da analogia. É indiscutível que o tempo de prisão preventiva (assemelhada ao regime fechado) será detraído da pena total, mesmo que o regime inicial seja aberto ou ocorra a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Logo, o fato de se tratarem de restrições com cargas distintas não impede que a detração se opere. E nem se diga que isso ocorre só porque a carga da restrição de liberdade provisória foi maior do que àquela aplicada ao final do processo. Ora, a própria lei penal admite a detração ainda quando ocorre o contrário, ou seja, a restrição provisória tem menor intensidade que a final: são os casos de tratamento ambulatorial aplicado no curso do processo que detrai-se o tempo da internação aplicada (regra expressa no final do artigo 42 do Código Penal); e o caso em que se cumpre pena restritiva de direito é detraído do total de pena privativa de liberdade em caso de se substituir a primeira pela segunda (artigo 44, §4º do mesmo diploma legislativo). Assim, não agiu com acerto o Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento (07/03/2017) do HC 380370/DF, de relatoria do Min. Felix Fischer, quando entendeu a detração do tempo cumprido de medida cautelar diversa da prisão só ocorreria se fosse demonstrada a equivalência material entre a medida cautelar e a sanção aplicada ao final do processo. Em resumo, a detração a que se alude na presente tese decorre do simples fato de se compensar a restrição de liberdade cumprida no curso do processo com aquela aplicada ao final dele. As prisões, assim como as demais medidas cautelares pessoais, todas atuam na liberdade corporal do indivíduo e, por isso, possuem correlação entre si para justificar o abatimento.

Fundamentação Fática

Para além do aspecto formal já apresentado, a justificativa para a presente tese possui parâmetros práticos. É inegável que a prática atual tem transformado a pena privativa de liberdade em regime aberto em uma espécie de prisão domiciliar. Isso só fez realçar o caráter limitador das medidas cautelares, já que o recolhimento domiciliar é expressamente uma medida cautelar diversa da prisão. Ademais tem crescido a utilização do monitoramento eletrônico como substitutivo na execução penal ao recolhimento carcerário, demonstrando, mais uma vez, que as medidas cautelares diversas da prisão pertencem ao mesmo gênero que as prisões. Aliado a tudo isso, vê-se com grande frequência a utilização desenfreada das medidas cautelares diversas da prisão. Na prática, observa-se que, ao analisar um flagrante, o juiz inevitavelmente decreta a prisão preventiva ou aplica medidas cautelares diversas da prisão. Raros são os casos em que se verifica a soltura do flagranteado sem qualquer limitação a ser aplicada. Isso ocorre porque se utiliza as medidas cautelares diversas da prisão como se fosse um “benefício” e não representasse qualquer prejuízo ao acusado, ao argumento de que “é melhor isso do que ficar preso”. Ao mesmo tempo, os processos em que a pessoa responde em “liberdade”, somente com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, não possuem qualquer prioridade de tramitação, estando na mesma vala que os processos em que o réu não tem qualquer medida cautelar contra si. Assim, esses processos demoram anos para findarem, e o acusado fica, todo esse tempo, submetido aquelas restrições na sua liberdade. Assim, essa tese apresentada, além de representar a observância de um direito formal dos acusados, significa também aplicar a chamada 'análise crítica da aplicação de medidas cautelares', reclamando que: a) tais medidas sejam aplicadas somente quando realmente necessárias e não como mera contraposição à prisão preventiva;

b) haja maior agilidade nos processos penais em que o réu esteja submetido a alguma medida cautelar.

Sugestão de Operacionalização

A fim de operacionalizar a presente teoria, há a atuação em dois momentos: no processo criminal e na execução penal. Aos Defensores que atuam no processo penal de conhecimento, quando depararem com o caso de um réu que teve aplicada contra si medidas cautelares diversas da prisão e fora condenado, deve requerer ao juízo sentenciante a detração do tempo de cumprimento das cautelares. Entende-se que o melhor momento para tal pleito seria através da embargos de declaração após a sentença condenatória, obviamente, no caso de não ter sido já realizada a devida detração. Também, para fins de minimizar os casos em que se passa despercebido, bem como naqueles casos em que o juiz possui o entendimento de não realizar nenhuma detração, deixando para essa ocorrer no juízo executório, caberá o aludido requerimento de detração ser formulado pelos Defensores Públicos que atuam na execução penal. Assim, o melhor momento no processo de execução penal para verificar e requerer a detração seria quando do recebimento da guia de execuções penais. Ao ser intimado sobre a guia que instaura o processo ou apresenta nova condenação para fins de unificação/soma das penas, o Defensor poderá observar se houve cumprimento de medida cautelar diversa da prisão e se o respectivo período foi detraído, fazendo o pedido quando necessário. Aqui, duas observações se fazem importante: primeiramente, é sabido que essa informação dificilmente é acompanhada, já que não consta na guia de execução e tampouco é documento normalmente apresentado. Assim, um primeiro passo seria o Defensor requerer que seja o juízo condenatório oficiado para que apresente essa informação. Um segundo ponto seria passar a incluir essa informação já nas guias, facilitando o trabalho. Para isso, importante uma atuação estratégica junto ao CNJ, para fins de alteração de resolução nº 113 (a qual estabelece informações obrigatórios a serem incluídas na guia de execução). Para tanto sugere-se um pedido naquele órgão. O ideal seria que referido pedido fosse formulado por um Núcleo de Execução Penal. Na ausência, caberia ao Núcleo de Direitos Humanos o pleito, pela atribuição subsidiária, na forma do artigo 40, §3º da Lei Complementar 136/2011 – PR.

TESE 07

Súmula

A Lei 10.216/2001 derogou as disposições relativas à medida de segurança previstas na legislação penal, processual penal e da execução penal, sendo respeitadas as balizas de aplicação da pena para o imputável na aplicação da medida de segurança. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

A Lei 10.216/2001 trouxe importantes inovações no que concerne ao tratamento da pessoa acometida de transtorno mental. A partir dessa Lei se torna política de Estado a aplicação alternativa ao sistema manicomial, com a substituição da institucionalização por instrumentos abertos de tratamento, priorizando-se o tratamento junto à comunidade e à família. Assim o faz por meio do artigo 4º: 'Art. 4o A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.' Tal lei, explicitamente, tem aplicação a todas aquelas pessoas diagnosticadas com algum tipo de transtorno mental, incluindo aqueles que tenham algum envolvimento com o sistema de

justiça criminal. O artigo 6º da referida norma estabelece os tipos de internação psiquiátrica, referindo-se expressamente ao caso da internação compulsória que é aquela determinada pela Justiça. Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. Diante desse artigo fica cristalino que a referida Lei deve ser aplicada a todas as situações relativas ao grupo de pessoas acometidas de transtorno mental, sendo certo que a sistemática da lei que prioriza a desinstitutionalização deve ser aplicada aos casos de envolvimento com a Justiça Criminal, ficando claro que os artigos da Lei Penal, Processual Penal e de Execução Penal por serem anteriores e incompatíveis com os princípios que norteiam o Marco Antimanicomial não podem ser aplicados. O artigo 2º, §1º do Lei Decreto-lei 4.657/1942, com as alterações da Lei 12.376/2010, determina que 'A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior'. Desta forma, f O Código Penal, ao prever prioritariamente a aplicação da internação nos casos de absolvição imprópria, deixa claro que o legislador priorizava o caráter punitivo da medida de segurança e não o efetivo tratamento daquela pessoa acometida de transtorno mental. Fica claro, portanto, que a Lei 10.216/2001 alterou substancialmente a forma de se pensar a aplicação da absolvição imprópria, pois deve prevalecer o tratamento e o interesse exclusivo em beneficiar a saúde da pessoa. É nesse sentido as disposições do artigo 2º da referida Lei: Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; (...) VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. (grifos nossos) Assim, fica claro que a prioridade absoluta nestes casos deve ser tratamento de forma menos invasiva possível, mantendo-se a pessoa integrada na família e na sociedade. Sendo certo que os cuidados com indivíduo portador de transtorno mental passa a ser o objetivo principal, ainda que tenha algum envolvimento com a Justiça Criminal. A proteção da sociedade e a aplicação da sanção como medida de vingança social deixa de ter primazia. Com relação ao prazo da medida (internação ou tratamento ambulatorial) aplicável na sentença criminal deverá ocorrer enquanto houver necessidade do tratamento, limitando-se, sempre ao quantum da pena aplicada ao caso. Considerando-se que a aplicação compulsória do tratamento de saúde mental não deixa de ser invasão da liberdade da pessoa, essa não poderá ocorrer por tempo superior ao que a pessoa, se imputável fosse, responderia, tendo em vista que seria desproporcional e irrazoável que a pessoa em situação de maior vulnerabilidade respondesse de forma mais gravosa. Desta forma, deve o juiz, antes de aplicar a medida de segurança, realizar a dosimetria da pena a fim de verificar se há a extinção da punibilidade pela prescrição e para que possa traçar um valor máximo para aplicação da medida de segurança. Em assim sendo, o tempo máximo da medida de segurança seria o tempo da pena aplicada, não havendo um prazo mínimo, tendo em vista que a medida de segurança deve cessar assim que houver laudo médico indicando nesse sentido. Diante disso, o §1º do artigo 97 do Código Penal não pode ser aplicado no que se refere ao tempo de aplicação da medida de segurança indeterminado, pois ele somente pode ser indeterminado quanto ao prazo mínimo, já que a Lei 10.216/2001 estabelece que a pessoa acometida de transtorno mental terá acesso 'ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades', assim, cessada a necessidade de tratamento, deve imediatamente ser extinta a aplicação da medida de segurança. Portanto, não há que se falar em aplicação de prazo mínimo da medida de segurança, pois esta deve cessar assim que não houver necessidade do tratamento, independentemente do tempo. A reanálise da

medida deve ocorrer continuamente pelos profissionais que acompanham o tratamento, sendo que devem comunicar imediatamente ao juízo a desnecessidade da descontinuidade da medida de segurança. A indicação de um prazo mínimo previsto em lei estabelecendo a reanálise da medida contraria, certamente, o disposto no artigo 2º, p.u., VII da Lei 10.216/2001, pois o tratamento deve ser pautado pelos meios menos invasivos possível. Ainda que se considere a aplicação do artigo 176 da LEP que estabelece que o juiz da execução pode reanalisar a medida de segurança a qualquer tempo mediante requerimento do Ministério Público, do interessado ou do seu representante, não se pode considerar adequado, pois quem realiza o acompanhamento do tratamento é que tem o conhecimento técnico para evitar a procrastinação de um tratamento desnecessário. Portanto, assim que cessada a necessidade de tratamento deve o responsável pelo acompanhamento da pessoa comunicar o Juízo para que declare extinto o cumprimento da medida de segurança.

Fundamentação Fática

Não é incomum encontrar no dia-a-dia do Defensor Público que atua na área criminal casos em que há a absolvição imprópria e a aplicação de medida de segurança ao sujeito autor de fatos típicos e antijurídicos. A aplicação da Lei 10.216/2001 no Sistema de Justiça Criminal nem sempre é realizada da forma traz a referida Lei, tendo em vista que não houve expressa revogação dos dispositivos que tratam da internação e do tratamento ambulatorial na legislação penal, processual penal e de execução penal. Ademais, verifica-se que, em geral, o tipo de tratamento e acompanhamento realizado nos locais de internação para pessoas em conflito com a lei são precários e pouco eficientes, sendo que a garantia da aplicação das medidas menos invasivas possíveis já na sentença certamente contribui sobremaneira para que o indivíduo tenha melhores condições e possibilidades de receber um tratamento de acordo com os ditames da Lei Antimanicomial. Assim, é dever do Defensor Público exigir que a Lei 10.216/2001 seja aplicada em toda a sua extensão a fim de garantir que a pessoa hipervulnerável (além de ser acometida com transtorno mental em geral as pessoas atendidas pela Defensoria Pública na área criminal possuem problemas sociais e econômicos) tenha garantida a atenção à sua saúde mental utilizando-se todos os preceitos e inovações trazidas pela Lei Antimanicomial.

Sugestão de Operacionalização

Sugere-se que os Defensores Públicos que se deparem com a possível aplicação da Medida de Segurança ofereçam quesitos para que o médico responsável pelo laudo que subsidiará a decisão judicial explicita a possibilidade de tratamento nos serviços comunitários de saúde mental, bem como para que, caso entenda pela medida de internação, deixe claro os motivos que embasaram a referida decisão. O objetivo é deixar claro para o perito que as normas previstas na Lei 10.216/2001 devem ser respeitadas e seguidas na realização do referido laudo. Nas alegações finais devem ser debatidas as questões apresentadas no presente texto a fim de que o Juízo seja instado a se manifestar sobre todos os pontos, deixando claro que a Lei 10.216/2001 deve nortear a sua decisão. O Laudo médico que ateste a necessidade de internação sem a devida fundamentação deve ser questionada, se possível, com auxílio de parecer da equipe do Centro de Atendimento Multidisciplinar, a fim de demonstrar ao Magistrado que o referido documento não está de acordo com a Legislação, sendo que na dúvida deve sempre ser aplicada a medida menos invasiva possível. Por fim, caso a sentença aplique a Medida de Segurança em desacordo com a legislação de regência da matéria deve ser questionado por meio do Recurso de Apelação e, na manutenção da decisão em segundo grau, deve ser manejado Recurso Especial a fim de que os dispositivos previstos na Lei 10.216/2001 sejam aplicados devidamente.

TESE 11

Súmula

É direito da defesa, nos termos do art. 8.2.f da CADH, inquirir testemunhas, independentemente de não terem sido arroladas por ocasião da apresentação da defesa. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Fática e Jurídica

O Sistema Processual Penal brasileiro prevê que o momento adequado para a Defesa Técnica especificar as provas que pretende ver produzidas durante a instrução processual é a Resposta à Acusação (ou Defesa Preliminar – a depender do rito adotado). Entretanto, especialmente no caso de réus soltos assistidos pela Defensoria Pública, é normal que o primeiro contato entre o acusado e o defensor ocorra após escoado o prazo para apresentação da Resposta à Acusação. Muitas vezes tal contato se dá momentos antes da audiência. Note-se que não se trata de desídia por parte da defesa técnica, mas sim de peculiaridade da forma de atuação da Defensoria Pública no Processo Criminal, já que esta é intimada a atuar sempre que o réu não apresenta defesa por meio de advogado constituído. Não são incomuns situações em que o réu, após a apresentação da Resposta procura a Defensoria Pública, informando que possui testemunhas do fato, ou mesmo que, espontaneamente, compareça em juízo, no dia da audiência acompanhado de pessoas que dizem ter presenciado os fatos e podem corroborar a versão defensiva. Visando garantir a ampla defesa a esses acusados, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.2, alínea f, estabelece o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes em Juízo. Nestes termos: Artigo 8. Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; Tal garantia deve ser entendida em sua forma mais ampla, não se restringindo ao direito de ouvir as testemunhas previamente arroladas, mas também aquelas que tenham comparecido em Juízo, independentemente de intimação, para prestar esclarecimentos acerca dos fatos. Quanto ao aparente confronto entre o disposto na CADH e os ditames do CPP, é importante ressaltar que hoje é pacífico no âmbito do STF o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados com o quórum qualificado do art. 5º, §3º da CF, foram recepcionados com status de norma supralegal, derogando a legislação ordinária que com eles confronte (cf. RE 466.343).

Sugestão de Operacionalização

O Defensor pode esclarecer na Resposta que não teve contato prévio com o réu para que este indicasse testemunhas e requerer que conste do mandado de intimação a possibilidade de serem ouvidas as testemunhas de defesa que comparecerem espontaneamente ao ato.

Defensoria Pública do Estado de Goiás

TESE 01

Súmula

Versa a tese sobre a possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional do processo, do art. 89, da Lei nº 9.099/95, aos acusados pelo crime do art. 155, §4º, do Código Penal (furto qualificado), desde que aplicável ao caso o 'privilégio' do art. 155, §2º, do Código Penal, e presentes os demais requisitos legais, muito embora o crime de furto qualificado, por si só, não admita o sursis processual, já que possui pena mínima superior a 1 ano.

Fundamentação Jurídica

Acerca da possibilidade de reconhecimento do 'privilégio' do art. 155, §2º, do Código Penal, ao furto qualificado, do art. 155, §4º, do Código Penal, pacificada se encontra qualquer controvérsia, tendo em vista a edição da Súmula nº 511, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "É possível o reconhecimento do privilégio previsto no §2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva".

Antes de mais nada, convém ressaltar o posicionamento de que é redundante a referida súmula no ponto em que estabelece a necessidade de que a qualificadora do furto seja de ordem objetiva para a configuração da espécie qualificada-privilegiada, mormente porque todas o são, já que dizem respeito apenas aos meios e modos de execução do delito (e nunca ao motivo, finalidade, estado anímico ou relação de parentesco).

De todo modo, se aplicável ao caso o 'privilégio' do art. 155, §2º, do Código Penal (possível quando primário o agente e de pequeno valor a coisa furtada – a saber, aquela que não ultrapassa o valor do salário-mínimo vigente ao tempo da conduta, conforme decidido pelo TJ/GO na apelação criminal de autos nº 201190101343, julgada em 16/11/2017), tem-se que, nos termos do citado dispositivo legal, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa".

Ora, partindo-se do preceito secundário do crime de furto qualificado, do art. 155, §4º, do Código Penal (a saber, "reclusão de dois a oito anos, e multa"), deve-se reconhecer que tanto a possibilidade de redução da pena em 2/3 (dois terços) – alcançando o piso de 8 meses – quanto a possibilidade de aplicação exclusiva da pena de multa trazem a pena mínima do delito de furto qualificado privilegiado para alguém do patamar de 1 ano estabelecido pelo art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Assim, desde que presentes todos os demais requisitos previstos no art. 89, da Lei nº 9.099/95, possível a suspensão condicional do processo no crime de furto qualificado-privilegiado, do art. 155, §4º, c.c. §2º, do Código Penal, vez que sua pena mínima, em abstrato, é inferior (8 meses) e/ou mais branda (pena exclusiva de multa) do que o estabelecido patamar de 1 ano de pena mínima privativa de liberdade cominada.

Fundamentação Fática

A tese encontra aplicação na hipótese de o acusado ser primário, responder apenas a um único processo por furto qualificado de coisa cujo valor não ultrapasse o salário-mínimo

vigente ao tempo da conduta, e se apresentarem favoráveis ou neutras as demais circunstâncias previstas no art. 77, do Código Penal (invocado pelo art. 89, da Lei nº 9.099/95).

Sugestão de Operacionalização

Vislumbrando a ocorrência de furto qualificado-privilegiado (Súmula nº 511, do Superior Tribunal de Justiça), bem como a presença dos requisitos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, poderá o membro da Defensoria Pública pleitear a designação de audiência para a proposta de suspensão condicional do processo, seja em sede de resposta à acusação (ao deparar-se com denúncia ministerial pelo crime do art. 155, §4º, c.c. §2º, do Código Penal), seja em sede de alegações finais ou razões de apelação (ao pleitear o reconhecimento do 'privilégio' do art. 155, §2º, do Código Penal, ao furto qualificado, do art. 155, §4º, do Código Penal) – neste caso atentando-se ao disposto no art. 383, §1º, do Código de Processo Penal, bem como à Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça.

TESE 02

Súmula

Versa a tese sobre o momento consumativo dos crimes de furto e roubo, esclarecendo a expressão 'inversão da posse' prevista na Súmula nº 582, do Superior Tribunal de Justiça (teoria da amotio ou apprehensio), através de interpretação sistemática da norma penal com os conceitos trazidos pelo Direito Civil.

Fundamentação Jurídica

Não se olvida do fato de que a jurisprudência pátria vem adotando, no que tange à consumação dos delitos de furto e roubo, a teoria da amotio ou apprehensio, pela qual basta a inversão da posse do bem da vítima, passando este ao poder do autor.

Nesse sentido a Súmula nº 582, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.

Contudo, a fim de se esclarecer a expressão 'inversão da posse', necessário que se busque interpretação sistemática da norma penal com os conceitos trazidos pelo Direito Civil.

Com efeito, em seu art. 1.196, assim dispõe o Código Civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

A seu turno, o art. 1.228, do referido diploma legal, esclarece quais são os mencionados poderes inerentes à propriedade: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Note-se, ademais, que não há que se falar em inversão da posse enquanto não cessada a violência ou clandestinidade da conduta, conforme a literalidade do art. 1.208, do Código Civil.

Assim, conclui-se que a consumação dos crimes de furto e roubo (que exige 'inversão da posse', conforme Súmula nº 582, STJ) somente ocorre se, após cessada a violência ou clandestinidade da conduta (art. 1.208, CC), for possível ao autor do fato usar, gozar ou dispor dos bens almejados (art. 1.228, CC), ou seja, exercer sobre eles algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196, CC).

Entendimento contrário debandaria para a teoria da *contractatio*, não adotada no Brasil, pela qual a subtração estaria consumada com o mero arrebatamento dos bens pelo autor do fato (e não com a necessária inversão da posse) – interpretação essa que não merece prosperar.

Fundamentação Fática

A tese encontra aplicação em todos os controversos casos de delimitação do momento consumativo dos crimes de furto e roubo, funcionando como critério interpretativo à luz dos conceitos trazidos pelo Direito Civil.

Se, quando da interrupção do iter criminis por circunstâncias alheias à vontade do agente, ainda não tenha cessado a violência ou clandestinidade da conduta, ou o autor do fato ainda não tenha tido a possibilidade de usar, gozar ou dispor dos bens almejados, possível a invocação da tese para se pleitear em Juízo a desclassificação dos fatos narrados na denúncia para a modalidade tentada (por ausência de verdadeira 'inversão da posse'), seja no delito de furto, seja no delito de roubo.

Oferece-se, pois, novo campo para o acirrado debate entre acusação e defesa, deslocando-se o objeto de discussão da antiga celeuma acerca da ocorrência (ou não) de posse mansa, pacífica e desvigiada (superada pela Súmula nº 582, STJ) para a verificação (ou não) de verdadeira inversão da posse no caso concreto.

Sugestão de Operacionalização

Deparando-se com caso concreto em que vislumbre controvérsia acerca do momento consumativo dos crimes de furto ou roubo, poderá o Defensor Público – evitando a já superada discussão acerca da ocorrência (ou não) de posse mansa, pacífica e desvigiada – pleitear o reconhecimento da modalidade tentada, do art. 14, inciso II, do Código Penal, através da demonstração de que não houve verdadeira 'inversão da posse' dos bens almejados, ou seja, de que não houve a possibilidade de o autor do fato usar, gozar ou dispor dos bens, após cessada a violência ou clandestinidade de sua conduta – interpretando sistematicamente a expressão 'inversão da posse' com os conceitos trazidos pelo Direito Civil.

TESE 03

Súmula

Versa a tese sobre a ausência de potencialidade lesiva ao bem jurídico fé pública no crime de falsa identidade (com conseqüente absolvição por atipicidade material da conduta) na

hipótese de autoatribuição de falsa identidade pelo não civilmente identificado, em abordagem policial, investigação criminal, prisão em flagrante, etc., seguida de correta identificação através de procedimento de identificação criminal.

Fundamentação Jurídica

Em que pese nos crimes formais (como é o caso do delito de falsa identidade, do art. 307, do Código Penal) não se exija, para a consumação, a produção do resultado naturalístico, certo é que este não se confunde com o denominado resultado jurídico, a saber, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, que se apresenta imprescindível à configuração da tipicidade material de qualquer infração penal – sob pena, inclusive, de violação ao princípio constitucional penal implícito da ofensividade, pelo qual não há crime sem dano, ou ao menos perigo concreto de dano, ao bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, caso não seja ao menos virtualmente possível a produção do resultado jurídico (potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma), não há que se falar em tipicidade material do delito (não constituindo o fato infração penal), apresentando-se imperiosa a absolvição do acusado nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Tal raciocínio aplica-se ao delito de falsa identidade, do art. 307, do Código Penal, nas hipóteses em que, quando da abordagem policial, investigação criminal, prisão em flagrante, etc., informa a pessoa não civilmente identificada nome falso a fim de obter vantagem, sendo, porém, de plano corretamente identificada através de procedimento de identificação criminal.

Isso porque, ausentes documentos que permitam sua identificação civil, é a pessoa, nas hipóteses acima, invariavelmente submetida a procedimento de identificação criminal (datiloscópica e/ ou fotográfica), tudo nos termos da Lei nº 12.037/09.

Assim, ausentes outros elementos aptos a iludir os agentes públicos (e levando-se em conta, inclusive, todo o aparato policial, ministerial e judicial), absolutamente inócua a tentativa de lesão ao bem jurídico fé pública pela mera autoatribuição de falsa identidade seguida de correta identificação, mormente porque a própria lei despreza a identidade autodeclarada pelo investigado não civilmente identificado, impondo-lhe a identificação criminal a fim de que se apure sua verdadeira identidade.

Ora, se a própria lei desconsidera a identidade informada pela pessoa não civilmente identificada (que se submete a procedimento de identificação criminal), não merece prosperar interpretação pela qual estaria configurado o delito do art. 307, do Código Penal, pela mera autoatribuição de nome diverso em tal mesmíssima hipótese.

Em outras palavras: a lei não confere fé pública à autodeclaração de identidade do não civilmente identificado, tanto que o submete à identificação criminal. Assim, não há que se cogitar de lesão ao bem jurídico fé pública pela autoatribuição de falsa identidade em tal situação, tornando-se de rigor o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Fundamentação Fática

A tese encontra aplicação na hipótese de o acusado não civilmente identificado ter autoatribuído a si falsa identidade quando da abordagem policial, investigação criminal, prisão em flagrante, etc., sendo de plano submetido a procedimento de identificação criminal, constatando-se então sua verdadeira identidade.

Sugestão de Operacionalização

Vislumbrando caso concreto em que o acusado não civilmente identificado tenha, quando da abordagem policial, investigação criminal, prisão em flagrante, etc., autoatribuído a si falsa identidade, sendo de plano corretamente identificado através de procedimento de identificação criminal, poderá o membro da Defensoria Pública pleitear, seja em sede de alegações finais, seja em sede de razões de apelação, a absolvição de seu assistido por atipicidade material de sua conduta, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal – ou até mesmo a absolvição sumária em sede de resposta à acusação, nos termos do art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

TESE 04

Súmula

Criminal. Direito Penal. Parte Geral. Regime Inicial de Cumprimento de Pena. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Individualização da Pena.

Fundamentação Jurídica

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, não é raro se decidir por um mais gravoso do que a pena recomenda, apenas pelo fato de o investigado ser reincidente, mesmo que a pena seja insignificante.

No que diz respeito ao regime inicial semiaberto fixado pelo Estado/Juiz, não obstante a pena possa ficar bem abaixo de 04 anos, não podemos olvidar do posicionamento sumulado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Súmula 719 – A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea.”.

Nessa toada, considerando a pena fixada geralmente muito inferior ao máximo recomendado pelo regime, há que se questionar qual a proporcionalidade de uma decisão que fixa regime mais gravoso não obstante a quantidade da pena aplicada justificasse o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal: “Art.33, §2º, c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”.

A pura e simples verificação da reincidência não pode inviabilizar a aplicação do regime aberto, conforme verificado no julgado abaixo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n.º 700134570031:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA DO ARROMBAMENTO NÃO CONFIGURADA. PENA-BASE. PEDIDO DE EXASPERAÇÃO. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU REINCIDENTE. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. CASO EXCEPCIONAL, EM QUE A PENA APLICADA NÃO JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. Apelo desprovido.

(Apelação Crime Nº 70013457031, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 04/05/2006) grifado

A reincidência, por si só, não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal no que diz respeito a fixação do regime de cumprimento de pena. Conforme já foi dito, é completamente desproporcional que, somente devido à agravante da reincidência, o recorrente inicie a condenação em regime consideravelmente mais gravoso. A proporcionalidade e a individualização da pena devem ser observadas.

Até porque, sofreriam os acusados um triplo agravamento. Um, reconhecendo a reincidência para negar benefícios processuais. Dois, a considerando para agravar a pena. Três, impondo regime inicial mais gravoso do que a pena permite.

Ademais, o próprio Código Penal, em seu artigo 44, §3º, fornece a possibilidade ao reincidente de ter sua pena convertida em restritiva de direito: Art.44, § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Destarte, a migração para o regime intermediário, a depender do caso, pode ferir o princípio da proporcionalidade, consistente em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os três têm como base as finalidades da pena, e não o contrário. Além do princípio da individualização da pena, contido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que assegura ter de se avaliar concretamente o indivíduo e o delito a ele imputado para se lhe garantir a pena mais adequada.

Portanto, sendo as circunstâncias judiciais plenamente favoráveis, fixando-se a pena-base no mínimo, e permanecendo a pena no patamar igual ou abaixo de quatro anos, é possível a fixação do regime aberto, mesmo se tratando de acusado reincidente.

Fundamentação Fática

Invariavelmente nos deparamos com assistidos reincidentes, que têm a pena fixada bem abaixo de quatro anos (muitas vezes, poucos meses de reclusão), e, apenas pelo fato da reincidência, mesmo com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e/ou neutras, não se lhes é dado o direito de cumpri-las no regime aberto.

Ocorre que muitas vezes uma pena de três ou quatro meses, por exemplo, acarreta um período de 15 (quinze) ou 20 (vinte) dias no regime semiaberto antes da respectiva progressão, o que, além de ser desproporcional, é sem sentido, e só serve para causar um enorme dano ao assistido.

Ainda, frequentemente tal pena é aplicada a um crime cometido sem violência ou grave ameaça, como um furto tentado; sendo assim, se tal pena pode inclusive ser convertida em restritiva de direito, pois autorizado nos termos do artigo 44, §3º, do Código Penal, com mais razão deve poder também ser lhe atribuído o regime aberto (e não o semiaberto).

É necessária, assim, uma leitura constitucional do artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, com base nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Por fim, a título de homenagem e reverência, vale ressaltar que a presente tese foi inspirada na tese institucional nº 82 da Defensoria Pública de São Paulo, de autoria do defensor Bruno Haddad Galvão.

Desse modo, é de fundamental importância o trato do tema no 1º Encontro dos Defensores Públicos do Estado de Goiás.

Sugestão de Operacionalização

A operacionalização pode ocorrer nas alegações finais, seja na forma oral ou escrita (memoriais), bem como ser utilizado na apelação, mesmo sendo esse o único fundamento desta.

Este Defensor, inclusive, já realizou mais de uma apelação nesse mesmo sentido, mesmo sendo essa a única tese, vez que as penas haviam sido fixadas em poucos meses de reclusão, sendo determinado como regime inicial de cumprimento o semiaberto.

TESE 05

Súmula

Direito Penal. Dosimetria da pena. Circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Fundamentação Jurídica

A valoração negativa, pela autoridade judiciária, durante a dosimetria da pena, em razão de ser o agente usuário de substâncias entorpecentes, viola a política sobre drogas instituída pela Lei n. 11.343/06 que aduz:

“Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.”

E ainda:

“Art. 3º. O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 4º. São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: [...]

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos

comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

Desse modo, verifica-se que a referida lei busca a não estigmatização do usuário de drogas, visando, pelo contrário, à sua reinserção social.

No que se refere à conduta social, segundo a melhor doutrina, trata-se de circunstância que pode ser conceituada como “o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução.

Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena maior à mínima, por exemplo” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017).

Ainda sobre a conduta social, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás vem assim decidindo: ROUBO MAJORADO. PROVA. O reconhecimento fotográfico pode ser valorado em conjunto com outros elementos probatórios, que o reforcem, para o fim de convencimento quanto ao fato criminoso. DOSIMETRIA DA PENA. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao juiz aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. CULPABILIDADE. A existência de imputabilidade, de consciência da ilicitude e de exigibilidade de conduta diversa não é argumento idôneo a justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. Isso porque tais elementos dizem respeito à culpabilidade em sentido estrito – parte integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida –, e não à culpabilidade em sentido lato, assim entendida como a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada. ANTECEDENTES. Não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. CONDUTA SOCIAL. Afirmativa de que seria usuário de drogas, por si só, não se revela suficiente para valorar negativamente a conduta social de maneira a justificar a imposição de pena reclusiva mais severa. MOTIVOS. A obtenção de ganho fácil é inerente ao crime de roubo. CIRCUNSTÂNCIAS. Surpreender a vítima, não desborda dos limites ínsitos à espécie delitiva (roubo). CONSEQUÊNCIAS. Podem ser consideradas desfavoráveis, se o prejuízo causado pelo roubo for excessivo e ficar demonstrado nos autos. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 160048- 31.2014.8.09.0093, Rel. DES. EDISON MIGUEL DA SILVA JUNIOR, 2ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 15/05/2018, DJe 2546 de 16/07/2018)

Diante disso, verifica-se que valorar negativamente a conduta social unicamente por ser o acusado usuário de substâncias entorpecentes consiste em medida que extrapola o limite da discricionariedade conferido à autoridade julgadora.

Trata-se de hipótese de verdadeira penalização da doença, medida extremamente seletiva e que torna a recuperação do usuário algo praticamente intangível.

Vale dizer, ademais, que o aumento da pena em razão de referida circunstância viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), sendo certo que o ser humano possui o direito de se autodeterminar como bem quiser, ainda que para os parâmetros morais de terceiros, a conduta seja reprovável.

A medida combatida é tão ilógica que nem mesmo o legislador determinou a aplicação de pena privativa de liberdade em razão da prática do delito previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Assim, a fixação de uma sanção maior simplesmente porque o agente faz uso de substâncias entorpecentes consiste em desvirtuar o próprio teor do previsto no artigo 28 da Lei de Drogas e inserir na conduta social do artigo 59 do Código Penal a fixação de pena privativa de liberdade já abolida pela lei penal incriminadora.

Fundamentação Fática

Ainda hoje é muito comum os juízes, em suas sentenças, aumentarem a pena-base dos assistidos somente porque estes afirmaram em audiência que faziam uso de substâncias entorpecentes na época dos fatos, valorando a conduta social negativamente em razão da dependência de drogas. Além disso, constata-se no dia a dia da atuação criminal que os delitos de natureza patrimonial são de maior incidência e grande parte deles são cometidos justamente por pessoas que sofrem as consequências avassaladoras do uso incontrollável de substâncias entorpecentes, de modo que o aumento das penas em razão de referida circunstância configura verdadeira punição da enfermidade vivenciada pelos assistidos.

Sugestão de Operacionalização

Verificado o aumento da pena-base com fundamento no fato de que o réu é usuário de drogas, é recomendável que o membro apresente o recurso cabível.

EXECUÇÃO CRIMINAL

Defensoria Pública do Estado de São Paulo:

TESE 09

Proponente:

Área: Execução Criminal

II Encontro Estadual – 2008

Súmula

A oitiva que se refere o art. 118, inciso II, §2º, da LEP, deve ser realizada na presença do juiz.

Fundamentação teórica e fática

A lei nº 7210, de 1984 (Lei de Execução Penal), prevê em seu art. 118, inciso II, §2º, que o condenado deverá ser ouvido, previamente, antes de ser regredido a regime mais gravoso, desde que ocorra uma das hipóteses acima expostas.

Assunto que gera notável celeuma jurídica é o que trata da necessidade da defesa técnica, bem como do direito do condenado de autodefender-se, antes de sujeitar-se a regime de penas mais gravoso.

As hipóteses que permitem a oitiva do sentenciado antes de sofrer a sanção imposta são: apuração de falta grave; fato definido como crime doloso; transferência para o regime aberto, havendo frustração dos fins da execução ou não pagamento de multa cumulativamente imposta.

Por ser tema controvertido, há na doutrina pátria divisão acentuada. O §2^a do inciso II, do art. 118 da LEP, estabelece que “**deverá ser ouvido, previamente, o condenado**”, todavia, não expressa como será tal oitiva, de modo que surgiram entendimentos no sentido de que poderia o condenado, em sede administrativa, exercer tal direito.

Argumentam os defensores desta corrente, em síntese, que não se pode burocratizar o procedimento, e ainda, que a oitiva administrativa dos sentenciados respeita os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em que pese a notável argumentação defendida pelos seguidores deste pensamento doutrinário, não se pode, ao interpretar uma norma, restringir um direito. E ainda, havendo dúvida acerca daquilo que dispõe o artigo, dever-se-á, na interpretação, buscar aquilo que beneficia o sentenciado. Trata-se, pois, do princípio do **favor rei**, que deve ser seguido, a todo custo, pois consubstanciado nos ditames da Lei Maior vigente.

Assim, não devemos, ao analisarmos o art. 118, II, § 2^o da Lei 7210/84, concluirmos que a oitiva administrativa do sentenciado atende à pretensão do legislador quando da edição da norma.

É cediço, ainda, que o processo de execução penal possui natureza jurisdicional. Findo o processo penal de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, permanece na execução penal o efetivo exercício da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 2^o da LEP, o processo de execução deverá reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, de modo que se asseguram ao condenado todos os princípios e regras básicas que o acusado possui na fase cognitiva. Dessa forma, vê-se garantido a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito a prova, e todos os demais direitos garantidos pela lei material e processual. [\[1\]](#)

Desta feita, o procedimento administrativo, em nenhuma hipótese, deverá ser comparado ao judicial, aqui incluídos o processo e a execução penal. Tanto é assim que, mesmo quando se conclui administrativamente pela sanção do condenado, pode o magistrado rever tanto sanção imposta, quanto as conseqüências a ela imputadas. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci. [\[2\]](#)

Destarte, deverá o magistrado, no exercício da jurisdição, ou seja, *do poder dever de dizer o direito*, observar o regramento jurídico estabelecido na legislação, que, no caso em tela, é ditado pela Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, dispõe a melhor doutrina: “**impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da Execução, impondo garantias**

processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras” [3].

Dessa forma, inviável imaginar o processo de execução penal distante da atuação do poder judiciário, seja qual for a hipótese.

Tem-se ainda, nos ensinamentos de Julio Fabrinne Mirabete, que:

“A razão da obrigatoriedade da oitiva do condenado nessas hipóteses prende-se à possibilidade de poder o condenado justificar o fato que provocaria a regressão. Quanto à prática de crime doloso, pode ter ocorrido uma discriminante ou dirimente, ter havido a instauração de inquérito policial com abuso de poder, perseguição policial, etc. também pode justificar o condenado a prática de fato definido como falta grave ou demonstrar de plano a improcedência da imputação a ela relativa. O preso albergado também poderá justificar o não pagamento da multa imposta ou apresentar ponderáveis razões que o levaram a frustrar os fins da execução.” [4]

Ora, não se pode negar ao sentenciado o direito de, frente ao juiz, eventualmente justificar-se. Não se deve, outrossim, imaginar que o mesmo direito seria exercido em sede administrativa.

Um dos princípios que regem o processo penal é o da oralidade. Dele deriva o da **imediatez**, ou seja, o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção.

Ademais, privar o condenado de, judicialmente, ser ouvido, fere o princípio da **imediatez**, consagrado no sistema processual brasileiro.

Ora, cabe ao magistrado, pessoalmente, avaliar a verdade dos fatos. Neste sentido, leciona Marco Antonio Marques da Silva, **“deve o julgador dirigir pessoalmente a instrução processual, recolhendo elementos probatórios úteis à decisão, percebendo, sem qualquer intermediário, todo o conjunto trazido aos autos”** (A vinculação do juiz no processo penal, p. 62)

Tal princípio torna-se mais evidente com a recente reforma do Código de Processo Penal, que consagrou o princípio da identidade física do juiz. Dispõe o art. 399, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08:

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (NR)” (grifo nosso)

René Ariel Dotti ressalta que **“o princípio da identidade física, portanto, assenta numa das magnas exigências do processo penal, situando-se em plano superior às condições da ação e muitos outros pressupostos de validade da relação processual”** (Bases e alternativas para o sistema de penas, p. 418)

Ressalte-se que a sanção imposta impõe ao sentenciado situação mais gravosa, que é a regressão de regime de penas. Assim, só a pessoa do juiz, investido de jurisdição, pode avaliar a conduta do condenado.

E pessoalmente, terá o condenado o exercício pleno da ampla defesa, pois, poderá utilizar-se de todos os meios para comprovar sua versão dos fatos. Importante ainda salientar que o art. 118, II, §2º, também consagra o princípio do contraditório na execução penal, de modo que, além do acusado ter o direito de ser ouvido, necessária, também, sua defesa técnica, *“pois, sem a intervenção do defensor, seria uma oitiva meramente formal, já que o sentenciado é leigo.”*^[5]

Tanto é assim que, em Recurso Em *Habeas Corpus* N. 7.463-DF, interposto em face do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, reformou-se a r. sentença de primeiro grau, estabelecendo-se que o acusado deveria ser ouvido, bem com indispensável a defesa técnica.

Isto porque, conforme defendido, frise-se, brilhantemente, pelo douto relator, necessário se faz a oitiva do condenado, pelo órgão jurisdicional, na pessoa do juiz, bem como de seu defensor. Assim, temos:

"A execução da pena recebe, cada vez mais, atenção dos juristas, da Criminologia e dos Direitos Humanos. O Direito Penal vem cumprindo sua missão histórica. Paulatinamente, firmam-se princípios que, a pouco e pouco, reforçam o direito de liberdade: reserva legal, pessoalidade, retroatividade benéfica, individualização da pena, proibição de penas infamantes, responsabilidade subjetiva.

*O Direito Processual Penal segue a mesma direção. Constitucionalmente, com sacrifícios, é verdade, implantam-se regras: contraditório, plenitude de provas, respeito ao título penal executório. A presunção de inocência impede a execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (conquista na jurisprudência, ainda em andamento). Apesar do disposto no artigo 105 da Lei de Execução, verbis: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução". A execução penal, todavia, ainda não conquistou o mesmo patamar daqueles setores dogmáticos. **A Lei n. 7.210/84 afastou definitivamente a concepção meramente administrativa. Registra, sem dúvida, garantia jurisdicional. Está ultrapassado o tempo em que o condenado era tido como objeto, e não sujeito da execução.***

A execução penal competirá ao juiz (art. 65) e o procedimento correspondente às situações previstas na Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

As decisões do juiz estão sujeitas ao "recurso de agravo", sem efeito suspensivo (art. 197).

O dispositivo é lógico. Cada decisão gera direito e obrigação; aquele não pode ser afrontado e as obrigações por seu turno, cumpre serem impostas. Daí o acesso ao recurso, tanto pelo condenado como pelo Ministério Público.

Em sendo constituída a relação jurídica, define-se o complexo de direitos e obrigações contrapostos.

O condenado, durante a execução, conquista direitos, paulatinamente, de que são exemplos: progressão nos regimes, detração e remissão da pena, suspensão condicional da execução da pena, livramento condicional, saídas temporárias, conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. Substituição da pena por medida de segurança.

Uma vez obtido modo mais favorável para o cumprimento da condenação, eventual alteração implica redução, ou perda de direito; por isso, deverá obedecer a regra dos artigos 194 usque 197. Vale dizer, desenvolver-se-á procedimento judicial, iniciado de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa. Dar-se-á o contraditório. Dispõe o artigo 196 que o condenado e o Ministério Público serão ouvidos em três dias, quando não configurarem como requerentes da medida. E mais: em havendo necessidade de prova, far-se-á a instrução. Caso contrário, o juiz decidirá de plano.

A sanção mais grave aplicável ao condenado, sem dúvida, é a regressão, ou seja a passagem de um regime para outro mais rigoroso, como acontece com o aberto para o semi-aberto e este para o fechado. Reclama-se, por isso, o contraditório. O artigo 118 da LEP, próprio da regressão, especifica, nos respectivos incisos, as causas da regressão: I - prática de fato definido como crime doloso, ou falta grave; II - condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime; III - o condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses antes mencionadas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. No caso do inciso I e III, o referido artigo de lei, no § 2º, é categórico: "deverá ser ouvido, previamente, o condenado".

Coloca-se importante interrogação: essa audição é obrigatória, ou facultativa, deixada a critério do Juiz de Direito? Permitida mera manifestação do defensor?

A resposta reclama, antes, a colocação sistemática do instituto. É, sem dúvida, direito de defesa, resposta à imputação. **Em se considerando o contraditório, importante particular não pode ser olvidado. Ao lado da defesa técnica, admissível a defesa pessoal. O condenado, o titular do direito ameaçado, integrante da relação jurídica própria do procedimento, interessado pessoal, não pode ser alijado, não obstante a presunção do defensor. A audição faz-se necessária.** Somente será dispensada se o condenado estiver foragido, ou impossibilitado de fazê-lo.

O comando da Lei de Execução, no particular, não pode ser postergado, ainda que se invoquem dificuldades materiais de deslocamento, ou contato com o magistrado.

Cumpra afastar-se a idéia de solução meramente técnica que leva a simples resultado formal.

Não se pode esquecer que a pena, conforme definição do artigo 59 do Código Penal é estabelecida "conforme seja necessário para reprovação e prevenção do crime".

No momento da execução, evidente, continua a evidenciar esses atributos. O contato pessoal do juiz com o condenado é salutar, indispensável. A defesa técnica visa, em plano de igualdade, responder à acusação técnica. O condenado, o grande protagonista do processo,

precisa ser conhecido do magistrado. O contato pessoal é indispensável no processo moderno. Aliás, o Código de Processo Penal comina sanção de nulidade de deixar-se de interrogar o réu, quando presente (art. 564, III, "e"). Não se trata, evidente, de mera formalidade; busca, sem dúvida, conhecer o acusado. A regra também é válida para a execução penal. É o direito de explicação não afetado pela sentença condenatória".

Neste sentido, dispõe a súmula 343, do STJ: **“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.”**

Leciona Julio Fabbrini Mirabete: **“Em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem a sua prévia audiência.”** (Execução Penal, pág. 493)

Assim, não se olvida que, acertadamente, a melhor doutrina vem se posicionando acerca da necessidade da defesa técnica e da oitiva pessoal do acusado, perante do juiz, nas hipóteses constantes no artigo 118, inciso II, §2º da LEP. Para tanto, não se admite que o acusado seja ouvido em sede administrativa.

Trata-se, pois, da consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que proporcionam ao condenado a oportunidade de valer-se das garantias legais as quais faz jus, retratando-se assim, o Estado Democrático de Direito.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, in verbis:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.” (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere:

Item III – Plano de Metas – atuação na área carcerária.

Referências Bibliográficas:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 944.

[2] ibidem, p. 961.

[3] ibidem, p. 982.

[4] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2007, p.493.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 976.

TESE 10

Proponente: Maria Fernanda dos Santos Maglio

Área: Execução Criminal

II Encontro Estadual – 2008

Súmula

A Lei nº 10.216/01, marco da reforma psiquiátrica no Brasil, derogou a parte geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais no que diz respeito à medida de segurança.

Fundamentação Teórica e Fática:

A Lei nº 10.216/01, fruto de incessante luta do movimento anti-manicomial, trouxe diversas modificações no que tange ao tratamento de pessoas portadoras de sofrimento mental.

Repudiando as instituições totais como alternativa terapêutica, a Lei nº 10.216/01 instituiu um novo olhar sobre a loucura.

Ao contrário de analisá-lo como algo inumano, que transcende o próprio indivíduo, a reforma psiquiátrica passa a conceber o comprometimento mental como algo completamente humano, introduzindo a noção de cidadania à maneira de se lidar com a loucura.

Longe de ser a principal alternativa terapêutica, a internação psiquiátrica passa a ser o derradeiro recurso, buscado tão-somente quando todas as outras alternativas terapêuticas não institucionais se mostrarem ineficazes. Mais que isso, a internação psiquiátrica limita-se aos casos de surto e duram exclusivamente o tempo de permanência do surto.

A prevalência da internação em Hospitais Psiquiátricos dá lugar à internação em Hospitais Gerais, em leitos comuns ou, no máximo, em ala psiquiátrica de Hospitais Gerais.

Não há como negar que todas essas importantes mudanças no campo da saúde mental estendem-se ao instituto da medida de segurança.

Discorre o artigo 1º da Lei nº 10.216/01 que:

Art. 1º. Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção

política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Percebe-se que a lei não faz qualquer ressalva no tocante à aplicação de seus dispositivos, estendendo-os a todo e qualquer indivíduo que padeça de sofrimento mental, sem distinção de qualquer ordem.

Ademais, a bem da verdade nem se precisaria efetivar tal raciocínio para advogar a aplicabilidade da Lei nº 10.216/01 à medida de segurança, é que referido instituto encontra-se claramente previsto na lei comentada. Vejamos.

O parágrafo único do art. 6º elenca, de modo exaustivo, três espécies de internação psiquiátrica: a internação voluntária (a pedido do paciente), a internação involuntária (contra a vontade do paciente) e a internação compulsória (aquela determinada pela Justiça).

Ora, fácil perceber que a medida de segurança nada mais é que uma internação determinada pela Justiça, portanto uma internação compulsória. Também é verdadeiro o contrário, pois por óbvio a lei não confere ao Poder Judiciário uma “carta branca” para decretar internações psiquiátricas. Desta feita, entende-se que a internação compulsória nada mais é (e somente isso) que uma medida de segurança.

Demonstrado inequivocamente que a Lei nº 10.216/01 dispõe sobre a medida de segurança, derogando assim a parte geral do Código Penal e a Lei de Execuções Penais no tocante ao tema, vamos às principais implicações desse novo paradigma legal.

Assim como qualquer outra modalidade de internação, em respeito aos ditames da reforma psiquiátrica, a medida de segurança somente se justifica em casos de surto, estando sua duração atrelada à permanência do surto.

Assim, constatado a inimputabilidade penal do indivíduo autor de crime, o juiz deverá oferecer-lhe o tratamento devido, **de acordo com a indicação médica**. É o médico e não o magistrado quem decidirá a melhor terapêutica a ser destinada ao indivíduo.

Não há mais que se falar em escolha terapêutica de acordo com a espécie de pena conferida ao crime praticado (detenção ou reclusão). A escolha do tratamento leva em conta exclusivamente o indivíduo portador do sofrimento mental, sua moléstia e suas necessidades.

O foco deixa de ser a sociedade, a proteção social, extirpando-se o famigerado conceito de periculosidade. Os olhares se voltam tão-somente para o indivíduo portador do transtorno mental, ele como sujeito de direitos e detentor da dignidade da pessoa humana.

São as necessidades do sujeito portador da moléstia e não a segurança da sociedade que são levadas em consideração no momento da escolha terapêutica.

A internação compulsória (leia-se medida de segurança), como qualquer outra modalidade de internação psiquiátrica, será efetivada em Hospital Geral, de acordo como os paradigmas do SUS (Sistema Único de Saúde) e somente nos casos em que qualquer outra alternativa terapêutica revelar-se completamente inócua.

Mais que isso, a internação compulsória persistirá enquanto houver indicação médica para tanto, os critérios de duração são exclusivamente médicos (paciente em surto).

A internação compulsória, justamente por não conferir “carta branca” ao Poder Judiciário, não será determinada ao alvedrio do juiz. Constatada a inimputabilidade, somente um laudo médico circunstanciado poderá indicar a internação compulsória.

Já a desinternação sequer será submetida ao crivo do juiz. Realizada a desinternação por indicação médica, o magistrado ao ser comunicado, deverá, necessariamente, declarar

extinta a medida de segurança. Como já dito, os critérios são exclusivamente clínicos, não havendo o que se falar em quaisquer outros senão esses. Indiferente a persecução da periculosidade, da permanência da moléstia, ou inquietação social, a internação durará enquanto presente o surto.

Da mesma forma, e justamente pelas razões já expostas, não há o que se falar em duração prévia da medida de segurança. Insiste-se, ela durará enquanto persistente o quadro de surto, enquanto houver indicação médica para tanto, cujo enfoque será sempre o indivíduo, o seu sofrimento mental, nunca o perigo que ele supostamente represente para a sociedade.

Por fim, não se pode deixar de fazer referência ao § 3º do artigo 4º da Lei nº 10.216/00 que, proibindo a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições de características asilares, enterra definitivamente o falido “modelo terapêutico” dos Hospitais de Custódia e Tratamento.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública:

A referida tese tem por escopo orientar a atuação dos Defensores Públicos atuantes no âmbito criminal, tanto nas Varas Singulares, quanto na Execução Penal, no que tange à aplicação das medidas de segurança.

É atribuição institucional da Defensoria Pública promover a defesa dos indivíduos portadores de doença mental que tenham cometido crimes, garantindo-lhe todos o direitos legalmente previstos.

Não se pode olvidar que a aplicação da Lei nº 10.216/01 à medida de segurança traz importantíssimos avanços em matéria de saúde mental, estendendo-se à medida de segurança os festejados avanços da reforma psiquiátrica.

Cabe ressaltar que tese similar a esta já está sendo desenvolvida em Goiânia, em atuação conjunta da Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura.

Indicação dos itens do Plano Anual de Atuação da Defensoria referentes à tese apresentada:

Capítulo II, item 07

(3): Atender as situações de violação dos direitos dos(as) usuários(as) da rede de saúde mental, informando os familiares e usuários(as) sobre os procedimentos para obtenção de documentos, seus direitos sociais, possibilidade da interdição civil e providências a serem adotadas nos casos de abandono familiar;

(6): Pleitear a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência ao uso do transporte público coletivo, ao atendimento na rede de saúde mental das pessoas com transtornos mentais envolvidos com o crime ou ato infracional;

(9) Promover a tutela da Lei Paulo Delgado, para concretização de políticas públicas paraimplementação de Residências Terapêuticas, Lares Abrigados, Pensões Protegidas, Oficinas Terapêuticas, Centro de Apoio Psicossocial (CAPS) etc.

Capítulo II, item 09

(24) Atuar especificamente junto aos Hospitais de Custódia e Tratamento de Presos, para garantia dos direitos dos inimputáveis, inclusive para sua efetiva transferência das unidades penais comuns e para o acesso a medicamentos.

TESE 43

Proponente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD

Área: Execução Criminal

Súmula:

À luz dos pactos internacionais sobre direitos humanos e da garantia constitucional do devido processo legal, o Defensor Público que atue na defesa de presos, acusados e adolescentes internados estrangeiros deve pleitear a aplicação plena das garantias processuais, notadamente o direito a intérprete, a tradução dos principais atos de comunicação e de produção de prova e a efetivação dos benefícios durante a execução da pena e o cumprimento de medida socioeducativa.

Fundamentação teórica e fática

Existência reiterada de reclamações sobre falta de tradução dos atos judiciais e, na fase de execução da pena, dificuldades na equiparação aos brasileiros no tange à concessão de benefícios.

A Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito tendo, entre outros, a dignidade da pessoa humana como fundamento (art. 1º, III).

Dentre os objetivos fundamentais de nosso Estado, está previsto o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem (art. 3º, IV, CF). A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais, entre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos e repúdio ao racismo (art. 4º, II e VIII, CF).

O artigo 5º da Constituição Federal proclama a igualdade sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de seus direitos fundamentais (caput), dentre os quais, a garantia da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos exatos termos do artigo inciso LV, do mesmo artigo 5º da Constituição Federal.

Além dos princípios fundamentais inscritos na Carta de 88, o Constituinte originário ainda fez questão de consignar, no parágrafo 2º do artigo 5º, que o rol de direitos e garantias individuais expressos na Constituição não é taxativo, abrindo caminho para outros princípios implícitos (“decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”) e explícitos (prescritos em “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Assim, importante mencionar alguns princípios inscritos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), inserido no ordenamento nacional por meio do Decreto 678/92.

Inicialmente, o Artigo 1º, nº 1, do Decreto 678/92, impõe aos Estados-Partes o compromisso de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, e a garantir

seu pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem qualquer forma de discriminação, inclusive em virtude da origem nacional.

A fim de evitar qualquer equívoco interpretativo sobre quem seriam as “pessoas” destinatárias da referida norma, o nº 2, do mesmo Artigo 1, esclarece que “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Portanto, ainda que a Constituição Brasileira não se refira, explicitamente, aos estrangeiros não residentes no Brasil (apenas implicitamente por meio do princípio da “dignidade da pessoa humana”), por meio do Decreto 678/92, cujos mandamentos têm força de princípios constitucionais, nos termos do artigo 5º, § 2º, CF, restou absolutamente claro que: qualquer ser humano (brasileiro ou não, nacional de um Estado-Parte da Convenção, ou não) sob jurisdição brasileira é destinatário de todas as garantias individuais aplicadas no Brasil, especialmente no que se refere às garantias previstas no próprio Pacto de São José da Costa Rica.

De todas as garantias processuais mínimas, prescritas pela Convenção, tem maior interesse ao problema aqui apresentado aquela prevista no Artigo 8º, nº 2, “a”, qual seja: “direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal”.

Há pelo menos 15 anos, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro determina, expressamente, que o réu estrangeiro, que não fale nem compreenda o idioma do juízo, tem direito a intérprete, com atuação nos autos na qualidade de assistente do réu.

No entanto, pelo que pôde apurar até o momento o IDDD, a maioria dos juízes estaduais de São Paulo nomeia intérprete, somente, como intermediário para a realização do ato de interrogatório, nos termos do artigo 193 do Código de Processo Penal.

Não basta, no entanto, ao réu estrangeiro não fluente em língua portuguesa, entender as perguntas que lhe são feitas em interrogatório e ser entendido pelo juízo em suas respostas.

O intérprete, no trabalho de assistência ao réu, deve traduzir, para o seu idioma: a) todos os atos de chamamento ao processo (notificações); b) de ciência pessoal ao réu (intimações); e c) as principais peças dos autos (denúncia ou queixa-crime, decisões interlocutórias que impliquem privações ou restrições a direitos do réu, termos das audiências com os depoimentos das testemunhas, laudos periciais, alegações finais da acusação, sentença e acórdãos), de modo a viabilizar o pleno exercício da autodefesa (especialmente municiando com elementos fáticos a defesa técnica) e de seu direito de recorrer (Artigo 8º, nº 2, “h”, Decreto 678/92).

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente

(Item a ser indicado na Lei Orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar nº 988/06 – Acesso: [dpsp/Default.aspx?idPagina=2939](https://dpsp/default.aspx?idPagina=2939))

Artigo 2º - A Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a **tutela jurídica integral** e gratuita, **individual** e coletiva, **judicial** e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: (...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria em que se insere

(Item a ser indicado na Deliberação CSDP nº 57, de 04/01/08 – Acesso ao Plano: </dpep/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=925&idModulo=5010>)

As ações aqui propostas se inserem no Plano de Metas da Deliberação CSDP nº 57, de 4 de janeiro de 2008, notadamente nos itens “d”, qual seja: “Atuação na área carcerária”; e “g”, que se refere a “Atuação na tutela dos direitos humanos”.

TESE 51

Proponente: Leandro de Castro Silva

Área: Execução Penal

Súmula:

Os dias remidos devem ser abatidos na pena que está sendo cumprida.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*I) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.” (grifo nosso)

Fundamentação jurídica

Os dias de pena remidos devem ser abatidos da execução em andamento e considerados como pena efetivamente cumprida, como sugerem as modernas jurisprudências a respeito.

Afirmção ao contrário afronta toda uma sistemática penal, que é a de punir aquele que transgrediu alguma regra de conduta social, sem, contudo, aplicar-lhe penas degradantes e contrárias à própria dignidade humana.

Na verdade a remição tem sido o ponto crucial das pretensões acusatórias. Defende o *parquet* a remição é um direito condicional, logo somente podendo ser abatido na última pena que está sendo cumprida. O que, *data venia*, consiste num atentado contra um direito fundamental.

Inúmeras teses de juristas, sociólogos, filósofos são defendidas com veemência, atestando a incapacidade do sistema prisional brasileiro. Sabe-se, por experiência empírica, realizada em algumas casas de detenção, que o simples encarceramento não implica numa satisfatória inserção. Sendo necessário dar ao detento oportunidade de aprender uma profissão, uma melhor formação intelectual e humana.

A fórmula aritmética imposta pelo *parquet* é altamente prejudicial ao sentenciado e consiste numa afronta ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c” da Magna Carta, que preceitua ser proibida a pena de trabalho forçoso.

A lei de execução criminal, infelizmente, silencia-se quanto à forma do cálculo, o que, por consequência, abre margem a interpretações totalmente contrárias ao texto primaz do ordenamento jurídico brasileiro.

À guisa de exemplo, considera-se que um acusado tenha sido condenado a cumprir pena de 10 anos no regime fechado. Para progredir ao regime semiaberto teria que cumprir o lapso de um ano e oito meses. Suponha-se que o sentenciado tenha remido trinta dias de sua pena. Se os dias remidos forem somados com o tempo de cumprimento da pena a este bastaria cumprir mais um ano e sete meses, estando presente o requisito objetivo para o benefício de progressão.

Utilizando-se da mesma arguição hipotética gizada acima, vê-se que se o cálculo da remição for realizado no final da pena, subtraindo-se o total da pena com os dias remidos ter-se-á que o sentenciado, para ter direito a progressão, terá que cumprir um ano, sete meses e vinte cinco dias.

Analisando superficialmente chegar-se-ia numa conclusão de que a diferença de cinco dias é altamente desprezível, não tendo tanta influência no montante da pena a ser cumprida. Esta inferência é totalmente enganosa.

Levando em consideração que o mês normalmente possui vinte dias úteis (despreza-se os sábados e domingos), bem como que o instituto da remição estipula que a cada três dias efetivos de trabalho, o detento tem direito a subtrair um dia de sua pena, por raciocínio matemático verifica-se que o sentenciado terá que ficar encarcerado por mais dois meses e meio para conseguir remir estes vinte cinco dias.

Não é permitido ao operador do direito utilizar-se de meios inconstitucionais para defender suas convicções pessoais. Aquele que cumpre pena tem preservado os seus direitos constitucionais, exceto aqueles que a lei ordena que lhe sejam ceifados.

Salienta-se que o princípio da dignidade humana não é sucumbido quando um ser humano adentra numa casa de detenção. Tal pessoa, individualizada em sua existência, continua possuindo as prerrogativas inerentes do homem. Pelo fato de ter cometido uma mazela que afrontou a conduta social, necessita por isso ser penalizado, porém, os abusos e afrontas à condição humana devem ser rechaçados.

No mesmo sentido é a jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça:

O tempo remido pelo trabalho do preso deve ser considerado como pena efetivamente cumprida (STJ, REsp. 200.712/RS, 5ª T., rel. Min. Eson Vidigal, j. 20-04-1999, DJ, 24.5.1999, p. 195).

O art. 126 da Lei de Execuções Penais, que dispõe sobre a remição pelo trabalho, de parte do tempo de execução da pena, deve ser interpretado em consonância com a concepção teleológica do instituto, que visa à recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado. Sendo assim, a remição pelos dias trabalhados deve ser considerada como efetiva execução da pena restritiva de liberdade (STJ, Resp. 445.460/RS, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 26-6-2003, DJ, 25-8-2003 p. 378).

Nesse mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Para a obtenção do livramento condicional, o tempo remido não deve ser deduzido do total das penas privativas de liberdade aplicadas ao sentenciado, nem deve ser subtraído da pena do delito mais grave, eis que o certo é acrescer os dias remidos ao tempo de pena carcerária já cumprido, como se fossem tempo de prisão já cumprido (TJSP, Ag. 268.089-3/1-00, 4ª Câmara, rel. Des. Hélio de Freitas, j. 17-8-199, v.u., RT 773/562)

Fundamentação fática

É tema corrente na atuação em processos de execução penal o cálculo dos dias remidos. Visando dar interpretação que melhor se coaduna com a recuperação da dignidade, inserção, integração e socialização do condenado, tem a presente tese a intenção de impor o desconto dos dias remidos na execução que está sendo cumprida, e não na última execução.

Sugestão de operacionalização

Aplicação em todos os processos de execução penal, notadamente quando a defesa se manifestar sobre o cálculo de penas.

MODELO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: Leandro de Castro Silva, defensor público do Estado de São Paulo, RG. 11.532.108 ssp/mg, OAB/SP 258.372, com endereço à rua Marechal Deodoro, 3131, CEP 15010-070, centro – S. J. Rio Preto-SP - fone: (17) 3218-8297

PACIENTE: Celso Aparecido dos Santos

IMPETRADO: Juízo da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto

EXECUÇÃO n° 476.313

Leandro de Castro Silva, brasileiro, casado, Defensor Público do Estado de São Paulo lotado na Regional de São José do Rio Preto, onde exerce suas atribuições legais, vem respeitosamente perante V. Exa. impetrar a presente ordem de **HABEAS CORPUS** em favor de **Celso Aparecido dos Santos**, filho de **Cícero dos Santos e Nair Isabel Conceição Santos**, com RG 24.887.273-4, **execução n° 476.313**, em face do **Juízo das Execuções Penais da Comarca de São José do Rio Preto**, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

I - DOS FATOS

O MM Juiz da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto, em decisão que se junta, nega pedido da defesa para descontar os dias remidos como pena efetivamente cumprida.

A decisão atacada está de todo incorreta, pois a remição deve ser considerada como pena efetivamente cumprida, abatida da execução em andamento, sendo que na Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto são descontados inclusive da última pena ao invés de sê-lo da execução em andamento, atendendo a posição retrógrada do Ministério Público local.

Os dias de pena remidos devem ser abatidos da execução em andamento e considerados como pena efetivamente cumprida, como sugerem as modernas jurisprudências sobre o tema.

II - DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Com o devido respeito, a decisão monocrática afronta toda uma sistemática penal, que é a de punir aquele que transgrediu alguma regra de conduta social, sem, contudo, aplicar-lhe penas degradantes e contrárias à própria dignidade humana.

Na verdade a remição tem sido o ponto crucial das pretensões ministeriais. Defende esta vangloriosa instituição a perda dos dias remidos quando da prática, pelo sentenciado, de falta grave. O que, *data venia*, consiste num atentado contra um direito fundamental.

Ora Excelência, qual a vantagem do trabalho hoje numa penitenciária?

Inúmeras teses de juristas, sociólogos, filósofos são defendidas com veemência, atestando a incapacidade do sistema prisional brasileiro. Sabe-se, por experiência empírica, realizada em algumas casas de detenção, que o simples encarceramento não implica numa satisfatória ressocialização. Sendo necessário dar ao detento oportunidade de aprender uma profissão, uma melhor formação intelectual e humana.

A fórmula aritmética imposta na decisão combatida é altamente prejudicial ao sentenciado e consiste numa afronta ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c” da Magna Carta, que preceitua ser proibido a pena de trabalho forçoso.

A lei de execução criminal, infelizmente, silencia-se quanto a forma do cálculo, o que, por conseqüência, abre margem a interpretações totalmente contrárias ao texto primaz do ordenamento jurídico brasileiro.

À guisa de exemplo, considera-se que um acusado tenha sido condenado a cumprir pena de 10 anos no regime fechado. Para progredir ao regime semiaberto teria que cumprir o lapso de um ano e oito meses. Suponha-se que o sentenciado tenha remido trinta dias de sua pena. Se os dias remidos forem somados com o tempo de cumprimento da pena a este bastaria cumprir mais um ano e sete meses, estando presente o requisito objetivo para o benefício de progressão.

Utilizando-se da mesma argüição hipotética gizada acima, vê-se que se o cálculo da remição for realizado no final da pena, subtraindo-se o total da pena com os dias remidos ter-se-á que o sentenciado, para ter direito a progressão, terá que cumprir um ano, sete meses e vinte cinco dias.

Analisando superficialmente chegar-se-ia numa conclusão de que a diferença de vinco cinco dias é altamente desprezível, não tendo tanta influência no montante da pena a ser cumprida. Esta inferência é totalmente enganosa.

Levando em consideração que o mês normalmente possui vinte dias úteis (despreza-se os sábados e domingos), bem como que o instituto da remição estipula que a cada três dias efetivos de trabalho, o detento tem direito a subtrair um dia de sua pena, por raciocínio matemático verifica-se que o sentenciado terá que ficar encarcerado por mais dois meses e meio para conseguir remir estes vinte cinco dias.

Veja Excelência o que um simples cálculo, que em principio parece inofensivo, pode prejudicar ao detento.

Não é permitido ao operador do direito utilizar-se de meios inconstitucionais para defender suas convicções pessoais. Aquele que cumpre pena tem preservado os seus direitos constitucionais, exceto aqueles que a lei ordena que lhe sejam ceifados.

Salienta-se que o principio da dignidade humana não é sucumbido quando um ser humano adentra numa casa de detenção. Tal pessoa, individualizada em sua existência, continua possuindo as prerrogativas inerentes do homem. Pelo fato de ter cometido uma mazela que afrontou a conduta social, necessita por isso ser penalizado, porém, os abusos e afrontas à condição humana devem ser rechaçados.

O professor Renato Marcão, em seu Curso de Execução Penal, corrobora este entendimento, aduzindo: *“Pena remida é pena cumprida; sendo assim, o tempo de pena a ser descontado em razão da remição dever somar-se à pena cumprida (pena cumprida + dias remidos).”* (Curso de Execução Penal, ed. Saraiva, 4ª edição, pág. 171)

Corroborando esse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é tranqüila:

O tempo remido pelo trabalho do preso deve ser considerado como pena efetivamente cumprida (STJ, REsp. 200.712/RS, 5ª T., rel. Min. Eson Vidigal, j. 20-04-1999, DJ, 24.5.1999, p. 195).

O art. 126 da Lei de Execuções Penais, que dispõe sobre a remição pelo trabalho, de parte do tempo de execução da pena, deve ser interpretado em consonância com a concepção teleológica do instituto, que visa à recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado. Sendo assim, a remição pelos dias trabalhados deve ser considerada como efetiva execução da pena restritiva de liberdade (STJ, Resp. 445.460/RS, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 26-6-2003, DJ, 25-8-2003 p. 378).

Nesse mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Para a obtenção do livramento condicional, o tempo remido não deve ser deduzido do total das penas privativas de liberdade aplicadas ao sentenciado, nem deve ser subtraído da pena do delito mais grave, eis que o certo é acrescer os dias remidos ao tempo de pena carcerária já cumprido, como se fossem tempo de prisão já cumprido (TJSP, Ag. 268.089-3/1-00, 4ª Câm., rel. Des. Hélio de Freitas, j. 17-8-199, v.u., RT 773/562)

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja concedida a ordem de **HABEAS CORPUS** determinando-se que os dias remidos sejam abatidos na execução que está sendo cumprida, ou seja, como pena cumprida (pena cumprida + dias remidos). Por se tratar de manifestação do Estado Democrático de Direito e de aplicação da mais lúdima Justiça, requer a concessão da ordem.

São José do Rio Preto, 08 de julho de 2009.

Leandro de Castro Silva

Defensor Público do Estado

3ª Defensoria Pública do Estado de São Paulo

TESE 52

Proponente: Leandro de Castro Silva

Área: Execução Criminal

Súmula:

A súmula vinculante nº 05, do STF, não se aplica na execução penal.

Assunto:

Execução Penal

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, **in verbis**:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.” (grifo nosso)

Fundamentação jurídica

IV.1 – Súmula Vinculante e os Motivos Determinantes (limites objetivos e subjetivos)

Para Gilmar Ferreira Mendes, o texto constitucional, ao tratar das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade sugere uma distinção entre eficácia contra todos (eficácia geral ou eficácia *erga omnes*) e efeito vinculante, baseada em diferenciação oriunda do direito alemão. O instituto do efeito vinculante teria objetivo de outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional alemã, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar a reedição da lei, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal, mas o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição.^[1]

No direito alemão, conforme Gilmar Ferreira Mendes, houve necessidade de evoluir do conceito de força de lei (*Gesetzkraft*) para o efeito vinculante (*Bindungswirkung*): “A convicção de que a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei. Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão (*Tenor; Entscheidungsformel*), sustenta o *Bundesverfassungsgericht* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (*tragende Gründe*).”^[2] Nessa linha, ainda segundo Mendes, efeito vinculante teria um sentido diferente: “Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos

determinantes (tragende Gründe) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros”^[3]

Portanto, súmula com efeito vinculante ou, mais sinteticamente, súmula vinculante é a súmula que possui o efeito vinculante, o qual é entendido nos termos anteriormente expostos, ou seja, é uma súmula caracterizada pela imperatividade e coercibilidade, cujo efeito, por um lado, diz respeito não somente ao preceito (prescrição, disposição ou norma) contido no texto da súmula vinculante, mas também aos seus fundamentos determinantes (motivos determinantes, *ratio decidendi* ou *tragende Gründe*), e, por outro, estende o alcance objetivo para além do caso singular e do momento em que foi prolatada a decisão definitiva de mérito ou do momento e dos casos que seviram de base à súmula vinculante, atingindo também os atos a produzir (ou os casos a ocorrer, na hipótese de súmula vinculante) de igual teor no futuro. Diversamente do que ocorre com as súmulas não-vinculantes, a súmula vinculante possui as características da imperatividade e da coercibilidade com relação aos órgãos sujeitos à vinculação, que são típicas das normas jurídicas em geral. A imperatividade das súmulas vinculantes, enquanto normas explicativas, declarativas ou interpretativas, consiste na imposição de determinado sentido a outras normas jurídicas. A coercibilidade consiste na possibilidade de se utilizar a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para garantir a aplicação da súmula vinculante.^[4]

Lenio Luiz Streck conclui:

“Conceder efeito vinculante a um sentido, construído-se um sentido petrificado (ponto fixo de sentido) é desconsiderar outras possibilidades hermenêuticas do sistema. Não se pode deixar de referir que interpretar é sempre um ato de aplicação. Um texto só adquire sentido no seu contexto (é a noção de ser-em da ontologia fundamental). Ou seja, à luz da ontologia fundamental (e, portanto, da Nova Crítica do Direito, que nasce dessa matriz teórica), o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser (naquele ser, portanto, naquele sentido). Torna-se recorrente a questão da diferença ontológica, pela qual não se pode separar a questão de direito da questão de fato, tese desenvolvida à saciedade de Castanheira Neves. Do mesmo modo, não se pode separar legalidade de constitucionalidade, essência de aparência, etc. O efeito vinculante, por ser metafísico nas hipóteses em que não ocorre nadificação (nulidade da lei a partir da retirada de sua eficácia do sistema), alça esse sentido -vinculante- a uma universalidade de sentido, como se houvesse um sentido entificado à disposição do sujeito, para ser acoplado a partir de um processo cognoscente, aos entes (textos, fatos, coisas em geral) dispersos no mundo. Por tudo isso, é insustentável o efeito vinculante de sentidos positivos dados aos textos normativos, porque esse sentido (declaração de constitucionalidade, sentença que rejeita uma ação de inconstitucionalidade, a interpretação conforme e o residual da nulidade parcial sem redução de texto), ao vincular/obrigar o restante do sistema jurídico, provoca o congelamento (entificação do ser) de todos os demais sentidos que exsurtem do processo hermenêutico, impedindo o aparecer da singularidade dos casos. Ora, os casos concretos (como se costuma nominá-los) estão ali como tais; se lhes tira o caráter de significado singular, ocorre uma de-significação, a partir de uma desvivência do mundo, relegando-se a um resto, ao abismo do Dasei. Afinal, a própria dogmática jurídica apregoa que, no processo de interpretação do Direito, sempre devemos levar em conta o caso concreto? Pois é esse caso concreto, vingando o efeito vinculante, que ficará obnubilado pela petrificação de sentido produzido pelo efeito vinculante. A hermenêutica jurídica volta, assim, à pré-modernidade.”^[5]

Desse modo, também não há violação, *a priori*, dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV, CR), pois o cabimento ou não da aplicação da súmula vinculante

pode ser discutido, em contraditório, dentro de cada processo, o qual não está impedido de nascer, e a defesa poderá se defender amplamente, inclusive com os meios necessários, como a reclamação ao STF para demonstrar que a súmula foi ou não aplicada indevidamente.

O enunciado da súmula vinculante é um texto e, portanto, também é sujeito à interpretação, conforme vimos anteriormente com a aplicação de uma hipotética súmula vinculante sobre prisão provisória. O juiz não é um autômato aplicador do texto da súmula vinculante – ele deverá examinar se o preceito e o fundamento determinante de súmula vinculante são aplicáveis ao caso concreto *sub judice*. Portanto, entendemos que é incompatível com o estado democrático de direito que se possa controlar o juiz com ameaça de sanções penais, administrativas e civis pela mera não aplicação de súmula vinculante, o que normalmente não ocorre mesmo diante da não aplicação de norma contida em lei em sentido estrito. Isso violaria princípios constitucionais como o princípio da independência e o princípio da motivação das decisões judiciais. Deve haver muita prudência para que, em nome da eficiência das funções jurisdicionais, não se transforme o Estado brasileiro num violador de direitos fundamentais, o que facilmente poderia ocorrer com a irrefletida aplicação do texto de súmula vinculante.

IV. 2 – Leading Case

Conforme se extrai dos precedentes que deram ensejo a edição da súmula vinculante nº 5, os motivos determinantes da edição do ato foram processos administrativos disciplinares que tramitaram perante Administração Pública Federal, nos quais os servidores processados foram devidamente notificados para exercerem o direito de defesa e, por opção, exerceram autodefesa, notadamente diante do preceito contido no art. 156, da Lei 8.112/90. Contudo, tal previsão é insuficiente para aplicação no âmbito da execução penal.

IV. 3 – A Execução Penal como Desdobramento da Relação Jurídico-Penal

É cediço que o processo de execução penal possui natureza jurisdicional. Findo o processo penal de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, permanece na execução penal o efetivo exercício da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 2º da LEP, o processo de execução deverá reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, de modo que se assegurem ao condenado todos os princípios e regras básicas que o acusado possui na fase cognitiva. Dessa forma, vê-se garantido a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito a prova, e todos os demais direitos garantidos pela lei material e processual. [6]

Desta feita, o procedimento administrativo, em nenhuma hipótese, deverá ser comparado ao judicial, aqui incluídos o processo e a execução penal. Tanto é assim que, mesmo quando se conclui administrativamente pela sanção do condenado, pode o magistrado rever tanto sanção imposta, quanto as conseqüências a ela imputadas. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci. [7]

Destarte, deverá o magistrado, no exercício da jurisdição, ou seja, *do poder dever de dizer o direito*, observar o regramento jurídico estabelecido na legislação, que, no caso em tela, é ditado pela Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, dispõe a melhor doutrina: *“impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos*

de individualização da pena, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da Execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras” [8].

Dessa forma, inviável imaginar o processo de execução penal distante da atuação do poder judiciário, seja qual for a hipótese.

IV.4 – Conclusão

Sendo a execução penal desdobramento da relação jurídico-penal, insuficiente se mostra a aplicação da súmula vinculante nº 5, no âmbito da execução da pena, notadamente diante da inviabilidade do exercício da autodefesa pelo próprio sentenciado, seja pela seletividade do sistema ou pela inerente restrição de liberdade.

Ademais, ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou distinguishing que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante.[9]

Trata-se, pois, da consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que proporcionam ao condenado a oportunidade de valer-se das garantias legais as quais faz jus, retratando-se assim, o Estado Democrático de Direito.

Fundamentação fática

É tema corrente na atuação em processos de execução penal a aplicação de súmula vinculante nº 05, que aduz ser prescindível a defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar. Visando dar interpretação que melhor se coaduna com a recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado, tem a presente tese a intenção de impor a defesa técnica em todas as fases do procedimento administrativo disciplinar.

Sugestão de operacionalização

Aplicação em todos os processos de execução penal, notadamente como preliminar de nulidade nos procedimentos administrativos disciplinares.

Referências Bibliográficas:

[1] Feitoza, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis, Ed. Impetus, 6ª edição, pág. 90.

[2] Mendes, O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, jul.2000

[3] Mendes, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, jul.2000.

[4] Feitoza, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis, Ed. Impetus, 6ª edição, pág. 94.

[5] Streck, Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, 2004, p. 652-3.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 944.

[7] ibidem, p. 961.

[8]Ibidem, p. 982.

[9] Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2ª edição, pág. 968.

TESE 53

Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado

Área: Execução Criminal

Súmula:

A decisão judicial de indeferimento da progressão de regime prisional e da liberdade condicional com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da pena configura fundamentação inidônea e abuso no poder de interpretar do magistrado, extrapolando os limites do livre convencimento motivado.

Assunto

A gravidade delitiva e a longevidade da pena como requisitos obstativos da progressão de regime prisional e do livramento condicional.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais

Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea “I” da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: “São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição”.

Fundamentação jurídica

Nos termos do artigo 112 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, para galgar a benesse da progressão de regime prisional é preciso o preenchimento do requisito objetivo-temporal, além do subjetivo, que é o mérito do sentenciado, comprovado mediante atestado de conduta carcerária emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional.

Já o artigo 83 do Código Penal Brasileiro exige à concessão da liberdade condicional o cumprimento de certa quantidade de pena, a reparação do dano em alguns casos e o comportamento satisfatório durante a execução penal, bom desempenho no trabalho e o compromisso de manter ocupação lícita para prover a própria subsistência. No caso de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento subordina-se à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir.

A celeuma surge em torno do preenchimento do requisito subjetivo que, por vezes, possui um conceito ampliado pelo juiz. Isso porque, na prática, alguns magistrados têm considerado a quantidade da pena e a gravidade do crime como elementos integrantes do bom comportamento carcerário.

Em outras palavras, se acaso o sentenciado tiver uma pena longa a resgatar em razão da gravidade do delito praticado quando do pedido do benefício, este será indeferido por falta de requisito subjetivo.

O magistrado que assim decide justifica seu pensamento no princípio da **livre convicção motivada** e na busca da **verdade real** no processo de execução penal.

Segundo os adeptos desta corrente, o juiz não fica adstrito ao atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. Caso contrário, estar-se-ia engessando o magistrado e ferindo a Constituição Federal, que prevê a livre convicção.

Sustenta-se, ainda, que o requisito subjetivo não pode ser interpretado apenas como sendo bom comportamento carcerário, **nos estritos limites da lei**, até porque o juiz, nesse caso, seria um mero aplicador da norma jurídica, estando privado de interpretá-la concretamente, com justiça.

Portanto, o pensamento ora esposado encontra fundamento na figura de um Judiciário **intervencionista**, no sentido de se admitir que **o juiz, fazendo às vezes do legislador**, amplie o conceito legal do requisito subjetivo para fins de benefícios.

Para a lei, basta o bom comportamento carcerário atestado **pela direção** do estabelecimento prisional; para o juiz, mister que, além disso, o sentenciado não tenha uma quantidade elevada de pena por cumprir.

Aqueles que navegam por essas águas sustentam, ainda, que o artigo 112 da LEP ou o artigo 83 do Código Penal não podem ser interpretados *ipses litteris* sob pena de causar na população a sensação de impunidade. Para que tal não aconteça, vemos como consequência a severidade do julgamento como uma resposta de combate à violência para a sociedade.

Nesse sentido, necessário que se exija do Judiciário uma posição pró-ativa, a fim de que o mesmo corrija as imperfeições da lei, através de um processo de intervenção noutra esfera de poder, ampliando-se o conceito legal de bom comportamento carcerário.

Com todo respeito ao entendimento supracitado, discordamos com veemência, pois toda e qualquer decisão judicial que basear-se em tais premissas, incontestavelmente, afronta a Constituição da República. Vejamos.

Nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previu o princípio da legalidade, cujo surgimento se deu com o Estado de Direito, em oposição ao Estado de Polícia, **autoritário e antidemocrático**.

Segundo a doutrina, *como viga-mestra do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade dirige-se aos Poderes Públicos e, também, aos particulares:*

. quanto aos Poderes Públicos – o Executivo, Legislativo e **Judiciário** devem agir **dentro da lei**; qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), **somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal**; e

. quanto aos particulares – nas relações privadas, tudo aquilo que **não for proibido** pela lei é tido como **permitido (princípio da autonomia da vontade)**.

*O princípio da legalidade transmite a idéia de que **apenas** o Poder Legislativo pode **criar comandos inovadores** na ordem jurídica.*^[1] (grifo nosso).

Logo, ao Judiciário não cabe inovar a ordem jurídica e exigir à comprovação do comportamento carcerário mais que aquilo previsto na lei; quer dizer que a longevidade da

pena não pode servir de obstáculo como algo configurador da ausência de requisito subjetivo para fins de regime aberto, por exemplo.

Nesse sentido, se a lei não proíbe a concessão do regime aberto, *v.g.*, àqueles com longa pena a resgatar, *a contrario sensu* significa que é permitido ao particular, no caso o preso, ter assegurado seu direito de liberdade.

Comungando com tal entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando a Ordem de “habeas corpus” nº 990.08.006010-4, impetrada pela Defensoria Pública, que teve como relator o Ilustre Desembargador IVAN MARQUES, concedeu a presente ordem em caso idêntico, fundamentando seu posicionamento na necessidade do magistrado pautar sua decisão no estrito cumprimento da lei, *in verbis*:

[...]

Ora, o juiz não é César e deve pautar sua conduta pelo estrito cumprimento das leis, obrigação assumida inclusive quando do juramento de posse nesse cargo.

E a lei vigente autorizava e recomendava a concessão do livramento condicional ao paciente.

Penso ser unânime no Brasil o entendimento de que a legislação penal e principalmente, a aplicável à execução penal é branda e insatisfatória.

Mais isso não dá ao juiz o direito de se colocar acima das leis e passar a, tal qual um imperador romano, decidir para quem, onde e quando concederá benefícios previstos em lei, segundo seus próprios e subjetivos critérios, pouco se importando com os ditames legais.

Principalmente com base na pífia argumentação de que o sentenciado deva permanecer mais algum tempo sem benefício.

Mas algum tempo quanto?

Tal decisão é clamorosamente carente de fundamentação legal.

[...]

ALEXANDRE DE MORAES, citando jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça preleciona: ***a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático; não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo e Judiciário, assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei.***^[2] (grifo nosso).

A função típica do Poder Judiciário é dizer o direito através do juiz que interpretando a lei, aplica-a ao caso concreto. Não se pode esquecer, no entanto, que tal interpretação tem de ser de acordo com a lei e a Constituição. Já a função típica de legislar, ou seja, criar o direito; fica a cargo do Poder Legislativo.

Nesse diapasão, não pode um poder interferir na esfera de outro, sob pena de abuso de poder. É a teoria dos freios e contrapesos.

Assim, quando o juiz exige algo não previsto em lei para a concessão de um direito (no caso a progressão de regime ou o livramento condicional), o mesmo está invadindo esfera de atuação reservada ao legislador.

A questão da impunidade, do senso de injustiça, se não resolvidas pela lei, não podem ser solucionadas pelo juiz, como uma resposta à sociedade ou à mídia. A imparcialidade do juiz também se volta para esses casos.

Logo, se a questão da violência não está sendo solucionada pelas leis atuais, o problema é do povo, que soberano, elege seus representantes, incumbidos de criarem o direito. Não cabe ao juiz substituir tal função na tentativa de resolver o problema. Caso contrário, a segurança jurídica estaria sendo desrespeitada.

*Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma **separação de funções estatais**, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição.*[\[3\]](#)

Não é novidade que a quantidade da pena encontra seu conseqüente lógico na gravidade delitiva. Assim, quando do processo de conhecimento condenatório, o juiz pune mais severamente o réu de acordo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis, as circunstâncias legais agravantes e, por fim, as causas de aumento de pena (critério trifásico de Hungria).

Durante o **processo condenatório** faz-se, portanto, um **juízo de diagnose**, ou seja, o juiz analisa fatos pretéritos que levaram à ação criminosa para diagnosticar a quantidade da pena a ser aplicada. Já no **processo de execução**, realiza-se um **juízo de prognose**, isto é, o juiz, ao julgar determinado benefício, verifica a evolução comportamental do sentenciado, após o início do cumprimento da pena.

Em outras palavras, o juiz da execução não pode olhar para trás e com base na gravidade do fato, negar o benefício, pois tal já fora considerada anteriormente, justamente para majorar a pena e, portanto, punir o réu.

Assim, se o juiz da execução penal realizar um juízo de diagnose para indeferir um benefício, estará violando a regra da **proibição da dupla punição pelo mesmo fato**.

Ademais, o sentenciado que possui longa pena por cumprir demorará maior tempo que aquele que possui menor para alcançar o preenchimento do requisito objetivo-temporal. Tal medida, portanto, encontra-se em perfeita consonância com o postulado da **proporcionalidade**.

Nesse sentido:

"O agravante está cumprindo pena de 21 (vinte e um) anos e 02 (dois) meses de reclusão pela violação dos arts. 121 §2º, incisos I, II e IV e 155, ambos do Código Penal. Começou a cumprir a pena no dia 12 de junho de 2000, e o término está previsto para o dia 12 de outubro de 2022.

{...}

A pena longa não é obstáculo para concessão de progressão. A Lei de Execução Penal dispõe que o condenado possui direito à progressão, desde que tenha cumprido 1/6 da pena sob regime mais grave. **A Lei de Execução Penal já exige que o condenado à pena longa cumpra maior tempo em regime prisional mais grave para ser promovido para mais ameno, ao estabelecer percentual de 1/6 de cumprimento da pena não importando seu montante.**

O condenado à pena longa fica mais tempo sob regime prisional fechado antes de ser promovido para regime prisional semi-aberto. Tendo ele ficado mais tempo em regime mais rigoroso, não pode o julgador exigir

que ele permaneça sob esse regime prisional mais tempo que o exigido em lei, para que o benefício da progressão possa ser deferido.

{...}

*No Juízo da Execução Penal, o condenado passa a ser avaliado sob outros aspectos para fins de deferimento de benefícios contemplados na Lei de Execução Penal. **A avaliação do condenado não envolve as condições judiciais para a aplicação da pena, mas sim, seu comportamento carcerário.***

{...}

Dá-se, por esses motivos, provimento ao recurso para cassar a decisão, determinando que Edson Armeliato passe a cumprir o restante de sua pena privativa de liberdade sob regime semi-aberto."(TJ/SP., Agravo 01016724.3/9, São Paulo, 2ª C.Criminal., Rel. Des. Almeida Braga, em 21/12/06,v.u).

Como demonstraremos na fundamentação fática, alguns juízes indeferem os benefícios em razão da pena longa e do crime grave, ainda que o sentenciado tenha em seu favor, inúmeras saídas temporárias retornadas e ausência de histórico de faltas disciplinares bem como atividades laborerápicas e de cunho intelectualivo.

No entanto, quando o contrário se estabelece - sentenciado com histórico de faltas e saídas temporárias não retornadas - o juiz fundamenta a decisão de indeferimento citando tais fatores negativos da personalidade do réu.

Melhor exemplificando, **o juiz fundamenta que, as saídas temporárias e a ausência de faltas, por si sós, são insuficientes para comprovar o mérito do sentenciado, ainda que este ostente o atestado de boa conduta.**

Porém, as mesmas circunstâncias supramencionadas, mas ocorridas de forma inversa (saídas não retornadas e prática de faltas graves), servem, só por si, para indeferir a benesse pleiteada.

Conclusão: aplica-se o princípio da individualização da pena apenas quando no histórico carcerário constarem **fatores negativos** de personalidade. Contudo, **quando se verifica o contrário**, o juiz encontra uma forma para negar o benefício, utilizando-se, por exemplo, **de requisitos não previstos na lei (longevidade da pena).**

Ora, diante do exposto, vislumbra-se a violação do princípio da **igualdade material**, pois a individualização da pena é diferente para um e outro caso. É realizada uma discriminação negativa, pois ausente de razoabilidade.

O Magistrado que individualiza a pena apenas para prejudicar, nunca para beneficiar, **escolhe um *discrímen* que não guarda conseqüência lógica com a razão jurídica da discriminação.**

*Com efeito, a **igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantias individuais contra perseguições** e, de outro, **tolher favoritismos.***

No caso da pena longa, nota-se claramente que **o Juiz está a perseguir os sentenciados com TCP dilatado**, pois ainda que tenham todos os fatores possíveis a seu favor, não serão beneficiados com os institutos atinentes a formas mais amenas de cumprimento da pena.

Uma argumentação também muito comum nas decisões, principalmente quando dizem respeito ao livramento condicional, tem sido o fato de ser prematura a concessão de tal benesse, sempre que o final da pena transpor o ano de **2012**.

Sustenta-se que não há prova suficiente de que, em liberdade, o sentenciado não voltará a delinquir. Vale dizer que o juiz da execução **presume**, quando assim motiva sua decisão, **a reincidência futura**.

Ora, no Estado de Direito não se pode fazer tal previsão; pois antes da prática de qualquer fato, já se considera a probabilidade de ser praticado um novo delito. No nosso parco entendimento, tal pensamento viola a **presunção de inocência**.

Nos dizeres do culto jurista LUÍS ROBERTO BARROSO “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.[\[4\]](#)

E ainda cita em sua obra que é razoável “**o que não seja arbitrário ou caprichoso**”.[\[5\]](#) (sem destaque no original).

Em sendo a decisão ora guerreada arbitrária, posto que violadora de todos os postulados constitucionais já traçados, obviamente que não atende o senso de justiça, porquanto desarrazoada.

Com efeito, o estudo da razoabilidade deve ser realizado, num primeiro momento, dentro da lei; o que vem a ser a razoabilidade *interna*. Vale dizer, é preciso que haja uma *relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins*.

Os motivos são as circunstâncias de fato que levaram à edição da norma. No caso da progressão de regimes e do livramento condicional, podemos dizer que o motivo, além do combate à criminalidade, seria a necessidade de se atender ao cumprimento da pena em etapas, de modo a reinserir gradativamente o delinqüente na sociedade, da qual esteve e está temporariamente afastado por descumprir as regras do bom convívio social.

O meio empregado pelo legislador foi então a criação de benefícios com a finalidade de evitar o cumprimento integral da pena em regime fechado, posto que tal não atenderia à ressocialização e reeducação.

Uma vez verificada a razoabilidade interna de tais normas (art. 112 da LEP e art. 83 do CP), necessário a verificação da razoabilidade externa, que pode ser definida como a *adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional*.

Assim, da razoabilidade externa extraímos os seguintes requisitos: “(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos”.[\[6\]](#)

Nesse caminho, é preciso saber se a medida adotada pelo Juiz da execução penal - pena longa como óbice à concessão de benefícios - é apta a atingir o objetivo, consistente no combate à violência, diminuindo a criminalidade que assola a humanidade (**juízo de adequação**).

Em seguida, necessário analisar se o meio empregado (pena longa) é o menos lesivo para combater o crime (**juízo de necessidade ou exigibilidade, também conhecido como proibição do excesso**).

E finalmente, mister que se faça um juízo de ponderação entre o ônus imposto (indeferimento das *benesses*) e o benefício trazido (combate à violência) para constatar se é justificável a violação do direito de locomoção dos sentenciados (**proporcionalidade em sentido estrito**).

Ora, é do conhecimento de todos que a celeuma em torno da criminalidade não está na severidade ou não das leis penais, mas, sim, na falta de implementação de políticas públicas penitenciárias. Ou seja, o problema não está no Poder Legislativo, mas sim no Executivo, que não tem cumprido com os ditames da Lei das Execuções Penais.

Logo, o encarceramento por maior tempo do que o previsto em lei não resolverá a questão da criminalidade se a finalidade da pena não for perseguida pelas autoridades públicas, principalmente no tocante à ressocialização e reinserção social do preso.

Se o endurecimento das decisões no processo de execução penal não tem resolvido a problemática frente aos altos índices de reincidência, é claro que não está havendo razoabilidade, posto que **o meio empregado não tem sido o mais adequado nem o menos lesivo**, motivo pelo qual **não se justifica** a restrição aos vários princípios constitucionais abordados.

Assim, o dia em que o Judiciário, ao invés de fazer às vezes de Legislador, **fizer a de Executor**, observadas as limitações dos freios e contrapesos, forçando a implementação de políticas públicas penitenciárias, a razoabilidade certamente será atingida e a justiça alcançada.

Finalmente, é preciso analisar a decisão com base na pena longa e os limites da livre convicção motivada.

É sabido que a Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e **fundamentadas** todas as decisões, sob pena de nulidade.

Já no inciso seguinte dispõe o Texto Constitucional que as decisões administrativas dos tribunais serão **motivadas** e em sessão pública.

Assim, no Brasil vigora o princípio da **livre convicção motivada**, que consagra a regra da **independência jurídica do magistrado**.

Mas é bom lembrar que essa independência jurídica **não é absoluta, mas submissa ao Estado de Direito, às normas constitucionais e aos dispositivos legais**. Daí a razão da convicção ter de ser motivada no intuito de submeter-se a uma fiscalização, evitando-se assim, abuso de direito.

O eminente jurista NELSON NERY JUNIOR ressalta que *a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5º, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão...*^[7] (grifo nosso).

Nesse diapasão poderíamos dizer que a motivação constitui não só uma garantia política, mas também uma **garantia da própria jurisdição**.

Assim sendo, frente ao que dispõem os inúmeros postulados de assento constitucional elencados, não podemos nos conformar e permitir que no futuro continuem a ser profligadas decisões com motivação na longevidade da pena ou na gravidade delitiva, desprezando-se o real conceito legal de mérito do sentenciado.

Caso contrário, estaremos a admitir a utilização do **princípio do julgamento de acordo com a consciência**, *que permite ao juiz julgar livremente de acordo com o que lhe parece mais acertado, ainda que não encontre provas para tanto, ou as encontre em sentido contrário. O julgador não precisaria justificar a sua decisão, que pode ser proferida consoante a sua consciência, ainda que sem apoio na prova dos autos.* [8]

Sim, porque decidir sem levar em conta inúmeras saídas temporárias e ausência de faltas disciplinares é decidir sem apoio na prova dos autos.

Nesse passo é que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo vem demonstrar seu inconformismo, posto que gritantemente desrespeitado o Estado de Direito na questão ora suscitada.

Desse modo, fácil concluir que a decisão de indeferimento de determinado benefício, em sede de execução penal, com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da reprimenda, configura lesão à liberdade de locomoção, pelo uso de violência oficial, mediante ilegalidade e abuso de poder.

Fundamentação fática;

Com certa freqüência, ou melhor, na quase totalidade dos casos, os sentenciados que resgatam suas reprimendas no regime semi-aberto têm seus benefícios de progressão ao regime aberto e livramento condicional indeferidos pelo MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais de Bauru, com base única e exclusivamente na **expressiva quantidade de pena ainda por cumprir e na gravidade abstrata do (s) delito (s)**.

Ainda que a defesa insista no **preenchimento dos requisitos legais** por parte dos presos, e muitas vezes demonstrando méritos mais que suficientes em razão de **inúmeras saídas temporárias retornadas** e da **ausência de histórico de faltas disciplinares**, inclusive atestando a realização de **atividades laborerápicas e intelectuais** durante o cumprimento da pena, o douto Magistrado, ignorando o postulado da **individualização da pena**, tem alegado sua **longevidade** como óbice à concessão das benesses pleiteadas.

Isto tem gerado uma grande **revolta** na população carcerária, **desestimulando** os detentos no tocante ao bom comportamento, pois nada adianta retornarem de saídas temporárias ou realizarem trabalho e estudo durante a execução da pena, visto que **não importarão** para a formação do convencimento do Juiz, que tem vistas apenas para a quantidade da pena ainda por cumprir bem como a gravidade dos crimes cometidos.

O que se tem percebido é que todo sentenciado com término de cumprimento de pena previsto para **2.012 ou mais, independente de seu histórico carcerário**, não tem direito ao livramento condicional ou à progressão para o regime aberto.

Para corroborar o alegado, pedimos *venia* para destacar trechos de decisões dando conta da **inidoneidade da fundamentação** da sentença ou do **abuso na livre convicção** por parte do magistrado prolator.

Nos autos nº 471.525, figurando como sentenciado EDSON FERREIRA DOS SANTOS, o regime aberto foi negado com base na quantidade de pena (TCP para 24 de maio de 2016) e na gravidade do delito (roubos qualificados e porte ilegal de arma). Ocorre que na própria decisão o Juiz declarou que o preso foi beneficiado com **DEZESSEIS (16) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E SEM APRESENTAR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

Já nos autos nº 634.675, sentenciado CRISTIANO ALVES DE SOUZA, o regime aberto foi indeferido porquanto o TCP dar-se-á em 27 de fevereiro de 2015 e o requerente foi condenado por roubos qualificados. Porém apresentou prognose positiva, visto que beneficiado com **QUATORZE (14) SAÍDAS TEMPORÁRIAS SEM POSSUIR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

No processo 412.089, o sentenciado JOILSON FLORENTINO DA SILVA, que contava com **TREZE (13) SAÍDAS TEMPORÁRIAS RETORNADAS E SEM TER PRATICADO FALTAS DISCIPLINARES** não foi beneficiado com o regime aberto porque condenado por crimes graves (roubos qualificados e homicídio qualificado) tendo, ainda, expressiva quantidade de pena a resgatar (TCP para 24 de junho de 2017).

Continuando, na execução nº 608.917, o sentenciado EDSON DOS SANTOS não logrou êxito ao regime aberto porquanto condenado por roubos qualificados e pena longa (TCP em 07 de setembro de 2013). Contudo, retornou de **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO COMETEU FALTAS DISCIPLINARES**.

Já na execução nº 484.466, o sentenciado EDUARDO FERREIRA DE MIRANDA não foi beneficiado com o regime aberto, também porque condenado por roubos qualificados e expressivas penas (TCP em 07 de março de 2016), mesmo tendo em seu favor **ONZE (11) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E AUSÊNCIA DE HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

Por fim, o sentenciado RODRIGO PEREIRA DOS SANTOS, autos nº 605.199, teve negado seu benefício ao regime aberto, mesmo contando com **DEZ (10) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO TENDO PRATICADO FALTA DISCIPLINAR**.

Para fins de **livramento condicional** a digna autoridade coatora segue a mesma linha de raciocínio, visto que no processo de CRISTIANO ALVES DE SOUZA indeferiu o benefício porque o TCP está previsto para 27 de fevereiro de 2015, mesmo diante do fato de o sentenciado contar com nada menos que **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E ATESTADO DE BOM DESEMPENHO NA EDUCAÇÃO E ÓTIMO NO TRABALHO**. No mesmo sentido foram as decisões tomadas nos processos nº 665.905 e nº 714.595, cujos sentenciados contavam com **CINCO (05) SAÍDAS TEMPORÁRIAS, TRABALHO E ESTUDO**, respectivamente.

Assim, as decisões do eminente Magistrado têm gerado **reflexos negativos** tanto no **Poder Executivo** como no próprio **Poder Judiciário**.

Isso porque ao negar a progressão ao regime aberto ou o livramento condicional, os presos que geralmente encontram-se custodiados em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena no regime **semi-aberto permanecem** em tal local por **expressiva quantidade de tempo**, gerando no sistema carcerário uma **superlotação** inaceitável.

Tanto é verdade que na região de Bauru há centenas e centenas de sentenciados cumprindo pena em estabelecimento de **segurança máxima** com **regime inicial semi-aberto** ou **já beneficiado com o instituto da progressão** justamente por **FALTA DE VAGAS**.

Para comprovar o alegado, a Defensoria Pública, por intermédio do subscritor, oficiou aos estabelecimentos prisionais da região e requisitou a remessa da relação de presos que se encontram na situação esposada.

Na Penitenciária II de Pirajuí, por exemplo, há **116 (cento e dezesseis) presos aguardando transferência para o regime semi-aberto há mais de 03 (três) meses**. Já na Penitenciária I de Pirajuí, há **209 (DUZENTOS E NOVE)** reeducandos na mesma situação.

Na Penitenciária II de Balbinos, há **77 (setenta e sete) sentenciados no fechado que deveriam estar no semi-aberto, fisicamente falando**.

Vale frisar que faltam outras penitenciárias na relação; apenas demos alguns exemplos da situação caótica da falta de vagas, certamente encontrando-se deste modo por causa de **expressiva contribuição do Magistrado**.

Isso porque, a rotatividade é inerente ao sistema carcerário, sendo certo que **o rigor excessivo no julgamento do regime aberto e do livramento condicional faz com que falem vagas no regime semi-aberto**, gerando constrangimento ilegal não só aos presos juridicamente do semi-aberto, mas fisicamente no fechado, como, também, àqueles que deveriam, por lei, encontrar-se no aberto ou no livramento condicional.

E justamente sobre esta problemática é que o Judiciário não pode e não deve fazer vista grossa atribuindo a culpa com exclusividade ao Executivo, em razão da desídia estatal no tocante à construção de mais estabelecimentos prisionais.

E não é só. As hodiernas e futuras decisões arbitrárias que ora se analisa gerarão – e já têm o feito – **um número expressivo de habeas corpus** e de agravo em execução a serem julgados pelo Egrégio Tribunal de Justiça. Basta analisar que na região de Bauru há cerca de **12.000 (doze mil) processos** em andamento.

À evidência que tal fator tem levado a um **congestionamento do Poder Judiciário**, mormente porque, muitas vezes, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo não tem conhecido das impetrações, o que tem culminado com centenas de *habeas corpus* impetrados mensalmente no Superior Tribunal de Justiça, apenas pela Defensoria de Bauru.

Este Colendo Superior Tribunal, por sua vez, tem entendido majoritariamente, que **é cabível o habeas corpus para sanar a ilegalidade da decisão com base na pena longa**, o que tem feito os autos retornarem ao tribunal *a quo* para análise do mérito, ante a vedação da supressão de instância.

Toda problemática aqui enfrentada poderia ser sanada com a determinação no sentido de que o magistrado de primeiro grau decida acerca dos benefícios com base nos **estritos ditames da lei**, sem que tal implique no desprestígio da livre convicção, o que foi abordado com maior profundidade no tópico supra (fundamentação jurídica).

Sugestão de operacionalização;

Ficou evidente que a decisão discutida na presente tese apresenta fundamentação inidônea geradora de constrangimento ilegal consistente na afronta à liberdade de locomoção

dos sentenciados que preencheram os requisitos legais, porém possuem considerável quantidade de pena ainda por cumprir.

Entendemos perfeitamente cabível a impetração de ***habeas corpus preventivo coletivo*** com o objetivo de afastar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à liberdade dos sentenciados que possuem pedidos de progressão de regime e de livramento condicional pendentes de julgamento.

A veiculação da matéria através do “remédio heróico” é compatível com o rito sumaríssimo e célere do “habeas”, pois se trata de questão exclusivamente de direito, isto é, técnico-jurídica, não havendo falar-se em exame aprofundado de material fático-probatório.

Isso porque a única coisa que se discute é a possibilidade ou a impossibilidade de se decidir pelo não preenchimento do requisito subjetivo (mérito do sentenciado) unicamente em razão da quantidade de pena por cumprir e na gravidade do delito cometido.

No tocante à **coletividade** da ação constitucional, não vemos qualquer embaraço na impetração, pois todos os presos com expressiva quantidade de pena a resgatar incontestavelmente serão violados no direito de ir e vir, uma vez que o magistrado não concederá as benesses pleiteadas, posto que, no seu entendimento, estaria ausente o requisito subjetivo.

Finalmente, a **prevenção** também se mostra em perfeita harmonia com o caso em testilha, pois basta colacionar ao *habeas corpus*, cópias de decisões já proferidas com base na motivação inidônea em comento, para que o tribunal perceba que as futuras sentenças seguirão a mesma razão de decidir.

Ora, ante a imensidão de processos que tramitam perante uma Vara de Execução Criminal, é sabido que, na prática, o juiz acaba alterando apenas o nome do sentenciado, mantendo, no mais, a mesma fundamentação jurídica.

Daí a possibilidade de concluirmos que, se decisões passadas ocasionaram constrangimento ilegal, certamente as futuras ocasionarão.

O maior desafio da Defensoria Pública no caso *sub examine* é convencer o tribunal que não se pretende com a impetração tolher a livre convicção do magistrado, mas sim que o seu convencimento seja formado com base nos ditames legais e constitucionais. Até porque a liberdade de convencimento não é absoluta, mas relativa, sendo a impossibilidade de fundamentação inidônea um importante instrumento de contenção de eventuais abusos por parte do julgador.

O pedido a ser veiculado, portanto, é pela concessão da ordem com a determinação de que o juiz esteja impedido de decidir pela carência do requisito subjetivo com base única e exclusiva na gravidade delitiva e na longevidade da pena.

Outra providência de suma importância seria a **sustentação oral** com o escopo de sensibilizar os desembargadores, principalmente na questão da problemática que vem sendo gerada pela decisão em tela, no tocante à falta de vagas nos estabelecimentos prisionais de semiliberdade e em relação ao congestionamento do Judiciário face ao elevado número de impetrações de *habeas corpus* contra idêntica decisão que vem sendo prolatada em algumas varas de execução criminal.

Na hipótese de **não conhecimento** da impetração restaria, ainda, uma saída, qual seja o ajuizamento de uma **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, posto que a decisão com base na pena longa malfere inúmeros postulados de índole constitucional.

Salvo melhor juízo o *habeas corpus* pode perfeitamente ser utilizado no presente caso; todavia, se este não for o entendimento dos tribunais, cabível a supracitada argüição como única medida de caráter coletivo eficaz para sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade).

Assim, caberia à **ANADEP** o ajuizamento de ADPF preventiva para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. O interessante é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, se acaso desrespeitada, autoriza o ajuizamento de **reclamação**.

Por fim, o objetivo da Defensoria com tais medidas é que, **pelo menos**, a questão venha a ser no futuro, **sumulada** pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, posto que a jurisprudência majoritária caminha pela impossibilidade de fundamentar a decisão com base tão-somente na longevidade da pena.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.

Termos em que,

p. deferimento.

Bauru, 23 de julho de 2009.

MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO

Referências Bibliográficas:

[1] Lammêgo Bulos, Uadi; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, p. 425-6.

[2] *Direito Constitucional*, 15ª ed., Atlas, p. 142.

[3] Lammêgo Bulos, Uadi, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, p. 396.

[4] *Interpretação a aplicação da Constituição*, 6ª ed., Saraiva, p. 224.

[5] *Op. Cit.*, p. 224.

[6] *Op. Cit.*, p. 229.

[7] *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª ed., RT, p. 286.

[8] Rios Gonçalves, Marcus Vinicius; *Novo Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Saraiva, p. 40.

TESE 54

Proponente: leandro de castro silva

Área: execução criminal

Súmula:

A prática de falta grave não interrompe o lapso para concessão de benefícios.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente: art. 5º, vi, I, e vii, da lei 988/06, in verbis:

“artigo 5º - são atribuições institucionais da defensoria pública do estado, dentre outras:

...

vi - promover:

...

*L) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

Vii - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.” (grifo nosso)

Fundamentação jurídica

O código penal, bem como a lep, não prevêem nenhuma hipótese de interrupção do prazo exigido para a obtenção do livramento condicional e/ou progressão de regime. O princípio/garantia da legalidade impede que, por via interpretativa, se crie uma restrição não prevista por lei.

Em matéria de direito penal, o âmbito, quer da interpretação judicial, quer do uso da analogia, está marcado pelo princípio da legalidade, sendo vedado exercê-lo em prejuízo da liberdade individual.

Uma das mais importantes características do direito penal, que o distingue dos demais meios de controle social, é o seu alto grau de formalização. Desta formalização emerge o princípio da legalidade, direcionado a transformar a intervenção penal em um exercício de poder controlado.

A respeito sintetiza claus roxin, “derecho penal, parte general, tomo i, editorial civitas, p. 137/147:“... *Un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal*”.

Ensinam figueiredo dias e costa andrade (in “direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime”- universidade de coimbra, 1996), que não basta a exigência formal da norma para que o conceito de legalidade seja satisfeito. É necessária uma norma determinada e, por isso, certa e estrita.

A taxatividade da norma é imposição que num primeiro momento obriga o legislador, ao definir o campo do punível e, num momento posterior, impõe-se ao juiz, proibindo-o de usar analogia e de criar o campo do punível através de interpretação prejudicial.

Como afirmam figueiredo dias e costa andrade, (obra citada supra, p. 166) “*esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade - por mais evidente que possa ser que teria sido intenção daquele abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos -*

Neste sentido se tornou célebre a afirmação de Franz v. Liszt segundo a qual a lei penal constitui 'a magna charta do criminoso'.

A importância da formalização do direito penal está diretamente ligada às finalidades garantistas do sistema. O princípio da legalidade deve funcionar como uma barreira intransponível a proteger o indivíduo, o delinqüente, frente às intervenções do estado.

Evidentemente, o modelo de legalidade e jurisdicionalidade estritas é o único compatível com o estado de direito, porque é garantista. Evidente também que, em consequência, o juiz, que não é a autoridade competente para estabelecer os requisitos para a concessão do livramento condicional e/ou progressão de regime, não pode ampliar o campo das restrições feitas no próprio diploma normativo.

Romper com os princípios do estado de direito significaria aproximar-se do arbítrio e do totalitarismo.

O princípio da legalidade estrita é irrenunciável, notadamente diante da taxatividade dos requisitos do art. 83 do código penal e art. 112, da lep.

Neste sentido:

“é que sendo a lei sabidamente omissa na questão, não se pode invocar o dispositivo que trata da regressão, analogicamente, em desfavor do sentenciado. Trata-se de mais uma falha da lei de execução penal, uma desatenção do legislador que só pode ser consertada na seara legislativa. A jurisprudência não pode, mesmo em prol da coerência do sistema, estender solução de uma situação para outra, sem arranhar, “data venia” dos que entendem diversamente, o princípio da reserva legal, este sim, princípio de tal importância que tem que ser preservado, mesmo à custa de incoerências pontuais. Não é função do magistrado promover retificação nos equívocos do legislador a qualquer preço, fazendo, “verbi gratia”, ouvidos moucos a norma constitucional e princípio basilar de direito penal.” (agravo em execução n. 1.155.897/1, 16ª câmara, rel. Juiz Eduardo Pereira, j. Em 16.9.99).”

Esse também tem sido o entendimento das 5ª e 6ª turmas do egrégio superior tribunal de justiça, como se pode conferir:

“execução penal. Progressão de regime prisional. Regressão. Novo pedido de progressão. Condições.

Em sede de execução penal, deferido o benefício de progressão de regime prisional e decretada a regressão em face da ocorrência de fuga do condenado, o novo pedido de progressão não se subordina ao cumprimento de um sexto da pena a partir da falta grave, à míngua de previsão legal. habeas corpus concedido. (hc 13.332-são paulo, j. 14.12.2000)”

“habeas corpus. Roubos qualificados. Execução. Fuga. Pedido de progressão. Novo prazo. 1 - após o cometimento de falta grave não é necessário o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado, a contar da transgressão, para que possa postular por nova progressão do regime carcerário, tendo em vista a ausência de previsão legal. 2 - pedido de habeas corpus deferido, para que o tribunal estadual analise o pedido do apenado. (hc n. 15.787-são paulo, j. 03.05.2001). “

Reafirmando sua posição, o superior tribunal de justiça veiculou no informativo nº 0384, de 16 a 27 de fevereiro de 2009, a seguinte decisão:

Informativo nº: 0384 período: 16 a 27 de fevereiro de 2009. 6ª turma. Prazo. Interrupção. Falta grave. A turma, por maioria, concedeu a ordem

de habeas corpus ao entendimento de que o cometimento de falta grave, em tese, não interrompe o prazo para obtenção de futuros benefícios do apenado, pois isso foge totalmente ao espírito da execução penal. [Hc 123.451-rs](#), rel. Min. Nilson naves, julgado em 17/2/2009.

Fundamentação fática

É tema corrente não atuação em processos de execução penal a interrupção do lapso para concessão de benefício, notadamente diante da prática de falta grave. Visando dar interpretação que melhor se coaduna com a recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado, tem a presente tese a intenção de impor a não interrupção do lapso para futuros benefícios.

Sugestão de operacionalização

Aplicação em todos os processos de execução penal, notadamente diante do indeferimento de benefícios, aduzindo a falta do requisito objetivo interrompido pela falta grave.

MODELO

MINUTA DE AGRAVO

Execução n.º 772.715

Agravante: Rafael José da Silva

Agravado: JUSTIÇA PÚBLICA

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLEDA CÂMARA,

ÍNCLITOS JULGADORES:

O Agravante, atualmente cumprindo pena na Penitenciária de Riolândia, cometeu novo crime quando cumpria pena no regime aberto.

Acolhendo requerimento formulado pelo representante do Ministério Público, o MM. Juiz de Direito das Execuções Criminais determinou a alteração do termo inicial do lapso exigido para a progressão do regime, que deverá coincidir com a data da infração, bem como a regressão para o regime fechado.

A decisão, em que pese a fundamentação apresentada pelo digno julgador, não é a que melhor se amolda à lei estrita, especialmente no que tange a interrupção do lapso para novos benefícios.

I - DA INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL

Isto porque, não existe dispositivo legal que imponha a consideração do lapso objetivo “a partir da data da última falta grave cometida”.

As disposições referentes ao período de cumprimento para obtenção de benefício referem-se ao cumprimento do lapso da pena, **sem estipular qualquer fato interruptivo dessa contagem**.

As mesmas considerações podem ser feitas para os benefícios de comutação e indulto, diante dos requisitos constantes dos decretos recentes.

Nada há, outrossim, na Lei 7.210/84, dispositivo que determine termo inicial diverso para contagem de lapso destinado à obtenção de benefícios prisionais.

Assim, se um condenado não reincidente, com bons antecedentes, tendo cumprido mais de um terço da pena, pratica falta grave, poderá, **considerado apenas o requisito de ordem objetiva**, formular pedido de livramento condicional de imediato, pois a lei diz:

“Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:

I – **cumprido mais de um terço da pena** se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;”

(Código Penal) (não há grifos no original)

Assim já se decidiu enfaticamente, como se nota por meio da análise das ementas abaixo transcritas:

Ementa: recurso de agravo. Pedido de progressão ao regime semi-aberto. Sentenciado que já cumpriu o requisito objetivo do artigo 112, da lei de execução penal, tendo cometido falta grave, a qual, por inserida no conceito de comportamento (requisito subjetivo), pode afetar o merecimento para a progressão de regime, porém, **não desconstitui o requisito temporal objetivo**. Réu que apresenta satisfatório requisito de conduta, no grau mínimo exigível para a progressão pleiteada. Recurso provido. (Tribunal de Justiça do Paraná, Agravo em Execução, 1ª Câmara Criminal, Ac. N. 5160, julgamento de 21.05.1992, relator Des. Eros Gradowski) (não há grifos no original).

Ementa: execução penal - progressão de regime - denegação - falta de fundamentos efetivos - provimento do agravo. "a falta grave, inserta no conceito de comportamento (requisito subjetivo), pode ou não prejudicar o merecimento para a progressão de regime. **Não modifica, porém, o requisito objetivo do tempo (pelo menos 1/6) da pena cumprida, como se fora anômala causa interruptiva ou de perda, que a lei de execução penal não deixaria de prever, informada como esta pelo princípio da legalidade'** (TJPR, agr. 4/88, 1a. Cam. Crim., Em 7.4.1988, Ac. U- nan., Rel. Juiz Luiz Viel, RT 630/330). Fazendo jus o a- penado a progressão, por ter cumprido o tempo mínimo da pena (1/6) no regime anterior e por seu comportamento penitenciário, consoante informação e parecer unanime da comissão técnica de classificação, com prognostico, baseado em exame criminológico, favorável, a concessão do benefício não fica sujeita ao "arbitrium iudicis", de- vendo a decisão denegatória apoiar-se em efetivos ele- mentos de convicção em contrario. (Tribunal de Justiça do Paraná, Agravo em Execução, 2ª Câmara Criminal, Ac. N. 4987, julgamento de 09.05.1991, relator Des. Edson Malachini) (não há grifos no original)

esse entendimento.

O E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, outrossim, já deixou claro

"Se o condenado já **cumpriu mais da metade das penas privativas de liberdade aplicadas**, bem desempenhou o trabalho penitenciário designado, mostrou-se apto a prover a própria subsistência por meio de trabalho honesto e comprovou, por atestado de pobreza, a impossibilidade atual de ressarcir os danos causados pelos delitos cometidos, deve-lhe ser concedido o livramento condicional, **inobstante a existência da faltas disciplinares em seu prontuário**" (TACRIM – SP - AE 606.607 - Rel. Haroldo Luz) (não há grifos no original)

Livramento Condicional – Fuga e comportamento inadequado no início da execução – Concessão do benefício – Possibilidade – “O sentenciado que recebe parecer técnico favorável a concessão do livramento condicional tem direito a esse benefício, ainda que tivesse fugido e mantido comportamento inadequado no início da prisão, pois seu passado só pode ser causa impeditiva ao mérito subjetivo e ao próprio livramento condicional se não existirem fatos concretos de sua efetiva transformação.” (TACrim-SP – RA 1007961 – Rel. Cláudio Caldeira). (não há grifos no original)

O que se deve ter em mente é que não se pode estipular causa interruptiva de contagem de lapso temporal para obtenção de benefícios, nitidamente em desfavor do sentenciado, se a lei não o faz (*nulla poena sine lege, nulla lege sine poena stricta*).

Diante disso, deve-se garantir ao sentenciado a possibilidade de formular pedidos de benefícios prisionais, considerado o lapso temporal desde o início do cumprimento da pena.

Desta feita, requer-se seja provido o presente agravo a fim de que se reforme a respeitável sentença de primeiro grau, desconsiderando a falta grave como marco interruptivo para a aferição do requisito objetivo.

São José do Rio Preto, 03 de junho de 2009.

LEANDRO DE CASTRO SILVA

Defensor Público

3ª Defensoria Pública de São José do Rio Preto

TESE 55

Proponente: Samanta Romano Tresinari Grangeiro

Área: Execução Criminal

Súmula:

A Secretaria de Administração Penitenciária deverá enviar, até 60 (sessenta) dias antes do resgate de lapso de cumprimento de pena suficiente para obtenção de benefícios executacionais, Boletim Informativo e Atestado Comprobatório de Comportamento Carcerário do sentenciado, ao Juízo das Execuções Criminais.

Assunto

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para integração ou retorno do sentenciado ao convívio social (artigo 1º, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984).

Para desincumbir-se deste mister, o processo de execução é dinâmico e progressivo, possibilitando ao reeducando a transferência a regime de cumprimento de pena menos rigoroso, ou até mesmo a liberdade, sob condições. Para tanto, o sentenciado deve cumprir determinado lapso de pena previsto na LEP e possuir bom comportamento.

A proposta refere-se à possibilidade de a própria administração penitenciária informar, *ex officio*, ao juízo das execuções criminais, o tempo de cumprimento de pena pelo sentenciado e seu comportamento carcerário, independente do pleito defensivo.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública

Indica-se relação com a atribuição descrita no artigo 5º, incisos III e VII, da Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

O cidadão-presos é sujeito de todos os direitos que não foram atingidos pela sentença ou pela lei.

O cumprimento da pena deve ser compatível com o respeito às garantias fundamentais do condenado. Não se pode olvidar que o princípio-vetor da dignidade da pessoa humana não pode ser excluído do direito à jurisdicionalização da execução criminal.

Este princípio desdobra-se para garantir não apenas o acesso à justiça, ao contraditório, à ampla defesa, mas também à celeridade do processo.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Logo, a progressividade da pena só é assegurada se exercida tempestivamente. O meio de garantir a celeridade da tramitação dos incidentes da execução – concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, remição de pena, entre outros - é o envio imediato, por parte da Secretaria de Administração Penitenciária, dos expedientes dos sentenciados, ao Juízo das Execuções Criminais.

Assim, administração penitenciária e Poder Judiciário desenvolveriam entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo, a atividade execucional^[1].

Fundamentação fática

A serventia das varas de execuções criminais elabora cálculo do término de cumprimento de pena pelo sentenciado, bem como dos lapsos para obtenção de benefícios. Após, o juízo oportuniza à Defensoria Pública manifestação sobre referido cálculo. Diante do resgate (ou na sua iminência) de determinado lapso, o Defensor Público atuante no feito pleiteia a formação de expediente de determinado benefício.

O expediente consiste em Boletim Informativo e Atestado Comprobatório de Comportamento Carcerário emitidos pela Secretaria de Administração Penitenciária.

Com sua vinda, procede-se ao contraditório com manifestação do Ministério Público e da Defesa. Ato contínuo, decide-se.

Evidente o tempo demandado na observância deste procedimento.

A fim de tornar célere a obtenção dos benefícios a que os sentenciados fazem jus, efetivando-se a jurisdicionalização da execução criminal, a Secretaria de Administração Penitenciária enviaria o expediente, independente de pleito, na iminência de resgate de lapso.

Com isto, reduzir-se-iam etapas e o benefício seria deferido tempestivamente.

Sugestão de operacionalização

A proposta pode ser operacionalizada por meio de uma rede informatizada interligada à Secretaria de Administração Penitenciária que agende a data de resgate de cumprimento de pena pelos sentenciados, possibilitando-lhe enviar ao juízo de execuções criminais o expediente do reeducando em tempo hábil (até 60 dias antes do resgate do lapso).

Referências Bibliográficas:

^[1] GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

TESE 78

Proponente: Alexandre Orsi Netto

Área: Execução Criminal

Súmula:

A imposição de pena restritiva de direitos como condição especial de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto importa dupla punição pelo mesmo fato.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;” (grifo nosso).

Fundamentação jurídica

É cediço que o artigo 115 da Lei das Execuções Criminais^[1] faculta ao magistrado a fixação de condições especiais, além das legais ali mencionadas, para o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto.

Todavia, referido dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, devendo o hermeneuta analisá-lo combinadamente com a legislação penal, notadamente o artigo 44 do Código Penal^[2].

Neste contexto, verifica-se que a pena restritiva de direitos, de que é espécie a prestação de serviços à comunidade, é pena autônoma em relação à pena privativa de liberdade e não perde esta característica apenas pela tinta da caneta do magistrado que entende possível transformá-la em “mera” condição de cumprimento de pena do regime aberto.

Esse é o entendimento predominante nas cortes brasileiras, *in verbis*:

“O art. 44 do Código Penal é claro ao afirmar a natureza autônoma das penas restritivas de direitos que, por sua vez, visam substituir a sanção corporal imposta àqueles condenados por infrações penais mais leves.

Assim, diante do caráter substitutivo das sanções restritivas, vedada está sua cumulatividade com a pena privativa de liberdade, salvo expressa previsão legal, o que não é o caso dos autos[3].”

“Como é cediço, o artigo 115, da LEP, reza que o Magistrado poderá estabelecer condições especiais para o regime aberto, além das obrigatórias ali enumeradas. Como parâmetro dessas condições, estão as estabelecidas para o livramento condicional e para o sursis, elencadas no artigo 132, da LEP e no artigo 78, § 1º, do Código Penal. Entretanto, por óbvio, ficam excluídas as condições que constituam modalidade de pena autônoma, como o é a prestação de serviços à comunidade, dada a impossibilidade de fixação concomitantemente com a pena privativa de liberdade[4].”

“De outra parte, nos termos do *art. 44 do Código Penal*, apenas restritiva de direito tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade: não há, portanto, aplicá-las cumulativamente[5].”

“Tal interpretação está arrimada no art. 44, do Código Penal, que estabelece que *“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade...”*, vale dizer, sendo autônomas, não podem ser fixadas concomitantemente como condição especial da pena privativa de liberdade[6].”

Do contrário, subvertido restaria o arcabouço jurídico penal pátrio, podendo o juiz, a seu sabor ou dissabor, impor para o usufruto do regime aberto a pena pecuniária, a pena de multa e tantas outras concomitantemente, aplicando ao mesmo fato punitivo mais de uma pena não prevista em seu preceito secundário.

Assim, a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição especial para usufruto do regime aberto viola irremediavelmente o princípio do *ne bis in idem*.

Neste sentido, a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça:

“A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é prevista como pena autônoma, restritiva de direitos, e sua aplicação conjunta com a pena privativa de liberdade constituiria *bis in idem*[7].”

“Admitir a possibilidade de fixar a prestação de serviços como condição do regime aberto implica também, por via reflexa, em permitir que o sentenciado cumpra duas modalidades de pena pela mesma prática delitiva sem que haja cominação iugai para tanto. Daí decorre a afronta ao princípio da legalidade, com assento constitucional no XXXIX, do artigo 5º, da CF, também previsto no artigo 1º, do Código Penal[8].”

Por todo o exposto, mostra-se ilegal a imposição de prestação de serviços à comunidade no cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto.

Fundamentação fática

É tema corrente na atuação em processos de execução penal a fixação pelos magistrados da prestação de serviços à comunidade como condição para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, seja quando a pena restritiva de direitos é convertida em privativa de liberdade, seja quando o sentenciado é progredido do regime semiaberto ao aberto.

Sugestão de operacionalização

Aplicação nos processos de execução penal, quando o juiz impuser aludida condição para que o sentenciado possa permanecer em cumprimento de sua pena no regime aberto, seja através de agravo em execução penal, seja através de habeas corpus, notadamente por ser matéria essencialmente de direito, perfeitamente perscrutável pelo remédio heróico.

MODELO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR

IMPETRANTE: ALEXANDRE ORSI NETTO

PACIENTE: JONAS ROBERTO ALMEIDA GONÇALVES

IMPETRADO: JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SOROCABA - PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL Nº 767.935

Alexandre Orsi Netto, brasileiro, solteiro, **Defensor Público do Estado de São Paulo** lotado na Regional de Sorocaba, onde exerce suas atribuições legais, vem respeitosamente perante Vossa Excelência impetrar a presente ordem de **HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR** em favor de ***Jonas Roberto Almeida Gonçalves (Processo de Execução Criminal nº 767.935)***, em face do em face do **E. Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba**, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

CABIMENTO DO HABEAS CORPUS

É notória a celeuma acerca do cabimento de Habeas Corpus nos casos em que exista recurso específico para tanto. Uma corrente jurisprudencial entende que nestes casos o *writ* não deve ser conhecido.

Data venia, referida posição é equivocada uma vez que a própria origem do remédio heróico remonta à sua possibilidade sempre que houver coação à liberdade de locomoção de qualquer pessoa.

Outrossim, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal não há qualquer óbice em preferir a impetração do *writ* ao processamento de eventual recurso, quando a decisão combatida for violadora da liberdade de ir e vir do paciente e esta estiver devidamente comprovada documentalmente.

Outra não é a posição do Augusto Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte tem se posicionado no sentido de que, não obstante a previsão de recurso específico para o caso em tela, qual seja, o agravo em execução (art. 197 da Lei de Execuções Penais), é admissível a utilização do *mandamus* na espécie, dada a possibilidade de lesão ao direito do paciente (Precedentes)” [9].

No mesmo sentido, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“O *habeas corpus* constitui ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ‘o *habeas corpus* é remédio constitucional de maior amplitude, destinado à proteção do direito de liberdade de locomoção contra toda a espécie de ilegalidade’ (Recursos no Processo penal, SP: RT, 1996, p. 345).

Trata-se de instrumento mais ágil, que visa assegurar a tutela do direito que se quer garantir. Nem mesmo a previsão de recurso específico impede a impetração de *habeas corpus* desde que a ilegalidade tenha o respaldo de prova pré-constituída(...).

Assim sendo, por votação unânime, conheceram a presente da impetração e, convalidada da liminar, concederam a presente ordem de *habeas corpus* para assegurar em definitivo ao paciente o direito à progressão de regime(...)”[10].

Também esclarecedor sobre o tema é julgado *in verbis*:

“O Judiciário deve afastar digressões burocráticas, principalmente quando se tratam de casos concretos onde a situação vivenciada pelo cidadão tem o vício da inconstitucionalidade. Daí a soberba natureza do HC, para corrigir, sem delongas, a ilegalidade de um ato”[11].

Como se vê, o conhecimento do presente *writ* nada mais é do que dar vigência ao artigo 5º, LXVIII, da Constituição da Federal, pois o que se pretende aqui é apenas o afastamento de uma condição ilegal fixada pela autoridade coatora para que o paciente usufrua do regime aberto de cumprimento de pena, matéria estritamente de direito, perfeitamente perscrutável, portanto, por meio do presente *mandamus*.

PEDIDO LIMINAR

DOUTO DESEMBARGADOR-RELATOR

É cediço que a medida liminar em ação de Habeas Corpus longe está de ser a regra, pois decorre de fatos excepcionais, somente possível quando a violência praticada ao direito de locomoção do paciente está sobejamente comprovada por documentos que instruem o *writ*, bem como na configuração de risco de a demora no julgamento final da ordem trazer um prejuízo de impossível ou difícil solução.

Contudo, no caso em testilha estes dois requisitos restam demonstrados nos autos.

Com efeito, o *fumus bonis juris* está configurado, consoante se depreende da análise da prova documental em anexo.

Já o *periculum in mora* mostra-se evidente, haja vista que o paciente teve convertida a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade em **regime inicial ABERTO**, com a fixação da condição especial de prestar serviços à comunidade, o que, *data venia*, constitui *bis in idem* vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Logo, diante dos fatos acima expostos, constata-se que a demora no julgamento do presente *writ* acarretará grave violação ao direito de locomoção do paciente.

Outrossim, caso descumpra essa condição, que em sua gênese é ilegal, durante o trâmite do presente writ, será regredido de regime, o que demonstra a urgência no deferimento da liminar.

Sendo assim, presentes os requisitos para a antecipação dos efeitos do *writ*, requer-se a concessão da medida liminar pleiteada, antes mesmo da requisição de informações à autoridade coatora, a fim de que a condição especial de o paciente prestar serviços à comunidade durante o cumprimento de sua pena em regime aberto fique suspensa até o julgamento final desta ordem.

DOS FATOS

O paciente teve convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade no regime aberto em 15 de abril de 2009. Ocorre, no entanto, que o Douto Juízo da Vara das Execuções Criminais da comarca de Sorocaba, ora autoridade coatora, impôs como condição especial para o usufruto do regime mais brando a prestação de serviços à comunidade.

É cediço que o artigo 115 da Lei das Execuções Criminais autoriza o magistrado a prescrever condições especiais, além das legais ali mencionadas. Todavia, referido dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, devendo o hermeneuta analisá-lo combinadamente com a legislação penal, notadamente o artigo 44 do Código Penal.

Neste contexto, verifica-se que a pena restritiva de direitos, de que é espécie a prestação de serviços à comunidade, é pena autônoma em relação à pena privativa de liberdade e não perde esta característica apenas pela tinta da caneta do magistrado que entende possível transformá-la em “mera” condição de cumprimento de pena do regime aberto.

Neste diapasão, vejam o entendimento esposado por este E. Tribunal de Justiça:

“Como é cediço, o artigo 115, da LEP, reza que o Magistrado poderá estabelecer condições especiais para o regime aberto, além das obrigatórias ali enumeradas. Como parâmetro dessas condições, estão as estabelecidas para o livramento condicional e para o sursis, elencadas no artigo 132, da LEP e no artigo 78, § 1º, do Código Penal. Entretanto, por óbvio, ficam excluídas as condições que constituam modalidade de pena autônoma, como o é a prestação de serviços à comunidade, dada a impossibilidade de fixação concomitantemente com a pena privativa de liberdade[12].”

“De outra parte, nos termos do *art. 44 do Código Penal*, pena restritiva de direito tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade: não há, portanto, aplicá-las cumulativamente[13].”

“Tal interpretação está arrimada no *art. 44, do Código Penal*, que estabelece que “*as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade...*”, vale dizer, sendo autônomas, não podem ser fixadas concomitantemente como condição especial da pena privativa de liberdade[14].”

Do contrário, subvertido restaria o arcabouço jurídico penal pátrio, podendo o juiz, a seu sabor ou dissabor, impor para o usufruto do regime aberto a pena pecuniária, a pena de multa e tantas outras concomitantemente,

aplicando ao mesmo fato punitivo mais de uma pena não prevista em seu preceito secundário. Evidente, portanto, que restou violado *in casu* o princípio do *ne bis in idem*.

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

“A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é prevista como pena autônoma, restritiva de direitos, e sua aplicação conjunta com a pena privativa de liberdade constituiria *bis in idem*[\[15\]](#)”.

Como se vê, patente a ilegalidade praticada pela autoridade coatora que restringiu a liberdade de locomoção do paciente.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer sejam concedidas a medida liminar pleiteada e, ao final, a ordem definitiva, julgando-se procedente a pretensão impetrada no presente *writ*, para anular a condição especial de prestação de serviços à comunidade imposta pela autoridade coatora para que o paciente usufrua do regime aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade a que tem direito.

Termos em que,

Espera deferimento.

Sorocaba, 03 de novembro de 2009.

Alexandre Orsi Netto

Defensor Público

Referências Bibliográficas:

[\[1\]](#) Art. 115. “O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado”.

[\[2\]](#) [Art. 44](#) – “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”.

[\[3\]](#) STJ - HC 139.448/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 27.11.2009.

[\[4\]](#) TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.184272-6 – 16ª Câmara Criminal – Rel. Des. Newton Neves.

[\[5\]](#) TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.027222-5, 5ª Câmara Criminal – Re. Des. Carlos Biasoti.

[\[6\]](#) TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.077023-3 – 11ª Câmara Criminal – Re. Des. Oliveira Passos.

[7] TJ/SP – Agravo em Execução Penal 990.08.056494-3 – 16ª Câmara Criminal – Rel. Des. Leonel Costa.

[8] TJ/SP – HC 990.09.128269-7 – 2ª Câmara Criminal – rel. Des. Francisco Orlando.

[9] HC 50099/MS – Relator Min. Félix Fischer – Quinta Turma – julgado em 02/02/2006 – publicado em 27/03/2006.

[10] TJ/SP – HC 1.045.142.3/0-00 – 12ª CCrim, Rel. Dês. Angélica de Almeida, VU.

[11] TJ/SP – HC nº 1.017.043-3/8, 7ª C. Crim., Rel. Des. Cláudio Caldeira, VU (sem destaque no original).

[12] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.184272-6 – 16ª Câmara Criminal – Rel. Des. Newton Neves.

[13] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.027222-5, 5ª Câmara Criminal – Re. Des. Carlos Biasoti.

[14] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.077023-3 – 11ª Câmara Criminal – Re. Des. Oliveira Passos.

[15] TJ/SP – Agravo em Execução Penal 990.08.056494-3 – 16ª Câmara Criminal – Rel. Des. Leonel Costa.2

TESE 79

Proponente: Juliana Araújo Lemos da Silva Machado

Área: Execução Criminal

Súmula:

A presa gestante ou lactante tem direito a prisão domiciliar especial quando não houver vaga em estabelecimento penal adequado.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos III, VI, “b”, “c”, “i”, VII, da Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de Janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

Dentre os direitos humanos assegurados expressamente pela Constituição Federal, estão o direito social à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação. É o que dispõem o **artigo 5º, inciso L, e o artigo 6º, caput, da Carta Magna**:

“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:

[...]

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

“Art. 6º. 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 11.942/2009 deu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 83 e ao artigo 89 da **Lei de Execução Penal**, para o fim de assegurar, expressamente, às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses, prevendo ainda que as penitenciárias de mulheres deverão obrigatoriamente dispor de espaços adequados ao acolhimento de gestantes e parturientes:

“Art. 83.

§2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

“Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, **a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente** e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Por sua vez, o **Estatuto da Criança e do Adolescente** assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, e também acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação inclusive no caso de mães privadas da liberdade:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”.

“Art. 9º. O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

E a **Lei de Execução Penal** é enfática ao prever que as pessoas condenadas ao cumprimento de pena não poderão sofrer nenhuma mitigação de direitos que não tenha sido determinada na própria sentença ou na lei, vale dizer, no caso dos condenados à pena privativa de liberdade, estes conservam todos os demais direitos de que são titulares. É o que preceitua o artigo 3º:

“Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

A conservação de direitos, com maior razão, é regra que se aplica também aos presos provisórios, havendo na Lei de Execução Penal disposições que asseguram sua aplicação aos presos ainda não definitivamente condenados (artigo 2º, parágrafo único, artigo 42, artigo 82).

Inúmeras, no entanto, são as mulheres presas – em caráter provisório ou definitivo – que se encontram recolhidas em estabelecimentos penais superlotados, insalubres e desprovidos de estrutura física para acolhimento quer de presas em estágio avançado de gravidez, sem condições para um adequado acompanhamento médico pré e perinatal, quer de presas que já deram à luz e assim são privadas da devida assistência pós-natal e, sobretudo, da necessária amamentação de seus filhos, não raras vezes entregues a parentes ou entidades de acolhimento.

Diante de casos concretos é que a jurisprudência pátria vem reconhecendo os direitos das mulheres encarceradas, assegurando-os, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, aplicando, nestes casos, por analogia com as hipóteses do artigo 117 da LEP, uma espécie de **prisão domiciliar especial**.

É o que se vê no julgado abaixo transcrito do Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**:

HABEAS CORPUS Nº 115.941 - PE (2008/0207028-0)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CR). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos.

2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro.

3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

"É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o direito da criança. Estabelece o art. 227 da Constituição 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, 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'.

(...)

No caso concreto, a criança, que se encontra em outro Estado e sob os cuidados da avó (que também está em situação difícil, em razão da senilidade e da perda recente do esposo), precisa da proteção materna, de modo que, entendo cabível a prisão domiciliar" (fls. 179/180).

Esta Sexta Turma tem admitido a concessão da prisão domiciliar mesmo em casos de presos provisórios ou de condenados ao regime semi-aberto, quando a medida se mostrar necessária diante das peculiaridades do caso concreto, em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito:

"(...)

1. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a condições incompatíveis com a dignidade humana, um dos fundamentos sobre o qual repousa a República Federativa do Brasil, bem como em local mais gravoso que o estabelecido na condenação.

2. Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar.

3. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu.

4. Ordem concedida." (STJ, Sexta Turma, HC 96719/RS, Relator(a)

Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO

TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 28/04/2008)

"(...)

4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes.

5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente.

6. Recurso parcialmente provido." (STJ, Sexta Turma, RHC 22537/RJ,

Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA

DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 12/05/2008)

Ante o exposto, **concedo a ordem** para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

É como voto.

A hipótese se assemelha aos casos em que, ante a falta de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena a que faz jus o sentenciado, a este é concedido o direito de aguardar vaga em regime menos gravoso, no caso, o aberto. Nesse sentido as seguintes decisões, inclusive do **Superior Tribunal de Justiça** e do **Supremo Tribunal Federal**:

"O preso não pode ser punido pela falta de estrutura carcerária do Estado. Habeas corpus é instrumento apto a sanar tamanha ilegalidade. Se não há vagas no regime de cumprimento de pena adequado - e determinado pelo

Juízo da Execução -, assiste ao sentenciado o direito de aguardar em regime aberto pela determinada. Fixado o prazo de 48 horas para a transferência do sentenciado para o regime adequado. Caso não seja cumprido, será expedido alvará de soltura para que aguarde no regime aberto a vaga apropriada” (TJSP. Habeas Corpus nº. 990.09.297.697-4 7º Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Christiano Kuntz. DJ: 04/02/2010)

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INCOMPATÍVEL. AUSÊNCIA DE VAGA EM COLÔNIA AGRÍCOLA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.

I - Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a regressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas no regime para o qual regrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o aberto. O que é inadmissível é impor ao apenado, regredido ao regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado (Precedentes).

II - Na espécie, o paciente, condenado ao cumprimento da reprimenda em regime aberto, regrediu ao regime semiaberto, mas, em virtude da ausência de vagas em estabelecimento adequado, foi recolhido à Presídio de Segurança Máxima. Ordem concedida.” (STJ. HC nº 110.569/MS – 5º Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 04/06/2009)

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA.

I - Consignado no título executivo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II - À falta de local adequado para o semi-aberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga.

III- Ordem concedida.” (STF. HC nº 94.526/SP – 1º Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 24/06/2008)

E, havendo a mesma razão, o mesmo deve ser o direito: se não há vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de lactante ou gestante, deve a mulher ser colocada em prisão domiciliar, suprindo, dessa forma, a ineficiência do sistema prisional mantido pelo Estado.

Configura, pois, constrangimento ilegal o encarceramento de mulheres gestantes ou lactantes em estabelecimento penal inadequado à sua condição especial, cabendo ao juiz da execução criminal sanar a ilegalidade por meio da concessão, em caráter especial, de prisão domiciliar, zelando, assim, pelo correto cumprimento da pena (artigo 66, inciso VI, da Lei de Execução Penal).

Negar à mulher presa o direito ao devido acompanhamento médico pré, peri e pós-natal e o direito de cuidar e amamentar seus filhos é, sem dúvida alguma, impingir-lhe o cumprimento de uma pena desumana, cruel, que contraria todos os princípios de humanização das sanções penais, de modo que, em última instância, o que está em jogo é a **dignidade** da pessoa presa, violada em seus direitos fundamentais por uma circunstância a que não deu causa e pela qual não pode ser penalizada: a notória falha do Estado na

manutenção de um sistema prisional caótico, que não resguarda os mais elementares direitos dos cidadãos encarcerados.

O respeito ao **princípio da dignidade da pessoa humana**, fundamento do Estado brasileiro constituído em **Estado Democrático de Direito**, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontra incontável número de mulheres em nosso País, o que poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher presa quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de gestante, parturiente ou lactante.

Fundamentação fática

É notória a falha do Estado brasileiro na manutenção de estabelecimentos penais adequados para o recolhimento de mulheres grávidas e de mulheres que tenham dado à luz e estejam em período de amamentação de seus filhos.

No caso específico do Estado de São Paulo, faltam vagas em estabelecimentos desse tipo, o que tem gerado situações freqüentes em que mulheres gestantes ficam sem o devido acompanhamento médico até os estágios mais avançados da gravidez, bem como situações em que mulheres são separadas de seus filhos logo após o nascimento, sendo estes entregues a familiares ou a entidades de acolhimento, ficando privados de amamentação.

Sendo assim, ante a concreta falta de vagas em estabelecimentos penais adequados, somente a concessão de uma prisão domiciliar especial poderá remediar a falha do Estado no sentido de garantir os direitos das presas gestantes e lactantes, possibilitando que, no meio aberto, possam buscar a necessária assistência médica pré, peri e pós-natal, bem como possam permanecer em casa a fim de amamentar e cuidar de seus filhos.

Sugestão de operacionalização

Primeiramente, por meio de simples petição, requerimento dirigido ao juiz da execução criminal pleiteando a concessão de prisão domiciliar especial ante a falta de vaga em estabelecimento penal adequado e, caso indeferido o pedido, a impetração de "Habeas Corpus" junto ao Tribunal de Justiça do Estado e, caso necessário, sucessivamente, aos Tribunais Superiores.

Em caso de presas gestantes, sugere-se o seguinte pedido:

"Pelo exposto, requer-se seja concedido o benefício da prisão domiciliar, mediante o cumprimento de condições a serem estabelecidas por este r. Juízo, pelo tempo que resta até o parto e, após este, pelo período mínimo de 6 (seis) meses a fim de que possa cuidar e amamentar seu filho."

E em caso de presas que já tenham dado à luz o filho, sugere-se:

"Pelo exposto, requer-se seja concedido o benefício da prisão domiciliar, pelo período mínimo de 6 (seis) meses, mediante o cumprimento de condições a serem estabelecidas por este r. Juízo, a fim de que possa cuidar e amamentar seu filho."

TESE 80

Proponente: Vanessa Pellegrini Armenio

Área: Execução Criminal

Súmula:

A pedido do sentenciado é possível a alteração da pena restritiva de direito imposta na sentença condenatória pelo juízo da execução criminal.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c”, e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Fundamentação jurídica

A questão que envolve a possibilidade de haver conversão de uma pena restritiva de direito por outra do mesmo gênero pelo juízo da execução criminal, embora não seja muito discutida na doutrina e jurisprudência, é de grande relevância para a prática dos profissionais que atuam na área afeta ao cumprimento destas reprimendas e, principalmente, para aqueles que foram condenados a cumpri-las.

Isso porque, como é de conhecimento de todos os operadores da área jurídica, as penas restritivas de direito são substitutivas das privativas de liberdade. Assim, o juiz do processo de conhecimento, ao aplicar o artigo 44, do Código Penal, que permite esta substituição, muitas vezes não avalia a condição pessoal do apenado sobre a real possibilidade do cumprimento desta sanção, a qual, no final, sequer atinge o início de sua execução, diante da impossibilidade encontrada.

E o sentenciado, ao ser surpreendido com a intimação da sentença condenatória para dar início à execução da pena substituída, sob pena de prejudicar o seu sustento ou até mesmo o seu emprego ou estudo, não raro, se encontra impossibilitado de cumprir fielmente suas disposições.

Para reverter a situação, estes beneficiários, diante da constatada e comprovada impossibilidade de cumprir a pena originariamente imposta, buscam sua conversão por outra do mesmo gênero, deixando evidente que o seu intuito não é se furtar à aplicação da pena, mas adequar o seu cumprimento de acordo com a realidade vivenciada naquele momento.

Mas os juízes, a doutrina e os tribunais, em sua maioria, não aceitam o pedido de modificação na fase executória e argumentam no fato de não haver previsão legal neste sentido, já que o artigo 148 da Lei de Execução Penal apenas permite a alteração superveniente na forma do cumprimento destas penas restritivas de direito, não tratando expressamente da questão relativa à alteração superveniente, pelo juiz da execução, de uma espécie de pena restritiva por outra do mesmo gênero, o que, ao final, importaria em violação à coisa julgada material que produziu a sentença condenatória.

É certo que a lei de execução penal, no artigo 148, autoriza a modificação na forma do cumprimento da pena para ajustá-la às condições pessoais do apenado. No entanto, nada impede seja convertida em outra modalidade de pena do mesmo gênero, sem que isso implique ofensa à coisa julgada.

Isso porque, cabe ao Juiz da execução, analisando a situação em concreto de cada sentenciado (situação esta que nem sempre ocorre perante o juiz da condenação), amoldar a pena restritiva de direito às condições pessoais do beneficiário. Assim, provada a impossibilidade no cumprimento daquela inicialmente aplicada, nada mais razoável que se converta em outra do mesmo gênero prevista na legislação, como forma de garantir a observância da individualização da pena na execução penal.

Destaque-se que, em casos como tais, o beneficiário justifica e comprova a impossibilidade na execução da pena que lhe foi imposta, demonstrando o seu interesse no cumprimento da reprimenda e comprometimento com a justiça, tanto que, assim que intimado, procura meios de obter uma melhor forma de efetivar os comandos da sentença, evitando o seu descumprimento injustificado.

Deve ser levado em consideração que a sentença que substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direito tem natureza *rebus sic stantibus*, devendo ser analisadas, no momento do cumprimento efetivo da pena, as reais condições do apenado para adequá-lo às suas possibilidades, fazendo prevalecer a restrição de direitos em detrimento da privação de liberdade, para que se atinja o objetivo maior da execução penal dentro do Estado Democrático de direito, de forma a proporcionar reais *condições para a harmônica integração social do condenado*.

Fundamentação fática

É possível que o sentenciado, ao ser intimado da sentença condenatória para dar início ao cumprimento da pena, seja surpreendido com a aplicação de uma pena restritiva de direito impossível de ser cumprida, seja porque não foram observadas as suas condições pessoais no momento da aplicação da sanção, seja porque surgiram fatos novos que impossibilitaram a execução na espécie e forma estabelecida na sentença.

Cite-se o exemplo real de uma pessoa condenada irrecorrivelmente a pagar 05 salários mínimos para uma entidade pública, que, intimado para dar início à execução, comparece na Defensoria Pública e relata a sua precária situação financeira e social, comprovando estar desempregado, com filho pequeno portador de sérios problemas de saúde (que contava inclusive com a ajuda do Estado no oferecimento dos medicamentos necessários) e vivendo da ajuda de vizinhos, que doava os alimentos para a subsistência de sua família, fato este devidamente declarado por estas pessoas. Ao final, por requerimento do próprio beneficiário, deve ser requerida a substituição da prestação pecuniária por prestação de serviços à comunidade ao juiz da execução. Na ocasião, o próprio sentenciado admite que, assim agindo, responde na mesma altura aos anseios da sociedade, de forma justa, cumprindo com sua responsabilidade penal de forma útil e sem o comprometimento de sua subsistência e de sua família.

E o juiz da execução, inegavelmente, baseado no princípio da individualização da pena que deve nortear a fase de cumprimento da pena, poderia alterar não apenas a forma de cumprimento destas sanções, mas a própria pena restritiva de direito em si, substituindo-a por outra do mesmo gênero, mas compatível com as condições pessoais do condenado apresentadas na fase executória.

Sugestão de operacionalização

Requerimento, através de simples petição, instruída com os documentos comprobatórios da impossibilidade de cumprimento, seja pelo surgimento de fatos novos, seja, enfim, porque ficou demonstrado que não houve contato direto com o sentenciado, pelo juízo do conhecimento, a respeito da possibilidade no efetivo cumprimento da pena imposta.

MODELO

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA ____ VARA DO JURI E EXECUÇÃO CRIMINAL DA COMARCA DE _____

PROCESSO Nº 821963

RICARDO GOMES DE OLIVEIRA, já qualificado nos autos em epígrafe, vem à preclara presença de Vossa Excelência, por intermédio da Defensora Pública que esta subscreve requerer a conversão da Pena restritiva por outra do mesmo gênero e suspensão da execução da pena de multa pelos motivos que passa a expor.

O sentenciado compareceu na Defensoria Pública, requerendo a substituição da pena consistente em prestação pecuniária por **prestação de serviços à comunidade ou por limitação de final de semana**. Alegou não ter condições financeiras de pagar o salário mínimo, eis que, atualmente, encontra-se desempregado, com filho pequeno e recebendo ajuda de amigos para subsistência de sua família (ver documentos anexos).

É certo que a lei de execução penal autoriza a modificação na forma do cumprimento da pena para ajustá-la às condições pessoais do apenado. No entanto, nada impede seja convertida em outra modalidade de pena do mesmo gênero, sem que isso implique ofensa à coisa julgada.

Isso porque, cabe ao Juiz da execução, analisando a situação em concreto de cada sentenciado (situação esta que não ocorre perante o juiz da condenação na maioria das vezes), amoldar a pena restritiva de direito às condições pessoais do beneficiário. Assim, provada a impossibilidade no cumprimento daquela inicialmente aplicada, nada mais razoável que se converta em outra prevista na legislação.

Deve ser levado em consideração que a sentença que substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direito tem natureza *rebus sic stantibus*, devendo ser analisadas, no momento do cumprimento efetivo da pena, as condições do apenado.

No presente caso, ainda vale destacar que o sentenciado tem demonstrado interesse no cumprimento da pena e comprometimento com a justiça, tanto que, assim que intimado, compareceu nesta Instituição para encontrar uma melhor forma no cumprimento.

No sentido da admissibilidade de alteração superveniente na forma de execução de penas restritivas de direito, a jurisprudência assim se posicionou:

*“(...) 3. A individualização da pena é feita não somente na fase judicial, mas, também, na executória. 4. Nos termos do disposto no art. 45 do CP, e arts. 66, inciso V, alínea “a”, e 148 da Lei 7.210/84, ao juízo da execução penal é dado alterar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos, **no sentido de convertê-la em outra sem que isso represente afronta à sentença penal condenatória, transitada em julgado.** 5. Modificação de pena restritiva de direito que não se operou por simples conveniência do agravado, mas em razão de ter restado demonstrado que o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas estaria a importar em prejuízo na jornada normal de trabalho e de estudo do agravado, em literal violação ao disposto no art. 46, §3º, do CP e art. 149, §1º, da LEP. 6. Agravo improvido” (TRF 3ª R. – 5ª T. – Agr. Em execução 105/SP – Rel. Suzana Camargo – j. 12.11.2002). (g.n.).*

E ainda:

“Uma vez estabelecida a forma de cumprimento das penas restritivas de direitos em audiência onde é avaliada a condição pessoal do apenado e tendo havido expressa concordância deste, não há falar em modificação posterior injustificada. A modificação da forma de cumprimento da pena restritiva de direito é possível à luz do disposto no art. 148, da Lei 7.210/84, desde que haja razões para tanto, devidamente comprovada”. (Agr. Em execução 2002.04.01.013799-0/RS – Rel. José Luiz B. Germano da Silva – DJU 19.06.2002, P. 1210 e Bol. IBCCRIM 120/158).

Pretende, portanto, que sua pena restritiva de direito consistente em prestação pecuniária seja convertida em outra do mesmo gênero.

Sendo certo que daí poderá honrar o compromisso sem comprometimento da sua subsistência e de sua família, pois dessa forma poderá também ser útil à sociedade, de uma forma até mais efetiva, requer digno-se V. Exa.

acolher a justificativa do sentenciado para CONVERTER a prestação de serviços à comunidade em prestação pecuniária ou limitação de final de semana.

Termos em que, pede Deferimento.

Ribeirão Preto, 18 de agosto de 2015.

Vanessa Pellegrini Armenio

Defensora Pública

TESE 81

Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado

Área: Execução Criminal

Súmula:

O pressuposto quantitativo exigido no art. 83, caput, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1.988.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais;

Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea “I” e inciso VII, ambos da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: “São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição” e “atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”.

Fundamentação jurídica;

Ao compulsar-se a **Exposição de Motivos do Código Penal** brasileiro (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) percebe-se que, no tocante às penas, foi instituída “uma **política criminal** orientada no sentido de proteger a sociedade” através da **restrição** da pena privativa de liberdade “aos casos de **reconhecida necessidade**”, deixando claro que a *mens legislatoris* foi a de encarar tal reprimenda como sendo a **ultima ratio**.

Nesse sentido, e levando em conta o caráter **excepcional** da pena privativa de liberdade, se buscou **outras sanções** para “**delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves**”.

A limitação da pena privativa de liberdade, reservada aos casos supracitados, fundamentou-se “em fatos de crescente importância social, tais como (...) as conseqüências **maléficas** para os infratores **primários**, ocasionais ou responsáveis por delitos de **pequena significação**”. Assim, fala-se em uma “*procura mundial* de soluções **alternativas** para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade”.

Daí que importantes direitos alternativos à pena de prisão foram instituídos pelo legislador, tal como o **livramento condicional**, forma de cumprimento de pena baseada na fiscalização à distância do cidadão preso, que terá que cumprir inúmeras condições a serem fixadas pelo juiz.

Ocorre que a exigência do **pressuposto quantitativo** elencado pelo legislador no **caput** do art. 83 do Código Penal, como condição para o início da verificação dos requisitos quantitativos e qualitativos dos incisos, *data venia*, resultou **dissonante da política criminal** baseada na teoria do **direito penal mínimo**, adotada na **exposição de motivos** daquele *codex*.

Ora, não se mostra **razoável** a sujeição de um direito tão amplo como o livramento condicional somente aos condenados cuja pena privativa de liberdade seja igual ou superior a 02 (dois) anos. Segundo autorizado magistério doutrinário a intenção do legislador foi a de reservar direitos mais amplos que o livramento condicional, tais como o *sursis* e a substituição por pena alternativa, para o condenado a pena privativa de liberdade inferior a 02 (dois) anos.

Contudo, **olvidou-se o legislador** que há hipóteses pelas quais **não teria cabimento**, em tese, os direitos elencados de maior abrangência, como, por exemplo, **o não cabimento do *sursis* para o reincidente em crime doloso ou a impossibilidade de substituição da pena de prisão por uma alternativa no caso de reincidência específica em tais delitos**.

Poderíamos citar, também, a hipótese do art. 33, § 4º e art. 44, ambos da Lei nº 11.343, de 23-08-2006, que **proíbem – de forma inconstitucional como reconheceu o C. Supremo Tribunal Federal (HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010) – a concessão de tais direitos a traficante condenado a uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão**.

Em verdade a doutrina **pouco comenta** a respeito desta questão. ROGÉRIO GRECO, por exemplo, sustenta a **necessidade de interposição de apelo para aumentar a pena a fim de atingir o pressuposto quantitativo mínimo**. A propósito, peço *venia* para destacar a posição do referido autor: “Suponhamos que o juiz tenha aplicado ao condenado uma pena de um ano e onze meses de reclusão pela prática do delito de furto. Sendo o condenado reincidente em crime doloso, foi-lhe negada a suspensão condicional da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Sendo assim, pergunta-se: Teria a defesa interesse em recorrer, a fim de pleitear junto ao tribunal responsável pelo julgamento do recurso o aumento da pena do condenado em um mês, a fim de preencher o requisito objetivo previsto no *caput* do art. 83 do Código Penal? A resposta deve ser afirmativa” [1].

Com todo respeito ao renomado autor, tenho para mim que tal entendimento **contraria** postulado de assento constitucional, qual seja o direito à **duração razoável do processo**, que sequer atingirá seu fim, até porque a apelação tem demorado em média, pelo menos dois anos para ser julgada. Assim, quando do **resultado**, é bem possível que tenha ocorrido o advento do **término de cumprimento de pena**.

Navegando por outras águas temos PAULO QUEIROZ sustentando que “(...) semelhante exclusão – dos condenados à pena inferior a dois anos - é **inteiramente despropositada e ofensiva** ao princípio da **proporcionalidade**, afinal crimes mais graves terão tratamento mais brando do que crimes menos graves, numa clara violação ao princípio da proporcionalidade; tal limite, **claramente inconstitucional**, há de ser ignorado, portanto. *E de lege ferenda* deve ser abolido” [2].

A jurisprudência do C. **Superior Tribunal de Justiça**, assim como a doutrina, é bastante **tímida** a respeito do tema, porém a 6ª Turma decidiu em 10.02.2009, que **não é cabível** o livramento condicional a condenado a pena privativa de liberdade **inferior a dois anos**, porquanto teria ele direito ao *sursis* e à **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (HC 2008/0251575-8, Ministro Relator CELSO LIMONGI, Desembargador convocado do TJ/SP).

Já o **Pretório Excelso não julgou** caso semelhante.

Apesar dos entendimentos em contrário, a disposição constante da cabeça do art. 83 do Estatuto Repressivo, instituída em período **anterior à Constituição Federal**, pois o Código Penal data de 11 de julho de **1984**, contraria, dentre outros, os princípios da **igualdade** e da **razoabilidade**, de tal modo que a questão deve ser resolvida no campo da **não recepção**.

Segundo o magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO **haverá violação à regra da isonomia toda vez que, no caso concreto, o exegeta se depara com a falta de lógica entre o fato discriminado na norma (discrímen) e a razão jurídica da discriminação**.

Na hipótese em exame o *discrímen* seria o não cabimento da liberdade condicional ao condenado a pena privativa de liberdade inferior a dois anos ao passo que, a razão jurídica desta discriminação, seria o fato de se admitir direitos mais amplos, como o *sursis* e a substituição por pena restritiva de direitos. Porém, quando tais direitos **não forem cabíveis**, certamente que **não haverá** nexos de logicidade, pois qual seria a lógica em caber o livramento condicional para crimes mais graves (pena longa) e não caber para menos graves (pena curta)?

A discriminação *in casu* é **negativa**, pois a lei prestigia melhor o condenado a pena mais longa e, portanto, praticante de um delito mais grave, em detrimento de um criminoso de menor periculosidade. Outrossim, o colóquio popular de que **“onde cabe o mais cabe o menos”** tem perfeita aplicação no caso em testilha, porquanto se, até mesmo o condenado pela prática de crime hediondo tem direito ao livramento condicional, porque não teria o sentenciado pela prática de um crime comum e de médio potencial ofensivo?

Defender a tese de que direitos mais amplos seriam cabíveis não me parece a posição mais acertada, pois **o legislador não pode prever – e não previu – todas as situações possíveis** no mundo fenomênico. A título de exemplo já citamos o caso do **reincidente específico em crime doloso**.

Enfim, **naqueles casos onde não é cabível o *sursis* e a suspensão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, inexistente lógica entre o *discrímen* (pena inferior a dois anos e não cabimento de livramento condicional) e a razão jurídica da discriminação, modo que o art. 83, *caput*, apresenta vício material de inconstitucionalidade por afrontar o princípio da igualdade**.

Mas não é só. Além do vício apontado, também subsiste o malferimento da **razoabilidade** que, num primeiro momento, deve ser analisada em seu aspecto interno, isto é, dentro da lei; vale dizer é preciso que haja uma **relação racional e proporcional entre seu motivo, meio e fim**.

O **motivo** é a circunstância de fato que levou à edição da norma. No caso do livramento condicional, seria, conforme explanado na introdução, a questão defendida na exposição de motivos do Código Penal, ou seja, **a necessidade de adoção de uma política criminal baseada no caráter excepcional da pena privativa de liberdade, reservando-a a delinquentes perigosos e praticantes de crimes graves**. Ora, a restrição da liberdade condicional aos condenados de baixa periculosidade (como o são aqueles cuja pena aplicada é inferior a dois anos) não está em harmonia com a intenção do legislador, havendo nítido conflito entre a exposição de motivos e o art. 83, *caput*, ambos do Código Penal.

Assim, **o meio empregado pelo legislador, qual seja a criação de um pressuposto quantitativo, não atendeu ao preconizado na política criminal que redundou na reforma penal, idealizadora de um direito penal de mínima intervenção.**

Nesse passo, uma vez verificada a falta de razoabilidade interna, necessária a verificação da razoabilidade **externa**, que pode ser definida como **a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional.**

Logo, da **razoabilidade externa** extraímos os seguintes **requisitos**: “(a) da **adequação**, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos”.^[3]

Com efeito, a criação de um limite quantitativo de pena para o cabimento do livramento condicional, não é a medida adequada e menos lesiva para atingir o escopo da aplicação da pena, resultando daí que, o ônus imposto ao cidadão preso, que culmina com uma maior restrição da liberdade para praticantes de crimes sujeitos a pequenas penas, num **juízo de ponderabilidade**, se mostra **injustificável** frente ao benefício trazido, pois, por diversas vezes, uma pessoa ainda sem direito à progressão para o regime aberto ou ao *sursis* e à substituição por pena alternativa, permaneceria no mundo pernicioso e corrompido do cárcere só, e só por só, não vislumbrar o legislador o cabimento do livramento condicional, por um aspecto **estritamente numérico, quantitativo**. Certamente que há ofensa à **proporcionalidade como proibição do excesso**, modo que destoa do bom senso a intensidade de tratamento, mais aguda na execução da pena que na própria condenação.

Após tal reflexão resta, ao menos para mim, inconcebível admitir a vigência da norma inculpada no *caput* do art. 83 do Código Penal, sendo o caso de **não recepcioná-la** porque **incompatível materialmente** com a ordem constitucional **vigente**.

Fundamentação fática;

O que me levou à dissertação desta tese foi a falta de **lealdade processual** de membros do Ministério Público, e do próprio Judiciário, que atuam nas execuções penais de forma **contraditória** em relação ao tema. Justifico.

Nas comarcas em que não há casa do albergado – a maioria no Estado Bandeirante, diga-se de passagem – opta-se pela adoção da chamada prisão albergue domiciliar, como forma de cumprimento da pena no regime aberto. Tal circunstância muito aproxima o regime aberto do livramento condicional, pois em ambos o cidadão preso resgata sua reprimenda em sua residência, mediante certas condições.

Porém, há uma diferença salutar que torna o regime aberto uma forma de cumprimento de pena mais benéfica que o livramento condicional, que é o fato de considerar o tempo em liberdade como pena efetivamente cumprida, caso a prisão albergue domiciliar venha a ser revogada, coisa que não acontece no livramento condicional, regra geral.

Assim, na prática quando o cidadão preso, condenado por uma pena privativa de liberdade inferior a dois anos, tem direito a **ambos** os institutos – regime aberto e livramento condicional – o Ministério Público opina pela concessão **do livramento** sob o argumento de ser ele um benefício **de maior amplitude** que o regime aberto. Contudo, caso seja cabível **apenas o livramento condicional**, o Ministério Público alega o **não cabimento** do direito

invocado, devido ao não preenchimento do pressuposto quantitativo, constante do **art. 83, caput, do Código Penal**.

Infelizmente, o Juiz da Segunda Vara das Execuções Penais de Bauru adota semelhante entendimento, o quê, para mim, configura **má-fé processual e conduta despida de uma correta individualização da pena**.

Sugestão de operacionalização;

A princípio, entendo que a Defensoria Pública deve recomendar a adoção da tese em comento aos advogados da FUNAP, que passariam a requerer o livramento condicional aos condenados a pena privativa de liberdade inferior a dois anos.

Isso poderia ser feito por um simples **ofício** a tais advogados por intermédio dos Defensores Públicos Coordenadores Regionais da Execução Penal. Até mesmo uma cópia da **petição** poderia ser enviada para facilitar o trabalho dos advogados e, principalmente, porque a tese, se aprovada, tornar-se-ia de amplo conhecimento dos Defensores Públicos, que terão maior acesso aos argumentos.

Ademais, como referida tese terá **ampla aplicação no mutirão carcerário feminino**, o Defensor Público disporá da petição inicial, o que facilita o envio desta aos estabelecimentos prisionais também masculinos.

No tocante ao **tráfico ilícito de substância entorpecente** em que aplicada causa de diminuição da pena do **art. 33, § 4º**, da Lei nº 11.343/2006, mormente quando resultar numa reprimenda de **um ano e oito meses**, penso deva haver uma **cumulação de pedidos: o principal** versando sobre a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do Código Penal), com base no entendimento recente do Supremo Tribunal Federal e, o **subsidiário**, veiculando o **livramento condicional**.

Isso porque, é bem provável que os juízes, tal como ocorreu com a questão dos 2/5 e 3/5, aleguem a ausência de efeito vinculante da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos art. 33, § 4º, e do art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, porquanto proferida pelo Pretório Excelso em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ora, neste caso, haverá a possibilidade de deferimento do direito menos amplo, qual seja o livramento condicional. Ao menos, enquanto a defesa leva a questão da substituição à superior instância, o cidadão preso aguardaria em liberdade o julgamento.

Mas não é só. Apesar da sugestão supracitada já produzir um resultado prático de muita valia para o preso, é preciso **prestigiar** a adoção da **tutela coletiva**, principalmente como forma de dar **concretude** à garantia constitucional da **duração razoável do processo**.

Falo isso porque no campo do direito individual, inúmeros pedidos de livramento condicional serão indeferidos com base na ausência de previsão legal (art. 83, *caput*, do Código Penal) o que resultará na impetração de vários *habeas corpus* ao tribunal. Assim, é preciso pensar de modo a minimizar o trabalho da defesa, já abarrotada de processos, e do próprio tribunal, já sobrecarregado daqueles.

Nesse sentido que minha segunda sugestão prática diz respeito à necessidade de a Defensoria Pública ajuizar uma **arguição de descumprimento de preceito fundamental** perante o C. Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de declarar a **não recepção** da norma prevista no art. 83, *caput*, do Código Penal, operando-se, desse modo, o **efeito vinculante**. Tal medida processual evitaria o excesso de impetrações nas instâncias ordinárias e possibilitaria o manejo de **reclamação**.

É certo que o entendimento do Supremo Tribunal pode ser o inverso do defendido nesta tese, porém, é correndo riscos que conquistamos grandes vitórias e fazemos história enquanto defensores de pessoas esquecidas no mundo infeliz do cárcere.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.

Termos em que,
p. deferimento.

Bauru, 22 de setembro de 2010.

MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO

Referências Bibliográficas:

[1] ROGÉRIO GRECO; *in* Curso de Direito Penal, Parte Geral; vol. I; 12ª Ed; Impetus; p. 612.

[2] PAULO QUEIROZ; *in* Direito Penal, Parte Geral; 6ª Ed; *Lumen Juris*; p. 453.

[3] Luís Roberto Barroso; *Interpretação e Aplicação da Constituição*; 6ª Ed.; Saraiva; p. 229.

TESE 81

Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado

Área: Execução Criminal

Súmula:

O pressuposto quantitativo exigido no art. 83, caput, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1.988.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais;

Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea “I” e inciso VII, ambos da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: “São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição” e “atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”.

Fundamentação jurídica;

Ao compulsar-se a **Exposição de Motivos do Código Penal** brasileiro (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) percebe-se que, no tocante às penas, foi instituída “uma **política criminal** orientada no sentido de proteger a sociedade” através da **restrição** da pena privativa de liberdade “aos casos de **reconhecida necessidade**”, deixando claro que a *mens legislatoris* foi a de encarar tal reprimenda como sendo a **ultima ratio**.

Nesse sentido, e levando em conta o caráter **excepcional** da pena privativa de liberdade, se buscou **outras sanções** para “**delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves**”.

A limitação da pena privativa de liberdade, reservada aos casos supracitados, fundamentou-se “em fatos de crescente importância social, tais como (...) as conseqüências **maléficas** para os infratores **primários**, ocasionais ou responsáveis por delitos de **pequena significação**”. Assim, fala-se em uma “*procura mundial* de soluções **alternativas** para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade”.

Daí que importantes direitos alternativos à pena de prisão foram instituídos pelo legislador, tal como o **livramento condicional**, forma de cumprimento de pena baseada na fiscalização à distância do cidadão preso, que terá que cumprir inúmeras condições a serem fixadas pelo juiz.

Ocorre que a exigência do **pressuposto quantitativo** elencado pelo legislador no **caput** do art. 83 do Código Penal, como condição para o início da verificação dos requisitos quantitativos e qualitativos dos incisos, *data venia*, resultou **dissonante da política criminal** baseada na teoria do **direito penal mínimo**, adotada na **exposição de motivos** daquele *codex*.

Ora, não se mostra **razoável** a sujeição de um direito tão amplo como o livramento condicional somente aos condenados cuja pena privativa de liberdade seja igual ou superior a 02 (dois) anos. Segundo autorizado magistério doutrinário a intenção do legislador foi a de reservar direitos mais amplos que o livramento condicional, tais como o *sursis* e a substituição por pena alternativa, para o condenado a pena privativa de liberdade inferior a 02 (dois) anos.

Contudo, **olvidou-se o legislador** que há hipóteses pelas quais **não teria cabimento**, em tese, os direitos elencados de maior abrangência, como, por exemplo, **o não cabimento do *sursis* para o reincidente em crime doloso ou a impossibilidade de substituição da pena de prisão por uma alternativa no caso de reincidência específica em tais delitos**.

Poderíamos citar, também, a hipótese do art. 33, § 4º e art. 44, ambos da Lei nº 11.343, de 23-08-2006, que proíbem – de forma inconstitucional como reconheceu o C. Supremo Tribunal Federal (HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010) – a concessão de tais direitos a traficante condenado a uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Em verdade a doutrina **pouco comenta** a respeito desta questão. ROGÉRIO GRECO, por exemplo, sustenta **a necessidade de interposição de apelo para aumentar a pena a fim de atingir o pressuposto quantitativo mínimo**. A propósito, peço *venia* para destacar a posição do referido autor: “Suponhamos que o juiz tenha aplicado ao condenado uma pena de um ano e onze meses de reclusão pela prática do delito de furto. Sendo o condenado reincidente em crime doloso, foi-lhe negada a suspensão condicional da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Sendo assim, pergunta-se: Teria a defesa interesse em recorrer, a fim de pleitear junto ao tribunal responsável pelo julgamento do recurso o aumento da pena do condenado em um mês, a fim de preencher o requisito objetivo previsto no *caput* do art. 83 do Código Penal? A resposta deve ser afirmativa” [\[1\]](#).

Com todo respeito ao renomado autor, tenho para mim que tal entendimento **contraria** postulado de assento constitucional, qual seja o direito à **duração razoável do processo**, que sequer atingirá seu fim, até porque a apelação tem demorado em média, pelo menos

dois anos para ser julgada. Assim, quando do **resultado**, é bem possível que tenha ocorrido o advento do **término de cumprimento de pena**.

Navegando por outras águas temos PAULO QUEIROZ sustentando que "(...) semelhante exclusão – dos condenados à pena inferior a dois anos - é **inteiramente despropositada e ofensiva** ao princípio da **proporcionalidade**, afinal crimes mais graves terão tratamento mais brando do que crimes menos graves, numa clara violação ao princípio da proporcionalidade; tal limite, **claramente inconstitucional**, há de ser ignorado, portanto. E *de lege ferenda* deve ser abolido" [2].

A jurisprudência do C. **Superior Tribunal de Justiça**, assim como a doutrina, é bastante **tímida** a respeito do tema, porém a 6ª Turma decidiu em 10.02.2.009, que **não é cabível** o livramento condicional a condenado a pena privativa de liberdade **inferior a dois anos**, porquanto teria ele direito ao **sursis** e à **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (HC 2008/0251575-8, Ministro Relator CELSO LIMONGI, Desembargador convocado do TJ/SP).

Já o **Pretório Excelso não julgou** caso semelhante.

Apesar dos entendimentos em contrário, a disposição constante da cabeça do art. 83 do Estatuto Repressivo, instituída em período **anterior à Constituição Federal**, pois o Código Penal data de 11 de julho de **1984**, contraria, dentre outros, os princípios da **igualdade** e da **razoabilidade**, de tal modo que a questão deve ser resolvida no campo da **não recepção**.

Segundo o magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO **haverá violação à regra da isonomia toda vez que, no caso concreto, o exegeta se depara com a falta de lógica entre o fato discriminado na norma (discrímen) e a razão jurídica da discriminação**.

Na hipótese em exame o **discrímen** seria o não cabimento da liberdade condicional ao condenado a pena privativa de liberdade inferior a dois anos ao passo que, a razão jurídica desta discriminação, seria o fato de se admitir direitos mais amplos, como o **sursis** e a substituição por pena restritiva de direitos. Porém, quando tais direitos **não forem cabíveis**, certamente que **não haverá** nexos de logicidade, pois qual seria a lógica em caber o livramento condicional para crimes mais graves (pena longa) e não caber para menos graves (pena curta)?

A discriminação *in casu* é **negativa**, pois a lei prestigia melhor o condenado a pena mais longa e, portanto, praticante de um delito mais grave, em detrimento de um criminoso de menor periculosidade. Outrossim, o colóquio popular de que **"onde cabe o mais cabe o menos"** tem perfeita aplicação no caso em testilha, porquanto se, até mesmo o condenado pela prática de crime hediondo tem direito ao livramento condicional, porque não teria o sentenciado pela prática de um crime comum e de médio potencial ofensivo?

Defender a tese de que direitos mais amplos seriam cabíveis não me parece a posição mais acertada, pois **o legislador não pode prever – e não previu – todas as situações possíveis** no mundo fenomênico. A título de exemplo já citamos o caso do **reincidente específico em crime doloso**.

Enfim, **naqueles casos onde não é cabível o sursis e a suspensão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, inexistem lógica entre o discrímen (pena inferior a dois anos e não cabimento de livramento condicional) e a razão jurídica da**

discriminação, modo que o art. 83, caput, apresenta vício material de inconstitucionalidade por afrontar o princípio da igualdade.

Mas não é só. Além do vício apontado, também subsiste o malferimento da **razoabilidade** que, num primeiro momento, deve ser analisada em seu aspecto interno, isto é, dentro da lei; vale dizer é preciso que haja uma **relação racional e proporcional entre seu motivo, meio e fim**.

O **motivo** é a circunstância de fato que levou à edição da norma. No caso do livramento condicional, seria, conforme explanado na introdução, a questão defendida na exposição de motivos do Código Penal, ou seja, **a necessidade de adoção de uma política criminal baseada no caráter excepcional da pena privativa de liberdade, reservando-a a delinquentes perigosos e praticantes de crimes graves**. Ora, a restrição da liberdade condicional aos condenados de baixa periculosidade (como o são aqueles cuja pena aplicada é inferior a dois anos) não está em harmonia com a intenção do legislador, havendo nítido conflito entre a exposição de motivos e o art. 83, *caput*, ambos do Código Penal.

Assim, **o meio empregado pelo legislador, qual seja a criação de um pressuposto quantitativo, não atendeu ao preconizado na política criminal que redundou na reforma penal, idealizadora de um direito penal de mínima intervenção**.

Nesse passo, uma vez verificada a falta de razoabilidade interna, necessária a verificação da razoabilidade **externa**, que pode ser definida como **a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional**.

Logo, da **razoabilidade externa** extraímos os seguintes **requisitos**: “(a) da **adequação**, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos”.^[3]

Com efeito, a criação de um limite quantitativo de pena para o cabimento do livramento condicional, não é a medida adequada e menos lesiva para atingir o escopo da aplicação da pena, resultando daí que, o ônus imposto ao cidadão preso, que culmina com uma maior restrição da liberdade para praticantes de crimes sujeitos a pequenas penas, num **juízo de ponderabilidade**, se mostra **injustificável** frente ao benefício trazido, pois, por diversas vezes, uma pessoa ainda sem direito à progressão para o regime aberto ou ao *sursis* e à substituição por pena alternativa, permaneceria no mundo pernicioso e corrompido do cárcere só, e só por só, não vislumbrar o legislador o cabimento do livramento condicional, por um aspecto **estritamente numérico, quantitativo**. Certamente que há ofensa à **proporcionalidade como proibição do excesso**, modo que destoa do bom senso a intensidade de tratamento, mais aguda na execução da pena que na própria condenação.

Após tal reflexão resta, ao menos para mim, inconcebível admitir a vigência da norma inculpada no *caput* do art. 83 do Código Penal, sendo o caso de **não recepcioná-la** porque **incompatível materialmente** com a ordem constitucional **vigente**.

Fundamentação fática;

O que me levou à dissertação desta tese foi a falta de **lealdade processual** de membros do Ministério Público, e do próprio Judiciário, que atuam nas execuções penais de forma **contraditória** em relação ao tema. Justifico.

Nas comarcas em que não há casa do albergado – a maioria no Estado Bandeirante, diga-se de passagem – opta-se pela adoção da chamada prisão albergue domiciliar, como forma de cumprimento da pena no regime aberto. Tal circunstância muito aproxima o regime aberto do livramento condicional, pois em ambos o cidadão preso resgata sua reprimenda em sua residência, mediante certas condições.

Porém, há uma diferença salutar que torna o regime aberto uma forma de cumprimento de pena mais benéfica que o livramento condicional, que é o fato de considerar o tempo em liberdade como pena efetivamente cumprida, caso a prisão albergue domiciliar venha a ser revogada, coisa que não acontece no livramento condicional, regra geral.

Assim, na prática quando o cidadão preso, condenado por uma pena privativa de liberdade inferior a dois anos, tem direito a **ambos** os institutos – regime aberto e livramento condicional – o Ministério Público opina pela concessão **do livramento** sob o argumento de ser ele um benefício **de maior amplitude** que o regime aberto. Contudo, caso seja cabível **apenas o livramento condicional**, o Ministério Público alega o **não cabimento** do direito invocado, devido ao não preenchimento do pressuposto quantitativo, constante do **art. 83, caput, do Código Penal**.

Infelizmente, o Juiz da Segunda Vara das Execuções Penais de Bauru adota semelhante entendimento, o quê, para mim, configura **má-fé processual e conduta despida de uma correta individualização da pena**.

Sugestão de operacionalização;

A princípio, entendo que a Defensoria Pública deve recomendar a adoção da tese em comento aos advogados da FUNAP, que passariam a requerer o livramento condicional aos condenados a pena privativa de liberdade inferior a dois anos.

Isso poderia ser feito por um simples **ofício** a tais advogados por intermédio dos Defensores Públicos Coordenadores Regionais da Execução Penal. Até mesmo uma cópia da **petição** poderia ser enviada para facilitar o trabalho dos advogados e, principalmente, porque a tese, se aprovada, tornar-se-ia de amplo conhecimento dos Defensores Públicos, que terão maior acesso aos argumentos.

Ademais, como referida tese terá **ampla aplicação no mutirão carcerário feminino**, o Defensor Público disporá da petição inicial, o que facilita o envio desta aos estabelecimentos prisionais também masculinos.

No tocante ao **tráfico ilícito de substância entorpecente** em que aplicada causa de diminuição da pena do **art. 33, § 4º**, da Lei nº 11.343/2006, mormente quando resultar numa reprimenda de **um ano e oito meses**, penso deva haver uma **cumulação de pedidos: o principal** versando sobre a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do Código Penal), com base no entendimento recente do Supremo Tribunal Federal e, o **subsidiário**, veiculando o **livramento condicional**.

Isso porque, é bem provável que os juízes, tal como ocorreu com a questão dos 2/5 e 3/5, aleguem a ausência de efeito vinculante da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos art. 33, § 4º, e do art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, porquanto proferida pelo Pretório Excelso em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ora, neste caso, haverá a possibilidade de deferimento do direito menos amplo, qual seja o livramento condicional. Ao menos, enquanto a defesa leva a questão da substituição à superior instância, o cidadão preso aguardaria em liberdade o julgamento.

Mas não é só. Apesar da sugestão supracitada já produzir um resultado prático de muita valia para o preso, é preciso **prestigiar** a adoção da **tutela coletiva**, principalmente como forma de dar **concretude** à garantia constitucional da **duração razoável do processo**.

Falo isso porque no campo do direito individual, inúmeros pedidos de livramento condicional serão indeferidos com base na ausência de previsão legal (art. 83, *caput*, do Código Penal) o que resultará na impetração de vários *habeas corpus* ao tribunal. Assim, é preciso pensar de modo a minimizar o trabalho da defesa, já abarrotada de processos, e do próprio tribunal, já sobrecarregado daqueles.

Nesse sentido que minha segunda sugestão prática diz respeito à necessidade de a Defensoria Pública ajuizar uma **arguição de descumprimento de preceito fundamental** perante o C. Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de declarar a **não recepção** da norma prevista no art. 83, *caput*, do Código Penal, operando-se, desse modo, **o efeito vinculante**. Tal medida processual evitaria o excesso de impetrações nas instâncias ordinárias e possibilitaria o manejo de **reclamação**.

É certo que o entendimento do Supremo Tribunal pode ser o inverso do defendido nesta tese, porém, é correndo riscos que conquistamos grandes vitórias e fazemos história enquanto defensores de pessoas esquecidas no mundo infeliz do cárcere.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.

Termos em que,

p. deferimento.

Bauru, 22 de setembro de 2.010.

MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO

Referências Bibliográficas:

[1] ROGÉRIO GRECO; *in* Curso de Direito Penal, Parte Geral; vol. I; 12ª Ed; Impetus; p. 612.

[2] PAULO QUEIROZ; *in* Direito Penal, Parte Geral; 6ª Ed; *Lumen Juris*; p. 453.

[3] Luís Roberto Barroso; *Interpretação e Aplicação da Constituição*; 6ª Ed.; Saraiva; p. 229.

TESE 89

Proponente: Rodrigo Tadeu Bedoni

Área: Execução Criminal

Súmula:

Ao reconhecer a falta grave o juiz deverá fundamentar sua decisão para revogar os dias remidos, nos termos dos artigos 57 e 127 da LEP. Não havendo motivação que justifique a exasperação, a perda deverá ser mínima, ou seja, 01 (um) dia.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública correspondente:

Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei Complementar 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

I) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;”

Fundamentação jurídica

A remição é um instituto em que, pelo trabalho e estudo, dá-se como cumprida parte da pena.^[1]

Em boa hora o legislador introduziu mudanças na Lei de Execução Penal (LEP), por meio da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, e disciplinou a remição pelos estudos, a forma de abatimento da remição na liquidação das penas e a perda dos dias remidos pela anotação da falta disciplinar de natureza grave.

A remição pelo estudo era prestigiada pelos Tribunais Superiores, inclusive sendo editada a súmula nº 341, do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

A novidade que interfere nas execuções em andamento foi o disposto na nova redação do art. 127, *verbis*:

“Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Além de o dispositivo ser retroativo, pois interfere no direito de liberdade do sentenciado, o legislador destacou que o juiz estará adstrito aos vetores trazidos pelo art. 57, da LEP, para revogar a quantidade de dias remidos. Dispõe o artigo mencionado:

Art. 57. “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Pois bem. O primeiro ponto parece, de certa forma, tranquilo, isto é, trata-se de *novatio legis in mellius*, logo deverá retroagir e ser recalculadas todas aquelas execuções em que haja o reconhecimento de falta grave e o julgamento de dias remidos.

Na doutrina extrai-se a lição de Luiz Flávio Gomes:

“3) retroatividade da lei penal nova mais benéfica: a regra da retroatividade da lei penal nova mais benéfica tem fundamento constitucional: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). A Lei 9.714/98 constitui um exemplo de lei nova mais favorável. Ela ampliou o rol das penas substitutivas no nosso país: cuida-se, portanto, de lei nova (em regra) mais benéfica. **A retroatividade não é facultativa, sim, obrigatória. O comando normativo derivado de uma lei penal nova mais benéfica ao réu deve ser cumprido pelo juiz compulsoriamente.** De outro lado, a lei nova mais favorável deve ser aplicada tanto em favor do acusado (quando o processo ainda está em andamento) como do condenado definitivo (CP, art. 2º, parágrafo único). Ou seja: mesmo após a sentença final (com trânsito em julgado), incide no caso concreto a lei penal nova mais favorável.” ^[2]

Sobre a aplicação da Lei 12.433/2011 disserta Renato Marcão:

“As modificações determinadas pelo novo artigo 127 da LEP têm aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da CF, na Súmula 611 do STF e no art. 66, I, da LEP, do que decorre a necessidade de revisão ex officio das decisões que determinaram perda de dias remidos em razão de falta grave, visto que, no máximo, será caso de decotar 1/3 (um terço) dos dias remidos, o que implicará na imediata devolução a estes executados de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos dias que haviam perdido.” ^[3]

A matéria já encontra amparo no Superior Tribunal de Justiça, conforme recentíssima decisão:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. **LEI N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE.** INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execução Penal, que impõe a perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave, foi reafirmada, por diversas vezes, pelo Supremo Tribunal Federal, ensejando a edição da Súmula Vinculante n.º 9.

2. A partir da vigência da Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, **com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”**, consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execuções Penais.

3. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n.º 441 deste Tribunal.

5. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do benefício do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, restringir a interrupção do prazo somente para fins de progressão de regime. Habeas corpus concedido, de ofício, para, reformando o acórdão e a decisão de primeiro grau, na parte referente à perda total dos dias remidos, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções, para que se complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais.”^[4]

O segundo ponto merece maior atenção.

Com efeito, o julgador ao proceder a anotação da falta disciplinar no prontuário do sentenciado, passará a verificar se há dias remidos em seu histórico.

Havendo remição, nos termos do art. 127, poderá decotar até 1/3 dos dias remidos.

O patamar existente permite que o juiz faça a devida dosagem da revogação. O piso, conforme entende parcela da doutrina é de 01 (um) dia até o teto de 1/3 dos dias remidos.

Mais uma vez trazemos os ensinamentos de Renato Marcão:

“Reconhecida judicialmente a prática de falta grave, e feita a opção sancionatória, poderá o juiz quantificar a revogação em até 1/3 (um terço) dos dias remidos, cumprindo seja balizada sua decisão em critérios de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade, **com adequada fundamentação (art. 93, IX, CF) no tocante a sua escolha entre os limites mínimo (1 dia) e máximo (1/3).**”^[5]

Para fins de mera ilustração, se o sentenciado detém 300 dias remidos, ou seja, trabalhou 900 dias, e o juiz resolve decotar o máximo (1/3) dos dias remidos tem-se o seguinte cenário:

1/3 de 300 dias remidos é igual a 100 dias. Logo, com a perda desses dias, deve-se estabelecer 200 dias de remição.

Vê-se ser crucial que a escolha judicial seja feita com a máxima atenção ao preceito constitucional da motivação das decisões (art. 93, inciso IX, da Lei Maior).

Deveras, o legislador entendeu que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave não acarreta a perda dos dias remidos de forma integral. Agora, o juiz poderá revogar no máximo 1/3 do tempo remido pelo sentenciado e, com certa margem de discricionariedade, aferir o *quantum*, levando em conta “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as

consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, consoante o disposto no art. 57 da LEP.

Para o caso de o magistrado não se valer das premissas acima e, sem qualquer fundamentação, estabelecer que deva ser declarada a perda de 1/3 dos dias remidos, a decisão é nula.

Prevalece o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência que caso o julgador fixe a pena-base no mínimo e dispense a fundamentação nessa escolha, não haverá qualquer nulidade na decisão.

Vale dizer: para que seja aplicada pena acima do mínimo legal, deverá o magistrado fundamentar as razões de decidir, tudo com vista ao controle do itinerário percorrido para a majoração da pena.

No processo de execução penal, quando do reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave, mister o juiz desenvolver todo o processo de individualização da sanção com os olhos voltados no art. 57 e, após, optar entre as balizas traçadas pelo art. 127.

Em sede doutrinária cunhou-se este modo de agir dos juízes criminais de política da pena mínima, fortemente criticada pelo professor Guilherme de Souza Nucci:

“...não se justifica a corrente doutrinária e jurisprudencial que permite a ausência de fundamentação quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base, sob a assertiva de existir, então, a presunção de serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis.” ^[6]

Ainda na mesma obra, prossegue o eminente magistrado:

“Não pode e não deve [o juiz] ficar restrito à aplicação compulsória da **pena mínima**, que, **segundo a jurisprudência majoritária, prescinde de fundamentação**, pois não haveria “prejuízo ao réu”^[7]

A crítica desenvolvida pelo doutrinador não impede a seguinte conclusão: na falta de fundamentação judicial a pena mínima é a que deverá prevalecer.

Há no **Supremo Tribunal Federal** os seguintes precedentes:

AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Capítulo decisório. Pena base. Fixação acima do mínimo legal, sem razão idônea. Inadmissibilidade. Redução da pena. HC concedido para esse fim. Precedentes. Art. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF. **A exigência constitucional da individualização da pena implica a necessidade de explicitação dos fatos que justificam a exasperação da sanção penal.**^[8]

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO CONSUMADO E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO TENTADO. CONDENAÇÃO POR AMBOS OS DELITOS. “HABEAS CORPUS”: REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE. 1. Não é o “Habeas Corpus” o instrumento processual adequado para viabilizar o reexame das provas, e sem o qual não seria possível concluir se a condenação contrariou, ou não, os elementos de convicção constantes dos autos, levados em conta pelos Jurados e pelo acórdão impugnado. Não pode, portanto, a ordem, ser deferida nesse ponto. 2. Na inicial, o impetrante alegou, também, que “houve erro e injustiça no tocante à aplicação da pena”. 3. **Não havendo a sentença de primeiro grau, confirmada pelo acórdão impugnado, justificado,**

satisfatoriamente, a adoção de pena-base, acima da mínima, nem a redução mínima, pela tentativa, é de se acolher o pedido, para limitar a pena ao mínimo e com redução máxima, tanto no homicídio privilegiado consumado, quanto no homicídio privilegiado tentado. 4. “H.C.” deferido, em parte, para redução da pena pelo homicídio consumado privilegiado a quatro anos de reclusão; e a pena pelo homicídio privilegiado tentado a um ano e quatro meses de reclusão. 5. Num total, portanto, de cinco anos e quatro meses.^[9]

Assim, reconhecida judicialmente a falta disciplinar grave, se o caso, caberá ao magistrado revogar **até** 1/3 do tempo remido. Para tanto deverá o julgador calibrar a quantidade da perda dos dias remidos pelos parâmetros do artigo 57 da LEP.

Ao comentar a regra contida no art. 57 da LEP, Mirabete é preciso:

“Assim como o Direito Penal, as sanções disciplinares não podem ter tratamento exclusivamente retributivo, objetivo e uniforme para todos os presos com a cominação e aplicação rigidamente relacionadas com a falta praticada. **A conduta faltosa do sentenciado não deve ser julgada à luz de um cálculo friamente aritmético, mas resultar de um juízo de valor a respeito do fato e de seu autor.** Por isso, propõem as Regras Mínimas da ONU que, na aplicação da sanção, a autoridade competente procederá a um exame completo do fato (nº 30.2, segunda parte).”^[10]

Seis são os vetores elencados pelo art. 57, da LEP: 1) a natureza da falta; 2) os motivos da indisciplina; 3) as circunstâncias do fato; 4) as consequências do ocorrido; 5) a pessoa do sentenciado; e 6) a quantidade de pena.

Nas palavras de Mirabete:

“Quanto ao fato, é possível distinguir, por exemplo, sua natureza, sendo mais grave, em tese, a participação em movimento de subversão da ordem ou da indisciplina que a inobservância de alguns dos deveres impostos ao condenado, como o de respeitar as pessoas com quem deva relacionar-se. Também devem ser levadas em conta as consequências da falta, que poderão ser relevantes ou quase nulas, merecendo lembrança a circunstância de não se ter consumado a infração. Além disso, também devem ser consideradas as demais circunstâncias do fato, como os motivos determinantes, os meios utilizados, o concurso com outros presos, a emoção do autor etc. Deve-se apreciar, também, a pessoa do preso, ou seja, sua personalidade, seus antecedentes, a reincidência genérica ou específica em faltas disciplinares etc. por fim, determina a lei que seja ponderado o tempo de prisão do faltoso”^[11]

Conjugando os artigos 127 e 57 da LEP e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a revogação dos dias remidos acima do mínimo legal, deverá, necessariamente, ser precedida de ampla fundamentação judicial, sendo vedada a menção genérica a “declaro a perda de 1/3 dos dias remidos”, ou “ante a gravidade da falta, declaro a perda de 1/3 dos dias remidos”, conforme decisões emanadas pelos magistrados atuantes nas Varas de Execuções Criminais da Capital.

Fundamentação fática

Nas decisões proferidas nas sindicâncias que apuram faltas disciplinares de natureza grave, os juízes não têm se atentado ao que determina a nova redação do artigo 127, da Lei

de Execução Penal e, de forma singela, determinam a perda de 1/3 dos dias remidos, sem qualquer análise do caso concreto.

Em algumas decisões o máximo que se encontra é a menção à gravidade do fato, feita de forma genérica, sem esmiuçar os vetores estabelecidos no artigo 57, da LEP.

A revogação de dias remidos constitui um gravame na execução do sentenciado, pois os lapsos para benefícios serão recalculados e alterados, sendo “jogados para frente”.

Ademais, a garantia de o órgão julgador debruçar-se sobre as circunstâncias de uma ou outra falta trará maior razoabilidade ao sistema, pois o que se vê atualmente é a banalização da “pena máxima” no tocante ao recorte dos dias remidos pelo sentenciado.

Ora, é dever do juiz indicar os porquês da utilização de um patamar que influenciará no alcance da liberdade do sentenciado.

Assim, o respeito aos preceitos constitucionais da motivação das decisões judiciais e da individualização da pena, passam pela sentença que reconhece a falta disciplinar de natureza grave e decota os dias já remidos pelo sentenciado. É dizer: o processo de execução penal exige o respeito às regras constitucionais e ordinárias.

Por fim, com a ausência de fundamentação judicial não se terá o controle sobre a (falta de) argumentação utilizada para a eleição do patamar máximo.

Sugestão de operacionalização

Aplicação em todas as defesas em sindicância que apuram faltas disciplinares de natureza grave.

Costumeiramente, no mérito a defesa pleiteia a absolvição ou a desclassificação para falta de natureza média ou leve. Porém, de forma subsidiária deverá ser deduzido o pedido de perda dos dias remidos no mínimo legal, cabendo ao órgão judicante explicitar as razões da adoção de critério superior ao piso, nos termos do art. 57, da LEP.

Por meio de recurso de agravo em execução a questão poderá ser discutida na 2ª Instância, inclusive sobre a escolha da quantidade de remição revogada pelo juiz *a quo*.

Em sede de *habeas corpus*, pode-se pedir a nulidade da decisão, ante a ausência de fundamentação judicial, devendo o pleito ser direcionado para que o juízo das execuções penais profira outra decisão, nos termos do art. 127, da LEP.

Referências Bibliográficas:

^[1] Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 517.

^[2] GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo : RT, 2008, pág. 126.

^[3] MARCÃO, Renato. Lei nº 12.433/2011: remição de pena pelo estudo. Cômputo e perda dos dias remidos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2925, 5 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19480>>. Acesso em: 6 jul. 2011.

^[4] STJ – HC nº 200.046/RS, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/8/2011.

[5] MARCÃO, Renato. Lei nº 12.433/2011: remição de pena pelo estudo. Cômputo e perda dos dias remidos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2925, 5 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19480>>. Acesso em: 6 jul. 2011.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 4ª Ed. São Paulo: RT, p. 146.

[7] Idem, ibidem, p. 273/274.

[8] STF, HC 93.857-RS, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.08.2009, v.u.

[9] STF, HC 76.432-RS, 1ª T., rel. Min. Sydney Sanches, j. 02.06.1998, v.u.

[10] Op. cit., p. 159

[11] Op. cit., p. 159

TESE 95

Proponente: Vanessa Pellegrini Armênio

Área: Execução Criminal

Súmula:

O cumprimento de pena em meio aberto por uma execução não suspende o prazo da prescrição da pretensão executória em outra, sempre que seja possível ao Estado executá-la.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c”, e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Fundamentação jurídica

O art. 116, parágrafo único do CP, dispõe que “*depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo*”. (grifamos).

O dispositivo trata de causa impeditiva da prescrição da pretensão executória e dispõe claramente sobre a suspensão da prescrição durante o tempo em que o condenado estiver PRESO por outro motivo.

O termo “preso” contido no dispositivo em questão deve ser considerado na acepção mais restrita e literal da palavra, referindo-se à situação em que o condenado se encontra encarcerado em algum estabelecimento prisional.

Não só a interpretação literal do dispositivo enseja essa significação, como também a interpretação teleológica do mesmo.

A finalidade da disposição legal em suspender o prazo prescricional nesse caso reside no fato de o Estado não poder executar sua pretensão de obrigar o sentenciado ao cumprimento da pena enquanto ele estiver preso, o que não ocorre quando ele se encontrar cumprindo pena em liberdade (seja em Livramento condicional, seja em prisão albergue domiciliar).

Nestas modalidades de cumprimento da pena, o sentenciado, na maioria dos Estados Brasileiros, cumpre sua pena na própria residência, mediante a observância de algumas condições, como a de não se ausentar da comarca sem prévia autorização judicial e a de comparecer mensalmente perante o Juízo. Ou seja, fora do estabelecimento prisional, o sentenciado pode trabalhar, sair de sua casa, cumprir outras penas, inclusive de outras condenações, desde que compatíveis com a que executa em regime aberto, na modalidade PAD ou em Livramento condicional.

Portanto, enquanto o sentenciado encontra-se cumprindo pena em liberdade (leia-se fora do estabelecimento prisional), o Estado não se encontra privado de exercer o *jus executionis*, e é exatamente esta possibilidade real e concreta de executar outra pena que não justifica a suspensão da prescrição da pretensão executória.

Na hipótese do parágrafo único do art. 116 do CP, o Estado não deixa de exercer sua pretensão executória por inércia ou ineficiência, mas pela incompatibilidade lógica em fazer o sentenciado cumprir duas penas ao mesmo tempo. Essa incompatibilidade, porém, não ocorre quando o sentenciado encontra-se em prisão albergue domiciliar e ainda tem que cumprir, por exemplo, pena restritiva de direito, já que é possível cumpri-las simultaneamente.

Fundamentação fática

É possível, e muitas vezes comum, que o sentenciado tenha mais de uma execução penal a cumprir.

Fato é que, caso ele esteja **preso** por alguma delas em cumprimento de pena, para o outro não poderá correr o prazo da prescrição executória, nos exatos termos do que dispõe o parágrafo único do artigo 116 do CP.

Trabalhando no mundo dos fatos, podemos imaginar que em uma 1ª execução o sentenciado tenha sido condenado a cumprir 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e que a pena privativa de liberdade tenha sido substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e mais 10 (dez) dias-multa. Ainda, que na época destes fatos, o sentenciado era menor de 21 (vinte e um) anos.

Na 2ª execução, o sentenciado teria cumprido PRESO, em regime fechado ou semiaberto, tempo correspondente ao período de 18/08/2004 a 22/08/2006. Neste tempo, nos termos do artigo 116, parágrafo único, a prescrição da pretensão executória da 1ª execução, por óbvio, não estava correndo.

No entanto, a partir do dia em que lhe fora deferido o benefício da progressão de regime, na modalidade prisão albergue domiciliar, não há como defender que a prescrição da pretensão executória da 1ª execução continuaria suspensa, porque, a partir deste momento, o Estado poderia executar a pena restritiva de direito que lhe fora aplicada.

Vale ressaltar, no exemplo mencionado acima, que a pena imposta na execução 02 terminaria no dia 26/10/10 e que, portanto, o sentenciado cumpriria em regime aberto o tempo restante, a partir do dia 22/08/2006. E, para a defesa, a partir desta data, iniciou-se o transcurso do prazo prescricional da 1ª execução.

O que se pode admitir, neste exemplo concreto, é que o prazo prescricional fique suspenso enquanto o sentenciado estiver efetivamente PRESO por outro processo, o que deixou de ocorrer, com a devida vênia aos entendimentos contrários, com a sua colocação em liberdade, seja para cumprir prisão albergue domiciliar, seja para cumprir livramento condicional.

Sugestão de operacionalização

Requerimento, através de simples manifestação. E, em caso de indeferimento, interposição de agravo em execução.

MODELO

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA ____ VARA DO JURI E EXECUÇÃO CRIMINAL DA COMARCA DE _____

PROCESSO N°

_____, já qualificado nos autos em epígrafe, vem à preclara presença de Vossa Excelência, por intermédio da Defensora Pública que esta subscreve requerer o reconhecimento da prescrição da pretensão executória nos autos da 1ª execução (processo n°), pelos motivos que passa a expor.

DOS FATOS

No processo de autos n° ____/2001, que tramitou perante a ____ª Vara Criminal de Ribeirão Preto, o sentenciado foi condenado ha 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e mais 10 (dez) dias-multa (execução 01).

Observando que o sentenciado era menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, é o caso de se elaborar o cálculo prescricional, visando o reconhecimento da prescrição da pretensão executória na execução 01.

Isso porque, apesar de ter outro processo de execução, fato é que nele o sentenciado foi colocado em liberdade, para cumprir o restante das penas em regime aberto, no dia 22/08/2006. Portanto, a partir desta data, iniciou-se o prazo da prescrição da pretensão executória na execução 01.

O que se defende aqui é que a prescrição da pretensão executória ficou suspensa apenas no período em que cumpriu pena em regime fechado ou semiaberto, ou seja, do dia 18/08/2004 a 22/08/2006, porque apenas neste período ficou realmente “preso”, nos termos do art. 116, parágrafo único do CP. 34

Pelo exposto, requer a elaboração do cálculo prescricional nos termos acima e, comprovada a ocorrência da prescrição, requer seja declarada extinta a punibilidade no processo de execução n. 01.

Local, data

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA ____ª VARA DO JÚRI E DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO, ESTADO DE SÃO PAULO.

Execução n° _____

_____, já qualificado nos autos em epígrafe, por intermédio da Defensora Pública e Estagiária de Direito infra-assinadas, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, apresentar e requerer a juntada de suas *RAZÕES* do recurso de Agravo em Execução, tendo em vista a r. decisão de fl. 28 do apenso “situação processual” que homologou o cálculo prescricional, não reconhecendo a prescrição da pretensão executória referente à execução 02.

Local e data

Defensor Público

RAZÕES DE AGRAVO EM EXECUÇÃO

2ª Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto

Processo de Execução nº

Agravante:

Agravado: JUSTIÇA PÚBLICA

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDIA CÂMARA

EXCELENTÍSSIMO RELATOR

DOS FATOS

No processo de autos nº 1259/2001, que tramitou perante a 5ª Vara Criminal de Ribeirão Preto, o agravante foi condenado a 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e mais 10 (dez) dias-multa (execução 02).

Observando que o sentenciado era menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato (conforme guia de execução anexada), a Defensoria requereu a elaboração de cálculo prescricional referente à execução 02.

O ilustre representante do Ministério Público (fl. 20 do apenso “situação processual”) discordou do cálculo elaborado alegando a suspensão do prazo prescricional durante o período de 18/08/2004 a 26/10/2010, tempo em que o réu esteve preso, nos termos do art. 116, parágrafo único do CP.

No entanto, em nova manifestação da Defensoria, foi defendida a suspensão da prescrição apenas até o dia 22/08/2006, quando foi concedido o benefício da prisão albergue domiciliar ao agravante, não mais se encontrando preso a partir desta data.

Acolhendo as alegações do Ministério Público, a douta magistrada homologou o novo cálculo prescricional elaborado (fl. 24), conforme o qual a prescrição da pretensão executória só ocorrerá em 26/10/2012.

Em que pese a r. decisão, merece ser revista pelos fundamentos expostos a seguir.

DO DIREITO

O art. 116, parágrafo único do CP, dispõe:

Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

O dispositivo trata de causa impeditiva da prescrição da pretensão executória e dispõe claramente sobre a suspensão da prescrição durante o tempo em que o condenado estiver PRESO por outro motivo.

O termo “preso” deve ser considerado na acepção mais simples e literal da palavra, referindo-se à situação em que o condenado se encontra em algum estabelecimento prisional. Não só a interpretação literal do dispositivo enseja essa significação, como também a interpretação teleológica do mesmo.

A finalidade da disposição legal em suspender o prazo prescricional nesse caso reside no fato de o Estado não poder executar sua pretensão de obrigar o sentenciado ao cumprimento da pena enquanto ele estiver preso, o que não ocorre quando ele se encontrar fora do estabelecimento prisional.

Na modalidade prisão albergue domiciliar, o agravante cumpria pena na própria residência, mediante a observância de algumas condições, como a de não se ausentar da comarca sem prévia autorização judicial e a de comparecer mensalmente perante o Juízo. Ou seja, fora do estabelecimento prisional, o agravante trabalhava (inclusive essa foi uma das condições impostas na audiência de advertência) e podia cumprir as penas restritivas de direito referentes à execução 02, quais sejam comparecer em juízo e efetuar o pagamento da prestação pecuniária e das multas.

Portanto, enquanto o sentenciado encontrava-se cumprindo pena em prisão albergue domiciliar, o Estado não se encontrava privado de exercer o *jus executionis*, não justificando, nesse caso, a suspensão da prescrição da pretensão executória.

Na hipótese do parágrafo único do art. 116 do CP, o Estado não deixa de exercer sua pretensão executória por inércia ou ineficiência, mas pela incompatibilidade lógica em fazer o sentenciado cumprir duas penas ao mesmo tempo. Essa incompatibilidade, porém, não ocorre quando o sentenciado encontra-se em prisão albergue domiciliar e ainda tem que cumprir pena restritiva de direito, já que é possível cumpri-las simultaneamente.

Portanto, considerando a data da concessão do benefício de prisão albergue domiciliar (22/08/2006) para efeito de cálculo prescricional e, tendo em vista que o sentenciado era menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, a prescrição da pretensão executória ocorreu em 22/08/2008. Somando-se a isso o cabimento do indulto da pena de multa, deve ser julgada extinta a punibilidade do sentenciado na execução 02, nos termos do art. 107, II e IV do CP.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o provimento do recurso de agravo para que seja reconhecida a prescrição da pretensão executória e seja julgada extinta a punibilidade do sentenciado na execução 02.

TESE 96

Proponente: Vanessa Pellegrini Armênio

Área: Execução Criminal

Súmula:

Declarada extinta a punibilidade no processo de execução, e transitada em julgado esta decisão para as partes, não pode o juiz da execução ‘revogá-la’, ainda que,

quando de sua prolação, houvesse recurso pendente da acusação em processo de conhecimento, ao qual fora dado provimento para aumentar a pena do(a) sentenciado(a).

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais da defensoria pública:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, “c”, e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Fundamentação jurídica

Fundamenta-se a sumula, especificamente, nos efeitos da decisão que declara extinta a punibilidade de um(a) sentenciado(a).

O que se discute nesta situação é a respeito da possibilidade do juiz de execução tornar sem efeito decisão sua anterior (transitada em julgado pelas partes) que declarou extinta a punibilidade do sentenciado porque cumpriu a pena integralmente, sob o fundamento de que havia pendência de recurso acusatório em processo de condenação, referente à execução que ele julgou extinta.

Em nosso sentir, julgada extinta a punibilidade, seja qual for o seu fundamento, e transitada em julgado esta decisão para as partes, nada, em absoluto, é capaz de alterar o estado jurídico das coisas, não havendo qualquer fundamento plausível que autorize a modificação posterior em seus efeitos.

Alberto Silva Franco e Rui Stoco, em seu Código de Processo Penal e sua interpretação jurisdicional, asseveram que “*de todo modo, uma vez extinta a punibilidade, e uma vez transitada em julgado essa decisão, não há mais como reascender a execução penal, **ainda que insubsistentes os motivos que ensejaram aquela declaração***” (grifamos). (Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial / coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco. – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, pg. 259).

“*A extinção da punibilidade nada mais é do que a extinção do poder-dever de punir do Estado*” (obra citada, pag. 259). Se assim é, o julgamento de recurso da acusação em processo de conhecimento, não pode servir de pressuposto de validade da decisão declaratória proferida em sede de Execução.

A única possibilidade jurídica de se alterar esta decisão declaratória de extinção da punibilidade seria através de agravo em execução (ou embargos de declaração) interposto pelo órgão ministerial quando se conscientizou do erro judiciário, que declarou extinta a punibilidade mesmo na pendência de recurso em processo de conhecimento que poderia, em tese, aumentar a pena do condenado.

No momento em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão que julgou extinta a punibilidade do sentenciado, seus efeitos, assim como os efeitos de qualquer sentença definitiva, não poderiam ser alterados, salvo modificação em recurso próprio, interposto contra aquela decisão específica.

A respeito da autoridade da coisa julgada em sede de execução criminal temos que:

“Execução penal. Coisa julgada. Impossibilidade de modificação de decisão. (...) Está evidente, portanto, que na fase executória, também se aplicam as disposições relativas à coisa julgada (...). Assim, transitada em julgado a decisão para as partes que deixaram de recorrer, torna-se impossível, dentro do processo ou fora dele, nova decisão sobre o *meritum causae*. (...). Inexistindo recurso, não pode a Superior Instância modificar a decisão e muito menos o próprio juiz prolator. (TJSP – 2ª Câmara Criminal – AP 276.826-3/0 – Rel. Silva Pinto – j. 20.09.1999 – Bol. IBCCRIM

É insustentável defender a possibilidade de uma decisão judicial ser revogada por outra decisão, do mesmo juiz prolator ou de instâncias superiores, quando a primeira delas conta com o trânsito em julgado devidamente certificado nos autos.

Isso fere o direito adquirido. Fere a segurança jurídica de qualquer cidadão, principalmente quando o que está em jogo é o direito à liberdade da pessoa.

Em outras palavras: a decisão que julgou extinta a punibilidade faz coisa julgada material e qualquer ato tendente a descumpri-la importaria em autêntica revisão criminal *pro societate*, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Fundamentação fática

Trabalhando com caso concreto, temos uma situação em que o sentenciado foi condenado, inicialmente, ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em virtude da prática do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Iniciou o cumprimento no dia 29/06/2009. No dia 16/11/2010 foi beneficiado com o livramento condicional. O término de cumprimento de sua pena estava previsto para o dia 27/02/2011.

No dia 28/10/2011 (oito meses após o cumprimento integral da pena de 01 ano e 08 meses aplicada originariamente), o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais declarou extinta a punibilidade do sentenciado diante do total cumprimento do livramento condicional, sem revogação.

Referida decisão transitou em julgado para as partes no dia 30/11/2011.

No entanto, no dia 03/07/2012, o MM. Juiz da execução criminal, de ofício, REVOGOU a decisão DEFINITIVA anterior (que declarou extinta a punibilidade), tendo em vista a notícia de constar apelação ministerial no processo de conhecimento, ao qual fora dado provimento para aumentar a pena do sentenciado de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão para 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

No entanto, esta segunda decisão, que revogou aquela que declarou extinta a pena privativa de liberdade e estava acobertada pela coisa julgada material, não poderia prevalecer, pelos fundamentos expostos acima.

Sugestão de operacionalização

Sugerimos a utilização de HABEAS CORPUS com pedido liminar, diante da urgência da situação, já que o direito à liberdade do sentenciado que teve declarada extinta a

punibilidade, está ameaçado pela expedição de mandado de prisão decorrente do aumento de sua pena.

MODELO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR

IMPETRANTE: VANESSA PELLEGRINI ARMENIO

PACIENTE:

IMPETRADO:

EXECUÇÃO CRIMINAL n°

VANESSA PELLEGRINI ARMENIO, brasileira, solteira, Defensora Pública do Estado de São Paulo lotado na Regional de Ribeirão Preto, onde exerce suas atribuições legais, vem respeitosamente perante V. Exa. impetrar a presente ordem de HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR em favor de _____ (Processo de Execução Criminal n° _____), em face do E. Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, que revogou a decisão judicial que declarou extinta a pena privativa de liberdade e determinou a expedição de mandado de prisão, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

DO CABIMENTO DO REMÉDIO HERÓICO

É notória a celeuma acerca do cabimento de Habeas Corpus nos casos em que exista recurso específico para tanto. Uma corrente jurisprudencial entende que nestes casos o writ não deve ser conhecido.

Data venia, referida posição é equivocada uma vez que a própria origem do remédio heróico remonta à sua possibilidade sempre que houver coação ilegal à liberdade de locomoção de qualquer pessoa.

Outrossim, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal não há qualquer óbice em preferir a impetração do writ ao processamento de eventual recurso, quando a decisão combatida for violadora da liberdade de ir e vir do paciente e esta estiver devidamente comprovada documentalmente.

Neste sentido:

“O habeas corpus constitui ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ‘o habeas corpus é remédio constitucional de maior amplitude, destinado à proteção do direito de liberdade de locomoção contra toda a espécie de ilegalidade’ (Recursos no Processo penal, SP: RT, 1996, p. 345).

Trata-se de instrumento mais ágil, que visa assegurar a tutela do direito que se quer garantir. Nem mesmo a previsão de recurso específico impede a impetração de habeas corpus desde que a ilegalidade tenha o respaldo de prova pré-constituída(...).

Assim sendo, por votação unânime, conheceram a presente da impetração e, convalidada da liminar, concederam a presente ordem de habeas corpus para assegurar em definitivo ao paciente o direito a progressão de regime(...)

.¹

Também esclarecedor sobre o tema é julgado in verbis:

“O Judiciário deve afastar digressões burocráticas, principalmente quando se tratam de casos concretos onde a situação vivenciada pelo cidadão tem o vício da inconstitucionalidade. Daí a soberba natureza do HC, para corrigir, sem delongas, a ilegalidade de um ato.”²

Como se vê, o conhecimento do presente writ nada mais é do que dar vigência à uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, pois o que se pretende aqui é a garantia do direito de liberdade do paciente, que vê em sua situação uma insegurança jurídica sem limite, tendo em vista que teve em seu favor uma decisão judicial DEFINITIVA julgando extinta a punibilidade e uma posterior, contra a qual se insurge, revogando-a, em situação extrema de revisão criminal pro societate, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

DO PEDIDO LIMINAR

DOUTO DESEMBARGADOR-RELATOR

É cediço que a medida liminar em ação de Habeas Corpus longe está de ser a regra, pois decorre de fatos excepcionais, somente possível quando a violência praticada ao direito de locomoção do paciente está sobrejamente comprovada por documentos que instruem o writ, bem como na configuração de risco de a demora no julgamento final da ordem trazer um prejuízo de impossível ou difícil solução.

Contudo, no caso em testilha estes dois requisitos restam demonstrados nos autos.

Com efeito, o fumus bonis juris restou configurado pela prova documental que segue em anexo a esta petição, onde todos os fatos, descritos a seguir, restaram indelevelmente comprovados.

Já o periculum in mora mostra-se aqui evidente uma vez que o paciente tem em seu favor uma sentença definitiva declarando extinta a punibilidade diante do total cumprimento de sua pena e, agora, uma nova decisão revogando aquela anterior que, repita-se, estava acobertada pela coisa julgada material, colocando em eminente risco, pois, o seu direito de locomoção, tendo em vista haver em seu desfavor a expedição de mandado de prisão para cumprimento.

Sendo assim, presentes os requisitos para a antecipação dos efeitos do writ, requer de V. Exa. a concessão da medida liminar pleiteada.

DOS FATOS

O sentenciado foi condenado, inicialmente, ao cumprimento da pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em virtude da prática do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Iniciou o cumprimento no dia 29/06/2009. No dia 16/11/2010 foi beneficiado com o livramento condicional. O término de cumprimento de sua pena estava previsto para o dia 27/02/2011.

Pois bem. No dia 28/10/2011, o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto declarou extinta a pena privativa de liberdade diante do total cumprimento do livramento condicional, sem revogação.

Referida decisão transitou em julgado para as partes no dia 30/11/2011.

No entanto, no dia 03/07/2012, o MM. Juiz, de ofício, REVOGOU a decisão DEFINITIVA anterior (que declarou extinta a pena), tendo em vista a notícia de constar apelação ministerial no processo de conhecimento, ao qual fora dado provimento para aumentar a pena do paciente de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão para 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

No entanto, esta segunda decisão, que revogou aquela que declarara extinta a pena privativa de liberdade e estava acobertada pela coisa julgada material, não pode prevalecer.

Primeiro porque, em nosso sentir, no momento em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão que julgou extinta a pena privativa de liberdade, seus efeitos, assim como os efeitos de qualquer sentença definitiva, não poderiam ser alterados, salvo modificação em recurso próprio, interposto contra aquela decisão específica, fato este que não ocorreu neste caso, tanto que há certidão declarando o trânsito em julgado no dia 30/11/2011. E a decisão posterior revocatória foi proferida apenas no dia 03/07/2012.

A respeito da autoridade da coisa julgada em sede de execução criminal temos que:

“Execução penal. Coisa julgada. Impossibilidade de modificação de decisão. (...) Está evidente, portanto, que na fase executória, também se aplicam as disposições relativas à coisa julgada (...). Assim, transitada em julgado a decisão para as partes que deixaram de recorrer, torna-se impossível, dentro do processo ou fora dele, nova decisão sobre o meritum causae. (...). Inexistindo recurso, não pode a Superior Instância modificar a decisão e muito menos o próprio juiz prolator. (TJSP – 2ª Câm. Crim. – AP 276.826-3/0 – Rel. Silva Pinto – j. 20.09.1999 – Bol. IBCCRIM

É insustentável defender a possibilidade de uma decisão judicial ser revogada por outra decisão, do mesmo juiz prolator, quando a primeira delas conta com o trânsito em julgado devidamente certificado.

Isso fere o direito adquirido. Fere a segurança jurídica de qualquer cidadão, principalmente quando o que está em jogo é o direito à liberdade da pessoa.

Em outras palavras: a decisão que julgou extinta a pena privativa de liberdade fez coisa julgada material e qualquer ato tendente a descumpri-la importaria em autêntica revisão criminal pro societate, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico brasileiro.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer sejam concedidas a medida liminar pleiteada e, ao final, a ordem definitiva, julgando-se procedente a pretensão impetrada no presente writ, para reconhecer que a decisão que declarou extinta a pena privativa de liberdade, porque acobertada pelos efeitos da coisa julgada material, não pode ser revogada por simples decisão posterior, a qual, portanto, deverá ser declarada inválida, devendo, ainda, ser expedido o competente contramandado de prisão, com extrema urgência.

Termos em que,

Espera deferimento.

LOCAL, DATA

Defensora Pública

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Habeas Corpus

Execução Penal:

Impetrante: Vanessa Pellegrini Armenio

Paciente:

Impetrado: Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo

VANESSA PELLEGRINI ARMENIO, Defensora Pública, inscrita junto à OAB/SP sob nº. 229.887, em exercício na Defensoria Pública de Ribeirão Preto, na Vara das Execuções Criminais, vem respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar a presente ordem de HABEAS CORPUS, em favor de _____, indicando como Autoridade Coatora o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos a seguir expostos.

DO CABIMENTO DO REMÉDIO HERÓICO

A jurisprudência deste Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a existência de recurso específico não impede a interposição do writ, mormente diante de decisões proferidas em sede de execução criminal, quando há risco ao direito de locomoção ao paciente.

DO PEDIDO LIMINAR

DOUTO DESEMBARGADOR-RELATOR

É cediço que a medida liminar em ação de Habeas Corpus longe está de ser a regra, pois decorre de fatos excepcionais, somente possível quando a violência praticada ao direito de locomoção do paciente está sobejamente comprovada por documentos que instruem o writ, bem como na configuração de risco de a demora no julgamento final da ordem trazer um prejuízo de impossível ou difícil solução.

Contudo, no caso em testilha estes dois requisitos restam demonstrados nos autos.

Com efeito, o fumus bonis juris restou configurado pela prova documental que segue anexa a esta petição, onde todos os fatos, descritos a seguir, restaram indelevelmente comprovados.

Já o periculum in mora mostra-se aqui evidente por todas as circunstâncias legais que envolvem uma execução criminal, haja vista estar o paciente sendo submetido a cerceamento ilegal de sua liberdade de locomoção, vez que está preso, mesmo tendo sido declarada a extinção de sua punibilidade, em decisão já transitada em julgado, a qual, entretanto, fora posteriormente revogada pelo próprio juiz da execução que a prolatou, em razão da existência, no processo de conhecimento, de recurso da acusação, no qual houve provimento para aumentar a pena do sentenciado.

Sendo assim, presentes os requisitos para a antecipação dos efeitos do writ, requer de V. Exa. a concessão da medida liminar pleiteada, antes mesmo da requisição de informações à autoridade coatora.

DOS FATOS

O sentenciado foi condenado, inicialmente, ao cumprimento da pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em virtude da prática do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Iniciou o cumprimento no dia 29/06/2009. No dia 16/11/2010 foi beneficiado com o livramento condicional. O término de cumprimento de sua pena estava previsto para o dia 27/02/2011.

Pois bem. No dia 28/10/2011, o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto declarou extinta a pena privativa de liberdade diante do total cumprimento do livramento condicional, sem revogação.

Referida decisão transitou em julgado para as partes no dia 30/11/2011.

No entanto, no dia 03/07/2012, o MM. Juiz, de ofício, REVOGOU a decisão DEFINITIVA anterior (que declarou extinta a pena), tendo em vista a notícia de constar apelação ministerial no processo de conhecimento, ao qual fora dado provimento para aumentar a pena do paciente de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão para 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

No entanto, esta segunda decisão, que revogou aquela que declarara extinta a pena privativa de liberdade e estava acobertada pela coisa julgada material, não pode prevalecer.

Em razão destes fatos, foi impetrado habeas corpus perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual sequer chegou a ser conhecido.

No entanto, adentrando ao mérito da questão levantada, o Exmo. Desembargador Relator, Dr. Sérgio Ribas, entendeu que, apesar de ter havido trânsito em julgado na r. decisão que declarou extinta a punibilidade mesmo quando pendente recurso da acusação, a sentença que declara extinta a punibilidade “pressupõe o trânsito em julgado do decreto condenatório e o cumprimento integral da pena imposta, o que não ocorreu no caso em comento, já que a extinção referida foi declarada na fluência de recurso do Ministério Público, tanto que a pena anteriormente fixada, foi majorada, tornando **nula a decisão interlocutória** corretamente revogada”. (grifamos)

Ao final, todavia, entendendo que a execução da pena propriamente dita é de competência exclusiva do Juízo Específico e que teria a via do agravo para a discussão do decidido, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não conheceu do pedido.

Assim, em que pese o r. aresto ter sido proferido por um Tribunal sério e ponderado em suas decisões, no presente caso, data venia, não produziu o efeito que se esperava, ou seja, a Justiça!

É notória a celeuma jurisprudencial existente no Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do cabimento de Habeas Corpus nos casos em que exista recurso específico para tanto. Uma corrente jurisprudencial entende que nestes casos o writ não deve ser conhecido.

Data venia, referida posição é equivocada uma vez que a própria origem do remédio heróico remonta à sua possibilidade sempre que houver coação à liberdade de locomoção de qualquer pessoa.

Outrossim, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal não há qualquer óbice em preferir a impetração do writ ao processamento de eventual recurso, quando a decisão combatida for violadora da liberdade de ir e vir do paciente e esta estiver devidamente comprovada documentalmente.

Neste sentido:

“O habeas corpus constitui ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ‘o habeas corpus é remédio constitucional de maior amplitude, destinado à proteção do direito de liberdade de locomoção contra toda a espécie de ilegalidade’ (Recursos no Processo Penal, SP:RT, 1996, p. 345).

Trata-se de instrumento mais ágil, que visa assegurar a tutela do direito que se quer garantir. Nem mesmo a previsão de recurso específico impede a impetração de habeas corpus desde que a ilegalidade tenha o respaldo de prova pré-constituída(...).

Assim sendo, por votação unânime, conheceram a presente da impetração e, convalidada da liminar, concederam a presente ordem de habeas corpus para assegurar em definitivo ao paciente o direito à progressão de regime(...” (TJ/SP – HC 1.045.142.3/0-00 – 12ª CCrim, Rel. Dês. Angélica de Almeida, VU).

Também esclarecedor sobre o tema é julgado in verbis:

“O Judiciário deve afastar digressões burocráticas, principalmente quando se tratam de casos concretos onde a situação vivenciada pelo cidadão tem o vício da inconstitucionalidade. Daí a soberba natureza do HC, para corrigir, sem delongas, a ilegalidade de um ato” (TJ/SP – HC nº 1.017.043-3/8, 7ª C. Crim., Rel. Des. Cláudio Caldeira, VU) (g.n.).

Como se vê, o conhecimento do writ impetrado perante o E. Tribunal de Justiça nada mais era do que uma maneira de dar vigência ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois o que se pretendia ali era apenas garantir os efeitos da coisa julgada material produzida na r. sentença que declarou a extinção da punibilidade do sentenciado, com trânsito em julgado devidamente certificado para as partes.

Primeiro porque, em nosso sentir, no momento em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão que julgou extinta a punibilidade, seus efeitos, assim como os efeitos de qualquer sentença definitiva, não poderiam ser alterados, salvo modificação em recurso próprio, interposto contra aquela decisão específica, fato este que não ocorreu neste caso, tanto que há certidão declarando o trânsito em julgado no dia 30/11/2011. E a decisão posterior revocatória foi proferida apenas no dia 03/07/2012.

A respeito da autoridade da coisa julgada em sede de execução criminal temos que:

“Execução penal. Coisa julgada. Impossibilidade de modificação de decisão. (...) Está evidente, portanto, que na fase executória, também se aplicam as disposições relativas à coisa julgada (...). Assim, transitada em julgado a decisão para as partes que deixaram de recorrer, torna-se impossível, dentro do processo ou fora dele, nova decisão sobre o *meritum causae*. (...). Inexistindo recurso, não pode a Superior Instância modificar a decisão e muito menos o próprio juiz prolator. (TJSP – 2ª Câm. Crim. – AP 276.826-3/0 – Rel. Silva Pinto – j. 20.09.1999 – Bol. IBCCRIM

É insustentável defender a possibilidade de uma decisão judicial ser revogada por outra decisão, do mesmo juiz prolator, quando a primeira delas conta com o trânsito em julgado devidamente certificado.

Isso fere o direito adquirido. Fere a segurança jurídica de qualquer cidadão, principalmente quando o que está em jogo é o direito à liberdade da pessoa.

Em outras palavras: a decisão que julgou extinta a pena privativa de liberdade fez coisa julgada material e qualquer ato tendente a descumpri-la importaria em autêntica revisão criminal pro societate, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Neste mister, conveniente destacar que, ao contrário do que sustenta a autoridade coatora, a matéria aqui tratada não é de exclusiva competência do Juízo específico e não haveria suprimimento de um grau de jurisdição se ali fosse julgado.

Segundo porque a decisão que declara extinta a punibilidade não pode, jamais, ser considerada decisão interlocutória. Ora, a sentença que coloca fim no poder dever de punir do Estado está colocando um fim naquela discussão, ou seja, é o mesmo que dizer que, neste caso específico, que o Estado não pode mais interferir no direito de liberdade da pessoa. Alias, tratando-se de direito indisponível tratado na r. sentença, impossível falar-se que não houve resolução do mérito.

Seja por um ou outro fundamento, é mais que evidente que o objeto deste *writ* é matéria de direito, não havendo que se pronunciar acerca da justiça ou injustiça da decisão judicial, mas tão-só sobre a possibilidade de uma decisão judicial transitada em julgado ser REVISTA pelo próprio órgão que a prolatou.

DO DIREITO

O artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna é de clareza lacunar ao afirmar que o remédio heróico é SEMPRE cabível quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Desta forma, não cabe ao exegeta restringir um direito individual inalienável, como sói ser a impetração de habeas corpus por quem sofre violência ilegal à liberdade de locomover-se, onde o Poder Constituinte Originário não o fez.

Assim, a decisão proferida pela autoridade coatora inexoravelmente desrespeitou o dispositivo constitucional retro mencionado, causando, em consequência, violência ilegal à liberdade de locomoção do paciente que, repita-se encontra preso desde outubro de 2012.

Por seu turno, o artigo 105, inciso I, letra c, da Constituição Federal aduz que este E. Superior Tribunal de Justiça é o órgão judiciário competente para processar e julgar ordem de habeas corpus quando a autoridade coatora for tribunal sujeito à sua jurisdição.

Em nenhum momento infere-se que o pronto conhecimento da ordem impetrada por este Augusto Tribunal depende da perscrutação do mérito pela autoridade coatora.

Com efeito, a melhor exegese é a que entende imprescindível apenas que tenha havido anterior impetração de habeas corpus no tribunal a quo, não importando se foi conhecido o seu mérito ou não.

Conquanto não tenha sido conhecido o mérito do remédio heróico, apesar de haver referencia ao alegado naquele writ, não haverá supressão de instância se ocorreu a devida impetração perante a autoridade coatora.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer sejam concedidas a medida liminar pleiteada e, ao final, a ordem definitiva, julgando-se procedente a pretensão impetrada no presente writ, determinando-se ao E. Tribunal do Estado de São Paulo que aprecie o pedido do paciente, determinando a manutenção da decisão que declarou extinta a punibilidade do sentenciado, diante dos efeitos da coisa julgada material sobre ela produzida, determinando-se a imediata soltura de _____.

Termos em que,

Espera deferimento.

LOCAL, DATA.

Defensora Pública

Referências Bibliográficas:

¹ (TJ/SP – HC 1.045.142.3/0-00 – 12ª CCrim, Rel. Dês. Angélica de Almeida, VU).

² (TJ/SP – HC nº 1.017.043-3/8, 7ª C. Crim., Rel. Des. Cláudio Caldeira, VU) (sem destaque no original).

TESE 102

Proponente: Renata Simões Stabile Bucceroni

Área: Execução Criminal

Súmula:

Para a declaração do direito ao indulto e à comutação de penas é desnecessária a prévia manifestação do Conselho Penitenciário, caso não seja feita esta exigência pela Presidência da República no decreto concessivo.

Assunto

Desnecessidade do parecer do Conselho Penitenciário para a concessão do indulto e da comutação de penas coletivos.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Execução Penal.

Fundamentação jurídica

Com a inovação trazida no § 5º do artigo 11 do Decreto de nº 8172/13 – no qual **a Presidente da República deixou de prever a necessidade de emissão de parecer do Conselho Penitenciário para a declaração do direito ao indulto e à comutação de penas** – muita discussão surgiu e alguns integrantes de Conselhos Penitenciários, membros do Ministério Público e magistrados passaram a sustentar a inconstitucionalidade da previsão de dispensa de parecer.

Em artigo publicado no site Conjur o advogado Rodrigo de Oliveira Ribeiro, que é integrante do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro, sustenta que:

“A sugestão, consubstanciada na previsão do artigo 11, parágrafo 5º, incorre em grave equívoco. Viola a competência do legislador ordinário (artigo 22, I, da CF), ao invadir matéria já regulada em lei federal à guisa de exercer sua prerrogativa prevista no artigo 84, XII, da CF.

Frise-se que a Constituição limita expressamente os poderes do chefe do Executivo, vedando em seu artigo 62 que adote medidas provisórias relativas a direito processual penal. Logo, à guisa de conceder indultos e comutar penas, não pode modificar normas processuais penais através de decreto.

O Código de Processo Penal, em seu Título IV, ao regular a matéria relativa a graça, indulto e anistia, em seus artigos 734 a 742, menciona a participação do Conselho Penitenciário nos artigos 734, 735, 736, 737, 741 e 742. É porque é o órgão da execução penal especializado nesta matéria (artigo 70, I, LEP).”^[1]

Mencionada inconstitucionalidade não se verifica, sendo completamente dispensável a elaboração de parecer pelo Conselho Penitenciário antes da declaração do direito ao indulto ou à comutação de penas. Vejamos.

Prevê o artigo 84, inciso XII da Constituição Federal que somente o Presidente da República pode conceder indulto e comutar penas, daí decorrendo que **é de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo o estabelecimento das condições para a declaração do direito.**

Assim, **o artigo 70, I da Lei de Execução Penal** – que traz como atribuição do Conselho Penitenciário a de elaborar parecer sobre indulto e comutação de penas e é norma infraconstitucional – **deve ser interpretado à luz do que dispõe o artigo 84, inciso XII da Constituição Federal** de 1988, cujo teor transcrevemos:

“Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XII - conceder indulto e comutar penas, **com audiência, se necessário**, dos órgãos instituídos em lei” (destacamos).

A interpretação do artigo 70, I da Lei de Execução Penal conforme a Constituição deixa claro que, sendo a competência para conceder indulto e comutação exclusiva do Presidente

da República, **é o chefe do Poder Executivo quem deve dizer se a audiência dos órgãos instituídos em lei é ou não necessária.**

Dessa forma, o Conselho Penitenciário tem atribuição para emitir parecer sobre indulto e comutação de penas, mas essa atribuição **somente será exercida se o Presidente da República entender necessária a confecção de parecer.**

Ademais, o conflito entre o previsto no artigo 11, § 5º do Decreto nº 8172/13 e o disposto no artigo 70, I da Lei de Execução Penal é apenas aparente, na medida em que **a norma do artigo 70, I diz respeito apenas ao indulto individual** – única espécie de indulto cujo procedimento é regulamentado pela Lei de Execução Penal (artigos 188 a 192 da Lei de Execução Penal^[2]) – **direito cuja concessão demanda a análise das circunstâncias pessoais de quem requer o indulto.**

Ora, se há requisitos subjetivos a serem verificados, se há circunstâncias pessoais do solicitante que devem ser avaliadas, é até justificável que o pedido de indulto individual passe pela análise do Conselho Penitenciário – órgão composto por psiquiatras, assistentes sociais, psicólogos e profissionais do direito. Por outro lado, se os requisitos para a concessão do indulto e da comutação são puramente objetivos – como os trazidos no Decreto nº 8172/13 – não há sentido nenhum em exigir que profissionais de outras áreas do conhecimento opinem sobre o caso.

Especificamente sobre a dispensabilidade do parecer em caso de indulto coletivo, confira-se:

“HABEAS CORPUS – DEPOIMENTO FALSO – INDULTO COLETIVO – POSSIBILIDADE

DE CONCESSÃO SEM OITIVA DO CONSELHO PENITENCIÁRIO – DESCONHECIMENTO DE MATÉRIA NÃO ABORDADA NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO CONCEDIDA.

1- Não se conhece de matéria não examinada no acórdão do Tribunal a quo, porquanto implicaria em supressão de instância.

2- É dispensável o parecer do Conselho Penitenciário quando se tratar de indulto coletivo.

3- Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida” (STJ, 5ª Turma, habeas corpus nº 65308/SP (2006/0187678-1), Relatora Ministra Jane Silva, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007 p. 309 – grifamos).

Vale registrar, por fim, que o entendimento segundo o qual é dispensável o parecer do Conselho Penitenciário no caso do indulto e da comutação coletivos já vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça há muito tempo^[3].

Isso porque, embora fosse tradição nos Decretos anteriores que se determinasse a colheita de parecer do Conselho Penitenciário antes da decisão acerca do cabimento do indulto e da comutação, **desde que os requisitos para a declaração do direito tornaram-se puramente objetivos, referida exigência deixou de ter qualquer sentido** (e acabou por ser suprimida no Decreto nº 8172/13 justamente por carecer de sentido).

Aliás, mais do que desnecessária, **a solicitação de parecer ao Conselho Penitenciário** antes da declaração do direito ao indulto ou à comutação **é vedada** pelo Decreto nº 8172/13 em seu artigo 10, que assim dispõe:

“Para a declaração do indulto e comutação das penas **não se exigirá requisito outro**, senão os previstos neste Decreto” (destacamos).

Por esses motivos, sustentamos não ser exigível a vinda aos autos de parecer do Conselho Penitenciário antes da declaração do direito ao indulto ou à comutação de penas coletivos, não podendo a fruição desses direitos ser limitada ou retardada pelo magistrado por conta da imposição de requisitos não previstos no Decreto concessivo de indulto.

Fundamentação fática

A tese foi criada em virtude de, mesmo diante da expressa dispensa do parecer no Decreto nº 8172/13, o Ministério Público continuar solicitando a elaboração do documento pelo Conselho Penitenciário como condição para a declaração do direito ao indulto e à comutação de penas, pedido que era atendido pelo juiz atuante na Vara de Execuções Criminais de Guarulhos.

Com tal prática eram gerados imensos prejuízos ao sentenciado que, apesar de já ter direito ao indulto ou a comutação, era obrigado a aguardar por meses a elaboração do parecer pelo Conselho Penitenciário antes de ver declarado seu direito.

Após muita insistência da Defensoria Pública – com elaboração de inúmeros *habeas corpus* em face das decisões nas quais se determinava a confecção de parecer – o magistrado alterou seu entendimento, conscientizando-se do caráter declaratório da decisão que trata do indulto e da comutação de penas e aplicando fielmente as disposições do Decreto nº 8172/13.

Sugestão de operacionalização

Sugere-se utilizar o *habeas corpus* em face das decisões que determinem a elaboração do parecer do Conselho Penitenciário. A tese também pode ser utilizada na própria petição inicial dos pedidos de indulto ou de comutação de penas e em contraminutas a eventuais agravos do Ministério Público.

Referências Bibliográficas:

[1] RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira, *Falta de parecer do Conselho Penitenciário é inconstitucional*, Revista Consultor Jurídico, 5 de janeiro de 2014, artigo disponível no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-05/rodrigo-ribeiro-dispensa-parecer-conselho-penitenciario-inconstitucional>

[2] Os artigos 188 a 192 da Lei de Execução Penal repetem o teor dos artigos 734 a 738 do Código de Processo Penal – mencionados pelo autor do artigo referido como justificativa para seu posicionamento – e **tratam da participação do Conselho Penitenciário no procedimento para a concessão de graça** (total ou parcial), e não para a declaração do direito ao indulto coletivo, trazido anualmente nos Decretos presidenciais.

Nem a Lei de Execução Penal, nem o Código de Processo Penal disciplinam o procedimento para o indulto coletivo e tampouco trazem a exigência de que o Conselho Penitenciário se manifeste previamente em casos de indulto coletivo e comutação de penas. A única menção que tais leis fazem ao Conselho Penitenciário ao tratar do indulto coletivo diz respeito à possibilidade de o órgão requerer a extinção da pena após a concessão do indulto (artigo 193 da LEP e artigo 741 do CPC).

[3] A esse respeito, importante a leitura do voto do Ministro Felix Fischer, proferido no Recurso Especial nº 819.744/SP (2006/0018496-0) e acolhido por unanimidade pela 5ª Turma daquele Tribunal (julgado em 03/04/2007, DJ 04/06/2007 p. 418).

TESE 103

Proponente: Renata Simões Stabile Bucceroni

Área: Execução Criminal

Súmula:

Não é possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva forem posteriores ao início do cumprimento de outra reprimenda privativa de liberdade. Também não é possível a conversão se a prática de crime que ensejou a aplicação de pena privativa é anterior ao início do cumprimento da pena restritiva de direitos.

Assunto

Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Execução Penal.

Fundamentação jurídica

Nos casos em que o sentenciado está condenado a mais de uma reprimenda – sendo uma restritiva de direitos e outra privativa de liberdade há dois dispositivos do Código Penal que são aplicáveis, a depender do caso concreto, quais sejam, o artigo 44, § 5º (complementado pelo artigo 181, § 1º, da Lei de Execução Penal) e o artigo 76.

Não se atentando para as peculiaridades de cada caso os magistrados costumam se esquecer da existência do artigo 76 do Código Penal e dão interpretação extensiva aos artigos 44, § 5º do Código Penal e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal (LEP), convertendo penas restritivas de direitos sempre que o sentenciado cumpre outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa.

Ocorre que se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva de direitos forem posteriores ao início do cumprimento de outra reprimenda privativa de liberdade não se justifica a reconversão, pois **não estará presente a hipótese prevista nos artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal**, devendo ser aplicado o disposto no artigo 76 do Código Penal. Também não se justifica a reconversão se a prática do crime que levou a aplicação de pena privativa tiver ocorrido antes do efetivo início do cumprimento da pena restritiva de direitos.

Os artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal somente aplicam-se à hipótese em que, **no curso da execução da pena restritiva de direitos sobrevém condenação à pena privativa de liberdade. Observe-se que pressuposto essencial da**

reconversão é que a pena restritiva esteja sendo executada quando o sentenciado sofre nova condenação à pena privativa. Vejamos a redação dos mencionados dispositivos:

“Art. 181 (...)

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

(...)

e) **sofrer condenação por outro crime** à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa” (destacamos).

“Art. 44

(...)

§ 5º **Sobrevindo condenação** a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior” (destacamos).

Se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva **são posteriores ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade** não está presente a hipótese trazida nos artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal, na medida em que a pena restritiva de direitos não estará sendo executada. O mesmo ocorre se o sentenciado praticar crime que gere condenação à pena privativa antes do efetivo início do cumprimento da pena restritiva.

Observe-se que o artigo 44, § 5º do Código Penal fala expressamente na **superveniência de condenação** à pena privativa de liberdade e o artigo 181, § 1º, e dispõe que a pena de prestação de serviços será reconvertida se o indivíduo previamente condenado à pena restritiva **“sofrer condenação por outro crime** à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa”.

Concluimos, portanto, que são pressupostos essenciais para a reconversão que (i) a condenação pela prática de outro crime que traga pena privativa seja posterior à condenação ao cumprimento da pena restritiva e que (ii) o sentenciado esteja efetivamente cumprindo a pena restritiva quando da prática do crime que acarrete condenação à pena privativa de liberdade, pois só assim haverá descumprimento de condições da pena restritiva que justifiquem sua reconversão em pena privativa.

A tese defensiva já foi acolhida no agravo de execução nº 0111066-34.2013.8.26.0000 – interposto pela subscritora –, de relatoria do Desembargador Newton Neves, cujo teor transcrevemos:

“O agravo comporta provimento.

As hipóteses para conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade estão expressamente previstas no artigo 181, §1º da LEP. Seu rol é taxativo, não se admitindo interpretação extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade em prejuízo do réu.

Exige referido artigo que o detento **esteja efetivamente no cumprimento da pena restritiva de direitos, vez que somente nessa oportunidade é que poderá infringir o que disposto em seus incisos**, o que implicará possibilidade de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, observado o regime imposto pela sentença condenatória ou se for o caso, o art. 111 da LEP.

A alínea “e” do referido §1º do art. 181 da LEP e o §5º do artigo 44 do Código Penal, por sua vez, referem-se a nova condenação à pena privativa de liberdade, onde autorizado ao juízo das execuções criminais decidir sobre a conversão da pena restritiva de direitos anterior a essa nova condenação e que está sendo cumprida, podendo deixar de converter se ao condenado for possível cumpri-la.

Percebe-se que três são os requisitos: a) estar o sentenciado cumprindo pena restritiva de direitos; b) nova condenação à pena privativa de liberdade (alínea “e”, §1º, art. 181, LEP e §5º, art. 44, CP), descumprimento de restrição imposta (§4º, art. 44, CP) ou infração às alíneas “a”, “b”, “c” ou “d” do §1º, art. 181, da LEP; e c) impossibilidade de cumprir a pena restritiva anterior.

Presentes essas hipóteses poderá o juízo das execuções criminais converter a pena restritiva de direitos em cumprimento por pena privativa de liberdade. Essa a melhor interpretação do §1º do art. 181 da LEP e §§4º e 5º do art. 44 do CP.

(...)

A lei somente autoriza a conversão das penas restritivas de direito em pena privativa de liberdade se o detento estiver efetivamente no cumprimento da pena restritiva de direito e por qualquer razão infringir o disposto no art. 181 da LEP.

E estando o agravado encarcerado em regime fechado, não havia meios de descumprir referido dispositivo, simplesmente porque não estava cumprindo a pena restritiva de direitos.

(...)

As hipóteses de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade estão expressamente previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal e art. 181 da Lei de Execução Penal, dentre as quais não se subsume a situação fática em tela.

Verificando a existência de penas de naturezas diversas, a execução deve ser iniciada pelas mais graves, adequando-se o seu cumprimento dentro de uma sequência lógica e temporal.

Por tudo isso, afastada a conversão como operada pelo juízo das execuções criminais, deve o detento ser mantido na situação em que se encontrava, mantida a pena restritiva de direito que terá seu cumprimento iniciado quando em livramento condicional ou no regime aberto, se assim entender o magistrado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.” (16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.u, julgado em 30/06/2013 – destacamos).

No mesmo sentido, confira-se trechos do acórdão, proferido nos autos de agravo de execução nº 990.09.046988-9, de relatoria do Desembargador Hermann Herschander, da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“3. O agravante cumpre pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, decorrente de condenação em primeira instância, não transitada em julgado, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Ocorre que posteriormente o agravante foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de um salário mínimo a título de prestação pecuniária por infração à norma do artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. O acórdão transitou em julgado para o Ministério Público em 14/02/2008 e para o réu em 28/02/2008.

Remetida a guia de recolhimento à Vara das Execuções Criminais, o representante do Parquet requereu a conversão da nova pena - restritiva de direitos – em privativa de liberdade, dada a incompatibilidade de cumprimento de ambas, com fundamento no artigo 44, § 5º, do Código Penal.

O MM. Juiz deferiu a conversão pleiteada, mas nos termos do artigo 44, § 4º, do mesmo Codex.

Sem razão, data venia.

O artigo 44, § 5º do Código Penal prevê hipótese inversa à que ora se apresenta, porquanto faculta ao Juiz determinar a conversão da pena restritiva de direitos que está sendo cumprida em privativa de liberdade pelo advento de nova condenação à pena carcerária.

Igualmente, não se trata da hipótese do § 4º do aludido dispositivo, de descumprimento injustificado da restrição imposta na condenação.

De fato, **aplica-se ao caso o artigo 76 do Código Penal:**

"No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave."

Assim, a pena de prestação de serviços à comunidade imposta a sentenciado que cumpre pena privativa de liberdade por outro crime **será suspensa até o término da pena carcerária**, em atenção ao contido no artigo 116, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. RÉU PRESO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 76. CONCURSO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO. PENAS. MAIS GRAVES E POSTERIORMENTE AS DEMAIS. MULTA. INADIMPLÊNCIA. DÍVIDA DE VALOR.

No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, na hipótese de o réu estar preso, não é razoável a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em virtude da prisão do réu e, assim, impossibilitado de adimplir a restrição determinada. A solução está no art. 76 do Código Penal que trata do concurso de infrações, determinando a execução primeiramente dos crimes mais graves.

Assim, o executado cumprirá a pena privativa de liberdade para, somente depois, ter a possibilidade de prestar serviços à comunidade, devendo esta ser suspensa enquanto cumpre aquela, em respeito ao art. 116, parágrafo único, do Código Penal. (...)." (REsp 662.066/SC, Rei. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 01/08/2005 p. 530).

4. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para, cassada a decisão que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, suspender a execução da pena de prestação de serviços à comunidade até o cumprimento ou extinção da pena carcerária." (14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.u, julgado em 25/06/09 – destacamos).

Pelos fundamentos acima é que sustentamos que se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva de direitos forem posteriores ao início de cumprimento de outra pena privativa de liberdade ou se a pena restritiva não estiver em execução quando da prática de crime que leve a uma nova condenação **não se pode falar em reconversão**, sendo aplicável o previsto no artigo 76 do Código Penal que dispõe que no concurso de crimes **deve-se executar primeiro a pena mais rigorosa**, de modo que a pena restritiva deve ser mantida tal como imposta na decisão condenatória e será cumprida após o término da pena privativa de liberdade.

Fundamentação fática

A tese foi criada em virtude de os magistrados que atuam na Vara de Execuções Criminais de Guarulhos darem interpretação extensiva aos artigos 44, § 5º do Código Penal e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal (LEP), convertendo penas restritivas de direitos sempre que o sentenciado cumpre outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa.

A interpretação dada aos referidos artigos pelos magistrados é ilegal, pois amplia as hipóteses de reconversão e no direito penal é vedada a interpretação extensiva em prejuízo do réu.

Na prática, com a reconversão, o sentenciado é obrigado a cumprir pena privativa de liberdade por um período maior que o devido.

Sugestão de operacionalização

Os argumentos da tese podem ser utilizados para sustentar o não cabimento da reconversão ainda em primeira instância, após pedido de reconversão efetuado pelo Ministério Público, ou em agravo de execução interposto em face da decisão que determinou indevidamente a reconversão de pena restritiva de direitos.

TESE 112

Proponente: Renata Simões Stabile Bucceroni

Área: Execução Criminal

Súmula:

As condutas previstas no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal não caracterizam falta disciplinar quando praticadas pelo sentenciado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto.

Assunto:

Lei de execução penal. Falta disciplinar.

Item específico das atribuições instucionais da defensoria pública

Defesa dos usuários em processos de execução penal, nos termos do artigo 5º, incisos, I, III e VII, da Lei Complementar Estadual 988/06, que assim dispõe:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

(...)

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

Fundamentação jurídica

O artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 11466/07, prevê que *“comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”*.

A previsão trazida no referido artigo tem sido utilizada indiscriminadamente para punir tanto os presos que estão no regime fechado quando os que estão em regime semiaberto.

Ocorre que, em verdade, a conduta descrita no referido inciso **somente pode caracterizar falta disciplinar quando praticada pelo sentenciado que cumpre pena em regime fechado, já que nos regimes aberto e semiaberto o contato com o meio externo não é supervisionado.**

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado que, fora da casa do albergado – ou de outro estabelecimento adequado – deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (artigo 36, *caput* e § 1º do Código Penal).

Inexistindo vigilância direta do sentenciado que cumpre pena em regime aberto – especialmente porque não existem casas do albergado e, na prática, a pena é cumprida com o recolhimento do preso em sua própria residência, local em que certamente terá acesso a aparelhos de telefonia – e não havendo qualquer proibição de contato do sentenciado com quem quer que seja, por óbvio a utilização de aparelho telefônico por quem cumpre pena em regime aberto é materialmente atípica.

Essa conclusão, que parece óbvia quando se trata do apenado que está em regime aberto, é rechaçada quando se trata do preso que cumpre pena em regime semiaberto, sendo comum a regressão do sentenciado que, no regime semiaberto, é encontrado em poder de aparelho de telefonia móvel.

Não há razão para que o preso do regime semiaberto seja tratado, nesse ponto, como o do regime fechado, eis que no regime semiaberto não é vedado o contato não supervisionado com o meio externo.

Observe-se que ao preso do regime semiaberto é permitida a **realização de trabalho externo** (artigo 35, § 2º do Código Penal). Além disso, o sentenciado que está em regime semiaberto pode obter autorização para saída temporária do estabelecimento, **sem vigilância direta**, para o exercício das seguintes atividades: **I - visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social** (artigo 122 da Lei de Execução Penal).

Nas ocasiões em que está fora do estabelecimento prisional para a realização de trabalho, frequência a cursos, participação em outras atividades que estimulem seu retorno ao convívio social ou para a visita a familiares **o preso não é submetido à vigilância direta e pode ter contato pleno com o meio externo**, não havendo restrição a sua comunicação com quem quer que seja e nem supervisão alguma sobre o teor das conversas que mantém.

Sendo permitido aos sentenciados que estão em regime semiaberto que mantenham comunicação verbal sem supervisão com os que estão fora do estabelecimento prisional, não há sentido em vedar a esses sentenciados a utilização de aparelhos de telefonia móvel.

Assim, no caso do preso do semiaberto – que pode comunicar-se com o meio externo sem supervisão, medida que é adotada com o objetivo de aproximá-lo cada vez mais da vida na sociedade livre – a conduta de fazer uso de telefone celular é materialmente atípica, pois **a ratio essendi da norma do artigo 50, VII da Lei de Execução Penal é proibir a comunicação do preso com o meio externo e o preso do regime semiaberto não é impedido de ter contato com o meio externo.**

Ademais, o próprio artigo 319-A do Código Penal (inserido no Código Penal pela Lei 11466/07, a mesma que alterou o artigo 50 da Lei de Execução Penal para incluir o inciso VII), ao criminalizar a conduta que quem deixa de impedir o acesso do preso a aparelho telefônico, faz referência ao **diretor de penitenciária** (e não ao diretor de colônia agrícola ou industrial), o que permite a conclusão de que a intenção do legislador era somente impedir que o preso do regime fechado fizesse uso dos aparelhos de telefonia móvel.

A esse respeito, confira-se trecho do interessante artigo do advogado Anderson Figueira da Roza:

“Explicando melhor, analisando o art. 319-A, observa-se que **o comando da Lei é claro e evidente, direcionado ao Diretor da Penitenciária, e penitenciária é local de cumprimento de pena no regime fechado.** Isto é

uma conclusão óbvia, pois tanto o Código Penal nos seus artigos 34 e 35 (definições de regras do regime fechado e aberto respectivamente), como na Lei de Execução Penal – LEP – Lei 7.210, onde precisamente no art. 87 estabelece que Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Neste sentido, se a mesma Lei que criou um tipo penal novo no próprio Código Penal para punir agentes públicos que permitem, ou, melhor dizendo, “não vedam” o acesso de aparelhos celulares dentro de Penitenciárias também criou um novo inciso como falta grave no cumprimento de pena para o preso lá na Lei de Execução Penal. Isto com o claro objetivo de complementar a solução do mesmo problema, onde não bastaria apenas punir o preso que utiliza aparelhos celulares (comando colocado explicitamente na LEP), mas também deveria punir quem facilita a entrada destes aparelhos. **Então, obviamente estamos falando do mesmo local de cumprimento de pena, e este local é a Penitenciária. E esta deve ser a interpretação correta da intenção do legislador.**” (ROZA, Anderson Figueira da, *Aparelho celular encontrado com apenado no regime semi-aberto configura falta grave?*, <http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-aparelho-celular-encontrado-com.html>, artigo acessado em 11/08/2015).

Por esses motivos sustentamos que a conduta do artigo 50, VII não é materialmente típica quando praticada pelos sentenciados que cumprem pena nos regimes aberto e semiaberto.

Fundamentação fática

A tese foi criada em virtude de ser bastante comum que presos que cumprem pena em regime semiaberto sejam regredidos ao regime fechado por conta de serem surpreendidos em poder de aparelhos de telefonia celular.

Sugestão de operacionalização

Sugere-se utilizar a tese nos procedimentos de apuração de falta disciplinar e nos agravos interpostos contra as decisões de anotação da falta, quando a conduta de possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, for praticada por sentenciados que cumprem pena em regime diferente do fechado.

Tese 125

Proponente: Patrick Lemos Cacicedo

Área de Atividade: Criminal

Súmula

O lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial sobre progressão de regime tem natureza declaratória.

Assunto

Execução penal – progressão de regime – requisito objetivo

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Del. CSDP 143/2009

Art. 6º. São atribuições funcionais da área de execução criminal :

- I. atuar em processos de execução criminal, promovendo integralmente os direitos dos sentenciados hipossuficientes, em todas as fases e atos do processo;

Fundamentação jurídica

Nas últimas décadas, o Brasil passou por um significativo aumento da sua população prisional decorrente do fenômeno descritos por alguns autores como encarceramento em massa ou grande encarceramento. Com efeito, de 1990 a 2014 a população prisional brasileira teve um aumento de 575%, ultrapassando a faixa dos 600 mil presos. Com déficit superior a 230 mil vagas, o sistema penitenciário brasileiro passou por expressiva piora no referido período, sendo notório o reconhecimento de nossas prisões como ambientes notadamente degradantes.

A práxis cotidiana nas varas de execução penal demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico. A burocracia, contudo, não revela apenas um mau funcionamento do órgão, mas produz efeitos concretos no direito de liberdade das pessoas sob sua jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo.

Por conta desse problema, os lapsos temporais previstos em lei para os direitos da execução penal são desrespeitados e as pessoas acabam por cumprir a pena de maneira notadamente mais gravosa do que o previamente determinado na norma penal. No plano concreto da execução penal, a progressão de regime, por exemplo, é concedida muito após um sexto do cumprimento da pena no caso de crimes não hediondos, sendo mais frequente até mesmo que ocorra após um terço do que no marco legalmente garantido. No caso de penas curtas, a lentidão das varas de execução penal acaba por revigorar, na prática, o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, pois a pena se esgota antes que o juiz consiga analisar qualquer dos direitos da execução penal.

Assim, para além do conteúdo das decisões, o mau funcionamento das varas de execução penal contribui de maneira significativa para a superlotação das prisões, pois impedem a efetivação dos direitos no tempo e na forma determinados legalmente como garantias diante do poder punitivo do Estado.

Assim, o caótico funcionamento da execução das penas no Brasil acaba por trazer ao próprio Poder Judiciário questões de cunho jurídico daí advindas. É o caso da discussão acerca da consequência jurídica a ser dada ao atraso na concessão da progressão de regime, o que implica em definir qual é a natureza da decisão sobre a progressão de regime.

A posição firmada no Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos foi a de que “o marco para a progressão ao regime aberto será aquela data que efetivamente corresponda

ao início do cumprimento da pena no regime anterior – semiaberto – e não aquela que supostamente lhe daria tal direito.” (HC 171.695/SP, 6º T, j. 28.06.2012, Min. Og Fernandes).

O principal fundamento utilizado pela Corte Superior é o de que “devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional” (cf. HC 202.202/RJ, 5º T, j. 15.08.2013, Min. Laurita Vaz; HC 297.936/SP, 5º T, j. 17.09.2015, Min. Reynaldo Soares da Fonseca.), uma vez que “estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal que o sentenciado tem que cumprir o requisito temporal de 1/6 no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente.” (HC 260.546/SP, 5º T, j. 01.08.2013, Min. Laurita Vaz.).

Após mais de três anos de tramitação, em dezembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 115.254/SP de maneira frontalmente contrária à jurisprudência dominante no STJ. Para o STF, “na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior.”

Primeiramente, cumpre ressaltar que no julgamento do *habeas corpus*, o STF não tratou a questão apenas em seu aspecto técnico-dogmático, senão que reconheceu os problemas reais que ocasionaram a discussão jurídica em tela. Nesse sentido, o relator, Min. Gilmar Mendes, apontou que “negligenciar a observância da celeridade processual nas decisões acerca da progressão de regime pode gerar reflexo inclusive na superlotação carcerária.” Alerta, por isso mesmo, para um projeto de lei do Senado Federal (PLS 513/2013) que prevê a automatização dos pedidos em execução penal com a utilização de tecnologia da informação.

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia classificou como “limbo burocrático” a demora na análise dos pedidos em execução penal. Menciona, em seguida, pesquisa feita em três Estados do Brasil, segundo a qual a média para reconhecimento da progressão de regime é de um ano e meio.

O caso, portanto, recebeu uma análise também a partir de circunstâncias concretas e de seus efeitos práticos. Trata-se, aqui, de definir se a demora na análise da progressão de regime, que não teve como causa a conduta do sentenciado, pode prejudicá-lo. Mais especificamente, trata-se de definir se a mora do próprio Poder Judiciário pode ter como consequência uma decisão judicial que prejudique o jurisdicionado.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que prejudicar o réu nessa circunstância “seria fazer vista grossa à mora judiciária em detrimento do apenado cumpridor de suas obrigações.” Para além disso, o atraso na apreciação da progressão de regime possibilitou um outro olhar sobre a questão da legalidade: se para o STJ a ilegalidade consiste na consideração do tempo de cumprimento de pena após atingir o lapso temporal, mas antes da decisão que concede a progressão de regime, para o STF a ilegalidade se verifica no próprio atraso na análise do pedido progressivo.

Com efeito, o acórdão assinala que foi a “omissão judicial inaceitável (que) causou constrangimento ilegal ao apenado”, o que torna as decisões dos Tribunais Superiores contraditórias e inconciliáveis. A diferença fundamental entre os dois entendimentos se encontra no fato de que o STJ invocou a garantia fundamental da legalidade em desfavor do seu destinatário, enquanto o STF o fez em seu benefício.

A legalidade, tal qual as demais garantias fundamentais previstas na Constituição da República e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem sua razão de ser na limitação do arbítrio estatal exercido na forma de poder punitivo. A leitura da questão levada a efeito pelo STJ subverte o sentido da legalidade, que no caso concreto amplia

indevidamente o poder punitivo do Estado, no que se pode classificar como verdadeiro garantismo às avessas.

A Lei de Execução Penal não dispõe de norma que autorize a progressão de regime meses ou anos após a fração legal, como frequentemente sucede na prática. O posicionamento do STJ, a despeito de se arvorar na defesa da legalidade, na verdade corrobora o mais absoluto estado de ilegalidade da execução penal brasileira, fazendo com que uma deficiência do próprio Poder Judiciário recaia sobre a liberdade das pessoas, que passam a cumprir pena de maneira mais gravosa do que a determinada em lei. Invoca-se, assim, a legalidade, princípio constitucional de proteção contra o arbítrio estatal, para justificar uma situação de verdadeira ilegalidade.

A vedação legal da progressão por salto, trazida como argumento de peso em todos os julgados sobre o tema no plano do STJ, no entanto, não se aplica à questão. Conforme expôs o acórdão da Suprema Corte, no caso sob análise “o paciente não se insurge contra o cumprimento da pena em caráter progressivo, tampouco se recusa a submeter-se ao regime semiaberto. O que o reeducando pleiteia é que se respeitem os prazos legais e que os direitos sejam declarados à época adequada.”

Não se trata, por evidente, de progressão por salto. Este fenômeno se perfaz apenas no caso em que uma pessoa que cumpre pena em regime fechado e que preencha os requisitos apenas para o regime semiaberto seja progredida diretamente para o regime aberto. No caso do HC 115.254/SP, o paciente não pleiteou a progressão do regime fechado diretamente para o aberto, uma vez que já se encontrava em regime semiaberto, mas desejava que a data-base para início da contagem do lapso temporal para a progressão final fosse antecipada ao momento em que cumprira os requisitos para a primeira progressão de regime.

Ressalte-se, contudo, que mesmo nos casos em que a demora judicial seja tamanha que o sentenciado ainda no regime fechado perfaça os requisitos para duas progressões de regime, sua transferência imediata para o regime aberto não configura progressão por salto. Esta situação é inteiramente diversa daquela em que preenchidos os requisitos apenas para a progressão ao regime intermediário o sentenciado é transferido para o regime aberto, pois no primeiro caso, apenas a ineficiência estatal impediu que o regime semiaberto fosse cumprido regularmente antes da chegada ao regime aberto.

Um dos principais méritos da decisão em comento é o de assentar que a violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo não pode ensejar para o seu destinatário que, “pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial.” Este fundamento, por si só, desmonta toda a razão de ser dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a decisão foi além e possibilitou qualificar o debate sobre a natureza jurídica da progressão de regime e da decisão judicial que a concede.

Conforme exposto acima, a jurisprudência do STJ confere à progressão de regime a natureza jurídica de benefício. Esta concepção, contudo, é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu conseqüente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Desta forma, os lapsos temporais previstos em lei devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, enquanto a progressão de regime deve ser encarada como um verdadeiro direito da pessoa em face do Estado. Assim, cumpridos os requisitos previstos em lei, o juiz deve imediatamente reconhecer o direito, de maneira que resta configurado constrangimento ilegal o cumprimento de pena em regime fechado quando preenchidos os requisitos para progressão ao regime semiaberto. O mesmo entendimento se aplica ao livramento condicional, indulto e comutação.

A melhor posição, portanto, é aquela que reconhece a progressão de regime como um direito, não como um benefício. Na qualidade de um direito da pessoa que cumpre pena, após o preenchimento dos requisitos legais, cumpre ao juiz apenas reconhecer o direito e efetivá-lo. Este é o sentido que se extrai do acórdão da Suprema Corte, a despeito de se referir à progressão de regime ora como direito, ora como benefício, o que parece ser feito mais em virtude do costume do que a partir da materialidade dos seus fundamentos.

A correta interpretação da garantia da legalidade e o reconhecimento da natureza jurídica de direito à progressão de regime culminam na natureza declaratória da decisão judicial a seu respeito, conforme deixou expresso a decisão do STF. Desta forma, a decisão judicial declara a existência do direito no momento em que seus requisitos legais são preenchidos, ou seja, a ato judicial apenas declara a progressão de regime, que se completou na data em que o lapso temporal foi alcançado quando a pessoa possui bom comportamento carcerário. Como consequência lógica, a contagem do lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial apenas declara a progressão de regime ao invés de constituí-la.

No caso do indulto e da comutação, que igualmente possuem a natureza jurídica de um direito subjetivo do sentenciado, o Decreto nº 8.615/15 prevê expressamente que o ato judicial de sua concessão tem caráter declaratório. Cumpre consignar que, por igualmente ter a natureza jurídica de direito subjetivo, a mesma lógica se aplica ao livramento condicional.

No caso concreto, a analogia utilizada pelo STF na afirmação do caráter declaratório da decisão de progressão de regime foi a do caso da regressão de regime pela prática de falta disciplinar de natureza grave. Conforme assinalou o acórdão da Corte Suprema, “em caso de regressão, a data-base é o dia da prática da falta grave, e não do pronunciamento judicial posterior reconhecendo-a: em situações de progressão, a regra deve ser a mesma, o cumprimento dos requisitos legais é o marco.”

Assim, consignada a natureza declaratória, e não constitutiva, da decisão que defere a progressão de regime, a data em que o sentenciado efetivamente cumpriu os requisitos para o regime semiaberto passa a ser definida como a data-base para o início de contagem do lapso temporal para a progressão final ao regime aberto, de modo a impedir que eventual demora na análise judicial do pedido progressivo possa prejudicar o jurisdicionado.

Após a repercussão da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça passou a acolher a tese aqui exposta em suas duas turmas (cf. HC 369.774 e Ag.Rg no Resp 1.582.285). Assim, a tese proposta objetiva uma atuação estratégica para que a tese seja acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelos juízos das varas de execução criminal do estado.

A fundamentação jurídica acima foi baseada e extraída em grande parte em artigo de minha autoria: [CACICEDO, Patrick](#). A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 124, p. 357-368, 2016.

Fundamentação fática

A despeito da mudança de posicionamento dos Tribunais Superiores, a imensa maioria dos juízes de execução penal do estado de São Paulo, bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo ainda entendem que a data-base para a segunda progressão de regime é a data em que efetivamente ocorreu a primeira, ainda que com atraso causado exclusivamente pelo Estado.

Os efeitos desse entendimento nos planos individual e coletivo são desastrosos para a liberdade e dignidade humana, com consequências concretas no sofrimento causado pelo aprisionamento pessoal, bem como nas condições gerais de encarceramento. Tal entendimento jurídico, manifestamente ilegal e inconstitucional, contribui diretamente para o quadro de massivo e superlotado encarceramento no Brasil, que configura o mais grave quadro de violação de direitos humanos no país.

Assim, além da correção jurídica, sua aplicação prática e estratégica tem efeitos concretos na garantia da liberdade e na redução do quadro de hiperencarceramento vivido em São Paulo.

Sugestão de operacionalização

Sugere-se a operacionalização da tese especialmente pelo requerimento da progressão de regime seguindo o lapso temporal correto, com a consequente impetração de habeas corpus ou agravo em execução em caso de indeferimento.

Notadamente nos casos em que a diferença temporal entre os dois marcos temporais em discussão for muito grande, será possível o acionamento dos Tribunais Superiores, com a viável possibilidade de produção de súmula de entendimento dominante em apoio à tese proposta.

Além disso, podem ser feitos requerimentos para que os juízes determinem que os cálculos das VECs sejam feitos de acordo com a tese proposta.

Referências bibliográficas:

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Conselho Nacional de Justiça, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 274, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

TESE 126

Proponente: Yasmin O. M. Pestana – Defensora Pública, atualmente Coordenadora Auxiliar do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher

Área: Criminal/execução penal.

Súmula

É direito da sentenciada, nos termos dos artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, que o período em que a mulher presa estiver afastada do trabalho e/ou do estudo, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, como amamentação, seja reconhecido para fins de remição.

Assunto:

As Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional^[1], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, dispõe que “durante o pós-parto, deve ser garantida a licença da atividade laboral para que as mulheres que se encontravam trabalhando possam continuar sendo remuneradas e terem remida sua pena”.

As Diretrizes citadas disciplinam uma importante questão que será analisada a seguir, qual seja a possibilidade da mulher que teve um/a filho/a cuidar deste/a e continuar contabilizando a remição de sua pena, de forma a não invisibilizar o trabalho de cuidados e de reprodução.

Indicação do(s) item(ns) específico(s) relacionado (s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

LEI COMPLEMENTAR Nº 988, DE 09 DE JANEIRO DE 2006

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

-

“LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (Lei de Execução Penal)

Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

I - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

e) a detração e remição da pena; (...)"

Deliberação CSDP nº 291, de 14 de fevereiro de 2014.

*Artigo 1º – A política institucional de que trata a presente Deliberação **compreende o atendimento jurídico integral**, em todo o Estado de São Paulo, às mulheres presas que estejam grávidas ou em período de amamentação, bem como àquelas que tenham filhos com menos de 18 anos em situação de vulnerabilidade decorrente da custódia penal de sua mãe ou cujo convívio esteja obstruído*

Fundamentação jurídica e fática:

I – Sobre o direito à “licença-maternidade” das mulheres presas:

As Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional^[2], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, estabelecem que “durante o pós-parto, deve ser garantida a licença da atividade laboral para que as mulheres que se encontravam trabalhando possam continuar sendo remuneradas e terem remida sua pena”.

Sobre a garantia do direito a licença da atividade laboral às mulheres presas passa-se a expor os fundamentos para a efetivação de tal direito.

A) O direito ao trabalho (art. 41, II, da Lei de Execução Penal):

Segundo o artigo 41, II, da Lei nº 7.210/1984 (LEP), é direito das pessoas presas a “atribuição de trabalho” e sua consequente remuneração. Ainda, dispõe o artigo 6º, *caput*, da CF, que o trabalho consiste em um direito social de todos/as cidadãos/ãs. **Deste modo, é direito da mulher presa poder realizar atividade laboral durante o tempo em que cumpre a pena.**

Considerando a função ressocializadora da pena, o trabalho é uma maneira extremamente útil para que esta possa ser cumprida. Isso porque, ao invés de passar o período da pena apenas trancafiada em uma cela, a mulher poderá, trabalhando, desenvolver habilidades pessoais na realização do trabalho, bem como poderá produzir bens que irão beneficiar a sociedade como um todo. Além disso, espera-se que após a soltura, a egressa possa empregar as atividades laborais que desempenhava em alguma função extramuros.

Assim, o trabalho é uma forma de garantir que a pena cumpra a sua finalidade ressocializadora e para que a mulher presa possa desenvolver diversas capacidades durante o período de prisão, bem como posteriormente.

Para reforçar a importância do trabalho durante a prisão, o legislador possibilitou a remição da pena. Nesse sentido, o artigo 126, §1º, II, da Lei de Execuções Penais (LEP), disciplina que a cada três dias de trabalho seja descontado um dia da pena da presa.

Ainda, dentro do instituto da remição, o **artigo 126, §4º, da LEP** assegura que aquela presa que tenha sofrido um acidente e que, como consequência, tenha ficado impossibilitada de realizar atividades laborais por um determinado período de tempo, possa continuar recebendo o benefício da remição durante a recuperação.

Considerando a previsão legal citada, consistente na possibilidade de continuar a receber a remição da pena nos casos de acidente, tem-se que o mesmo benefício pode ser estendido, por analogia, para as mulheres presas que estiverem no período pós-parto. Isto porque, assim como nos casos de acidente, a presa necessita de um período afastada do trabalho. Após este período, a mulher irá retornar para a atividade laboral.

Desse modo, tendo em vista que não há nenhum impedimento legal para que durante o período de pós-parto a mulher possa continuar a desfrutar da remição da pena e da remuneração oriunda do trabalho, garantir tal direito é uma forma de conferir maior igualdade entre homens e mulheres encarceradas, nos termos do que preconiza o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, entende-se que o trabalho é um direito da mulher que se encontra presa e deve ser protegido para que esta possa realizá-lo, garantindo-se também o benefício da remição da pena quando está desfrutando do direito à licença-maternidade.

B) O direito à licença-maternidade (art. 7º, XVIII, CF):

Conforme dispõe o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, que trata sobre os direitos das pessoas trabalhadoras, nos espaços urbanos e rurais, em situação de restrição de liberdade ou não, **a mulher gestante possui o direito a tirar licença por um período de cento e vinte dias, resguardando seu emprego e salário.**

No Brasil, o direito da mulher à licença-maternidade foi introduzido em 1943, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Estabeleceu-se que a licença gestante era de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto; que neste período a mulher tinha direito ao salário integral e, posteriormente, o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

No entanto, o ônus financeiro do benefício não era então suportado pela Previdência Social. O salário-maternidade foi incluído entre as prestações da Previdência Social a partir da edição da Lei nº. 6.136, de 7 de novembro de 1974, somente para as seguradas empregadas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a licença gestante foi ratificada como direito social e passou a ter duração de cento e vinte dias, nos termos do artigo 7º da Carta Magna, para as seguradas empregada (urbana e rural), trabalhadora avulsa e empregada doméstica. Ainda, o texto constitucional, no que se refere à Previdência Social, determinou em seu artigo 201, inciso II, a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Em cumprimento às disposições constitucionais, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua redação original, estabeleceu que o salário-maternidade era devido por cento e vinte dias, com início 28 dias antes do parto e a ocorrência deste, sem exigência de número mínimo de contribuições (carência), no valor da remuneração integral, sem limite de valor, no caso da segurada empregada e trabalhadora avulsa, e correspondente ao valor do último salário-de-contribuição, no caso da empregada doméstica. O benefício era pago pela empresa, no caso da empregada, que efetivava a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários e, nos demais casos, pela Previdência Social.

A Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994, estendeu o direito ao salário-maternidade no valor de um salário mínimo para a segurada especial, desde que esta comprovasse o

exercício de atividade rural. Tal exercício poderia ter ocorrido de forma descontínua, mas à segurada caberia a comprovação de ao menos 10 meses de trabalho rural nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, o salário-maternidade passou a ser devido, também, às seguradas contribuinte individual e facultativa, com carência de dez contribuições mensais. O valor do benefício, nestes casos, corresponderia a um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, não podendo ser inferior ao valor de um salário mínimo. A referida Lei estabeleceu que o pagamento do salário-maternidade de todas as seguradas, inclusive da empregada, fosse efetuado pela Previdência Social.

A Lei nº. 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu o salário-maternidade para a segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. O benefício seria garantido pelo período de cento e vinte dias, se a criança tivesse até um ano de idade; de sessenta dias, se a criança tivesse entre um e quatro anos de idade, e de trinta dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade.

Já em 2003, a Lei nº. 10.710/2003, retornou a obrigatoriedade de a empresa pagar o salário-maternidade da empregada a seu serviço, compensando o valor quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários, mantendo o pagamento do benefício, no caso de adoção ou de guarda judicial para fins de adoção, pela Previdência Social. Também determinou que se observasse, em relação a esse benefício, o disposto no art. 248 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, limitando o salário-maternidade.^[3]

Atualmente, para ter direito ao salário-maternidade, a beneficiária deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: (i) em relação a quantidade de meses trabalhados (carência), são exigidos 10 meses para a trabalhadora Contribuinte Individual, Facultativa e Segurada Especial; (ii) já para as seguradas Empregada de Microempresa Individual, Empregada Doméstica e Trabalhadora Avulsa (que estejam em atividade na data do afastamento, parto, adoção ou guarda com a mesma finalidade) é garantida a isenção da carência; (iii) para as desempregadas é necessário comprovar a [qualidade de segurada](#) do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de 10 meses trabalhados. Caso tenha perdido a qualidade de segurada, deverá realizar dez novas contribuições antes do parto/evento gerador do benefício.

A duração do benefício dependerá do tipo do evento que deu origem ao benefício. **Serão concedidos 120 (cento e vinte) dias nos casos de parto, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, independentemente da idade do adotado que deverá ter no máximo 12 (doze) anos de idade, e nos casos de natimorto.** Já nos casos de aborto espontâneo ou previstos em lei (estupro ou risco de vida para a mãe), serão dados 14 (quatorze) dias de licença-maternidade.^[4]

Além do direito à licença-maternidade, a Lei da Primeira Infância - Lei nº 13.257/2016 veio reconhecer e reafirmar a importância de convivência mãe e filho/a no período que compreende o nascimento do bebê até os 6 anos de idade.

Em relação às mulheres presas, a Lei da Primeira Infância alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal que dispõe sobre as hipóteses nas quais poderá haver a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. A referida Lei incluiu nos incisos IV, V e VI a possibilidade das mulheres gestantes, com filhos de até 12 anos de idade incompletos, ou os homens, nos casos em que for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, se beneficiarem da prisão domiciliar.

Esta modificação vem salientar a importância da infância para o desenvolvimento da criança. Portanto, as pessoas responsáveis pelo cuidado destas durante este período devem receber condições especiais para desenvolver a atividade de cuidados. Ou seja, é cuidar de quem realiza o trabalho de cuidados da criança.

Nesse cenário, o direito à licença-maternidade é importante para que a mulher ou o homem que cuide da criança possa exercer essa atividade sem prejudicar sua situação financeira, tendo em vista que deverá afastar-se do trabalho para tal. **O direito à licença-maternidade, portanto, é essencial para a criança e para aquela pessoa que irá cuidar desta.**

Ainda, nos casos em que a mulher se encontra cumprindo pena restritiva de liberdade e realizando atividade laboral, não deve existir nenhum tipo de diferenciação desta em relação aos homens e às mulheres em situação de liberdade. Senão vejamos.

O exercício da maternidade e dos cuidados com os/as filhos/as é situado historicamente como um trabalho próprio da mulher. A construção, no bojo da sociedade, de papéis de gênero, faz com que determinadas atividades sejam consideradas exclusivas de determinados grupos. Nesse sentido, existe uma diferenciação entre mulheres e homens, uma vez que socialmente se atribui às mulheres a responsabilidade pelo cuidado dos filhos. **Tal diferenciação também atinge as mulheres em situação de restrição de liberdade.**

Aos homens presos com filhos/as, o procedimento institucional é diferente do que aquele concedido à mulher. Para exemplificar, o próprio artigo 318, VI, do Código de Processo Penal, supramencionado, determina que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for homem e for único responsável pelos cuidados do/a filho/a de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Ocorre que, no mesmo dispositivo legal, quando o agente for uma mulher, não existe nenhuma ressalva de que a prisão somente poderá ser substituída quando não houver outra pessoa responsável pela criança.

Deste modo, além da construção social que atribui à mulher a função de cuidar dos/as filhos/as, a norma legal, ainda que buscando resguardar a primeira infância e o exercício da maternidade, reforça essa concepção. **Essas diferenças se tornam desigualdades, na medida que as mulheres presas são responsabilizadas pelos cuidados com os filhos e perdem o seu direito à trabalho e a remição da pena.**

Os mesmos direitos relativos ao exercício da maternidade devem ser resguardados às mulheres presas ou em situação de liberdade. Assim, dentro da prisão deve existir locais de convivência para filho/a e mãe, acompanhamento médico para a mulher e a criança, local apropriado para a vivência do bebê, etc, conforme *as Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional*^[5], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional

O direito à licença-maternidade, possui o objetivo de garantir à mulher o tempo necessário para que possa cuidar da criança recém-nascida que precisa de cuidados. Ainda, é importante para criar vínculos entre a mãe e o/a filho/a. **Portanto, esse período é crucial para o desenvolvimento da criança, sendo a manutenção da remição durante o período equivalente à licença maternidade uma medida justa para compensação dos cuidados que a mãe está dispendendo com seu/sua filho/a.**

Ademais, não considerar o período do pós-parto para fins de remição faz com que a maternidade seja mais uma penalização para as mulheres encarceradas. Isto porque, se a mulher tiver que optar entre cuidar de seu/sua filho/a recém-nascido/a e continuar trabalhando para remir sua pena, em qualquer uma das escolhas, ela

renunciará um direito em detrimento de outro direito. No entanto, o exercício de ambos os direitos pode coexistir com a extensão da licença-maternidade às mulheres presas.

Ante o exposto, entende-se que o direito à licença-maternidade dever ser assegurado inclusive nos casos nos quais a mulher se encontra cumprindo pena restritiva de liberdade.

C) O reconhecimento do trabalho de cuidados e de reprodução:

Para fins de igualdade de gênero, é necessário reconhecer que o exercício de cuidados com o/a filho/a é uma atividade laboral e não apenas de afeto. A função de criar as crianças demanda tempo, responsabilidades e preparo, bem como qualquer outro trabalho. De tal modo, a tarefa de cuidados e educação com a criança possui atribuições e métodos típicos de uma atividade laboral.

Considerando que a atividade de cuidados com uma criança pode ser exercida por terceiros que não os pais, por exemplo em creches, quando um dos pais realiza esta atividade de cuidados, também deve ser reconhecida como um trabalho.

Neste sentido, as teóricas feministas, vêm, ao longo de décadas, reivindicando o reconhecimento do trabalho doméstico enquanto esfera crucial para o desenvolvimento de uma nação.

O trabalho doméstico é aquele desenvolvido no âmbito da residência, no qual atividades de limpeza, educação das crianças e alimentação são realizadas. Esse trabalho reprodutivo detém menos valor social do que o trabalho produtivo, aquele que gera riquezas.

Historicamente, se consolidou uma divisão sexual do trabalho, segundo a qual as mulheres devem desempenhar as atividades que estão atreladas aos cuidados com a casa e as crianças e os homens exercem as atividades ligadas ao âmbito “público”. Essa divisão baseia-se na errônea noção de que os aspectos biológicos das mulheres seriam inferiores aos dos homens. Ou seja, criou-se sob esta suposta diferença biológica, uma hierarquia social, forjando relações assimétricas de poder entre homens e mulheres. Nesse sentido:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; esta forma é adaptada historicamente e a cada sociedade. Ela tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc...).

Esta forma de divisão social do trabalho tem dois princípios organizadores: o princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio de hierarquização (um trabalho de homem “vale” mais do que um trabalho de mulher). Eles são válidos para todas as sociedades conhecidas, no tempo e no espaço – o que permite segundo alguns e algumas (Héritier-Augé, 1984), mas não segundo outros (Peyre e Wiels, 1997) afirmar que elas existem desta forma desde o início da humanidade. Estes princípios podem ser aplicados graças a um processo específico de legitimação, a ideologia naturalista. Este processo empurra o gênero para o sexo biológico, reduz as práticas sociais a “papéis sociais” sexuais, os quais remetem ao destino natural da espécie^[6].

Analisando-se essa cisão de obrigações sociais, verifica-se que o trabalho doméstico e de cuidados é invisibilizado na sociedade e tido como uma atividade desqualificada. As mulheres não são remuneradas pelo trabalho de lavar e passar roupa, fazer a alimentação, limpar a casa, cuidar dos filhos etc. São todas atividades que socialmente são atribuídas às mulheres e não valorizadas, embora estejam diretamente relacionadas com a manutenção da vida.

Mais ainda, o Estado e as empresas ao saberem que os trabalhadores contarão com a força de trabalho das mulheres para realizarem as atividades domésticas economizam, com, por exemplo, a não implementação de creches suficientes, com a falta de refeitórios públicos, com a inexistência de lavanderias públicas etc. Todos esses trabalhos, que poderiam ser coletivizados, são realizados pelas mulheres, sem qualquer contrapartida econômica ou social.

Aprofundando essa argumentação, outro trabalho que não é remunerado, embora seja essencial para a manutenção da mão-de-obra assalariada é a reprodução. Esta atividade demanda muita energia, cuidados e tempo e, apesar da sociedade cultuar o “mito do amor materno”, na prática a maior parte das mulheres assumem sozinhas as responsabilidades advindas da maternidade, sem qualquer apoio.

Sob essa perspectiva, para fins de remição, deve-se considerar que o trabalho dispendido pela mulher para cuidar do/a filho/a e a própria reprodução também devem ser equiparados para fins de remição da pena.

Reforça-se que incumbir à mulher presa o trabalho de cuidados com recém-nascido, sem remir sua pena ou oferecer cuidadores/as que permitam que elas trabalhem em algum período do dia, é uma forma de omissão do estabelecimento prisional em relação aos direitos das mulheres presas e de seus/suas filhos/as.

Com base neste entendimento, o trabalho realizado pela mulher antes da gestação seria substituído, durante o período pós-parto, pelo trabalho realizado por esta cuidando do/a recém-nascido/a.

A título de argumentação, considerando o trabalho de cuidados das crianças como uma atividade digna de remição de pena, é possível que esta função seja exercida por outra mulher que não a mãe. Assim, durante o período de pós-parto, a mãe poderia retornar a outros trabalhos dentro da prisão, diferentes da maternidade. Tal entendimento também está previsto nas *Diretrizes para a Convivência Mãe-Filho/a no Sistema Prisional, do Ministério da Justiça*:

Devem ser oferecidas condições para que as mulheres em período de convivência com seus filhos/as retomem atividades laborais após o período de licença maternidade, incluindo a possibilidade de que outras presas atuem como cuidadoras. **Nesse caso, o trabalho como cuidadora deverá ser considerado para fins de remição de pena e, quando possível, remunerado.** (p.23-24 – grifos nossos)

Deste modo, as duas mulheres receberiam a remição de suas penas. As vantagens de existir a figura de cuidadoras para as mães poderem trabalhar e estudar são enumeradas pela Pesquisa “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”^[4], publicada no ano de 2015 e financiada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):

- evita a convivência ininterrupta e exclusiva entre bebê e mãe, a qual pode levar à consolidação de um vínculo excessivo e pouco saudável;

- duas mulheres podem ganhar remição e reduzir o tempo de sua pena;
- dá à mulher a possibilidade de exercer alguma atividade além do exercício da maternidade;
- possibilita à mulher circular por outros espaços da prisão, reduzindo, assim, eventuais conflitos no espaço de maternagem.

Com efeito, tal perspectiva que considera a atividade de cuidados do/a recém-nascido/a como trabalho, garante a mãe ter mais possibilidades de escolha diante da maternidade e que a gravidez não seja um ônus para esta mulher. Ainda, os direitos da criança serão assegurados, posto que suas necessidades serão atendidas em qualquer uma das possibilidades.

Sugestão de operacionalização:

Se aprovada, a presente tese é de aplicabilidade prática e imediata, especialmente entre os/as Defensores/as Públicos/as que atuam perante as Varas de Execução Penal, realizando pedidos, a partir da fundamentação acima, de reconhecimento, nos termos dos artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, de que o período, não inferior a 120 dias, em que a mulher presa estiver afastada do trabalho, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, seja reconhecido para fins de remição e remuneração.

Yasmin O. M. Pestana

Defensora Pública

Referências Bibliográficas:

[1] Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[2] Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[3] Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf. Acesso em: 25.11.16.

[4] Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/salario-maternidade/>. Acesso em: 28.11.16.

[5] Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[6] KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. Disponível em: http://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/adivisaosexualdotrabalho_0.pdf.

[7] Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 23.11.16.

TESE 127

Proponentes: Bruno César da Silva e Rafael Bessa Yamamura

Área: Execução Criminal

Súmula:

É cabível a aplicação do regime da prisão albergue domiciliar, mesmo nas hipóteses de mulheres condenadas, nos termos do artigo 318, IV e V do CPP c/c art. 117, inc. III e IV, da LEP.

Assunto.

O assunto da presente proposta diz respeito ao direito fundamental da mulher presa, bem como da criança, garantindo-se a convivência familiar e comunitária, além do desenvolvimento sadio. Neste sentido a proposta sugere que os defensores públicos sempre requeiram nos processos de execução penal a colocação da mulher sentenciada presa em regime de prisão albergue domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso IV e V do CPP.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública na Lei Complementar estadual n.º 988 de 09 de janeiro de 2006:

“Art. 5.º – São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

IV – promover:

(...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

(...)

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;

(...)

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”

Fundamentação jurídica.

Dentre os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados expressamente pela Constituição Federal, está a proteção à família e a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Ainda, as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras), recentemente traduzidas pelo CNJ, estabelecem diretrizes específicas para mulheres, devendo ser consideradas as distintas necessidades e peculiaridades das mulheres presas. As Regras de Bangkok determinam maior cuidado do Estado quando a pessoa encarcerada for mãe de filhos menores e/ou gestante, situação em que se sugere a prisão domiciliar como medida alternativa à segregação.

Em âmbito infraconstitucional, com base nas diretrizes elencadas no documento internacional e na Lei n. 13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância), o legislador modificou o Código de Processo Penal, acrescentando dispositivo que possibilita a aplicação da prisão domiciliar quando se tratar de “gestante” ou “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Vejamos:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

[...]

IV - gestante

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”; (grifos nosso)

Embora o dispositivo regulamente a situação de mulheres presas provisoriamente, o mesmo claramente tem o intuito de resguardar o convívio entre os filhos com idade inferior a 12 anos e suas genitoras, como garantia do desenvolvimento saudável e pleno, bem como garantir uma gravidez saudável.

Assim, seguindo a recente alteração legislativa do Código de Processo Penal, a interpretação dos dispositivos da Lei de Execução Penal deve observar as recomendações trazidas pelas Regras de Bangkok, sobretudo no que diz respeito ao encarceramento de mulheres grávidas ou com filhos menores, conforme disposto na Regra 64 do documento Internacional.

“Regra 64. Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”. (grifos nosso)

Nesse sentido, o disposto no art. 117, inc. III e IV c/c art. 115, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) deve ser interpretado de forma similar à regra prevista na Lei de Primeira Infância (Lei 13.257/2016) que inseriu o incisos IV e V no art. 318, do CPP, autorizando o Juiz da Execução Penal a conceder, em condições especiais, o regime aberto às mulheres presas, independentemente do regime de cumprimento de pena em que se encontram, quando se tratar de condenadas com filhos menores ou gestantes. Vejamos:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: ... III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante (grifos nosso)

Além disso, a possibilidade de concessão de regime aberto a mulheres presas privadas de liberdade e com filhos menores encontra apoio também na Regra 02, item 02, das Regras de Bangkok.

Regra 2: Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida

privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças (grifos nosso).

Note-se que o princípio da proteção integral da infância e juventude e a garantia de absoluta prioridade aos direitos das crianças e adolescentes impõem seja levado em consideração o interesse da criança, de forma preponderante a qualquer outro interesse, com o fim de lhe assegurar o direito de ser cuidada por sua genitora nessa fase da vida.

Assim, diante da necessidade de que toda norma seja interpretada à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto o Código de Processo Penal quanto a Lei de Execuções Penais autoriza a concessão de prisão domiciliar nessas hipóteses específicas. Nesse sentido, o dispositivo previsto no art. 318, incisos IV e V, do CPP, deve ser visto como autorizador para aplicação do regime domiciliar, não apenas para o caso de prisão cautelar, mas também para as prisões definitivas, substituindo qualquer tipo de regime de pena (aberto, semiaberto ou fechado), em clara preponderância do princípio da proteção integral (art. 227 da Constituição Federal) e do ordenamento internacional (regra 64 das Regras de Bangkok).

Dessa forma, cabível o requerimento de prisão albergue domiciliar em favor de mulheres que estejam em cumprimento de pena, nos termos do art. 117, incisos III e IV e art. 115, todos da LEP, c/c art. 317 e art.318, incisos IV e V, ambos do CPP, por analogia, com o intuito de se resguardar os direitos à convivência familiar e ao pleno desenvolvimento da criança.

Fundamentação fática e importância da proposta.

A presente tese tem como objetivo intensificar os pedidos de aplicação do regime de prisão albergue domiciliar para gestantes ou mães de filhos até 12 anos, considerando as alterações legislativas do Marco Legal da Primeira Infância, que reconheceu a importância do papel da mãe no desenvolvimento da criança. Apesar da previsão legal ser direcionada as presas provisórias, a leitura sistematizada do ordenamento jurídico nacional e internacional determina essa aplicação também para as presas já sentenciadas.

Sugestão de operacionalização.

Na atividade forense nossa proposta de tese institucional deve se dar através de pedidos nos processos de execução penal e posteriormente, havendo necessidade, *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão.

Requerem os subscritores a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual dos Defensores Públicos da Execução Penal/2017.

Ribeirão Preto, 31 de março de 2017

BRUNO CÉSAR DA SILVA

18º Defensoria Pública de Ribeirão Preto

RAFAEL BESSA YAMAMURA

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE 03

Súmula

Na execução da pena, o cometimento de falta grave não pode ensejar regressão do condenado para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Embora o cumprimento da pena esteja sujeito à forma regressiva, não se mostra juridicamente viável que o cometimento de falta grave possa ensejar a regressão do preso para regime mais gravoso do que aquele fixado para o início do cumprimento da reprimenda. Em outras palavras, se o apenado ainda não progrediu de regime não é possível que sofra regressão simplesmente por ter incorrido em falta grave. Com efeito, na esfera criminal, a pena decorre exclusivamente do cometimento de fato previsto como crime. O processo de execução penal, portanto, está atrelado, necessariamente, à prévia ocorrência de um delito ao qual tenha sido aplicada uma pena. Da mesma forma, quando o juiz fixa a sanção e estabelece o regime inicial, exerce papel de agente conformador do princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da CF. Assim, tanto no momento da dosimetria como na fixação do regime inicial o juiz criminal individualiza a reprimenda a ser aplicada em razão daquele determinado delito que fora cometido. Ora, se a pena e o regime fixado deco severo do que o estabelecido na sentença, a execução da reprimenda extrapolaria os limites da condenação. Não bastasse isso, a regressão do condenado para regime mais gravoso do que o fixado na sentença implicaria em imposição de pena mais severa sem o correspondente delito. Vale lembrar que o Poder Judiciário define o regime adequado para o crime no momento em que profere a sentença penal condenatória. Assim, qualquer forma de enrijecimento da reprimenda obviamente não decorre do crime cometido, mas de eventual mal comportamento, em evidente afronta ao princípio da nulla poena sine crimine (art. 5º, XXXIX, CF; art. 9º, CADH; e art. 1º, CP). Importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal conta com um precedente favorável à tese. Confira-se: EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. Sentença transitada em julgado determinando o início do cumprimento da pena em regime-semi-aberto. Regressão de regime em razão da prática de falta grave [o paciente foi beneficiado com a saída temporária e não retornou]. Impossibilidade da regressão de regime do cumprimento da pena: a regressão de regime sem que o réu tenha sido beneficiado pela progressão de regime afronta a lógica. A sanção pela falta grave deve, no caso, estar adstrita à perda dos dias remidos. Ordem concedida. (STF, SEGUNDA TURMA, HC n. 93.761/RS, Min. Rel. Eros Grau, 5.08.2008) Vale ainda registrar que o argumento de que, com o acolhimento da tese, o réu permaneceria ileso às faltas graves cometidas é equivocado, pois, embora não possa ter o regime regredido, poderá perder parte dos dias remidos e reiniciar a contagem para a progressão de regime, exatamente como ocorre com o apenado que está no regime fechado e comete falta grave. Diante do exposto, tem-se que as hipóteses de regressão de regime previstas na Lei de Execuções Penais devem ser interpretadas de forma restritiva, sob pena de afronta aos princípios constitucionais mais comezinhos. A regressão de regime, portanto, somente pode ocorrer: a) se o reeducando já tiver progredido de regime e praticar fato definido como crime doloso ou falta

grave (art. 118, I, LEP); ou b) se houver nova condenação e a soma das penas não for compatível com o regime vigente (art. 118, II, LEP);

Fundamentação Fática

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha precedente nesse sentido, é fato que os juízes das varas de execução penal não têm adotado este entendimento. Antes, o cometimento de falta grave tem sido causa para regressão de regime de forma indistinta. Assim, embora a tese não seja inédita, poderá contribuir para uniformização de atuação da Defensoria Pública do Estado do Paraná em sede de execução penal, de modo a robustecer o entendimento.

Sugestão de Operacionalização

Caberá aos Defensores Públicos, resguardada a independência funcional de gozam os membros da carreira, levantar a tese em sede de justificativa para cometimento de falta grave, sempre que se verificar que o réu ainda se encontra no regime inicial do cumprimento de sua pena. Uma vez que os juízes de primeira instância não têm acolhido o referido entendimento, é indispensável que, em caso de indeferimento do pleito, seja interposto agravo em execução, para que se possibilite ulteriormente a matéria chegue aos Tribunais Superiores, seja por meio de Recurso Extraordinário Recurso Especial ou Habeas Corpus.

TESE 04

Súmula

Os regimes para início de cumprimento de pena indicados nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 2º do art. 33 do Código Penal, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, não são vinculativos, inclusive nos casos de reincidência, sob pena de não recepção do dispositivo pela Constituição da República de 1988 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Ao tempo da fixação da pena ao juízo sentenciante compete determinar o regime inicial de cumprimento de pena, com base no montante fixado e nas circunstâncias judiciais do caso concreto, nos termos do art. 59 c/c art. 33, §3º ambos do Código Penal. Ocorre, porém, que, ainda quando apos substituição da pena privativa de liberdade (se se tratar desta) por outra restritiva de direitos.¹ E mais, é necessário condensar outros princípios que diretamente se vinculam à fixação da pena e, por conseguinte, ao regime inicial para o cumprimento da pena, quais sejam: a proporcionalidade e a isonomia (igualdade). Por este último, brevemente, deve-se observar que “ (...) infrações penais e infratores desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade”² . Já a proporcionalidade, numa perspectiva mais sintética, indica que “castigo deve variar conforme gravidade do crime cometido, isto é, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta, e o fim perseguido com a incriminação e com as penas em questão”³ . Tais premissas devem, portanto, balizar a pretensão do Defensor Público ao tempo do embate na fixação da pena. Com efeito, o art. 33, §2º, do Código Penal estatui: Art. 33 - A pena de

reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. A leitura rápida – e desatenta – do dispositivo pode sugerir, por exemplo, que o sentenciado primário que obter a pena mínima para o delito do art. 157, §2º, II, do Código Penal, isto é, de 5 anos e 4 meses deverá cumpri-la em regime inicial semiaberto, ainda que aposte no piso legal e com as circunstâncias do art. 59 do CP fixadas em seu mínimo (e, portanto, positivas). Nada mais equivocado. Ora, se a pena deve ser corretamente individualizada às circunstâncias do caso concreto e do indivíduo, tem-se que tal obrigatoriedade de regime inicial não pode ser imposta, sob pena de se violar o princípio da proporcionalidade – pois o caso concreto e as circunstâncias pessoais do cidadão podem justamente indicar o contrário – e o princípio constitucional da individualização da pena, nos termos acima definidos. Assim, tal como no exemplo acima colacionado, ao indivíduo primário apenado com uma sanção de 5 anos e 4 meses, o regime máximo que lhe pode ser imposto é o regime semiaberto, porém não há óbice legal para a fixação do regime aberto mormente quando as circunstâncias factuais e subjetivas assim o indicarem. Nesse sentido, Salo de Carvalho sustenta: Desta forma, seguindo os mesmos parâmetros fixados para a delimitação da quantidade de variação de pena nas hipóteses de concurso formal e crime continuado, entende-se que a observância das condições do art. 59, caput, do Código Penal, para a definição do regime de pena deve ser limitada, em seu máximo, pelas circunstâncias legais objetivas e subjetivas do §2º, do art. 33. Significa dizer, portanto, que a análise do grau de responsabilidade penal do autor (culpabilidade em sentido amplo) permite flexibilizar o regime em benefício do acusado. Isto porque os critérios do §2º do art. 33 se constituem, em realidade, como fronteira máxima de punibilidade. Se as circunstâncias judiciais forem favoráveis, não haveria quaisquer óbices para aplicação do regime semiaberto nos casos de (a) pena fixada acima dos oito anos ou de (b) sanção dosada entre 4 anos e 8 anos, em caso de réu reincidente; ou, ainda, estabelecer regime aberto nas situações de (c) pena aplicada abaixo dos 4 anos, em caso de condenado reincidente. A flexibilização da legalidade penal em benefício do réu, seguindo a previsão exposta no art. 33, §2º, é plenamente admissível em um modelo penal de garantias. O contrário, porém, é vedado, visto ser a legalidade uma barreira de contenção que não pode ser ultrapassada em prejuízo dos direitos individuais. A diretriz exposta é reforçada pela consolidação jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal: 'a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição do regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' (Supremo Tribunal Federal, súmula 718). Sobre a mesma matéria: 'a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige fundamentação idônea' (Supremo Tribunal Federal, Súmula 719)⁴ Dessa forma, o quanto enunciado no art. 33, §2º, do CP não está a impor a fixação do regime nos moldes às hipóteses ali elencadas, isto é, não há uma obrigatoriedade na fixação do regime sugerido. Até porque, nas linhas do art. 33, §2º, do CP, a fixação do regime inicial para cumprimento de pena se fará observando as circunstâncias do art. 59 do CP, possibilitando, assim, a imposição de um regime mais brando em benefício do sentenciado. Com efeito, os regimes indicados nas alíneas servem apenas como limites máximos legais. Não fosse assim, a imposição do regime Penal, viabilizando o ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (inclusive, para se viabilizar uma declaração conforme à Constituição). Entende, ainda, este Defensor que a presente interpretação é respaldada no art. 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual estabelece que: Artigo 5. Direito à integridade pessoal 6 - As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Ora, em sendo a finalidade da sanção penal a “readaptação social” do indivíduo, tem-se que a

imposição de um regime de cumprimento rígido (com base apenas na quantidade da pena concretamente aplicada) – ainda que as circunstâncias fática e pessoal indiquem para a aplicação de um regime mais brando –, concorre para desvirtuar por completo aquele escopo inicial da Convenção no que tange à sanção penal, estabelecendo uma barbárie jurídica: a imposição legal de um excesso de condenação! O presente entendimento deve ser adotado, sob pena de se concluir, então, que a Convenção Americana de Direitos Humanos teria derogado o art. 33, §2º, do CP, o que seria discutido em sede de controle difuso de convencionalidade. 5 Não bastasse o entendimento daqueles que concluem pela impossibilidade de flexibilização dos regimes indicados no art. 33§2o, do Código Penal, ser contrário à principiologia da Constituição e à convencionalidade do Pacto de São José da Costa Rica, tem-se que a partir da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Habeas Corpus 111.840/ES, esse entendimento não mais se sustenta, sob pena de incorrer em incoerência interna no sistema de precedentes. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em sede do HC 82.959-7/SP declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8072/90, o qual estabelecia o cumprimento integral da pena em regime fechado para os sentenciados pela prática de Crimes Hediondos. Diante disto, o legislador ordinário alterou a redação daquele dispositivo para prever o regime inicialmente fechado para condenados pelos mesmos delitos. Em face dessa nova alteração legislativa o Supremo Tribunal Federal, novamente, analisou a redação legal e concluiu pela inconstitucionalidade da imposição do regime inicialmente fechado para início de cumprimento pena. Com efeito, em sede do aludido HC 111.840/ES, concluiu-se que não há uma cogência para que o início da execução da pena se dê neste regime fechado: (...) Considerando o que decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, parece-me que não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena. No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio , DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07”. No bojo do mesmo feito, o Relator do HC traz a lume a fundamentação do então Ministro Eros Grau, utilizada para concluir pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado em crimes hediondos (HC 82.959/SP), a qual aqui é utilizada para corroborar a impossibilidade da imposição de regra fixa a priori, que inviabilize a correta individualização da pena: No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 5, XLVII, ‘e’) e o respeito à dignidade da pessoa humana (art.1º, III), sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.7 Importante consignar, ainda, que a Ministra Rosa Weber,

acompanhando o entendimento da inconstitucionalidade da imposição abstrata do regime inicial abre ainda mais a possibilidade interpretativa, de modo a contemplar o quanto aqui sustentado, ao enunciar, in verbis, que: “A meu juízo, a situação é a mesma da imposição de pena padrão, essa imposição de regime, em abstrato, de cumprimento, e, por essa razão, ferido o direito e a garantia fundamental de individualização da pena pelo magistrado, acompanho o eminente Relator quando declara, incidenter tantum, a inconstitucionalidade desse preceito e concede a ordem”. Por fim, quanto à questão da reincidência, é necessário observar que, no caminho aqui trilhado, a circunstância agravante tão somente importará num limite (máximo) de um regime mais gravoso, não prejudicando a imposição de um regime mais brando, ainda que reincidente, se as circunstâncias do caso e do indivíduo assim indicarem (art. 59 do Código Penal). Dessa forma, exemplificando: a um cidadão reincidente, cuja pena imposta pela prática do delito previsto no art. 155, §4º, I, do CP foi de 2 anos, a ele poderá ser fixado o regime inicial aberto e não necessariamente o regime semiaberto, sob pena de se violar o princípio da individualização da pena, pelos fundamentos acima expostos: “A flexibilização da legalidade penal em benefício do réu, seguindo a previsão exposta no art. 33, §2º, é plenamente admissível em um modelo penal de garantias. O contrário, porém, é vedado, visto ser a legalidade uma barreira de contenção que não pode ser ultrapassada em prejuízo dos direitos individuais”. Finalmente, é importante observar que a adoção de entendimento análogo para o recrudescimento da situação penal do sentenciado não seria possível em razão do princípio da legalidade, bem como pela vedação da analogia in malam partem.

Fundamentação Fática

A aplicação dos regimes nos limites quantitativos indicados no art. 33, §2º, do Código Penal no cotidiano forense evidencia que os operadores do Direito não se atentaram para a possibilidade de sustentação da tese acima indicada, após a abertura interpretativa realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do HC111.840/ES. É quase que mecânica a aplicação do regime nos seguintes moldes: se pena base foi fixada em seu mínimo legal: a) até 4 anos o regime será o aberto, salvo se reincidente; b) se maior que 4 anos, porém menor que 8 anos, o regime será o semiaberto, salvo se reincidente; c) se maior que 8 anos sempre será o fechado, independentemente de ser reincidente. Ocorre, entretanto, que tal sistemática concorre por violar o princípio da individualização da pena. Um cidadão primário com uma pena de 5 anos e 4 meses, inserido no mercado de trabalho e com família, por exemplo, teria que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto (Colônia Penal Agrícola), implicando na sua retirada do mercado de trabalho e em prejuízo ao sustento de sua família, fazendo com que o princípio da intranscendência penal seja violado. O mesmo se dá em relação ao cidadão que, apesar de contar com uma anotação transitada em julgado anterior (reincidente), terá que cumprir uma pena inferior a 4 anos em regime semiaberto, ainda que apenas conte com esses dois delitos, bem como tenha circunstâncias pessoais e concretas favoráveis. As situações não são poucas. Dessa forma, a Defensoria passou a sustentar a presente tese, a qual, apesar de encontrar resistência, logrou ser acolhida em um precedente no TJPR, ainda que por fundamento diverso. No caso, mesmo sendo reincidentes e obtendo uma pena superior a 4 anos, aos Defendidos foi imposta um regime semiaberto, mesmo diante da dicção legal do art. 33, §2º, b, do CP: ROUBO MAJORADO (ART.157, § 2º, I E II, DO CP) E FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CP) - PRELIMINAR PELA NULIDADE DO RECONHECIMENTO DOS RÉUS - NÃO OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 226 DO CPP - AFASTAMENTO - IDENTIFICAÇÃO POSTERIORMENTE CORROBORADA EM JUÍZO - ABSOLVIÇÃO QUANTO AO ROUBO MAJORADO - IMPRATICABILIDADE - ARGUIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS MILITARES - APELANTES PRESOS EM POSSE DAS ARMAS BRANCAS E REI FURTIVAE - FALSA IDENTIDADE - TESE DE AUTODEFESA AFASTADA PELO STF EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO - DOSIMETRIA - REINCIDÊNCIA - ALEGAÇÃO DE

INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO - POSIÇÃO PACÍFICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PELA CONSTITUCIONALIDADE - MANUTENÇÃO AUMENTO - EXCLUSÃO MAJORANTE ART. 157, §2º, I, DO CP - IMPOSSIBILIDADE - POTENCIALIDADE INERENTE AO PRÓPRIO ARTEFATO - ARMA IMPRÓPRIA APTA A CONFIGURAR O ACRÉSCIMO - CONCURSO DE PESSOAS EVIDENCIADO - EXACERBAÇÃO MANTIDA - RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA - NÃO ACOLHIMENTO - INVERSÃO DA POSSE - DELITO CONSUMADO - MODIFICAÇÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO - ACOLHIMENTO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Regime de cumprimento da pena: Insurgem-se, finalmente, os apelantes quanto ao regime fixado para o início do cumprimento das penas, pontuando que considerar a reincidência para fixar o regime fechado não constitui motivação idônea, constituindo um triplo agravamento, ferindo o princípio da proporcionalidade. De fato, levando-se em conta apenas o quantum das penas fixado, seria cabível o regime semiaberto. No entanto, os acusados são reincidentes específicos, eis que condenados definitivamente por crime patrimonial, o que autoriza a fixação de regime mais gravoso. O Magistrado fixou o regime fechado aos apelantes, diante da reincidência. Entretanto, verifica-se que na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, todas foram favoráveis, sendo fixadas as penas-base no mínimo legal. Logo, impõe-se a modificação do regime fechado para o semiaberto, tendo em vista a reincidência dos apelantes e a situação favorável quanto às circunstâncias judiciais. Diante do exposto, conhece-se do recurso, e, dá-se parcial provimento, para modificar o regime inicial de cumprimento das penas para o semiaberto, inclusive quanto ao delito apenado com detenção para o réu Cleodoaldo. TJPR - 5a Câmara Criminal. Des. Relator: Marcus Vinícius de Lacerda Costa Processo 1290649-9 Apelação Crime DJ: 18/03/2015

Sugestão de Operacionalização

Os Defensores Públicos poderão utilizar a presente tese em sede de memoriais, no âmbito do processo penal, pugnando pela aplicação de regime mais brando (flexibilizado) quando a pena base for aposta em seu mínimo legal (art. 59 do CP), ainda que a quantidade de pena indique o contrário nos parâmetros do art. 33, §2º, do CP. Em caso de não acatamento, poderá, ainda, sustentar em sede de apelação. Para tanto, sugere-se que o Defensor entre em contato com familiares para acostar documentos de trabalho e/ou estudo, bem como de filhos menores, para indicar que a imposição do regime não atenderá à finalidade da sanção nos limites fixados no dispositivo acima, devendo-se flexibilizar a sua imposição.

TESE 05

Súmula

A decisão de extinção da punibilidade com base no indulto ou que reconhece o direito a comutação da pena tem natureza declaratória. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Já faz parte da tradição jurídica penal brasileira a edição anual de um decreto que concede o indulto. Esses decretos são publicados ao final de cada ano, coincidindo o momento de concessão do indulto com o natal (dia 25 de dezembro). Os decretos trazem uma série de hipóteses em que as pessoas condenadas, caso se enquadrem, terão recebido o indulto ou a comutação. Pela própria natureza geral do ato, duas características são marcantes para os propósitos da presente tese: a) o decreto atinge um número expressivo de pessoas, sem,

contudo, listá-las, apresentando determinadas condições que, caso a pessoa se enquadre, terá recebido o indulto; b) é feito um corte temporal específico, determinando-se um determinado momento em que será analisado se a pessoa enquadrava-se ou não nos requisitos. Tradicionalmente, referido corte é no dia 25 de dezembro de cada ano. Assim sendo, é fácil perceber que não estamos diante de um direito subjetivo que, quando a pessoa atingir seus requisitos, ela poderá reclamá-lo. Trata-se de um ato discricionário do Presidente da República que diz que determinadas pessoas receberão o indulto em determinado dia. Exemplificando, seria como se o Presidente elaborasse uma lista com diversos nomes. Os nomes que estão naquela lista receberam o indulto, e, os que não estão, por consequente, é porque não receberam. Para instrumentalizar, ao invés de se apresentar uma lista de nomes, elenca-se uma série de características, sendo que as pessoas que as possuem, naquele exato momento, recebem o indulto. Portanto, acaba-se por delegar apenas a análise de se a pessoa recebeu ou não o indulto ao Poder Judiciário, através dos juízos de execução penal. A concessão do indulto já foi feita pelo chefe do Poder Executivo Federal. Logo, a decisão do Poder Judiciário apenas declara se determinado apenado está dentre os contemplados do indulto ou não. Portanto, estamos claramente diante de uma decisão de cunho exclusivamente declaratório. Consequência natural do caráter declaratório é que o direito subjetivo à extinção da pena em decorrência do recebimento do indulto nasce no exato momento em que é concedido o indulto, e não no momento que a decisão judicial reconhece o recebimento desse perdão. Ora, se o decreto diz que as pessoas que estão em determinada situação no dia 25 de dezembro terão recebido o indulto, podemos dizer que esse perdão é dado no dia 25 de dezembro, mesmo que o reconhecimento judicial disso ocorra posteriormente. A grande importância desse entendimento reside no fato de que, a partir dessa compreensão, nenhuma circunstância fática surgida após a data de concessão do indulto (normalmente dia 25 de dezembro de cada ano) terá influência na verificação se a pessoa foi destinatária do indulto ou não. Assim, a título de exemplo, não importa se após a data fixada tenha ocorrido a mudança de regime, tenha sido homologado a falta grave ou até mesmo que tenha sido majorada a pena. Se naquela data houve o preenchimento dos requisitos, houve a concessão de indulto àquela pessoa e ela tem o direito subjetivo de ver extinta a sua punibilidade. Dessa forma, a análise judicial deve restringir-se a analisar a situação do apenado no momento determinado pelo decreto (por exemplo, no dia 25 de dezembro de 2016). Portanto, apenas declarará se naquele momento o apenado estava nas condições do decreto, e por isso se foi beneficiado com o indulto da sua pena.

Fundamentação Fática

Conforme exposto, a importância prática da presente tese reside no fato de não permitir a consideração de fatos posteriores à data do indulto na análise da incidência do instituto em determinado caso. Mais precisamente, dois casos se destacam: a) Se no dia 25 de dezembro a falta grave ainda não havia sido aplicada ou se não havia sido homologada judicialmente ela não é impeditivo para o indulto, ainda que, no momento da decisão judicial, tal falta já esteja devidamente homologada. b) Deve ser levado em consideração a pena existente no dia 25 de dezembro do respectivo ano. Logo, se no momento da análise judicial a pena aplicada tiver sido majorada, por decisão ocorrida após a data do indulto, deve ser considerada a pena anterior, que estava sendo executada no dia 25 de dezembro. Deparou-se com diversas decisões judiciais que indeferiram o indulto ou comutação de determinado apenado sob o argumento de que havia sido praticado falta grave naquele ano do decreto. Porém, em muitos desses casos, a decisão de homologação da falta foi posterior a data do indulto, o que viola esse caráter declaratório da decisão. Nessa mesma linha, suspende-se, por vezes, a análise do pedido de extinção da punibilidade com base no indulto para aguardar a decisão sobre determinada falta grave ou do julgamento de apelação criminal do Ministério Público, para considerar tais fatos posteriores no reconhecimento ou não do indulto. Ora, como o decreto de indulto atinge um número grande de pessoas, não se torna possível que se analise a situação de todos os apenados no próprio dia 25 de dezembro. Assim, a análise

judicial acaba sendo postergada. Porém, a demora na análise de determinada execução penal não retira o direito desse apenado em ver extinta a sua punibilidade.

Sugestão de Operacionalização

A operacionalização seguirá cada caso. Poderá ser arguida a tese quando uma situação posterior esteja sendo levada em consideração para prejudicar o direito de extinção da punibilidade de uma pessoa pelo indulto.

TESE INSTITUCIONAL 07

Nome: VINICIUS SANTOS DE SANTANA

Área de atuação: Família e Execução Penal

Súmula

O sentenciado que tem decretada a revogação do livramento condicional possui direito à contagem do período de prova desde o início do cumprimento do instuto até a efetiva suspensão pelo Juiz ou, ao menos, até a data da prática do fato que violou as condições impostas, por força da técnica da interpretação conforme à constituição na leitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal.

Assunto

Releitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal segundo a técnica da interpretação conforme à constituição.

Fundamentação jurídica

Na presente tese serão apresentados fundamentos que denotam a necessidade de releitura do artigo 88 do Código Penal e artigo 142 da Lei de Execução Penal, que versam sobre a não contagem do período de prova em caso de revogação do livramento condicional.

O artigo 88 do Código Penal, apesar de ter tido sua numeração alterada pela Lei 7.209/84, possui a mesma redação desde a edição do Código Penal de 1940:

~~Art. 65. Revogado o livramento, não pode ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime ou contravenção anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado~~

Por sua vez, o artigo 142 da Lei de Execução Penal é mera réplica do artigo 88 do Código Penal.

É judicioso que o Código Penal de 1940 foi editado sob fortíssima influência do direito penal do autor, portanto punindo a pessoa pelo o que ela é e não pelo fato praticado.

Exemplo disto é a redação originária do conceito de reincidência, que não previa

qualquer prazo para a sua desconsideração:

~~Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.~~

Neste sentido, tem-se que o Código Penal de 1940 possuía como preferência, em sua redação original, o exercício do *ius puniendi* contra as pessoas que já tinham sido atingidas pelo sistema penal e mesmo assim não teriam se “ressocializado”.

Salienta-se que apesar da modificação do Código Penal no ano de 1984 ainda permaneceram resquícios na lei do direito penal do autor.

Aqui entra o fato de o sentenciado precisar cumprir duas vezes a mesma pena, quando há a revogação do livramento condicional, por descumprimento de requisitos ou por prática de novo fato típico doloso.

É imperiosa, portanto, a releitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal de forma a compatibilizar com a Constituição Federal de 1988, que adotou o critério do direito penal do fato e o garantismo penal.

Peço licença neste momento para trazer a citação de Rogério Greco às lições de Luigi Ferrajoli e Salo de Carvalho:

“E é justamente sobre essa hierarquia de normas, existente no chamado Estado Constitucional de Direito, que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do seu modelo garantista.

Num sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a “mãe” de todas as normas. Todas as normas consideradas inferiores nela vão buscar sua fonte de validade. Não podem, portanto, contrariá-la, sob pena de serem expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em face do vício de inconstitucionalidade.

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Dessa forma, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis, que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo.

Pelo contrário, a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.

(...)

Como bem destacou Salo de Carvalho:

‘A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’.

Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.”

Da forma que o artigo 88 do Código Penal e o artigo 142 da Lei de Execução Penal são aplicados atualmente verifica-se diversas violações às garantias constitucionais:

1. Violação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF; art. 1º da LEP): como é cediço o direito penal deve servir como limitador da função punitiva do Estado, portanto, deve garantir ao acusado que em caso de condenação ele deverá cumprir somente a sentença que lhe foi imposta. Contudo, a perda do tempo cumprido durante o período de prova impõe ao sentenciado o cumprimento de pena superior ao estipulado em sentença, já que precisará retomar a pena desde a época que saiu em livramento condicional. Sobre o tema Roig diz que:

A intangibilidade da coisa julgada é também sacrificada, posto que a desconsideração do período de prova até então cumprido produz materialmente a execução de pena por tempo superior ao estabelecido na decisão penal condenatória. Produz-se, com isso, o fenômeno da flexibilização da pena privativa de liberdade, em afronta ao limite objetivo da coisa julgada e à necessária interpretação favor rei nessa matéria.

2. Violação do ne bis in idem (art.5º, XXXVI, da CF; art. 1º da LEP; art. 8º do CP): Com a desconsideração do período de prova quando da revogação do livramento condicional verifica-se que o sentenciado está fadado a cumprir a mesma pena duas vezes, já que permenceu solto cumprindo a pena e posteriormente retornará ao sistema prisional para cumpri-la.

Assim leciona Roig:

Por sua vez, o princípio ne bis in idem é vulnerado pela imposição simultânea de duas sanções pelo mesmo fato: revogação do livramento e desconsideração do período de prova como pena cumprida.

3. Violação ao princípio proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF): O princípio da proporcionalidade se subdivide em: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Já no primeiro subprincípio (adequação) é possível afirmar que a sanção imposta (perda do tempo do período de prova) não possui qualquer utilidade, já que não colabora para ressocialização do condenado, função prevista na Lei de Execução Penal. Neste caso, o que se vê é apenas a inocuidade do sentenciado e retirada forçada do meio social.

Igualmente, ainda que fosse possível dizer que a sanção é adequada, carece de necessidade, haja vista que não é o meio menos gravoso para situação em tela. Salienta-se que no caso da revogação do livramento condicional o sentenciado retornará ao regime de cumprimento da pena em que estava, bem como, se houver praticado novo crime, irá ser condenado e cumprir a pena deste novo delito. Assim, a perda do tempo do período de prova importa somente em uma vingança.

Por fim, também há violação da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que não há distinção entre aqueles que não cumpriram as condições do livramento condicional no início e no final. Assim, o sentenciado que permaneceu em livramento condicional por 01 ano e aquele que permaneceu

por 05 anos, ao sofrer a mesma sanção, terão suas penas agravadas de formas diferente. O que esteve mais tempo cumprindo as condições será prejudicado de forma mais grave, haja vista que precisará cumprir mais 05 anos de pena.

Roig, em seu livro, ainda apresenta outra violação do princípio da proporcionalidade:

Há que se considerar igualmente que a perda do período de prova pode causar evidente desproporcionalidade, se a infração das condições do livramento for causada por fatos de menor gravidade (ex.: perda de quatro anos de período de prova motivada por direção de veículo automotor sem habilitação).

Portanto, deve ser aplicado ao artigo 88 do Código Penal e ao artigo 142 da Lei de Execução Penal a técnica da **interpretação conforme a constituição**.

A referida técnica, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, “*impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma interpretação – conforme à Constituição*”.

Assim, a sanção imposta pelo artigo 88 do Código Penal e pelo artigo 142 da Lei de Execução deve ser limitada para o fim de contar o tempo de período de prova até a efetiva suspensão pelo Juiz ou, ao menos, até a data da prática do fato que violou as condições impostas.

Esta interpretação é a que melhor se coaduna com as normas constitucionais, uma vez que privilegia a boa-fé do sentenciado e reduz o impacto de desproporcionalidade da sanção.

É cediço que o Estado deve agir com boa-fé em face do administrado, com o intuito de garantir uma relação harmônica, bem como para que o cidadão não seja lesado em demasia.

Neste passo, durante o cumprimento do livramento condicional é possível afirmar que há um contrato de adesão imposto pelo Estado contra o sentenciado, mas que garante a este que o período de prova será computado enquanto ele cumprir os requisitos exigidos.

Assim, cada dia de cumprimento dos requisitos do livramento condicional significa um dia de pena cumprida, protegido inclusive pelo ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF), haja vista que pena cumprida é considerada pena extinta (art. 75, §2º, do CP).

Por este motivo, é que o período de prova deve ser contado como pena cumprida até a efetiva suspensão, já que o sentenciado, por vezes, não sabe que descumpriu o requisito do livramento condicional. Ou, no máximo, o período de prova que poderia ser declarado como perdido é aquele posterior à prática do fato que culminou no descumprimento das condições impostas.

A prevalência da boa-fé nas relações contratuais está prevista expressamente no artigo 113 do Código Civil. Ora, se nas relações privadas, que possuem maior liberalidade, há a regência do princípio, com mais razão ele deve incidir na relação com o Estado.

Outrossim, é possível a aplicação analógica do artigo 128 do Código Civil:

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Trazendo para a situação em tela, tem-se que o livramento condicional é um negócio jurídico de trato sucessivo, dia-a-dia, o que impõe em caso de condição resolutiva, a preservação dos atos já praticados.

Neste sentido, apenas seria possível o desconto integral do período de prova se demonstrado pelo Ministério Público que o sentenciado desde quando saiu em livramento

condicional visava a quebra das condições impostas.

Sendo assim, não existindo a presunção da má-fé pelo sentenciado, qualquer interpretação que impeça o computo do período de prova quando da revogação do livramento condicional fere a Constituição Federal.

Fundamentação fática

A presente tese aplica-se nos casos em que os sentenciados saem em livramento condicional, mas por alguma circunstância praticam atos que impõe a revogação do instituto.

Contudo, por vezes, já cumpriram parte do período de prova, mas com a desconsideração do período são obrigados a cumprir novamente o mesmo lapso temporal dentro do sistema penitenciário.

O resultado disto é o duplo cumprimento da mesma pena e o maior retardamento para um novo livramento condicional, já que neste caso precisará cumprir toda a pena anterior para que possa ser deferido novamente o instituto.

Referida situação em nada contribui para a “ressocialização” do sentenciado e apenas mantém a hiperlotação carcerária.

Sugestão de operacionalização

O Defensor Público quando se deparar com o incidente de revogação do livramento condicional, ao apresentar a justificativa, dentre as fundamentações cabíveis para o caso em tela deve apresentar a tese acima, para que seja contado o período de prova do sentenciado.

Caso seja negado pelo Juízo, deve interpor o recurso de agravo em execução e, se entender urgente, habeas corpus concomitante.

Em sede de segundo grau, mantida a sentença por acórdão, é importante a interposição de recurso especial e extraordinário, para que a matéria possa ser analisada sob o prisma dos recursos repetitivos.

BIBLIOGRAFIA

GRECO, Rogério (2017). *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I* (19. ed.). Rio de Janeiro: Impetus.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada (2016). *Execução penal: teoria crítica* (2º. Ed). São Paulo: Saraiva.
SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel (2017). *Curso de direito constitucional* (6. ed.). São Paulo: Saraiva.

TESE 14

Súmula

A fixação de condição especial de tratamento para dependência química em sede do regime aberto é ilegal e viola o princípio da dignidade da pessoa com dependência química e

psíquica, a qual possui o direito de obter um tratamento adequado e individualizado. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

As condições do regime aberto, normalmente, são fixadas pelo juízo da execução penal ao tempo da progressão de regime, mas também ao tempo da prolação da sentença condenatória quando o juízo determina o regime inicial aberto para cumprimento da pena (ainda que, neste caso, regressão do regime mais brando para um regime mais gravoso, com possibilidade da privação de liberdade. Ora, em assim sendo, tem-se que a não adesão do sentenciado ao tratamento para dependentes lhe acarretaria a privação da liberdade (ou limitação de sua mobilidade), o que nada mais seria do que viabilizar, de forma transversa, uma verdadeira internação compulsória sem as garantias e preceitos legais necessários previstos em legislação própria e peculiar às hipóteses de tratamento. Com efeito, é necessário ter em mente que a dependência química é um transtorno mental e comportamental classificado como F-19 constante da CID-10. Esta é uma lista elaborada para padronizar e catalogar as doenças e problemas relacionados à saúde, tendo como referência a Nomenclatura Internacional de Doenças, estabelecida pela Organização Mundial de Saúde. Dentro da categoria F-19 estão catalogados os Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas (DataSUS). Se assim o é, tem-se que tais situações devem ser analisadas sob o prisma da Lei 10216/01, a qual estabelece como requisito para a internação (involuntária ou compulsória), não o descumprimento de uma ou outra condição processual, mas a existência de laudo médico fundamentado indicando a imprescindibilidade da medida e o esgotamento dos meios necessários para a solução extra-hospitalar. Com efeito, o referido diploma normativo assim estatui, em seu art. 6º, que “a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos”. Já o art. 4º, da mesma Lei 10216/01, estabelece que “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”. Assim, tem-se que as alegações sustentadas em sede de autodefesa (seja em defesa de falta grave, seja em defesa de processo penal comum), bem como em sede de testemunhos (acusatórios ou defensivos), não são suficientes para que o juízo (seja da execução penal, seja do conhecimento) fixe como condição especial do regime aberto o tratamento para dependência química, pois lhe carece expertise técnica e adequada para tanto. E mais, ainda que haja laudo ou documentos médicos indicando o quadro de dependência (que muitas vezes são juntados pela defesa para sustentar a tese de usuário e não traficante), ainda assim, tais elementos não são suficientes para legitimar a imposição da condição de tratamento, até porque deve haver o acionamento da rede de assistência psicossocial para acompanhamento do caso, cuja dilação não é compatível com o trâmite criminal ou executório. Não bastasse, tal controle não se pode dar em sede da seara penal, já que se trata de matéria afeta à saúde e não à pasta da segurança pública. Ademais seria uma forma transversa de impor um tratamento de forma coercitiva, quando a própria lei civil assegura que ninguém é obrigado a se submeter a tratamento contra a sua vontade. Com efeito “atribui-se pessoa uma soberania quanto ao tratamento médico ou intervenção cirúrgica prescritas para corrigir ou atenuar determinado mal ou doença. Todo e qualquer procedimento médico deve ser precedido de esclarecimento e concordância prévia do paciente ou de seu responsável legal, salvo nas hipóteses de iminente perigo o de vida, conforme prevê o art. 46 do C.de ética e disciplina, na esteira do comando do art. 1º do C. de Civil”. 2 Nessa perspectiva, em determinado caso no qual o Ministério Público pleiteava a fixação de tratamento para dependente químico como condição especial para o regime aberto, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu por manter o afastamento desta condição aduzindo que é necessário observar a autodeterminação da pessoa, até como característica ínsita ao regime aberto (da autodisciplina e senso de responsabilidade): AGRAVO EM EXECUÇÃO - Ministério Público recorre da decisão que indeferiu pedido de imposição de condições especiais para o resgate

da pena no regime aberto, referentes à condição de dependente químico e auxílio na reinserção profissional do sentenciado - INADMISSIBILIDADE - No caso em apreço foram estabelecidas pelo juízo monocrático condições suficientes a serem observadas pelo agravado durante o cumprimento da pena no regime aberto. É cediço que o artigo 115, da Lei de Execução Penal autoriza o magistrado a "estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, sem prejuízo das obrigatórias". Todavia, a imposição de tratamento para dependência química do sentenciado, como condição especial para o cumprimento da pena no regime aberto, deve ir de encontro ao seu próprio interesse e força de vontade em se recuperar, caso contrário, a imposição da aludida condição especial fatalmente se tornará inócua. A decisão de se submeter ao aludido tratamento para o nefasto efeito das drogas deve partir do próprio interessado, sob pena de imposição de condição estéril, somente a demandar desnecessariamente o acionamento do aparelho estatal já tão sobrecarregado. Ademais, o cumprimento da reprimenda em prisão albergue domiciliar, é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do liberado, mediante seu adequado comportamento, que no mínimo se perfaz com uma conduta distante da prática de infrações penais, a fim de propiciar a almejada ressocialização. Assim, diante do contexto apresentado, inviável a imposição das condições especiais requeridas pelo Ministério Público. (...) Agravo em Execução o nº 0280063-48.2011.8.26.0000 - Comarca de Araraquara - Vara das Execuções Criminais Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo Agravado: Paulo César Luiz Narcizo TJSP - 2ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL VOTO Nº 8752 Dessa forma, deve-se concluir pela impossibilidade de fixação da condição de tratamento para a dependência química, sob pena de se impor uma internação compulsória por via transversa.

Fundamentação Fática

A fixação do regime aberto e de suas condições pode se dar tanto ao tempo da dosimetria da pena (em sede do processo de conhecimento penal), quanto ao tempo da progressão do regime penal (em sede do juízo executório). Este Defensor, não raras vezes, seja neste ou naquele juízo, já se deparou com a fixação da condição de tratamento para a dependência química enquanto condicionante especial do regime aberto. Para tanto, o juízo, na maioria dos casos, se valia apenas da declaração da autodefesa do Defendido (ocasião em que indicava possuir dependência química), quanto ao tempo da justificativa por descumprimento executório das condições do regime. Diante destas situações, os juízos fixavam, seja internação por um mês, seja submissão ao CAPES-AD, ou outra medida análoga, para manutenção do regime aberto. Ocorre, porém, que tal fixação pelo juízo se faz dissociada de uma avaliação individualizada e sem um plano especial de acompanhamento. A imposição desta condição viola os princípios da autodisciplina e autonomia inerentes ao regime aberto. Na quase totalidade dos casos, salvo dois, o Tribunal de Justiça do Paraná deu ganho aos pedidos formulados pela Defensoria Pública, destacando-se: APELAÇÃO CRIME – CRIMES CONTRA PATRIMÔNIO – FURTO TENTADO – ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14 INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – PLEITO ABSOLUTÓRIO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE - RÉ S FURTIVA NÃO CONSTITUI VALOR ÍNFIMO - PALAVRA DA VÍTIMA COM GRANDE RELEVÂNCIA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI 11.343/06 –IMPOSSIBILIDADE – ESTADO DE INCONSCIÊNCIA DA ILICITUDE NÃO COMPROVADO NOS AUTOS - PLEITO PELA COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – ACOLHIMENTO – PLEITO PELO AFASTAMENTO DA CONDIÇÃO ESPECIAL DE TRATAMENTO PARA DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO REGIME ABERTO – ACOLHIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. TJPR - 5ª Câmara Criminal - Apelação Crime Nº 1443065-4. Relator: Des. José Laurindo De Souza Netto. Nesta apelação em específico, o próprio Tribunal considerou que a imposição de tratamento seria uma modalidade restritiva de direito, razão pela qual não haveria possibilidade para a sua manutenção. Ainda: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33 DA LEI 11.343/06) AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE

COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DE PENA. ACOLHIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO. Ademais, a imposição ao apelante de tratamento para dependência química como condição especial para o cumprimento da pena no regime aberto deve ser voluntária e de acordo com o interesse do próprio dependente em se recuperar, caso contrário, tal imposição de condição especial poderá tornar-se ineficaz. TJPR - 4a Câmara Criminal - 1404487-2 Apelação Crime. Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Antônio Carlos Ribeiro Martins Por fim, é necessário observar que o professor de psiquiatria da UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, Dartiu Xavier, em extensa pesquisa acerca do tema, já apontou acerca da ineficácia dos tratamentos em que não há adesão voluntária por parte do dependente. A eficácia, segundo os estudos científicos, é mínima: apenas de 2%. Já que para os 98% dos casos a internação compulsória se mostra ineficaz.

Sugestão de Operacionalização

Os Defensores Públicos poderão utilizar a presente tese em sede de razões recursais (agravo em execução ou apelação), no âmbito do processo penal ou de execução penal, pugnano pelo afastamento da condição especial de tratamento fixada no regime aberto, com vistas a resguardar a autonomia do sujeito e a legalidade do ordenamento.

TESE 15

Súmula

É inconstitucional o art. 1 do Decreto 8.940/16 que veda a concessão de indulto aos condenados à pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos ou multa. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

O indulto insere-se no poder discricionário do Presidente da República, conforme previsão do art. 84, XII da Constituição Federal, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus. Trata-se de instituto com previsão constitucional que gera direito público, subjetivo, líquido e certo ao apenado de ter extinta a sua punibilidade, conforme disposto no artigo 107, II do Código Penal . Cabe, então, ao Presidente da República, por meio de ato normativo, elencar os requisitos subjetivos e objetivos que devem ser preenchidos pelo sentenciado para que faça jus ao referido direito. Não obstante, em que pese o exercício desta atribuição vincular-se ao juízo político de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, isso não impede a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos concessivos de indultos, uma vez que estes devem, necessariamente, respeitar os princípios e limites previstos na própria Constituição . Neste sentido, verifica-se que: [...] vige em sua plenitude a ideia de que o indulto e a comutação da pena configuram típico ato de governo, que se caracteriza pela discricionariedade. Apesar disto, é necessário observar que este ato está sujeito ao controle de constitucionalidade, pois “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade políticoestatal, a jurisdição constitucional para a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”. Com isto, o exercício destes atos deverão adequar-se aos princípios constitucionais,

cabendo ao Chefe do Poder Executivo Federal a observância, dentre outros, do princípio da razoabilidade, como um modo de temperar o poder discricionário de clemência concedido pelo texto constitucional. Com efeito, conforme assevera Salo de Carvalho, com o advento da Lei de Execução Penal em 1984, e após sua recepção pela Constituição de 1988, firmouse o entendimento acerca da judicialização da execução da pena, de modo que todos os seus incidentes não devem mais ser encarados como “favores” ou “benefícios” concedidos pelo Estado, mas como direitos que devem ser postulados em face do “Estado Punitivo”. Feitas tais considerações, verifica-se que o disposto no artigo 1º do Decreto 8.940/2016 viola frontalmente a Constituição Federal, sendo necessária a realização de controle difuso de sua constitucionalidade, conforme se passa a demonstrar. Com efeito, o Decreto 8.940/2016 estabelece no art. 1º que: O indulto será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas a pena privativa de liberdade, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, que tenham, até 25 de dezembro de 2016, cumprido as condições previstas neste Decreto. Inicialmente, vislumbra-se que ao impedir a concessão de indulto às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito, referido dispositivo nega o direito ao indulto a todo àquele condenado que preencha os requisitos do art. 44 do Código Penal. Neste ponto, cumpre consignar que as penas restritivas de direito, que foram introduzidas na reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/84, e ampliadas com o advento da Lei 9.714/98, possuem como finalidade a “busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves”, conforme consta da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal. Dessa forma, os condenados à pena restritiva de direito são aqueles pequenos e médios infratores, condenados a pena não superior a 04 anos, por crimes não violentos, que não sejam reincidentes e que possuam todas as circunstâncias judiciais favoráveis, a teor do que dispõe o art. 44 do Código Penal. Neste passo, o art. 1º do Decreto 8.940/2016, ao vedar à concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direito, viola flagrantemente o princípio da individualização das penas, estampado no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, merecendo, portanto, uma interpretação principiológica, sob pena de incorrer em patente inconstitucionalidade. Conforme já consignado, o indulto insere-se no poder discricionário de clemência do Presidente da República, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus. A individualização da pena, por seu turno, é a concretização da isonomia, visto que implica tratamento diferenciado a situações e pessoas diferentes, na medida das respectivas diferenças. Esta deve ocorrer em três etapas, quais sejam: (i) na elaboração legislativa; (ii) na aplicação da pena no caso concreto; e (iii) na execução das penas. Em relação à individualização da pena especificamente na fase executória, que aqui nos interessa, verifica-se que esta se dá por meio do sistema progressivo, do livramento condicional, da remição de pena e da concessão de comutação e indulto. Isto posto, verifica-se que a vedação à concessão de indulto aos condenados à pena restritiva de direito viola o princípio da individualização da pena na medida em que, de maneira inexplicável, os colocava em situação de exclusão e de injustiça frente aos condenados por crimes mais graves e sujeitos a penas mais altas, desde que atendidas as condições impostas no decreto de indulto. A esse respeito, são as lições de Salo de Carvalho: Em sendo assim, injustificável possibilitar a extinção da punibilidade a um cidadão cuja pena é de prisão, que expressa o alto grau de reprovabilidade de sua conduta, e negar o mesmo direito a quem sofreu condenação a uma pena menor, isto é, a um sujeito ao qual a valoração do seu ato foi atenuada, indicando culpabilidade mínima. [...] Notório, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade, bem como da isonomia, devendo ser este abuso do Executivo corrigido pelo Poder Judiciário através do controle, no caso difuso, de constitucionalidade. E isto não significa, em absoluto, invasão de esfera exclusiva da Presidência da República. O raciocínio inverso seria correto, ou seja, se o Judiciário limitasse direitos conferidos pelo Chefe do Executivo, estaria indo além de suas atribuições; mas é obrigação da Magistratura garantir aplicação isonômica e proporcional quando o Executivo descumpre o sistema de princípios e garantias constitucionais. Ainda, cumpre consignar que Decreto 8.940/2016 não apenas coloca os pequenos e médios infratores em situação de desvantagem em relação àqueles que

cometeram crimes mais graves e que, portanto, não fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, como ainda coloca-os em situação idêntica aos condenados por crimes hediondos ou equiparados a hediondos, na medida, em que somente nestes casos – ou seja, condenados à pena restritiva de direitos ou por crime hediondo ou equiparado – é que, independentemente da satisfação dos critérios objetivos e subjetivos, é veda a concessão de indulto, conforme redação do art.1º e 2º do Decreto 8.940/2016. Pelo exposto, conclui-se que os condenados à pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito têm o direito público subjetivo ao indulto, em decorrência da interpretação sistemáticas das regras e princípios do Direito Constitucional Penal, sobretudo o da individualização da pena e da proporcionalidade. Não se pode deixar de consignar, também, que a vedação à concessão de indulto exposta no Decreto 8.940/2016 constitui flagrante afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, o qual, segundo conceitua Canotilho, constitui a impossibilidade de supressão de qualquer medida tendente a revogar direito já regulamentado. No caso em comento, verifica-se que o Decreto 8.940/2016, ao vedar a possibilidade de concessão de indulto àqueles que cumpram pena restritiva de direito, suprime do ordenamento jurídico importante direito individual, com reflexos nefastos na política criminal. Neste ponto, observa-se que a possibilidade de concessão de indulto aos que cumprem penas restritivas de direitos vinha sendo expressamente garantida desde 200911, ou seja, há 08 anos consecutivos. Ressalta-se, ainda, que desde a instituição das penas restritivas de direitos, em 1984, há menção expressa a essa possibilidade em outros três Decretos de indulto, além de inúmeros outros Decretos que, embora não trouxessem dispositivos específicos para as penas restritivas de direitos, possibilitavam a sua concessão através da existência de cláusulas genéricas. Por todo o exposto, verifica-se que negar o direito ao indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos além de inconstitucional e desproporcional, é ilógico. Deve ser feita, portanto, uma leitura principiológica do Decreto 8.940/2016, corrigindo-se, dessa forma, as incongruências apontadas e permitindo que seja dado integral cumprimento ao objetivo visado pelo instituto jurídico da indulgência soberana.

Fundamentação Fática

A presente tese foi resultado da necessidade de oferecer resposta satisfativa aos cerca de 150 usuários que buscaram atendimento junto ao Núcleo Criminal de Curitiba nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2017, requerendo que fosse concedido o direito ao indulto. Cumpre consignar que o trabalho desenvolvido pela 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba juntamente à Defensoria Pública, sobretudo durante as audiências admonitórias, busca não apenas a conscientização do sentenciado a respeito dos efeitos da pena e das consequências do seu descumprimento, mas, sobretudo, a respeito dos seus direitos ao longo da execução penal, sendo constantemente orientados de que o cumprimento de parcela da pena conjuntamente à ausência de falta grave geraria o direito ao indulto. Diante desse trabalho de educação em direitos, observou-se que muitos dos sentenciados esforçaram-se em cumprir ao longo do ano de 2016 a quantidade máxima da pena restritiva de direitos possível para que fizessem jus ao direito de indulto referente àquele ano. Assim, logo no início do mês de janeiro, diversos sentenciados procuraram a Defensoria Pública para pleitear que fosse instaurado incidente para a concessão do indulto. Ocorre que, diante da redação do Decreto 8.940/2016, as Defensoras Públicas com atribuição para atuar perante a 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba reuniram-se com os usuários que reivindicavam o direito que tinham como certo, para informá-los a respeito das restrições impostas pelo referido decreto, ocasião em que se comprometeram a buscar uma solução jurídica para o caso. Diante da questão posta e da demanda crescente pela concessão de indulto pelos sentenciados que cumpriam pena restritiva de direitos, é que se buscou desenvolver a tese sobre a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto 8.940/2016, possibilitando, então, a concessão do direito aos sentenciados que preenchessem os requisitos objetivos previstos no artigo 3º, e subjetivos previstos no art. 9º, ambos do referido

Decreto. Até o momento, foram instaurados 83 incidentes de indulto a sentenciados que cumprem pena restritiva de direitos por esta proponente, sendo que, até o momento, estes têm sido concedidos com o afastamento expresso da vedação prevista no art. 1º do Decreto 8.940/2016.

Sugestão de Operacionalização

Os Defensores Públicos poderão utilizar a tese para requerer a concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos, requerendo assim a realização de controle difuso da constitucionalidade do Decreto 8.940/2016 em sede de incidente da execução. Outrossim, seria possível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, com fundamento nos arts. 102, I, a e p, 103, IX, e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, em face do art. 1º do Decreto 8.940/2016, utilizando-se dos fundamentos dessa tese. A esse respeito, verifica-se que conforme o art. 102, I, "a", da Constituição Federal, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com efeito, o Decreto 8.940/2016 constitui ato normativo primário, uma vez que contém os requisitos essenciais de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade, e disciplina diretamente a Constituição, retirando o seu fundamento de validade do art. 84, XII, da Constituição da República. Assim, além do controle difuso de constitucionalidade, no presente caso seria plenamente cabível a realização de controle concentrado de constitucionalidade.

Defensoria Pública do Estado de Goiás

TESE 06

Súmula

Direito Processual Penal. Reconhecimento pessoal. Artigo 226 do Código de Processo Penal.

Fundamentação Jurídica

O artigo 226 do Código de Processo penal estabelece um rito específico para o reconhecimento pessoal. Eis o teor do referido dispositivo legal:

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, convidandose 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.

Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

O reconhecimento consiste em ato por meio do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências (CORDERO, Franco).

São inúmeros os fatores que fazem com que a não observância do artigo 226 do CPP torne o reconhecimento irregular uma perigosa ferramenta de incriminação.

Dentre os maiores equívocos que podem ocorrer durante a realização do ato está o que a psicologia denomina de “Falsas Memórias”.

Geraldo Prado, em decisão proferida durante atuação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim já se manifestou: “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 inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação” (TJRJ, Apelação n. 2007.050.04426, j. 29 de novembro de 2007)

Nessa variável, o reconhecimento é o meio de prova que tende a ser mais afetado pelas “falsas memórias”, mormente porque tudo gira em torno da (falta de) memória.

Para o autor Aury Lopes Júnior ELIZABETH LOFTUS é uma das maiores autoridades na questão das falsas memórias, cujo método revolucionou os estudos nessa área ao demonstrar a possibilidade de implantação das falsas memórias (procedimento de sugestão de falsa informação). Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nessa 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 (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478/479).

Além disso, é necessário destacar que, quando realizado pelas vítimas, o reconhecimento pessoal é ainda mais perigoso, pois estará sujeito ao equívoco, especialmente porque as vítimas quase sempre realizarão o ato afetadas pela situação de choque decorrentes da infração penal sofrida.

Sobretudo em tempos em que a criminalidade midiática vem influenciando fortemente a opinião pública, gerando verdadeira sensação de pânico nas pessoas, a submissão a um ato de violência pode levar a vítima a um nível de stress tão elevado que com a absoluta certeza influenciará em sua percepção da realidade, abrindo espaço à influência das “falsas memórias”.

Ainda no que se refere ao reconhecimento, convém destacar que é comum no âmbito do Poder Judiciário a realização de reconhecimento por meio de fotografias, o que torna o referido meio de prova ainda mais falível.

Infelizmente, inúmeros os julgados que consideram como válido o reconhecimento fotográfico, dando grande respaldo à palavra da vítima. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás assim já decidiu: Roubo majorado (crime praticado por dupla de motoqueiros, com disparos de arma de fogo, que atingiram o idoso na canela e na mão.) Prisão preventiva. Habeas corpus sustentando ilegalidade da prisão. 1 - Não há ilegalidade na ordenação e manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade diferenciada da conduta incriminada, bem como em razão do efetivo risco de continuidade das práticas delitivas.

2 - Havendo provas da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva, preenchidos se encontram os pressupostos para a medida constritiva, que não exige prova cabal da última, reservada à condenação criminal. 3 - O reconhecimento fotográfico não é inválido como meio de prova, pois, conquanto seja aconselhável a utilização, por analogia, das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, as disposições nele previstas são meras recomendações, cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade do ato. 4 - O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautela. 5 - Presentes os requisitos da prisão preventiva, inexistente violação ao princípio da presunção de inocência. 6 - Mostrase insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar. 7 - Habeas corpus conhecido e indeferido. Parecer acolhido. (TJGO, HABEASCORPUS 60650-60.2018.8.09.0000, Rel. DES. EDISON MIGUEL DA SILVA JUNIOR, 2ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 05/06/2018, DJe 2527 de 19/06/2018).

Note-se que o julgado acima transcrito considera válido o reconhecimento fotográfico sob o argumento de que as regras previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal são meras recomendações, cuja inobservância, por si só, não causaria a nulidade do ato.

O entendimento acima transcrito, além de tentar sedimentar a falta de estrutura do Poder Judiciário e das delegacias de polícia, consiste em grave equívoco que a jurisprudência pátria insiste em cometer, especialmente porque a não observância do rito legal permite a incidência de erro quanto à pessoa em razão não só das falsas memórias, mas também de inúmeras adversidades que interferem na sua realização, como a semelhança entre as pessoas, a sugestionabilidade que pode acometer o reconhecedor, o tempo ocorrido entre o crime e o reconhecimento e a realização de perguntas tendenciosas pela acusação.

Vale notar, ademais, que nos termos do artigo 564, inciso IV, do CPP, é causa de nulidade a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Assim sendo, qualquer forma de reconhecimento deverá observar estritamente o que preconiza o artigo 226 do Código de Processo Penal, cuja inobservância levará à nulidade do ato.

Fundamentação Fática

Ainda hoje é muito comum os juízes realizarem o reconhecimento pessoal sem a observância do que preconiza o artigo 226 do Código de Processo Penal, seja por ausência de estrutura dentro dos Fóruns para a realização do ato, seja porque inexistem pessoas que possam ser colocadas ao lado do assistido.

Se não bastasse, ainda na fase inquisitiva as autoridades policiais também insistem em desobedecer o referido comando legal, tornando o reconhecimento um ato temerário, incriminador e causador de graves e irreversíveis injustiças.

Ademais, rotineiramente juízes e promotores mostram as fotos dos acusados e fazem perguntas sugestivas, solicitando que as vítimas os reconheçam e quando as vítimas apontam nas fotografias o assistindo como sendo o autor do delito, as sentenças costumam fundamentar a condenação na palavra da vítima.

Sugestão de Operacionalização

Verificada a realização do reconhecimento irregular, seja em sede policial, quanto judicial, é recomendável que o membro alegue nulidade do ato, oferecendo o recurso cabível na eventual hipótese de condenação que se fundamente no referido elemento probatório.

ADMINISTRATIVO

Defensoria Pública do Estado do Paraná

TESE 08

Súmula

Em concurso público estadual ou municipal a cota reservada a candidatos afrodescendentes não é preenchida quando o candidato que concorreu às vagas reservadas é aprovado e convocado com base em sua classificação na concorrência geral. (I Encontro Estadual – 2017)

Fundamentação Jurídica

Os candidatos, ainda que cotistas, que atingem nota suficiente para serem aprovados na concorrência geral não devem ser chamados pela lista de reserva de vagas. Desta feita, fere o direito líquido e certo do aprovado o ato que não o convoca porque incluiu na lista de reserva de vaga outro candidato que, ainda que tenha optado pela ação afirmativa, obteve nota suficiente para figurar na lista geral. Nesse ponto, embora a lei nº 14.274/03 do Estado do Paraná seja silente, certo é que se o candidato foi convocado pela lista geral, não deverá figurar também na lista reservada, devendo ser chamado o próximo candidato melhor classificado. Nesse sentido, observou a relatora do Mandado de Segurança nº 1223537-5/PR, a Excelentíssima Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima: Embora a Lei Estadual nº 14.274/03 não estabeleça um procedimento específico à implementação da ação afirmativa de reserva de vagas a afrodescendentes, é sabido existam algumas regras essenciais que vêm sendo levadas a cabo pela imensa maioria dos entes públicos que se servem dessas medidas materialmente equalizadoras, as quais, muito recentemente, foram condensadas no Projeto de Lei nº 6.378 de 2013 (também denominado PLC nº 29/2014), já aprovado em ambas as casas legislativas e hoje pendente apenas de sanção presidencial. Não obstante se tenha plena ciência que referida normativa não é vigente e que, mesmo se e quando o for, não virá disciplinar concursos e processos seletivos conduzidos pelo Estado do Paraná – que, como dito logo acima, já dispõe de regramento próprio –, dela é possível se extrair, já sob a forma de norma jurídica (algo bastante oportuno), alguns conceitos e

regras instrumentais que, como dito, foram incorporados pela própria praxe administrativa das três esferas federais, e, por suposto, servirão a bom contento ao deslinde do caso concreto. A começar pelo fato de que em tais hipóteses os candidatos que se declararem afrodescendentes “concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às va Com efeito, a referida normativa mencionada pela Exma. Desembargadora corresponde à vigente lei nº 12.990/14, que disciplina a reserva de vagas para candidatos afrodescendentes nos concursos promovidos pela União, assim dispendo: Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (...) § 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas. Neste caso, não se olvida que a lei nº 12.910/14 disciplina os concursos de âmbito federal e que o Estado do Paraná possui legislação própria, a qual não traz disposição semelhante em seu texto. Todavia, quer pela aplicação analógica da disposição, quer pelo exercício de simples raciocínio lógico é forçoso concluir que o chamamento de candidato pela lista geral o exclui da lista reservada e, para cumprir o percentual de cotas reservadas a afrodescendentes, seria de rigor o chamamento do próximo candidato melhor colocado na lista reservada. Nesse sentido, já decidiu o E. TJPR: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Quinta Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, por unanimidade de votos, em conceder a Segurança. EMENTA: EMENTA1) DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO AFRODESCENDENTE.COTA. LISTA GERAL E LISTA ESPECÍFICA. OFENSA AOS ITENS 1.6 E 1.11 DO EDITAL DE ABERTURA. a) Os candidatos, ainda que cotistas, que atingem nota suficiente para serem aprovados na concorrência geral não devem ser chamados pela lista de reserva de vagas, uma vez que as vagas reservadas são apenas o mínimo e não o número absoluto disponível para os cotistas (no caso, afrodescendentes).b) Ademais, o próprio Edital, no caso, previa que a lista geral seria formada por todos os candidatos, inclusive "as pessoas com deficiência e os candidatos que declararam afrodescendentes". c) Assim, fere o direito líquido e certo do candidato cotista melhor classificado o ato da Administração que não o chama porque incluiu na lista de reserva de vagas pessoas que, ainda que tenham optado pela ação afirmativa, obtiveram nota suficiente para figurar na lista geral - não necessitando utilizar o benefício das cotas, portanto.2) SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJPR - 5ª C.Cível em Composição Integral - MS - 1272347-2 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - - J. 10.03.2015) (TJ-PR - MS: 12723472 PR 1272347-2 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 10/03/2015, 5ª Câmara Cível em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1530 20/03/2015)

Fundamentação Fática

Já se teve contato no âmbito do atendimento da Defensoria Pública com a situação problematizada nesta proposta de tese institucional, em que a usuária foi aprovada na segunda colocação da lista reservada em determinado concurso público municipal. No mesmo certame, a candidata X foi aprovada, concomitantemente, no 1º lugar das vagas reservadas e no 4º lugar da ampla concorrência. A Municipalidade, por sua vez, publicou o Edital de Convocação dos aprovados no cargo e, no total, foram convocados os 8 (oito) primeiros aprovados por ordem de classificação da lista geral. Ocorre que a candidata X foi convocada duas vezes, uma vez pela ampla concorrência e uma vez pelas vagas reservadas. Questionada administrativamente, a Municipalidade alegou que o percentual previsto na Lei n. 14.274/03 do Estado do Paraná foi cumprido, visto que foram disponibilizadas oito vagas, das quais apenas uma deveria ser reservada, cumprindo o percentual de 10% previsto legalmente. Ocorre que, conforme demonstrado na fundamentação jurídica, o candidato aprovado na lista geral não deve ser duplamente convocado (pela lista geral e específica),

devendo ser chamado o próximo candidato melhor classificado da lista reservada para o fim de cumprir o percentual legal.

Sugestão de Operacionalização

A tese aqui proposta deve ser manejada via mandado de segurança ou ação ordinária, conforme tenha transcorrido ou não o prazo decadencial de 120 (cento e vinte dias), a contar da data de publicação do edital de convocação em que há a preterição ou do indeferimento do recurso administrativo, se houver.