

30

Anos de Constituição
Federal:
Balanço Democrático



Defensoria Pública
do Estado do Paraná

REVISTA JURÍDICA

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

Adendo especial: Teses Institucionais da Defensoria Pública
do Estado do Paraná

CONVIDADOS

Geraldo Prado, Marcelo Lucena Diniz, Eliana Tavares Paes Lopes,
Patrícia Rodrigues Mendes, Cinthia Azevedo Santos, Wisley Rodrigo dos
Santos, Júlio César Duailibe Salem Filho, Olenka Lins e Silva Martins Rocha

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA
REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ



Defensoria Pública
do Estado do Paraná

Volume 1
n. 1

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL: BALANÇO DEMOCRÁTICO

Curitiba, 2019

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ - Volume 1

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL: BALANÇO DEMOCRÁTICO

Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2019

Todos os direitos reservados

Autores dos artigos

Geraldo Prado

Marcelo Lucena Diniz

Eliana Tavares Paes Lopes

Patrícia Rodrigues Mendes

Cinthia Azevedo Santos

Wisley Rodrigo dos Santos

Júlio César Duailibe Salem Filho

Olenka Lins e Silva Martins Rocha

Capa

Sarah Lima

Diagramação

Sarah Lima

Revisão

Flávia Palazzi

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que seja citada a fonte. As opiniões expressas nos artigos doutrinários publicados nesta Revista são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Vol. 1, n. 1 (mai - 2019) - Curitiba, PR: Escola da Defensoria

Pública do Estado do Paraná, 2019.

Anual. ISSN: 2596-2906

Defensoria Pública do Estado do Paraná

<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>

Escola da Defensoria Pública

<http://www.edepar.pr.def.br/>

41 3219-7355

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensor Público-Geral

Eduardo Pião Ortiz Abraão

Chefe de Gabinete da Defensoria Pública-Geral

Paulo Cinquetti Neto

1º Subdefensor Público-Geral

Matheus Cavalcanti Munhoz

2º Subdefensor Público-Geral

Rodolpho Mussel de Macedo

Corregedora-Geral

Josiane Fruet Bettini Lupion

Subcorregedor-Geral

Henrique de Almeida Freire Gonçalves

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros Titulares Eleitos

Luis Gustavo Fagundes Purgato

Renata Tsukada

Patrícia Rodrigues Mendes

Martina Reiniger Olivero

Fernando Redede Rodrigues

Conselheiros Suplentes Eleitos

Guilherme Moniz Barreto de Aragão Daquer Filho

Camille Vieira da Costa

Lauro Gondim Guimarães

Francine Faneze Borsato Amorese

Bruno de Almeida Passadore

OUIDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ouvidor-Geral

Gerson da Silva

ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diretora

Flávia Palazzi

Conselho Editorial da Revista Jurídica

Bruno de Almeida Passadore

Camille Vieira da Costa

Alexandre Gonçalves Kassama

Martina Reiniger Olivero

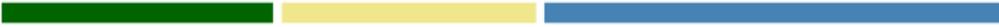
Antonio Vitor Barbosa de Almeida

Ricardo Menezes da Silva

Carlos Augusto Silva Moreira Lima

Luis Gustavo Fagundes Purgato

SUMÁRIO



PREFÁCIO

Eduardo Pião Ortiz Abraão 11

EDITORIAL

Flávia Palazzi 13

A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA PENAL: BREVES NOTAS

Geraldo Prado 17

A INTERVENÇÃO ESTATAL NO NÚCLEO FAMILIAR: REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE ACOLHIMENTO

Marcelo Lucena Diniz 33

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL: AVANÇOS E LACUNAS NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Eliana Tavares Paes Lopes

Patrícia Rodrigues Mendes 45

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EDUCAÇÃO POPULAR, BASE DECISIVA PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS

Cinthia Azevedo Santos

Wisley Rodrigo dos Santos 65

A CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA QUE NÃO VIVE EM PLENO AMOR COM O PROCESSO PENAL

Júlio César Duailibe Salem Filho 75

EM BUSCA DA MORADIA CONSTITUCIONAL

Olenka Lins e Silva Martins Rocha 99

ADENDO ESPECIAL:



TESES INSTITUCIONAIS APROVADAS NO II ENCONTRO (2018):

O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL NÃO PODE DETERMINAR A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, SENDO O EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR DISCRICIONÁRIO POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

Alexandre Gonçalves Kassama 121

A CONDIÇÃO DE SER USUÁRIO DE DROGAS NÃO PODE SER AVALIADA NEGATIVAMENTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CASO O JUÍZO RECONHEÇA QUE O AGENTE PRATICOU O FATO SOB O EFEITO DE ENTORPECENTES DEVE SER PLEITEADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 46 DA LEI 11.343/2006.

Ana Paula Costa Gamero Salem 123

A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE FIANÇA (ART. 319, VIII, CPP) NÃO CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA AO SEU PRÉVIO RECOLHIMENTO, DEVENDO O FLAGRANTEADO SER POSTO EM LIBERDADE E CONFERIDO PRAZO RAZOÁVEL PARA O DEPÓSITO.

Júlio César Duailibe Salem Filho 126

A DEFENSORIA PÚBLICA NÃO PODE SER DESTITUÍDA EM PROCESSOS JUDICIAIS DENTRO DE SUA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL EM VIRTUDE DE ÓBICES DE CARÁTER PESSOAL DO MEMBRO.

Bruno de Almeida Passadore 128

É INCONVENCIONAL A CONDENAÇÃO DE ADOLESCENTES PELA PRÁTICA DE ATO INFRAACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS.

Bruno de Almeida Passadore

Camille Vieira da Costa 133

TESES INSTITUCIONAIS APROVADAS NO I ENCONTRO (2017):

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.

Raphael Gianturco..... 135

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.

Cinthia Azevedo Santos 136

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.

Lucas Matheus Molina 138

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 DIRETOS HUMANOS.

Antonio Vitor Barbosa de Almeida 139

A DECISÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO INDULTO OU QUE RECONHECE O DIREITO À COMUTAÇÃO DA PENA TEM NATUREZA DECLARATÓRIA.

Nicholas Moura e Silva 144

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.

Nicholas Moura e Silva 146

A LEI 10.216/2001 DERROGOU 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.

Monia Regina Damião Serafim 149

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.

Mariela Moni Marins Tozetto 152

É ILEGAL A RETENÇÃO PERPETRADA POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE UTILIZAM VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR PARA AMORTIZAR SALDO BANCÁRIO NEGATIVO.

Mariela Moni Marins Tozetto 154

É INEXEQUÍVEL 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.

Mariela Moni Marins Tozetto 156

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.

Ricardo Milbrath Padoim 158

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.

Bruno de Almeida Passadore 159

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.

Francisco Marcelo Freitas Pimentel Ramos Filho 164

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.

Antonio Vitor Barbosa de Almeida169

É INCONSTITUCIONAL O ART. 1º 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.

Mariana Martins Nunes172





PREFÁCIO

Eduardo Pião Ortiz Abraão

Defensor Público-Geral

Oportunidade e responsabilidade, para mim, resumem a tarefa de prefaciá-lo este primeiro volume da Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Com grande alegria, aceitei o convite desafiador feito pela colega Flávia Palazzi, diretora da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná (EDEPAR), concedendo-me a bela oportunidade de fazer a abertura da pedra fundamental deste importante projeto, que incentivará a divulgação e o recebimento do conhecimento científico proveniente de seus escritos. De mãos dadas com a oportunidade, veio a responsabilidade de redigir estas palavras preambulares que ficarão gravadas nos anais de nossa instituição.

Mais do que inaugural, o primeiro tomo da revista é lançado em um momento marcado pela especial oportunidade que o enseja. Falo aqui sobre a oportunidade de resgatar as razões pelas quais “somos” enquanto Instituição. Para explicar ao leitor, primeiro, registro que a revista número um nos brinda com os seguintes temas: “A Defensoria Pública e a Defesa Penal: breves notas”, “A intervenção estatal no núcleo familiar: reflexões sobre o processo de acolhimento”, “30 Anos de Constituição Federal: Avanços e lacunas no reconhecimento dos direitos das mulheres”, “O papel da Defensoria Pública na educação popular, base decisiva para a promoção de direitos”, “A Constituição Balzaquiana que não vive em pleno amor com o processo penal” e “Em busca da moradia constitucional”.

São primorosos escritos de especialistas nas diversas áreas do saber jurídico. A princípio, pode parecer que o único aspecto que os unificaria consistiria na atuação institucional da Defensoria Pública. Contudo, mais do que essa ótica, um prisma mutuamente qualificado reúne os temas abordados. Trata-se da relação entre Defensoria Pública, Constituição, Direitos Fundamentais e Cidadania, porquanto, sempre juntos, enlaçam as temáticas em vistas aos nossos objetivos institucionais de afirmação do Estado Democrático de Direito, prevalência e efetividade dos Direitos Humanos, garantia dos princípios constitucionais, primazia da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais.

A mensagem e o momento simbolizados na publicação da nossa revista inicial representam, portanto, uma grande conquista, valorizada sobretudo ante as dificuldades encontradas por uma instituição nova no cenário do sistema de justiça paranaense, o que potencializa o mérito do trabalho realizado pela diretoria da EDEPAR. É colossal a tarefa de construir uma novel instituição pública que busca democratizar o acesso à justiça, notadamente em um país com alto índice de desigualdade social como o Brasil. Entretanto, a publicação deste exemplar principiante é mais uma confirmação de que, sim, estamos cumprindo nosso papel de forma responsável e com sabedoria.

Aliás, nada mais preciso do que o uso da expressão “responsabilidade” no presente contexto, sobretudo quando empregada no sentido de responsabilidade política. Digo isso porque nenhuma outra expressão senão “responsabilidade” poderia caracterizar a relação da Defensoria Pública com a Democracia e, conseqüentemente, sua relação com a população

atendida por esta Instituição. Falo aqui, portanto, em responsabilidade no sentido de “*accountability*”, ou seja, o cumprimento do compromisso de uma instituição pública de bem realizar suas funções de forma responsável em relação aos deveres institucionais, às missões constitucionais e aos anseios da população, prestando contas de sua atuação.

No caso da Defensoria Pública, essa responsabilidade adquire nítida potencialidade, na medida em que se tornou porta de entrada dos cidadãos ao acesso de seus direitos. A partir do momento em que a Constituição Federal atribui ao Estado o dever fundamental de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV), e outorga à Defensoria Pública esse mister, acaba, assim, por fortalecer o laço desta instituição com o cidadão e, ao mesmo tempo, com os demais atores do sistema de justiça. Manter a plenitude desses vínculos exige uma atuação institucional particularmente abnegada e responsável.

É com esse mesmo senso de responsabilidade que entendo a Defensoria Pública como um verdadeiro princípio do regime democrático no sentido dworkiano da palavra “princípio”, ou seja, não como uma vantagem econômica, política ou social, mas enquanto uma exigência de justiça, equidade, ou outra dimensão de moralidade. Praticar, portanto, a missão de construir e solidificar o órgão responsável pela prestação da assistência jurídica gratuita – seja por meio da assistência jurídica, da solução extrajudicial de litígios, da orientação jurídica ou da educação em direitos – significa agir conforme um princípio que representa não uma vantagem momentânea, mas o cumprimento de uma conquista histórica.

Acredito que aí resida a nossa razão de ser hoje enquanto instituição, e daí sua relação com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim atuando, a Defensoria Pública, no plano político-institucional, tem se consagrado como uma instituição indispensável à população e ao sistema de justiça, e vem consolidando, paulatina e progressivamente, sua autonomia. No ano em que a Constituição Cidadã completa 30 anos, a Defensoria Pública paranaense lança a primeira edição de sua revista e, dessa forma, cada vez mais se cristaliza como instituição que, como expressão e instrumento do regime democrático, tem por incumbência constitucional a promoção os direitos humanos, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

No venturo, novos compêndios serão editados e, assim, a contribuição dada pela Revista Jurídica da Defensoria Pública paranaense, para a circulação e o aperfeiçoamento do conhecimento jurídico, será ainda maior e mais relevante. O tempo me levará da defensoria pública-geral e, no porvir, refletirei sobre o tempo em que estive na chefia institucional. Nesta reflexão serão rememorados muitos momentos de dificuldade e, felizmente, também, muitos momentos de alegria e conquistas, como este em que celebramos a edição de abertura de nossa Revista Jurídica. Quanto mais o tempo passar, maior será a satisfação de evocar o dia de hoje, que, certamente, lapidifica-se em nossa história institucional.

EDITORIAL

Flávia Palazzi

Diretora da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná

Dia 19 de maio de 2019. Dia do(a) Defensor(a) Público(a). Data escolhida em razão do falecimento do Santo Ivo de Kermartin, conhecido pela sua vocação à defesa incansável da população carente no final do século XIII, para homenagear o trabalho correlato prestado pela Defensoria Pública em tempos atuais.

Data também escolhida para festejar o nascimento da Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná, gestada em meio às dificuldades inerentes à condição de instituição extremamente jovem, mas com o compromisso de quem dá os seus primeiros passos no sistema de justiça paranaense.

Momento festivo, de celebração e de união, mas que nos exige uma séria e compromissada reflexão acerca da responsabilidade conferida pela Constituição Federal de 1988 à Defensoria Pública, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, de ser instrumento e expressão do regime democrático, garantindo o pleno acesso à Justiça em uma sociedade marcada por tamanha desigualdade social.

Em outubro de 2018 comemorou-se o trigésimo aniversário da promulgação da Constituição Federal de 1988, fundamentada na dignidade da pessoa humana e impregnada do propósito, já anunciado em seu preâmbulo, de garantir respeito integral aos direitos sociais e individuais, igualdade e justiça social.

Faz-se, então, necessária uma pausa para a ponderação dos direitos e garantias, de fato, alcançados, mas, principalmente, do muito que ainda há para se concretizar no incessante esforço para a inclusão social.

Os trinta anos de vigência da Constituição Federal renovam as imposições da Carta Magna e desafiam a sociedade brasileira e, principalmente, as instituições públicas a cumprirem os papéis que lhe foram destinados.

Neste contexto, o Conselho Editorial da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná apresenta a temática da primeira Revista Jurídica: “30 anos de Constituição Federal: Balanço Democrático”, com artigo inaugural de autoria do Excelentíssimo Doutor Geraldo Prado e dos(as) Excelentíssimos(as) Defensores(as) Públicos(as) convidados(as) Coordenadores(as) e Auxiliares dos Núcleos Especializados da Defensoria Pública do Estado do Paraná, que vivenciam diuturnamente a realidade do abismo social brasileiro.

A edição inaugural levará ao leitor o retrato da atuação da Defensoria Pública diante das mais diversas temáticas nas quais operam os Núcleos Especializados da Infância e Juventude, da Cidadania e Direitos Humanos, de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, de Política Criminal e Execução Penal e do Núcleo Itinerante das Questões Fundiárias e Urbanísticas.

Reafirmar o papel, a importância e a responsabilidade constitucional da Defensoria Pública para a inclusão social de milhões de brasileiros hipossuficientes e excluídos é compreender que os direitos e garantias constitucionais presentes na Carta de 1988 não foram meras recomendações feitas pelo poder constituinte, mas sim imposições que devem ser efetivadas e concretizadas no mais profundo sentido de Estado Democrático de Direito.

Enfim, momento mais oportuno não haveria para o lançamento da primeira Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná, na data em que se comemora o Dia do(a) Defensor(a) Público(a) e que se renova o compromisso institucional na luta pela inclusão social.

Boa leitura!





A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA PENAL: BREVES NOTAS

Geraldo Prado¹

Resumo: “O estudo propõe a superação da dicotomia «teoria do órgão» e «teoria dos interesses da parte» no âmbito da defesa criminal e da responsabilidade da Defensoria Pública no Brasil, atentando para o fato de que ambas as teorias foram concebidas no contexto de sociedades menos desiguais que a brasileira. A profunda desigualdade social e econômica no Brasil reflete-se em um modelo de política criminal que faz recair sobre a população mais carente o peso maior da repressão penal, exigindo em contrapartida visão orgânica e atuação estratégica que hoje podem ser levadas a cabo porque as Defensorias Públicas atuam articuladamente em casos criminais e nas ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal.”

Palavras-chave: Ampla Defesa. Política Criminal. Defensoria Pública. Teoria do órgão. Teoria dos interesses da parte. Ações constitucionais.

Abstract: “The study proposes to overcome the dichotomy «theory of the organ» and «theory of interests of the party» in the scope of criminal defense of the responsibility of the Public Defender Office in Brazil, drawing attention to the fact that both theories were conceived in a context of less unequal societies than the Brazilian. The profound social and economic inequality in Brazil is reflected in a model of criminal policy that makes the most deprived population endure the greatest weight of criminal repression, demanding, in counterpart, an organic vision and strategic action that can be carried out today because the Public Defender Offices act articulately in criminal cases and in the constitutional actions in the Federal Supreme Court.”

Keywords: Due process. Criminal Policy. Public Defender Office. Theory of the organ. Theory of the interests of the party. Constitutional actions.

1 INTRODUÇÃO

Um dos privilégios de uma longa vida consiste em poder acompanhar a consolidação de instituições como a Defensoria Pública brasileira, testemunhando o crescente e essencial papel político que desempenha na nossa sociedade, motivo pelo qual agradeço à Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná o convite para participar da 1ª Edição da sua Revista Jurídica, cujo tema central são os 30 anos da Constituição da República.

Lembro que em 2010 elaborei artigo que ressaltava os avanços até então obtidos pela Instituição e seu destacado relevo na área criminal relativamente à implantação de um modelo acusatório de processo penal.

Na ocasião sublinhei – e reproduzo por necessário, para os fins desta comunicação:
1 Doutor em Direito. Concluiu estudos em nível de pós-doutoramento em História das Ideias e Culturas Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor Associado de Direito Processual Penal da UFRJ. Professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa e investigador da Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa.

Em 07 de outubro de 2009 foi editada a Lei Complementar (LC) nº 132, que alterou dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, responsável pela organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e pela prescrição de normas gerais para organização da Defensoria Pública nos Estados da Federação.

Sob a ótica da nova lei e dos objetivos declarados para a Defensoria Pública justifica-se refletir sobre alguns importantes aspectos do processo penal brasileiro.

Compreende-se que seja assim por muitas razões: em primeiro lugar porque é inegável que a LC 132 veio fortalecer o sistema de assistência judiciária estatal no contexto de um país de dimensões continentais e distorções de renda e de qualidade de vida ainda bastante significativas, em que a judicialização de pretensões próprias das aspirações de um estado do bem-estar social desafia dificuldades de acesso à justiça, inaceitáveis para os padrões civilizados; em segundo lugar porque a vida e a liberdade das pessoas dos grupos e classes sociais mais desfavorecidos não podem ficar à mercê das políticas de índole punitiva, levando-se em consideração o fato indiscutível de que a “promessa constitucional” de realização de um estado de bem-estar social frustrou-se com a reviravolta neoliberal da década de 90 do século passado, e uma das expressões mais claras disso consistiu na multiplicação do encarceramento de pessoas, nos últimos dez anos, a comprovar empiricamente que há um “Estado Policial” embutido na democracia liberal.

A correia de transmissão que faz passar a energia gerada pela tensão entre as promessas e ações em busca de dignidade para todos e a reação das forças econômicas e políticas que sustentam, com base em uma ideologia do individualismo possessivo, que o paraíso na terra depende das conjunções favoráveis do mercado, é afetada pelo invariável recurso de se valer do sistema de justiça criminal para dar conta das disfunções que surgem, transformando a Justiça Criminal em locus privilegiado de luta, que não raro colhe de um lado (dos acusados) uma multidão de pessoas às quais se nega em concreto a possibilidade de acesso a meios e recursos para enfrentar por conta própria as dificuldades reais e do outro encontra o aparato estatal de repressão, que se consolidou ao longo de dois séculos e que se aperfeiçoou na tarefa de funcionar por fora dos limites que são reconhecidos como próprios do Estado de Direito. A tradição inquisitorial do processo penal brasileiro revela-se neste aparato, cujas ações ainda são dirigidas prioritariamente contra os que estão na base econômica da sociedade ou integram grupos frágeis assim definidos historicamente. E mesmo encerrado o ciclo das ditaduras, com a Constituição da República de 1988, esta tradição sobrevive da permanência de uma cultura inquisitorial que se vale de tudo: desde leis manifestamente inconstitucionais, que violam o direito de defesa e a garantia do contraditório, a práticas policiais e judiciais igualmente em desarmonia com os direitos fundamentais.

Por isso uma instituição como a Defensoria Pública não apenas é necessária no Brasil, mas é verdadeiramente essencial, se o que se quer é trilhar o caminho do Estado de Direito e da universalização dos meios para que se assegure a todos a condição de vida digna que está na base de nosso pacto social (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República).

Sem dúvida que do ano de 2010 em diante muita coisa mudou. As Defensorias Públicas estão criadas em todos os Estados da Federação², malgrado até 2016 apenas em quatro estivessem presentes em todas as Comarcas³.

À estruturação funcional e à autonomia administrativa e financeira seguiu-se a percepção alargada de que as estratégias de atuação, no que concerne às atividades-fim, haveriam de ser planejadas. Nesta hipótese, a quantidade do planejamento requisitou a implantação de centros e programas de pesquisa⁴, cujas investigações subsidiam ações estratégicas com alto percentual de êxito⁵.

2 LC 575/12. <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140926-08.pdf>; LC 130/17. http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=21596 (que revogou a LC 51/05). Consultado em 30 de agosto de 2018.

3 <https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>. Consultado em 30 de agosto de 2018.

4 Exemplo disso pode ser visto no rico sítio eletrônico de pesquisa mantido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: <http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas> Consultado em 30 de agosto de 2018.

5 Assim, por exemplo, o habeas corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte. Agravo regimental no

É possível reconhecer nestes movimentos, que viabilizaram a presença das Defensorias Públicas no cenário nacional, especialmente pela intervenção em processos em curso no Supremo Tribunal Federal (STF)⁶, a compreensão compartilhada internamente de que a ação na seara criminal, entre outras, demandava enxergar-se a si própria, Defensoria Pública, bem como aos demais protagonistas do processo penal, como organizações providas de certa estrutura, mas também fundadas em determinada cultura.

Para ilustrar o sentido dessa autoimagem e capacidade de operar como organização, algo que convoca à ação estratégica, basta ver que a Defensoria Pública postulou admissibilidade como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que trata da descriminalização do aborto, tema que no campo concreto dos processos criminais implica, como *acusadas*, de modo majoritário, mulheres economicamente vulneráveis⁷.

A crescente importância da Defensoria Pública, no entanto, parece impor à Instituição novo desafio em matéria de atuação criminal em decorrência da verdadeira mutação processual gerada no âmbito da denominada «Operação Lava Jato».

É que, com a popularização da «colaboração premiada» e a baixa densidade teórica ainda vigente acerca do que é ou deve ser a «defesa penal» no direito brasileiro, fica-se com a sensação de que, ainda que despidos dessa consciência, práticos e teóricos do processo penal litigam entre os extremos da «teoria do órgão» e «teoria dos interesses da parte» relativamente à concepção do estatuto jurídico da defesa penal.

A colaboração premiada é uma espécie de defesa penal sem resistência à pretensão acusatória.

Relembrando a advertência contida no texto de 2010, a impressão que se tem da teorização dominante é que a defesa penal no Brasil é exercitada em um contexto de sociedade menos desigual e, pois, econômica e socialmente mais equilibrada, como são, hipoteticamente, aquelas no interior das quais o citado debate tem lugar, como a Alemanha, sendo isso decisivo na definição do estatuto jurídico do defensor criminal.

Os censos penitenciários denunciam, todavia, a enorme seletividade penal que

HC 143.988/ES. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Paciente: Todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte. Decisão liminar deferida em 16 de agosto de 2018. De ressaltar que o conhecimento deste habeas corpus coletivo foi precedido da decisão de conhecimento e concessão de habeas corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União no que diz respeito ao direito das mulheres submetidas à prisão cautelar, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade de permanecerem em regime domiciliar: Habeas Corpus nº 143.641/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Data do julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Em artigo anterior aos mencionados julgados este autor já defendia o cabimento de habeas corpus coletivo em determinadas hipóteses: PRADO, Geraldo. Habeas Corpus Coletivo. Disponível em: https://www.academia.edu/12142523/O_Habeas_Corpus_Coletivo. Data de acesso: 04 de setembro de 2018.

6 ADPF 336; ADPF 347; ADIn 4162; REEx 776823; AREx 848107; REEx 638239; RE 972598; ADIn 5874. (em matéria de execução penal).

7 ADPF 442 / DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 28/06/2018. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae: Partido Social Cristão (PSC). Amicus Curiae: União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Amicus Curiae: Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF).

caracteriza o Sistema Penal Brasileiro⁸. Definir o estatuto jurídico da «defesa penal» sem considerar isso, ao revés, partindo de premissas que podem valer para outras sociedades, mas não para a nossa, configura erro metodológico com grave implicação prática.

Disso fala o artigo.

2 O CARÁTER INDIVIDUALISTA DO «DIREITO DE DEFESA»

Alguns consensos extraídos da tradição jurídica mais ampla na qual se inscreve o processo penal brasileiro podem orientar a definição dos conceitos fundamentais relativos ao tema.

Com efeito, Karl Heinz Gössel sublinha que na vigência do Estado de Direito um Estado não pode submeter alguém ao processo e às sanções jurídico-penais sem considerar que a superioridade dos seus órgãos de persecução penal sobre o imputado obriga este Estado a assegurar àquele uma defesa eficaz, apta a influir na decisão final da causa penal⁹.

Garantir a defesa em processo penal, portanto, é um *múnus* da ordem do público. Claus Roxin, por sua vez, além de enfatizar este caráter público da «defesa penal», derivado do dever estatal dirigido a assegurar um processo penal justo, lembra da prioridade axiológica da presunção de inocência.

Assim é que a presunção de inocência instaura um «estado de incerteza» que, a não ser superado pela acusação no curso do processo, interdita a condenação do imputado. Sem dúvida que por esse prisma o defensor é o responsável jurídico-penal por velar pela presunção de inocência do acusado, impondo ao acusador, pela atuação da defesa, o peso da demonstração indubitável de que à luz das provas produzidas o imputado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída na denúncia ou queixa¹⁰.

Em alguma medida essa visão é compartilhada por Mirjan Damaska, para quem, ademais do referido dever estatal orientado à solução justa da causa penal, há de se levar em conta o caráter técnico que domina as demandas na atualidade. A tecnicidade do direito contemporâneo é um fator que não pode ser desprezado ao se cogitar de garantir a alguém o exercício do direito de defesa no processo penal¹¹.

Por este ângulo a «defesa penal» é compreendida como tutela dos interesses legítimos do imputado – suspeito, acusado ou condenado – concebida na forma de um conjunto de práticas destinadas a realizar uma contrapretensão, oposta naturalmente à pretensão acusatória.

8 Conforme relatório de monitoramento de prisões publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em agosto de 2018, do total de 602.217 presos no sistema carcerário brasileiro, 95% são homens (572.764); 30,52% (165.794) têm entre 18 e 24 anos de idade; 85,65% (179.001) são de cor parda/preta; e 26,55% (55.170) não possuem nível de escolaridade fundamental completo. (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Data de acesso: 04 de setembro de 2018).

9 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el estado de derecho. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 62.

10 ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 52.

11 DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1986. p. 248-249.

Nessa linha situa-se a lição de Maria Thereza Moura e Cleunice Bastos, que assim definem a defesa penal:

“A defesa sob o enfoque jurídico, e em rigor técnico ‘é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado’. Diga-se contrapretensão, ressalvando-se eventual ambiguidade que a palavra ‘pretensão’ venha a ter, no processo penal. Sempre, sem esquecer a execução penal, que comporta defesa limitada. A defesa, no processo penal, tem como escopo preservar os direitos do acusado – ou do condenado –, de tratamento injusto e inadequado. Consiste em momento infalível no processo, representando instrumento indispensável à realização da justiça¹².”

Justamente a circunscrição da «defesa penal» com exclusividade ao âmbito de tutela dos legítimos interesses processuais do acusado, como sustentam Roxin, Moura e Bastos, limita demasiado o conceito, com reflexos prejudiciais ao imputado e ao coletivo de pessoas que de ordinário configuram o público preferencial do sistema de justiça criminal.

As fronteiras individualistas traçadas neste quadro não desaparecem ainda quando Roxin postula o carácter público – de dever do Estado – do exercício do direito de defesa.

Com efeito, ao analisar a «defesa penal» o professor alemão estabelece uma espécie de oposição dicotômica entre as teorias do órgão e do interesse legítimo das partes que toma por premissa o carácter individualista da ação penal – e de seu respectivo processo – confrontando a perspectiva funcional própria da teoria do órgão à que privilegia interesses da parte (do imputado), mas que se enquadraria esta última num modelo de legitimidade que, pelo que entendi, estaria submetido a limites caracterizados por serem os «interesses defensáveis do acusado».

Textualmente afirma Roxin:

“Se puededecir, si uno quiere adherirse a términos coloquiales, que el defensor está llamado únicamente a la realización de los intereses jurídicamente legítimos y defendibles del imputado y en esa función el es órgano de la administración de justicia; con lo cual, entonces, se recogería la oposición teórica en una síntesis más alta¹³.”

Uma oposta «teoria do órgão», ainda que restrita ao «núcleo essencial da efetividade da administração da justiça» tanto quanto uma teoria dos interesses legítimos do acusado, tratada como o fazem Roxin¹⁴ ou as autoras brasileiras, Moura e Bastos, terminaria por fundamentar uma defesa quase que meramente reativa, dando por incontroversos os termos abstratos da lei penal e a normalidade do processo incriminador, como se este processo, na via administrativa e judicial, pudesse estar isento de críticas.

A defesa, portanto, seria basicamente uma atividade «reativa», despojada de uma autonomia em face da acusação que permitisse ao defensor superar as barreiras instituídas por uma legalidade penal dada como justa *a priori*.

A noção de «direito de defesa» estritamente como direito de resistir à pretensão acusatória em uma visão de «reação defensiva» é a prevalente no direito brasileiro,

12 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 4, v. 1, 1993. p. 113.

13 ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In: Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 52.

14 ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In: Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 57.

inspirando as análises dos instrumentos jurídicos à disposição do defensor¹⁵.

3 O «DIREITO DE DEFESA» EM SUA FACETA ATIVA: A CENTRALIDADE POLÍTICA DA E NA DEFESA PENAL

Talvez a melhor forma de romper a oposição dicotômica entre a «teoria do órgão» e a «teoria dos interesses legítimos do acusado» esteja em reconhecer *a priori* o aspecto marcante da jurisdição penal, retratado na nota nº 8: a seletividade do sistema.

Releva notar que não por acaso os presídios e penitenciárias brasileiros assemelham-se a modernas senzalas, hospedando compulsoriamente os herdeiros dos antigos escravos.

Leonardo Yarochevsky e Bárbara do Nascimento realçam o fato. Convém transcrever:

“Não é sem razão que a grande maioria da população carcerária é composta por negros e pobres. O sistema penal é seletivo. [...]. No Brasil, inúmeras vezes, o negro é marcado pelas autoridades (sistema penal) como indivíduo violento, perigoso e até mesmo bestializado. Não se pode olvidar que o Brasil foi o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão. Mesmo anos depois da assinatura da Lei Áurea, negros continuavam a servir seus senhores em troca de comida e repouso. Quase todos passaram a ser marginalizados. Daí para a criminalização foi um salto. De lá até os dias de hoje, o negro continua sofrendo preconceito e discriminação. Discriminação que resulta no processo de criminalização. De um modo geral, aos negros, no Brasil, nunca foi dada oportunidade de ascensão social¹⁶.”

Prefigura-se na prática um contexto oposto ao da presunção de inocência. Para setores inteiros de nossa sociedade o estado de suspeição – a presunção de que são criminosos – é a realidade e a persecução penal espelha isso em todos os momentos.

A visão individualista moderada da «defesa penal» não dá conta de algo que forma a «cultura da polícia, do Ministério Público e da magistratura» como organizações que no âmbito criminal assumem a tarefa de garantir a segurança pública.

A história da magistratura criminal brasileira confunde-se com a história da polícia e, por exemplo, até 1988 era possível ter um processo penal instaurado por acusação formulada por um juiz criminal.

Seria de supor que o advento da Constituição teria condições de modificar esse cenário, mas fato é que não é a mera mudança de texto, mesmo se tratando o texto da Constituição da República, que singularmente alavanca transformações estruturais e a mudança de cultura da organização.

A hipótese mais aceita articula a cultura das organizações ao fenômeno da mudança institucional e suas dificuldades.

Como em outra oportunidade salientei, a prática judicial dominante no Brasil conteve o processo de mudança.

A Justiça Criminal funciona tendencialmente de uma determinada maneira,

¹⁵ É a posição de Cristiano Barros, salvo melhor juízo. BARROS, Cristiano. A resposta à acusação como instrumento da reação defensiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 69.

¹⁶ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac; NASCIMENTO, Bárbara Bastos Sérgio do. Da senzala ao cárcere: o caso Rafael Braga e a seletividade do sistema penal. In: SOBRINHO, Sergio Franco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc (org.). Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018. p. 199.

preexiste às reformas, evidentemente, e pode estar permeável ou não a elas. Por este ângulo, o «acusatório» em tese instituído pela Constituição em 1988 pode ser apenas um elemento (fundamental) do discurso dos juristas, mas as práticas concretas estarão em concordância ou alheias à previsão dos juristas.

Binder chama atenção para o fato de o processo penal ser um «saber prático», que não pode ignorar a realidade das organizações e instituições que compõem o denominado «Sistema Penal» de arbitramento de responsabilidade¹⁷.

Existem Poder Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados, Defensoria Pública e Polícia. São organizações com história, cultura e características próprias. A Justiça Criminal é uma instituição no interior da qual estas organizações e muitas outras interagem, influenciando-se reciprocamente.

Os procedimentos adotados em conjunto ou separadamente obedecem ao padrão de interpretação vigente em cada uma das organizações acerca do desenho institucional que corresponde às funções que lhes são atribuídas, de forma expressa ou tácita.

Tomando as coisas por este ângulo, entende-se a afirmação de Ellen Immergut, em *As regras do jogo*¹⁸, de que «a mudança é um problema essencial para a análise institucional».

A «reforma» da Justiça Criminal à vista do texto constitucional de 1988 constituiria processo de mudança.

De acordo com Immergut, em sua análise sobre a lógica da política de saúde na França, Suíça e Suécia, não são suficientemente explicativos, de modo isolado, o «poder da profissão», lealdades políticas ou mesmo a força das burocracias.

É inegável que dinâmicas institucionais e cadeias de decisão política extremamente complexas tenham peso no processo decisório, algo que não é apropriável, analiticamente, pelo exame singular da atuação e do propósito dos atores envolvidos.

O problema, como salienta Immergut, é que «instituições devem ter uma espécie de capacidade de permanência».

Quando se cogita de um setor significativo do Estado e da sociedade, como é o caso da Justiça Criminal, independentemente da inclinação inquisitória do modelo vigente e de sua recriminação por toda uma geração de juristas com formação e profissão de fé no Estado de Direito, as forças de resistência à mudança estão presentes e atuam em todos os âmbitos, o que leva a crer que mudanças institucionais «ocorrem durante períodos de tempo mais longos», como adverte Wolfgang Streeck¹⁹, confrontando-se com «causas contrariantes que as desaceleram».

Por este ângulo, o que se observa concretamente é que o esforço de revisão legal do processo penal brasileiro é obstado por causas contrariantes que podem ser reconduzidas à mentalidade autoritária que coloniza o imaginário da Justiça Criminal de que cabe ao juiz criminal executar políticas de segurança pública.

Complementando o contexto de instituição de um «território jurídico de exceção» no âmbito do processo penal brasileiro mesmo depois de 1988, a ideologia autoritária seguiu

17 BINDER, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 13-29.

18 Disponível em <https://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/immergut-1996-regras-do-jogo-na-polc3adtica-de-sac3bade.pdf>. Consultado em 29 de julho de 2016.

19 *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013. p. 16-18.

curso livre por meio de uma série de leis tipicamente de processo penal de emergência²⁰, várias delas flagrantemente inconstitucionais, que foram e continuam sendo aplicadas no cotidiano dos tribunais²¹.

No entanto, como ressaltado por Binder²², referido linhas atrás, não há como ignorar a realidade de que as organizações e instituições que compõem o denominado «Sistema Penal» podem ser responsáveis pela implementação das mudanças necessárias à harmonia do Código de Processo Penal (CPP) à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos ou podem obstar essa mudança, total ou parcialmente.

Ao pensar a «defesa penal» em termos nitidamente endoprocessuais e individualistas, desconsiderando as tendências incriminatórias reveladas pela criminologia, tendências que operam no seio da cultura de organizações que se imaginam tutelares da segurança pública, a teoria jurídica colabora com a perpetuação de perseguições injustas que somente observadas em horizontes ampliados logram ser corretamente apreendidas.

O fenômeno é semelhante ao que ocorre em outros países no contexto da incriminação de imigrantes pretensamente terroristas, o que tem levado à limitação legal do exercício do «direito de defesa» por defensores públicos e advogados.

Vale registrar a respeito que embora certos conceitos sejam de conhecimento comum aos juristas do campo processual penal, convém explicitar a noção, gênese e função das garantias da advocacia de sorte a perceber a conexão com algo que transcende o dado como aparentemente legítimo e mostra como em Estados tão desiguais como o Brasil o caráter público e político da «defesa penal» é exercitado por advogados, mas predominantemente pelos Defensores Públicos.

Com efeito, as sociedades contemporâneas creditam à advocacia e à defensoria, exercidas com independência em relação aos poderes político e econômico, relevante papel para a estabilidade social e a defesa dos direitos dos indivíduos contra toda sorte de abusos.

Não é necessário voltar tanto assim no tempo para constatar que em determinadas circunstâncias o conjunto de forças dominantes no corpo social pode facilmente orientarse ao sacrifício das mais elementares práticas civilizatórias, não raro incentivado por certo consenso moralizante que elege os fins em detrimento dos meios.

O drama do «11 de setembro de 2001», nos Estados Unidos da América, com as mortes provocadas por ato terrorista de proporções inéditas naquele país, levou em reação à edição de atos normativos que limitaram de modo extremo o exercício de direitos e garantias individuais de pessoas e grupos sociais sobre os quais lançou-se alargado

20 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

21 Destacam-se as seguintes leis do Processo Penal de Emergência no Brasil Pós-1988: Lei 7.960/89. Dispõe sobre prisão temporária; Lei 8.072/90. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências; Lei 9.034/95. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (revogada); Lei 9.807/99. 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; Lei 12.850/13. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

22 BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 13-29.

manto de suspeição.

Mesmo com a restrição significativa imposta às garantias do processo, sucessivos governos norte-americanos apelaram a práticas presumivelmente banidas das democracias pós-Segunda Guerra Mundial.

Assim é que o governo norte-americano reativou a prisão existente na Base de Guantánamo, lugar mantido idealmente à margem dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico daquele país, em um evidente contexto de «Estado de Exceção». A rigor, coube quase que unicamente aos advogados, defensores, defensoras e advogadas elevar a voz em defesa dos direitos e garantias daquelas pessoas presas em Guantánamo, isoladas do resto do mundo, que sequer estavam sendo acusadas do cometimento de crimes.

O relato das atividades e da postura combativa e independente dos «advogados de Guantánamo» é impressionante. Dessas narrativas pode ser extraída com segurança a conclusão de que juízes e tribunais federais norte-americanos somente puderam iniciar o processo de restabelecimento do império das leis, tão caro àquele povo, porque «havia advogados em Guantánamo», como um dia, para um moleiro, «houve juízes em Berlin». Convém relembrar o episódio recente a partir das palavras dos próprios envolvidos:

“A princípio somente um pequeno número de advogados saiu em defesa dos prisioneiros em Guantánamo. Nos meses seguintes ao 11 de setembro, a maioria das pessoas não questionava os atos do governo dos Estados Unidos e sabia-se pouco do novo centro de detenção. Mas com o passar do tempo começou a ficar claro que o Estados Unidos estava cometendo abusos e negando aos prisioneiros as garantias processuais básicas. A advocacia esteve à altura das circunstâncias, e se uniram juristas de todos os lugares, origens e especialidades de todo o tipo para proporcionar representação legal aos prisioneiros e para exigir que se fizesse justiça. Assim explicam alguns deles sua participação.”

Compreende-se que se a jurisdição na atualidade é, por vocação, contramajoritária sempre que necessário à defesa dos direitos fundamentais, a «defesa penal» independente é o esteio dessa garantia que toma corpo na independência dos juízes. É impossível conceber um Estado democrático com juízes independentes que se veja privado de uma advocacia e de uma Defensoria Pública igualmente independentes.

O sentido da independência dos defensores, será visto adiante, é construído em oposição às forças de que dispõe o Estado para atuar em face do indivíduo. Por evidente que o «arsenal» estatal não é pura força. No Estado de Direito a compressão do exercício de direitos e garantias está juridicamente delimitada.

Danilo Zolo e Pietro Costa, juristas e cientistas políticos, lembram que, «colocado no seu horizonte histórico-genético, o Estado de Direito evoca, portanto, o problema da relação entre os sujeitos, o direito e o poder²³» e se caracteriza por instaurar um nexo funcional (direito) entre o poder e os sujeitos de modo a controlar o poder e a direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos na busca por sua autodeterminação (dignidade).

Luigi Ferrajoli preconiza a superioridade ética do estado de direito, que tem lugar justamente porque os direitos fundamentais dos cidadãos operam na dimensão de

23 COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. XIV.

«vínculos funcionais», que condicionam a validade jurídica de toda a atividade do Estado²⁴.

Não se desconhece, no entanto, que os mencionados vínculos funcionais existem porque também é real a possibilidade de violação dos direitos, ruptura tantas vezes causada por atos de agentes do próprio Estado.

A «defesa penal» configura missão constitucional cuja ancestralidade remonta aos mitos fundantes do Ocidente e confere ao seu exercício peculiaridades que as democracias contemporâneas reconhecem e que fundam um modelo complexo, quer na definição das atividades que a caracterizam, quer na previsão dos instrumentos jurídicos de que a advocacia se vale para cumprir suas múltiplas e delicadas funções.

Defender significa algo mais do que ser a voz das pessoas perante os tribunais. Uma das notas distintivas da vida nesse mundo global é o domínio do «jurídico» em praticamente todas as dimensões existenciais. A pluralidade de fontes jurídicas, com regulamentos, decretos, contratos variados, instrumentos econômicos sofisticados etc. coloca as pessoas permanentemente diante de questões cuja resolução prática demanda conhecimento e habilidades próprios dos juristas.

Também é inequívoco que a multiplicação dos casos de regência da vida pelo Direito provoca séria reflexão sobre a possibilidade de os tribunais estatais monopolizarem a tarefa de resolução de conflitos. O Poder Judiciário em todo o mundo não está em condições de dar conta das demandas que encontram no «jurídico» a chave de solução das controvérsias.

Essa é a razão pela qual as últimas décadas testemunharam o renascimento da arbitragem, da mediação, das iniciativas de consenso a reclamar a intervenção do profissional com *expertise* jurídica.

A defesa cumpre a função de estabilização do corpo social, buscando o equilíbrio entre os membros da sociedade que de ordinário, por ocuparem posições desiguais, também perseguem de forma desigual a proteção de seus interesses.

A tutela dos interesses individuais e coletivos passa pela capacidade de se traduzirem esses interesses em interesses jurídicos. Os defensores são os «tradutores primários» e devem poder realizar suas tarefas ainda que em oposição a outros interesses igualmente legítimos.

A defesa da liberdade de locomoção, por exemplo, sempre se colocará em oposição aos atos dos agentes estatais interessados em restringir essa liberdade. A garantia de que o Poder Judiciário terá condições de exercer sua função decisória com justiça, no sentido de prover a decisão adequada a cada caso de pretensão de privação da liberdade, somente será uma garantia jurídica «conforme o Estado de Direito» se o ambiente dialético do processo contemplar o exercício da defesa da liberdade contra os riscos historicamente confirmados do abuso do poder de encarcerar e castigar.

A dualidade de estatutos jurídicos resulta ser uma necessidade que decorre dessas tarefas. O estatuto jurídico do assistido ou representado é próprio. Ele é o titular da presunção de inocência. O estatuto jurídico do advogado ou defensor igualmente é peculiar.

A «presunção de inocência» não é uma expressão mágica. Trata-se de um

24 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 905.

instituto jurídico complexo, cuja dimensão alcança vários âmbitos da vida protegidos contra os impulsos de punição fora dos marcos do Estado de Direito. As pessoas comuns desconhecem essa dimensão rica e complexa do âmbito normativo da presunção de inocência, que contempla, por exemplo, a tutela contra a autoincriminação compulsória.

A rigor, as pessoas não têm uma compreensão precisa do que em toda a sua extensão significa não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Cabe ao defensor criminal «traduzir» o significado da tutela contra a autoincriminação compulsória para o assistido ou representado. Este «processo de tradução», que em realidade compreende as atividades de comunicação, instrução e esclarecimento do assistido ou representado, inscreve-se como «dever jurídico-político» de todo advogado ou defensor relativamente às pessoas que assiste ou representa.

Contra os abusos autoritários de um delírio de conhecimento total dos fatos – conhecimento da «verdade absoluta» - muitas vezes penetrando nos lugares mais recônditos da existência individual por meio da vigilância acústica ambiental, das comunicações de dados e telefônicas, delírio que se manifesta pelos «dotes interpretativos» dos verdugos de todos os tempos, recortando frases e retirando-as de seu contexto para edificar um relato incriminador que sustente a «presunção de culpa» alheia, é impositivo o dever de orientação do advogado ou defensor ao assistido ou representado.

A «defesa penal», portanto, não é somente reação. É também ação, em sentido talvez menos técnico.

No processo penal italiano a previsão da participação da defesa na investigação criminal denuncia uma visceral mudança de foco que, pelo menos em tese, como ressalta a doutrina, busca abandonar a perspectiva inquisitorial estribada no *in dubio contra reum*, peculiar ao modelo inquisitório, em favor de um concreto *in dubio pro reo* consequente ao processo regido pela presunção de inocência (art. 27, inc. 2, da Constituição da Itália).

A cultura das organizações que ainda é dominante em amplos setores da polícia, do Ministério Público e da magistratura criminal, ao apoiar-se na ideia de realização de funções de segurança pública termina por consagrar o *in dubio contra reum* contra o qual opõe-se a cultura disseminada na Defensoria Pública porque dotada da visão de conjunto do Sistema Penal.

A legislação vigente na Itália prescreve a obrigatória assistência do defensor desde a fase das investigações criminais e regula a forma das sanções processuais decorrentes da desobediência ao mandamento, como assinala Antonio Cavaliere²⁵, professor titular de Direito Penal da Universidade de Nápoles, abandonando «o princípio de que todas as nulidades são sanáveis» para «introduzir uma sanção específica para a violação de proibições probatórias – vale dizer a impossibilidade Direito Penal da Universidade de Nápoles, abandonando «o princípio de que todas as nulidades são sanáveis» para «introduzir uma sanção específica para a violação de proibições probatórias – vale dizer a impossibilidade de utilização da prova ilegalmente obtida – que se caracteriza porque pode dar-se de ofício em todo estado ou grau de procedimento, art. 191 CPP²⁶» uma

25 Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares. In: Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. México: Porrúa, 2007. p. 183.

26 Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones

vez que os italianos se deram conta de que a ampliação do âmbito normativo da «defesa penal» era uma decisão política fundamental.

Em Estados como o Brasil, caracterizados pela profunda desigualdade econômica e social e com passado escravagista a dominar o imaginário social ainda no presente, as mencionadas lições de «Guantánamo» e do processo penal italiano, entre tantas outras ilustrações possíveis, estão a revelar que a mudança institucional na direção de um aparelho penal menos seletivo, abrangente – e também menos brutal – demanda uma instituição que tenha a capacidade de se organizar e de se fazer presente nas instâncias decisórias tanto de forma concentrada como com efetiva capilaridade.

Isto é, litigar estrategicamente no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em ações de descumprimento de preceito fundamental e habeas corpus coletivos e também marcar presença de maneira difusa, de norte a sul do país, mantendo muito bem ajustadas as engrenagens entre as diversas defensorias em cada processo criminal singular, de modo a fazer da «defesa penal» concreta um ato político de implementação do Estado de Direito e da democracia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão deste modesto contributo em homenagem à Defensoria Pública pode ser sintetizada na seguinte ideia-chave: a «defesa penal» no Brasil é um ato político por excelência e na atualidade essa noção toma corpo de forma mais completa na Instituição que melhor representa o Estado de Direito que queremos, no caso, a Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

BARROS, Cristiano. **Aresposta à acusação como instrumento da reação defensiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BINDER, Alberto M. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

CAVALIERE, Antonio. **Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares**. In: Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. México: Porrúa, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: **Teoría del garantismo penal**. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el estado de derecho. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. **Defesa penal: direito ou garantia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 4, v. 1, 1993.

PEDRINHA, Roberta Duboc (org.). **Seletividade do sistema penal: o caso Rafael Braga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SOBRINHO, Sergio Franco Carlos Graziano; DORNELLES, João Ricardo Wanderley.

STREECK, Wolfgang. **Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; NASCIMENTO, Bárbara Bastos Sérgio do. **Da senzala ao cárcere: o caso Rafael Braga e a seletividade do sistema penal**. In: BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

Links da internet:

LC 575/12. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140926-08.pdf>.

LC 130/17. Disponível em http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=21596.

Apenas quatro estados têm defensoria pública em todas as comarcas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>.

Pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. <http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas>.

As regras do jogo: A lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. <https://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/immergut-1996-regras-do-jogo-na-politica-de-saude.pdf>.

Banco Nacional de Monitoramento das Prisões. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>.

PRADO, Geraldo. **Habeas Corpus Coletivo.** Disponível em: https://www.academia.edu/12142523/O_Habeas_Corpus_Coletivo.

Supremo Tribunal Federal:

ADPF 442/DF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 28/06/2018. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Presidente da República. Amicus Curiae: Partido Social Cristão (PSC). Amicus Curiae: União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Amicus Curiae: Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF).

HC 143.988/ES. **Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Edson Fachin. Impetrante: **Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.** Paciente: Todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte.

HC 143.641/SP. **Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Data do julgamento: 20 de fevereiro de 2018.

ADPF 336. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional.

ADPF 347. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União.

ADIn 4162. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministra Rosa Weber. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República.

REx 776823. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Edson Fachin. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Felipe de Oliveira Lopes.

AREx 848107. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Rodrigues de Oliveira.

REx 638239. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Anderson Pablo Figur Ribeiro.

REx 972598. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Maria Edna Silva de Paiva.

ADIn 5874. **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.** Requerente: Procuradora Geral da República. Intimado: Presidente da República.



INTERVENÇÃO ESTATAL NO NÚCLEO FAMILIAR: REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE ACOLHIMENTO

Marcelo Lucena Diniz¹

Resumo: O presente artigo é, em realidade, um ensaio acerca do processo de acolhimento. Iniciando a análise a partir da recente escrutinização pública dos processos de acolhimento institucional, bem como da discussão das bases de legitimidade da intervenção na vida familiar admitida constitucionalmente, apontamos incongruências inerentes ao processo interventivo, bem como intervenções em descompasso com o sistema protetivo interpretado à luz do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Tais incongruências trazem o inerente risco de deslegitimar o próprio processo interventivo, o que poderia ser evitado com a necessária interpretação do princípio do *melhor interesse* à luz da matricialidade familiar inerente ao SUAS.

Palavras-chave: medida protetiva; acolhimento; matricialidade familiar; intervenção precoce; melhor interesse da criança.

Abstract: This paper is in fact an essay about the legal process of sheltering children. Starting the analysis on the recent public scrutiny of such process, as well as the discussion about the constitutional fundamentals of the public intervention on the family, we point at inherent incongruencies of theses legal processes, as well as interventions in disarray with the sheltering process interpreted in light of SUAS. Such disarrays bring us the inherent risk of corrosion of legitimacy of the sheltering process in itself, which could be avoided with the necessary interpretation of the best interest principle in light of the family matricity principle of SUAS.

Keywords: protective measure; sheltering; Family matricity; precocious intervention; best interest of child.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cada vez com maior frequência, o sistema consolidado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) parece voltar ao escrutínio público. Em tempos recentes, a maior discussão em torno da legislação girava em torno do sistema socioeducativo. Discussões acerca da redução da maioria penal e/ou aumento do tempo de internação de adolescentes tomaram os noticiários por anos a fio, e adquiriram maior força nos tempos da crise que assola o país, com o aumento da violência urbana vivida. Sobre este ponto, em que pese a diminuta fração de atos infracionais praticados em relação aos crimes, parece ter se consolidado um consenso acerca do tema, apontando os adolescentes, “protegidos” pelo sistema socioeducativo, como um dos principais artífices da violência urbana.

¹ Defensor Público do Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Mestre em História Cultural pela UNESP. Atualmente coordenador do Núcleo da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

“Constatações” do tipo não são novidade, e voltam ora com mais, ora com menos força ao debate público. No entanto, um outro tipo de questão parece ter aflorado recentemente, configurando, em caráter aparentemente desabonador, um problema que nunca lá esteve sob tal ótica: os acolhimentos de crianças e adolescentes e o papel dos atores do Sistema de Garantia de Direitos na consecução do sistema.

Casos recentes, como o acolhimento de crianças migrantes, o acolhimento de recém-nascidos e de indígenas, notícias de esterilização compulsória determinadas judicialmente parecem ter atraído a atenção para o sistema protetivo da infância, que tem sido, desde o ECA ao menos, “privada” do sistema de justiça, longe do olhar público. Ademais, parece haver um movimento no próprio “sistema de justiça” na problematização da questão, como foi possível observar a partir das inúmeras reações contrárias ao Estatuto da Adoção (PLS 394/17) – que, de alguma forma, causam espanto, pois, aparentemente, o projeto do Estatuto tão-somente levaria a cabo a celeridade processual já imprimida de forma exacerbada aos processos protetivos a partir da lei 13.509/17.

Diga-se de pronto: a proteção à infância, a institucionalização de crianças e adolescentes foi tratada como “questão social” desde a primeira legislação voltada à infância, o Código Mello Mattos (DL 17943-A, de 1927). Aliás, foi a partir deste marco que o Poder Público foi envolvido (e corresponsabilizado) no trato com a infância então “abandonada”, eis que a questão havia surgido a partir do envolvimento de associações da sociedade civil voltadas ao abrigo de crianças e adolescentes. Os movimentos legislativos posteriores foram no sentido de maior e mais precoce intervenção estatal junto às famílias, no trato com as crianças vítimas de violações de direitos por estas titularizados – direitos que foram criados concomitantemente a essas novas formas de intervenção, tanto em nível constitucional quanto no ECA. É neste sentido que causa algum estranhamento as notícias citadas, eis que apontam para problemas na própria intervenção estatal, parecendo apontar para um excesso de proteção, antes que uma falta. É a este tema que nos dedicaremos neste momento.

2 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA FAMILIAR

A intervenção estatal, na vida familiar, é medida drástica que, embora autorizada constitucionalmente e legalmente, não pode, de modo algum, ser banalizada. Encontrando sua autorização na Constituição, é nela também que se encontram suas balizas.

A autorização constitucional decorre da interpretação do artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Algumas observações são relevantes: esta foi a primeira Constituição nacional que tratou a proteção à infância como tema propriamente constitucional. A título de exemplo, a Emenda Constitucional 01/69, que fazia as vezes de Constituição da ditadura, cita

infância apenas uma vez, delegando sua regulamentação ao nível infraconstitucional, no artigo 175, §4º, e não faz nenhuma referência a criança ou adolescente. É basicamente a mesma referência feita pela Constituição de 1946, no artigo 164.

Segunda observação: à sociedade e ao Estado são delegados os deveres de proteção à infância. Deveres, no entanto, subsidiários, inclusive pela própria ordem trazida pelo texto constitucional: família, sociedade, e por último, o Estado. Subsidiários, também, em decorrência da própria interpretação do texto constitucional, e não apenas pelo mandamento de *proteção especial* conferido pela Constituição à família (artigo 226, caput), mas também em decorrência da própria opção fundamental feita pelo constituinte: a opção política pela dignidade da pessoa humana enquanto vetor de interpretação constitucional. Assegurada tal opção, bem como os direitos dela decorrente (como os do artigo 5º, em especial o direito à vida íntima), deve-se conciliar a proteção integral deferida à infância com a dignidade assegurada à família, reservando-se, portanto, a intervenção estatal como *ultima ratio*.

Terceira observação: da proteção integral extraiu-se, também como princípio (consagrado, depois no ECA, e já consagrado na ordem jurídica internacional), o *melhor interesse* da criança e do adolescente. É este o princípio correntemente utilizado nos processos protetivos; a crítica feita a este respeito é relevante:

A principal crítica ao princípio do melhor interesse – questão afeta, também, aos princípios constitucionais de uma maneira geral – é a arbitrariedade inerente ao momento da sua aplicação, considerando sua baixa densidade normativa. É grande carga de subjetividade do juiz na construção de seu significado à luz do caso concreto, pois é ele, quando da solução de um litígio que lhe é apresentado, que se pronunciará, com fundamento em prova pericial elaborada por psicólogos e assistentes sociais judiciais, sobre a solução que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente².

O ECA, por sua vez, em sua redação original, trouxe uma base principiológica significativa, consagrada em seu artigo 100. No entanto, em que pese a prevalência da manutenção da criança ou adolescente junto à família, o ECA não previu mecanismos para efetivar tal princípio, parecendo permitir a continuidade dos procedimentos verificatórios, que obstavam o contraditório. Foi somente com a reforma introduzida pela Lei 12.010/09 (“Lei da adoção”) que foram introduzidos os parágrafos ao artigo 101, em especial, e surpreendentemente, em uma alteração quase marginal, o §2º àquele artigo, que trouxe a “novidade” da necessidade de um processo judicial contencioso para efetivar o acolhimento de crianças e adolescentes. Não houve, no entanto, a criação de um rito processual legal para tais intervenções.

A ausência de qualquer rito processual legal, a existência de um processo que mistura conhecimento e execução, gera questões que causam alguma perplexidade ao operador do direito. Não raro, medidas protetivas menos extremas são aplicadas com maior rigor após o acolhimento, seja por falta de adesão aos encaminhamentos do Conselho Tutelar, seja pela descrença na efetividade de tais medidas, tendo como fundamento justamente a intervenção precoce; ademais, no desenrolar do próprio trâmite processual, facilmente nota-se que as causas que levaram ao acolhimento tornam-se,

2 CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2128.

em larga medida, irrelevantes, uma vez efetivada a medida protetiva. Isto fica claro, em especial, após os relatórios avaliativos, que não raro expõem uma infinidade de óbices à reintegração, que não estavam presentes de nenhum modo nos relatórios que instruíram a medida protetiva, justificando a aplicação da mesma.

A incongruência exposta é problemática processualmente e materialmente. Processualmente, temos uma situação em que há flagrante alargamento do objeto do processo, de ofício, e em regra após a apresentação da resposta defensiva.

Ademais, opera-se uma confusão processual recorrente: não raro, o “mérito” da questão resume-se ao esgotamento ou não das demais medidas protetivas, que configurariam, processualmente, tão-somente o interesse de agir, quando se pleiteia acolhimento – questão que deve ser superada anteriormente à própria discussão sobre os fatos que motivaram a aplicação da medida. A recorrente insistência na negligência como causa de pedir por não adesão a medidas aplicadas anteriormente *do*bra o mérito nas condições da ação, e evita a discussão sobre os fatos que efetivamente levaram ao acolhimento.

Por outro lado, fatos surgidos posteriormente nos autos vão legitimando as intervenções anteriores; forma-se, então, uma estranha mistura de conhecimento e execução da medida que torna irrelevantes os fatos que ensejaram o acolhimento tão logo ele seja efetivado. É neste ponto que operadores do direito que não militam cotidianamente na área ficam “perdidos”: enquanto discutem os fatos, enquanto buscam uma discussão meritória, o sistema de justiça aponta para outro sentido, analisando microscopicamente a vida familiar e encontrando sucessivas omissões e falhas, que legitimam a manutenção da execução da medida.

Materialmente, há dificuldades na compreensão da medida protetiva por todos os atores do processo, e, em especial, pela família processada e pela criança/adolescente protegido. Ademais, o momento da intervenção parece retrair-se no tempo cada vez mais, para momentos anteriores inclusive ao nascimento da própria criança protegida.

Não basta, no entanto, afirmar que intervenções graves como as referidas no começo do artigo não encontram qualquer fundamento, sendo tão-somente fruto da arbitrariedade de alguns operadores do direito; de modo a compreendê-las adequadamente, deve-se expor a forma como tal intervenção se legitima em um sistema com tantas espécies de controle: ministerial, judicial, envolvimento da rede, etc.

3 INTERVENÇÃO PRECOCE E “SITUAÇÃO DE RISCO”

Ora, a intervenção estatal deve conjugar as seguintes características legais: deve ser precoce e gerar como efeito a proteção integral, e seu fundamento deve ser uma das situações constante no artigo 98 do ECA. A intervenção precoce, diga-se logo, é princípio do ECA, previsto no artigo 100, VI, *in verbis*:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
[...]

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida [...];

A doutrina parece dedicar poucas linhas a tal princípio, anotando, tão-somente, a exigência da intervenção das autoridades competentes tão logo a situação de risco seja conhecida. DIGIÁCONO afirma a importância do princípio, justificando que “a demora no atendimento, por si só, já importa em violação de direitos infantojuvenis, sendo passível de enquadramento nas disposições do art. 208 e 2016, do ECA³”. No entanto, é ele o princípio invocado para justificar intervenções gravíssimas, gerando situações *sui generis*, legitimando, sob a ótica protetiva, intervenções estatais que há muito pareciam estar fora do horizonte jurídico, como a esterilização compulsória.

A questão torna-se ainda mais problemática quando aprofundamos o olhar acerca das causas que ensejam a aplicação da medida protetiva extrema. As situações autorizativas são aquelas descritas no artigo 98 do ECA, *in verbis*:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

Estas hipóteses são comumente descritas como “situação de risco”. Voltaremos a ela.

Observa-se que, não raro, a causa é uma só: a negligência. O Conselho Nacional do Ministério Público realizou pesquisa afirmando a constante recorrência e tal causa, causa principal de 84% dos acolhimentos⁴. A pesquisa confirma os dados apresentados no “Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviços de acolhimento”, pesquisa finalizada em 2010, que aponta a “negligência da família” como principal motivo do acolhimento, totalizando 54,9%, frente a 26,6% relativos a drogadição ou alcoolismo dos pais ou responsável e, surpreendentemente, 21,8% relativo ao abandono⁵, havendo, portanto, diferença entre negligência e abandono.

Aliás, recentemente, a negligência vem sendo objeto de pesquisas e reflexões. RIZZINI, por exemplo, cita a problemática da constante referência à negligência como causa de acolhimento; a negligência, a seu ver, é nada mais que o abandono moral. *In verbis*:

Ferri e Lombroso, principais mentores da famosa Scuola Italiana de criminologia, logo perceberam a importância do abandono moral e a destacaram. Outros os seguiram. Cuidar da infância fisicamente abandonada era por direito da alçada do Estado, que dela fazia o que julgasse melhor. Porém, como retirá-la do cerco da família – da sagrada família, até então totalmente protegida pela Justiça – para educa-la convenientemente? Sob o argumento do abandono moral, a família, literalmente taxada de “infractora” passa a ser acusada de cometer o terrível crime de desencaminhar os próprios filhos⁶.

3 DIGIÁCONO, Murillo José e DIGIÁCONO, Ildeara de Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Curitiba: MPPR, 2017, p. 170.

4 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatório da Infância e Juventude – Resolução 71/2011: um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País. Brasília: CNMP, 2013, p. 43.

5 BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviços de acolhimento. Brasília: MDS, 2011, p. 71.

6 RIZZINI, Irene. O século perdido: Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3º. São Paulo: Cortez, 2011, p. 71.

NASCIMENTO, por outro lado, afirma que a constante recorrência à negligência ocorre porque é vedada, legalmente, a destituição do poder familiar por pobreza; deste modo, trata-se de um artifício utilizado pelos operadores do direito para contornar tal vedação:

Já que o processo de criminalização da pobreza faz associações imediatas entre os pobres e a “negligência com os filhos” – como se essa situação também não ocorre em outros segmentos da sociedade - , é possível burlar o ECA, destituindo o poder familiar dos mais pobres por questões que, na verdade, não passam de pobreza apelidada de “negligência”⁷.

É de se constatar, também, que o ECA traz apenas duas citações, ambas genéricas, à negligência – artigos 5º e 87, III; comparado às demais legislações que trataram da infância, destaca-se o Código Mello Mattos (DL 17943-A). Ali a “negligência” é referenciada em diversas oportunidades, a exemplo dos artigos 9º, 26, 31, dentre diversos outros. No entanto, embora o ECA pouco utilize o termo, parece uma constatação geral de que o uso rarefeito não inibiu as constantes citações em processos judiciais e pelos atores do sistema, como demonstrou a pesquisa levada a cabo pelo Ministério Público Estadual.

O efeito processual da constante referência à negligência nos processos protetivos não é irrelevante. A referência a esta forma inespecífica de violação de direitos, aliada à ideia de intervenção precoce, permite, de um lado, acolhimentos fundados em diversos atos, nenhum deles grave o suficiente para justificar, *per si*, a aplicação da medida extrema; e, de outro, permite, após o acolhimento, o escrutínio da vida familiar pelas equipes técnicas em busca das sucessivas omissões frente a supostos deveres legais que, afirma-se, eram desde sempre exigíveis. Busca-se, em estágio avançado do processo, o que desde antes dele já estava lá. Este deslocamento temporal causa perplexidades e não raro é visto como injusto pelas famílias alvo das sucessivas inquirições e avaliações.

Quais são os deveres descumpridos pela família que a tornam merecedora da pecha de “negligentes” e, portanto, sujeitas à mais grave intervenção estatal? São deveres que surgem nos autos de formas as mais diversas, como, por exemplo, questões referentes a higiene, alimentação, habitação, etc.

Estas sucessivas omissões vão aflorando no processo a partir, em regra, das informações técnicas, em especial dos Centro de Referência Especializado da Assistência Social (CREAS), Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e das equipes técnicas do acolhimento e do juízo. Não existe, evidentemente, apenas “na cabeça” destas equipes, mas são as avaliações feitas que vão, aos poucos, formando os contornos de uma família violadora de direitos na verdade construída nos autos, sem que a própria família se autorreconheça neste papel. Não é irrelevante, acerca deste ponto, a observação feita pela pesquisadora fluminense. *In verbis*:

Quando um corpo técnico se especializa, por exemplo, no suporte das crianças consideradas “abandonadas”, as práticas e os discursos até então instituídos quanto ao cuidado dessas crianças perdem a credibilidade e deixam de ser utilizados. Instala-se uma produção de protetores: a criação de especialistas detentores de verdades sobre modos corretos de proteger⁸.

7 NASCIMENTO, Maria Livia do. Proteção e negligência: pacificando a vida de crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Lamparina, FAPERJ, 2015, p. 62.

8 Id., *ibid.*, p. 65.

“Modos corretos de proteger”, só especificados após as avaliações técnicas, e extremamente fluidos, a depender de fatores diversos, como inclusive a receptividade à própria equipe técnica; a renitência a permitir a intervenção, por si, já é julgada como mais uma forma de negligência⁹, com efeitos funestos à pretensão da família de origem, nos processos.

Aliando-se a recorrência do recurso à negligência enquanto causa de pedir do acolhimento e fundamento de sua manutenção, à intervenção precoce como princípio a nortear a operacionalização do sistema parece ser possível recuar, no tempo, o momento da análise da “situação de risco”. As provas, os fatos, são construídos processualmente após o acolhimento, em nome da evitação à exposição ao perigo da criança, acolhendo-se um *standard* probatório reduzido e nunca se permitindo a real fase de conhecimento do processo, eis que, iniciada a execução, são os fatos que surgem durante a medida que são relevantes.

Em um movimento concomitante, cada vez mais parece legitimar-se um recuo temporal relativo à “situação de risco”, atingindo, em um primeiro momento, a gestação. Ali, alargando-se o conceito de “criança” para abranger o nascituro, condutas como a falha no acompanhamento pré-natal, a drogadição, a falta de amparo familiar à gestante já são tidas como a “negligência” apta a legitimar a intervenção¹⁰.

Ainda estamos, aqui, em alguma medida, na negligência da família com uma criança, ainda que embrionária. Parece ser então decorrência lógica do sistema protetivo construído na *práxis* forense práticas como as descritas, como mais uma etapa de recuo temporal da intervenção. Aqui, enfim, opera-se a transmutação já anunciada mas que ainda não havia sido enunciada: a negligência deixa de ter uma referência externa (a criança), e passa a autorreferenciar-se (negligência da mãe consigo própria) como causa de pedir da intervenção estatal.

Seria um exagero e um absurdo dizer que o sistema protetivo, desvelado em sua real lógica, implica meramente a autorização para a intervenção estatal na vida privada em qualquer caso, independente da função protetiva enunciada. A um, porque tal análise implicaria um sentido sistêmico e uma verdade oculta, fundamento com o qual, *data venia*, não compartilhamos; e a dois porque implicaria uma univocidade da rede, que não é de modo algum unívoca – ao contrário, é constituída por várias vozes entrelaçadas.

Mas o efeito da conjugação destes discursos, que leva ao engendramento de tais

9 Ainda mais problemática é a própria fundamentação de tais avaliações, como bem descrevem PANTUFFI e GARCIA, a partir da análise de caso concreto, não restrito à análise das falas das equipes técnicas mas também dos atores do sistema de justiça:

Em todos os documentos analisados, observamos a presença do que poderíamos chamar de “discursos de autoridade”, isto é, os profissionais parecem se valer de sua posição e do seu suposto saber para enunciar verdades, as quais são apresentadas sem a devida fundamentação, justificativas e análises. Aparecem, com frequência, afirmações taxativas e restritas à descrição de fatos, e não como derivadas de uma interpretação feita pelos profissionais, com base em sua formação, em seus pressupostos teóricos, e até mesmo em sua história de vida.

IN BORGIANI, Elisabete e MACEDO, Lilian Magda (orgs.). O serviço social e a psicologia no universo judiciário. Campinas: Papel Social, 2018, p. 56.

10 Foi o que ocorreu no muito noticiado caso de Belo Horizonte, a partir das reações às recomendações 05 e 06 da Promotoria da Infância e Juventude local. Não é também situação inédita no Paraná, com o deferimento da medida de acolhimento antes do nascimento e sua efetivação logo após o parto.

soluções drásticas, não pode ser ignorado, e um destes efeitos é a possibilidade de tais intervenções que são violadoras de direitos fundamentais¹¹. O recurso à “negligência” atomiza a família, fazendo-a surgir separada de sua comunidade e de sua própria história, inexorável criadora de situações de risco, tornando-a alvo preferencial da intervenção estatal que, sem as devidas balizas, parece ser legitimada pelo sistema protetivo.

4 A PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Na base de toda esta construção discursiva, retro referida, parece estar a baixa densidade normativa do princípio do “melhor interesse”, já referida acima. Em um segundo passo, embora a intervenção estatal na infância tenha se constitucionalizado, o sistema protetivo ainda está por terminar sua constitucionalização. Por fim, não se pode perder de vista que a proteção à infância está inserida dentro do Sistema Único de Assistência Social, e seus princípios e diretrizes devem, também, ser utilizados na interpretação do sistema protetivo instaurado pelo ECA, na medida em que encontram base legal na Lei 12435/11.

Parece ser um tabu questionar a absolutização do *melhor interesse* da criança. É neste ponto que é necessário afirmar que não se questiona que, no processo, e na rede de assistência que opera extrajudicialmente, deve-se buscar o melhor interesse da criança que é protegida; no entanto, a absolutização do princípio torna-o apto a justificar condutas as mais diversas (como, por exemplo, a separação de irmãos com o objetivo de torna-los mais adequados à adoção), sem admitir o contraditório ou o confronto com outros princípios constitucionais. Neste sentido, constitucionalizar o sistema judicial protetivo implica confrontar tal princípio com os demais princípios constitucionais afetos à vida familiar, balizando a intervenção estatal e formando, enfim, um trâmite processual adequado.

Deste modo, a família, alvo das intervenções, é destinatária de proteção especial pelo texto constitucional; o constituinte destina uma série de dispositivos neste sentido. No que tange à relação com a paternidade, que nos interessa neste momento, conjuga-se, a respeito da família, a paternidade responsável e o livre planejamento familiar (artigo 226, §7º). Sobre o tema:

O direito ao planejamento familiar, assim, é um direito a ser livremente exercido, mas apenas no sentido de não admitir qualquer ingerência de outrem, estatal ou privada, com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo, uma vez que a decisão sobre ter ou não prole, seu aumento ou redução vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. O papel do Estado aqui, embora ativo, limita-se à função promocional de “propiciar recursos educacionais e científicos” para seu exercício, de modo a que todos estejam suficientemente informados e conscientes das maneiras pelas quais podem exercê-lo, respeitados os limites legais¹².

Deste modo, há limites para a intervenção estatal no universo familiar. Ainda que cumpra ao Estado velar pela paternidade responsável, de modo algum tal intervenção pode ocorrer *a priori* de eventual situação configurada de violação de direitos, nos termos

11 Não é irrelevante o papel que o segredo de justiça exerce para o agravamento destas violações, eis que estende um véu que protege não a criança (que nos casos citados sequer existe) mas os próprios operadores do direito e atores da rede.

12 CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2122.

constitucionais.

É relevante, neste ponto, discutir as situações que ensejam a intervenção, que, já o dissemos, são aquelas constantes o artigo 98, do ECA – as “situações de risco”. No entanto, a definição merece uma inversão necessária: não é o risco que autoriza a intervenção, mas a violação de direitos. Isto porque o recurso ao risco possível autorizaria intervenções *a priori* de qualquer situação de violação de direitos, permitindo os regressos temporais já descritos e, ao final, focalizando a intervenção criminalização da família, em regra da futura mãe.

Aliás, não se pode olvidar do fato de que a proteção à infância está inserida no contexto da Política Nacional de Assistência Social e, portanto, os princípios que norteiam o ECA legalmente também deve ser interpretados em conjunto com os princípios do próprio SUAS. Diretriz estruturante do SUAS (artigo 6º, IV, OB-SUAS/12) é, aliás, a *matricialidade sociofamiliar*, assim descrito na NOB-SUAS de 2004:

Embora haja o reconhecimento explícito sobre a importância da família na vida social e, portanto, merecedora da proteção do Estado, tal proteção tem sido cada vez mais discutida, na medida em que a realidade tem dado sinais cada vez mais evidentes de processos de penalização e desproteção das famílias brasileiras. Nesse contexto, a matricialidade sociofamiliar passa a ter papel de destaque no âmbito da Política Nacional de Assistência Social – PNAS. Esta ênfase está ancorada na premissa de que a centralidade da família e a superação da focalização, no âmbito da política de Assistência Social, repousam no pressuposto de que para a família prevenir, proteger, promover e incluir seus membros é necessário, em primeiro lugar, garantir condições de sustentabilidade para tal¹³.

Neste aspecto, o SUAS é estruturado para atuar na prevenção de situações potencialmente violadoras de direitos, especialmente através dos CRAS. Não é despropositado, portanto, admitir que o princípio do ECA é voltado, em primeiro lugar, à rede de proteção, e deve ensejar antes a proteção do núcleo familiar que sua responsabilização judicial. Admitindo-se, portanto, que a proteção à infância se insere no SUAS, interpretações que admitam o eterno retrocesso temporal descrito acima não encontram maiores fundamentos, na medida em que a judicialização só deve ocorrer após o trabalho desenvolvido pela própria rede de proteção, e só de modo fragmentário, na medida em que ocorram reais violações de direitos que não possam ser superadas pela política de proteção.

Processualmente, separar os momentos do conhecimento e da execução da medida é providência absolutamente necessária. Neste sentido, a discussão que parece começar a emergir acerca da criação de um rito executório é relevante, eis que, ao mesmo tempo, joga luzes sobre o processo de conhecimento, sempre olvidado na proteção. Permite-se, a um tempo, controlar os fundamentos para a intervenção e, de outro, garantir a justiça no desenrolar da mesma, possibilitando, inclusive, controle judicial dos relatórios produzidos pelas equipes técnicas, evitando-se a absolutização do discurso supostamente científico, especialmente considerando que a implantação do SUAS ainda está em curso, e diversos moralismos ainda permeiam a rede de proteção.

É necessário também reafirmar: não se pode olvidar que reduzir desigualdades é

13 BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. NOB/SUAS. Brasília: MDS, 2005, p. 41.

objetivo fundamental da República nacional. A realidade material usual do público atingido, com imensas precariedades, deve implicar, de todos os atores do sistema de garantia de direitos, esforços conjugados destinados à superação de eventuais dificuldades materiais de um lado, e de outro, resguardando os direitos fundamentais da família de origem, evitando que a fala da família, no processo, seja sempre defensiva ou destinada a “formar sua culpa¹⁴”. Isto porque, infelizmente, famílias de baixa renda são o público alvo das mais graves formas de intervenção estatal, tendo, não raro, os primeiros contatos com o Estado através da polícia e do sistema penal. Resgatar os vínculos e as possibilidades da família, bem como reinserir a família na convivência comunitária, neste sentido, é intervenção que demanda tempo diferenciado para surtir efeito.

Um exemplo prático é o complexo destinado a gestantes em situação de rua e de drogadição. Ao buscarem realizar o acompanhamento pré-natal, se encaminhadas para a rede de proteção, não é incomum que o caso já seja comunicado ao Conselho Tutelar e que a intervenção, a partir daí, tome o sentido do futuro acolhimento. A busca pela família extensa, se inviável a manutenção da criança, só ocorre após o acolhimento, embora transcorram meses de acompanhamento; a falta de estímulo ao recurso a acordos extrajudiciais de alteração de guarda, para a família de extensa, ainda que homologados judicialmente, agravam o problema, burocratizando intensamente uma questão que poderia e deveria ser solucionada na rede de proteção.

Por fim, compete aos atores do sistema protetivo, em especial do Sistema de Garantia de Direitos, exercerem sua necessária autocontenção, reforçando as balizas legais e constitucionais à intervenção.

A autocontenção esperada dos atores do sistema judiciário é, no fundo, o próprio fundamento da República. Neste sentido, compreendendo-se a intervenção judicial como a mais drástica forma de intervenção estatal, é necessário que a atuação primordial dos atores do sistema de justiça seja extrajudicial, fomentando, especialmente, o correto funcionamento do SUAS, bem como, em especial, a autonomia técnica da rede de proteção, atenuando o temor de punição em razão de escolhas tecnicamente justificáveis.

Tal autonomia passa pela criação de fluxos e procedimentos próprios, ensejando protocolos de atendimento que devem ser fomentados e aplicados inclusive na atuação extrajudicial do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ademais, o diálogo destes atores com a rede de proteção deve ser constante, com reuniões periódicas para o reordenamento destes fluxos.

Ademais, reforçar a autonomia do Conselho Tutelar é também importante, especialmente porque, ao contrário dos demais órgãos autônomos, o Conselho não tem capacidade efetiva de executar suas decisões judicialmente, especialmente porque é o único órgão autônomo municipal, o que leva a reiteradas disputas com as prefeituras. Discutir soluções como, por exemplo, a possibilidade de imposição de multas para fazer valer os encaminhamentos realizados poderia reforçar tal autonomia, aumentando a coercitividade em relação aos órgãos públicos, responsáveis por oferecerem tais serviços

¹⁴ Deste modo, é preocupante que os dois levantamentos apontados não mencionem a faixa de renda das famílias atingidas, embora ambos constatem que se tratam de famílias de baixa renda. Como a determinação legal é a reintegração à família de origem, e questões relacionadas à baixa renda são trivialmente apontadas como óbices à reintegração, causa algum estranhamento a falta de pesquisas acerca do tema.

às famílias referidas; deve-se, de todo modo, evitar que o Conselho Tutelar dependa de ofícios expedidos pela Defensoria ou pelo Ministério Público para concretizar atendimentos hospitalares ou inserção de crianças em estabelecimentos de educação infantil.

A proteção social, no fundo, fugindo à definição estrita, é a adequada prestação de serviços públicos; a má prestação de serviços básicos é dramática para a população atingida mais frequentemente pelas intervenções estatais descritas, especialmente porque coloca em risco todo e qualquer trabalho que possa ser desenvolvido pela rede de proteção. Neste tocante, o Brasil ainda se depara com a dificuldade na implementação de direitos constitucionais, como a disponibilização do ensino noturno, o acesso à educação infantil¹⁵, bem como redução de políticas sociais básicas, como a paralisação da ampliação da Estratégia Saúde da Família na atenção básica, dificuldades na ampliação das escolas em tempo integral e na ampliação do ensino noturno, dentre outras. Deste modo, a atuação para a concretização destes direitos é imperativa aos atores do sistema de justiça.

Enfim, para a interpretação adequada do sistema protetivo deve-se, deste modo, interpretar os princípios do ECA em conjunto com o SUAS, e ambos à luz dos princípios constitucionais; deste modo, será possível densificar tais princípios, garantindo que a rede de proteção possa, de fato, reforçar a autonomia das famílias atingidas e reforçar seus vínculos intrafamiliares e comunitários.

15 O baixo tempo de escolarização é uma das principais causas da estagnação do IDH nacional. IN <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tempo-de-estudo-no-brasil-e-inferior-ao-de-paises-de-mercosul-e-brics-aponta-idh.ghtml>. ACESSO em 04.08.2018.

REFERÊNCIAS

BORGIANNI, Elisabete e MACEDO, Lilian Magda (orgs.). **O serviço social e psicologia no universo judiciário**. Campinas: Papel Social, 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviços de acolhimento**. Brasília: MDS, 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. NOB/SUAS. Brasília: MDS, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução 71/2011: um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País**. Brasília: CNMP, 2013.

DIGIÁCONO, Murillo José e DIGIÁCONO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: MPPR, 2017.

NASCIMENTO, Maria Lívia do. **Proteção e negligência: pacificando a vida de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Lamparina, FAPERJ, 2015.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3º. São Paulo: Cortez, 2011.

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL: AVANÇOS E LACUNAS NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Eliana Tavares Paes Lopes¹
Patrícia Rodrigues Mendes²

Resumo: Análise dos últimos 30 anos da Constituição Federal (CF), abordando o processo de redemocratização do país, com participação dos movimentos de mulheres. Verificação dos avanços trazidos para as mulheres, no reconhecimento de seus direitos, pela Constituição Federal e legislação dela decorrente. Por outro lado, observação das lacunas existentes e das mudanças ainda necessárias. O empoderamento das mulheres e o papel da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Constituição Federal. Trinta anos. Redemocratização. Movimentos feministas. Reconhecimento de direitos. Historicidade da discriminação. Empoderamento. Defensoria Pública.

Abstract: Analysis of the last 30 years of the Federal Constitution, addressing the process of redemocratization, with the participation of women's movements. Verification of advances brought to women in the recognition of their rights, by the Federal Constitution and the resulting legislation. Checking the existing gaps and changes that are still needed. The empowerment of women and the role of the Public Defender.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, além de restaurar a democracia no país, foi inegável marco na defesa de direitos igualitários para homens e mulheres.

Neste cenário, houve participação importante dos movimentos de mulheres no processo de luta pela restauração da democracia. Esses movimentos, que lutavam por melhoria das condições gerais de vida das mulheres, vinham se fortalecendo desde o final

1 Defensora Pública do Estado do Paraná; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS/SP); Atuou como advogada, com ênfase em direto de família; Atuou como Defensora Pública em Paranaguá-PR, nas áreas criminal e infância e juventude cível e infracional; Ex-diretora da Escola Superior da Defensoria Pública do Paraná (EDEPAR); Atualmente, está como coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Paraná (NUDEM/PR). Endereço eletrônico: eliana.lopes@defensoria.pr.def.br.

2 Defensora Pública do Estado do Paraná; Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UDCB); Atuou como Defensora Pública nas áreas infância e juventude e família em Londrina e Umuarama. Atualmente, atua na área infância e juventude cível e juizado especial criminal na sede do Boqueirão e está como defensora auxiliar do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Paraná – NUDEM/PR. Endereço eletrônico: patricia.mendes@defensoria.pr.def.br.

da década de 70.

Com o advento da Constituição Federal diversos direitos das mulheres passaram a ser formalmente protegidos, como o direito à igualdade em geral, o direito à igualdade na sociedade conjugal, o direito à igualdade na política urbana e os direitos trabalhistas³.

A Constituição Federal e a legislação dela decorrente, portanto, ao menos formalmente, garantiram a condição de equidade de gênero no ordenamento brasileiro.

Contudo, ao se completarem 30 anos de sua promulgação, em 5 de outubro de 2018, verifica-se a insuficiência do texto Constitucional e do ordenamento jurídico em geral, diante da força da historicidade da discriminação de gênero e da realidade atual.

De fato, historicamente, as mulheres foram e ainda são colocadas em posição hierarquicamente inferior aos homens. A proteção em âmbito internacional, a igualdade na Constituição e a legislação infraconstitucional não foram suficientes para ultrapassar certas barreiras e violências.

Especificamente, no próprio texto constitucional, verifica-se que há lacunas como a não flexão de gênero. Além disso, apesar da publicação de diversas leis em favor de seus direitos, as mulheres continuam a sofrer discriminações e violências de gênero, notadamente em âmbito doméstico ou familiar.

Assim, este artigo visa a análise dos reflexos, nos últimos 30 anos, da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, no reconhecimento dos direitos das mulheres, abordando o processo de redemocratização do país, com participação dos movimentos feministas, bem como apontando as lacunas existentes no enfrentamento das discriminações de gênero, com mudanças ainda necessárias na atualidade.

Nesse sentido, ao contrário da criação de mais normas, vê-se como imprescindíveis, além da efetivação das leis já existentes, a orientação em direitos, visando o empoderamento das mulheres. Como agente nesse processo de educação, a Defensoria Pública, também criada pela Constituição de 1988, tem papel fundamental, além de, paralelamente, contribuir para a busca de implementação de políticas públicas pelos poderes competentes, que deem efetividade às normas existentes.

2 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO E AVANÇOS CONQUISTADOS

Ao longo da história as mulheres sempre foram vítimas de diferentes formas de violência.

A submissão da mulher ao homem, como registro histórico, ocorre ao menos há dois mil e quinhentos anos, passando pelas civilizações gregas – quando era vista como criatura subumana, submissa ao homem –, pela Idade Média – quando desempenhava unicamente função de mãe e esposa, até a Idade Moderna – em que a diferença sexual ainda é focada no gênero masculino, ou seja, o homem visto como sexo único de maneira hierárquica⁴.

Aponta-se que o patriarcado começou a se instaurar no ano 3100 a.C., consolidando-se apenas no ano 600 a.C. Assim, se a contabilização for feita a partir do processo de

³ Respectivamente artigos 5º, caput, 5º, I, 183 e 7º, XX e XXX, da Constituição Federal.

⁴ MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. In Revista de Ciências Humanas. Viçosa, v. 16, I, jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol16/artigo6dvol16-1.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018. p. 91.

transformação das relações entre homens e mulheres, a idade do patriarcado é de mais de dois mil e seiscentos anos⁵.

Biologicamente também se aponta o corpo da mulher como base da desigualdade e da opressão de gênero e o primeiro discurso sobre o papel social da mulher pode ser de Aristóteles (384-322 a.C⁶).

Diante disso, como as mulheres, ao longo dos séculos (ou milênios), foram vítimas de dominação dos homens, fez-se necessário que o Estado exercesse papel de busca e garantia da isonomia formalmente, por meio do ordenamento jurídico.

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já demonstravam a necessidade de maior proteção às mulheres, como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher⁷ (chamada “CEDAW”, da sigla em inglês), do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), em vigor desde 3.9.1981⁸.

Tais tratados foram importantes na defesa contra a discriminação de gênero em qualquer campo, não só doméstico ou familiar, já que impuseram aos Estados participantes a obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade não só em âmbito doméstico.

Diversos direitos, que já eram abrangidos em outros tratados internacionais de direitos humanos, foram previstos com uma especialização na Convenção da Mulher da ONU, gerando, assim, uma dupla garantia de direitos às mulheres⁹. Neste sentido:

“(…) Essa Convenção especifica e enfatiza os direitos humanos em função

5 SAFFIOTTI, Heleith Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência. In Coleção Brasil Urgente. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.p. 60.

6 Aponta-se que Aristóteles já indicava o homem como superior, quando enalteceu a racionalidade masculina em detrimento da feminina (ARISTÓTELES, 2010, p. 79). E Platão (427-437 a.C) quando questionou Glauco se ele saberia apontar alguma atividade em que o homem não sobrepujasse a mulher (PLATÃO, 1997, p. 154). No mesmo sentido Hipócrates (460-377 a.C.), médico, biologicamente corroborando a fragilidade feminina, afirmou que o útero circulava no interior do corpo da mulher (HIPÓCRATES, 2007). O grego Galeno (130 d.C.) acreditava que os órgãos genitais das mulheres eram imperfeitos. Ainda, o criminologista Cesare Lombroso (1835-1909), apontou que as mulheres eram menos criminosas do que o “sexo perfeito”, o macho (LOMBROSO; FERRERO, 2004). Para Freud, o “continente obscuro” (mulher) era ser incompleto (FREUD, 1994) (GHISLENI, Pâmela Copeti; LUCAS, Douglas Cesar. Eu-Pele: o corpo feminino como lugar de significação e empoderamento da mulher. XXI Jornada de Pesquisa - Unijuí - Salão de Conhecimento, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/.../5996>>. Acesso em 18 de Jul. 2018. p.1-2).

7 Informalmente designada como a “Carta de Direitos Humanos das Mulheres”, é um dos instrumentos internacionais fundamentais em matéria de Direitos Humanos. A CEDAW prevê a implementação de medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher. Há também o respectivo Protocolo Facultativo, que entrou em vigor em 22.12.2000, sendo ratificado pelo Brasil em 28.6.2002, sem reservas. Esse protocolo prevê a competência de Comitê temático para receber comunicações de violações de direitos previstos na Convenção.

8 O Brasil ratificou essa Convenção em 1.2.1984, com retirada total de reservas em 20.12.1994.

9 Por exemplo, a Convenção da ONU, “CEDAW”, obriga os Estados, em seu artigo 2º, a “a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio”. E no artigo 5º, a “b) garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos (...)”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da ONU, que entrou em vigor em 23.3.1976, e foi ratificado pelo Brasil em 24.1.1992, já previa, em seu artigo 23, parágrafo 4º: “Os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento (...)” (grifamos).

da situação da mulher (Partes: II – direitos políticos; III – direitos econômicos, sociais e culturais; e IV – direitos civis), bem como determina as obrigações dos Estados nesse campo, com destaque para as de caráter legislativo. Neste aspecto, de se notar que ainda persistem interpretações jurídicas que violam o primado da igualdade de direitos entre os gêneros, malgrado a previsão dessa Convenção e da CF, em seu art. 5º, I¹⁰ .

Em âmbito interno, no Brasil, no final da década de 70 e início da década de 80, a ditadura militar estava terminando. Em 1985, o civil Tancredo Neves foi eleito para Presidência da República, falecendo logo depois, assumindo o seu vice, José Sarney.

Nesse momento histórico, a participação dos movimentos de mulheres foi muito importante na restauração da democracia e na efetivação dos direitos de gênero: *“Em 1982, após as eleições, o movimento feminista luta para que sejam criadas instituições dentro dos governos, para que medidas de proteção à mulher sejam tomadas¹¹”*.

No mesmo sentido: *“O movimento feminista, cuja efervescência se deu durante o século XX, teve enorme importância na edição de leis que combatem a violência doméstica (...)”¹²*.

Neste contexto, também em 1985, o Congresso Nacional criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, por meio da lei nº 7.353/85, que teve participação decisiva na incorporação dos direitos das mulheres na Constituição de 1988. Houve mobilização das mulheres no Congresso Nacional, a fim de que seus direitos fossem inseridos na nova Constituição. Toda essa movimentação à época, formada pelo Conselho criado, pelas mulheres que participavam dos movimentos feministas e por 26 deputadas federais, denominou-se *lobby* do batom¹³ .

José Sarney convocou a Assembleia Nacional Constituinte, que finalmente promulgou a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988¹⁴ . Destaca-se que foi durante a terceira onda do movimento feminista¹⁵ , que a Constituição Federal foi promulgada.

Este movimento culminou com a incorporação na Constituição, do artigo 5º, I:

“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: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

10 WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 107.

11 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 - Unioeste - Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul.2018. p. 966-967.

12 GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire; LIMA, Carlos Augusto Silva Moreira. Reflexões sobre os 10 anos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). In “Defensoria Pública: estudos sobre atuação e função”. Coord. Bruno de Almeida Passadore, Fabíola Camelo, Paula Grein Del Santoro Raskin e Ricardo Menezes da Silva. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 189.

13 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 - Unioeste - Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul.2018. p. 966-967.

14 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 127.

15 Aponta a doutrina que os movimentos feministas podem ser divididos em ondas, que não se suplantam. A primeira onda caracterizou-se pela luta pela igualdade perante a lei. A segunda onda (entre 1960 e 1980), com ampliação do debate às desigualdades de fato. A terceira onda (1990 em diante), destaca-se pela tentativa de afastar estereótipos de gênero, questões linguísticas e termos pejorativos que contribuem para a opressão feminina (GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire; LIMA, Carlos Augusto Silva Moreira. Reflexões sobre os 10 anos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). In “Defensoria Pública: estudos sobre atuação e função”. Coord. Bruno de Almeida Passadore, Fabíola Camelo, Paula Grein Del Santoro Raskin e Ricardo Menezes da Silva. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p.189-191).

E do artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”.

A previsão do princípio da igualdade como um dos pilares estruturais da Constituição Federal, significa que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos, sem distinções¹⁶. Há quem abalize que esse tratamento deve ser analisado segundo a concepção clássica de justiça, isto é, a ideia de equidade, conforme a máxima aristotélica¹⁷. O justo na concretude indica que o artigo 5º, I, deve ser interpretado no sentido de que a lei infraconstitucional não pode estabelecer diferenciações, salvo se for para atenuar as diferenças, efetivando-se uma igualdade material¹⁸.

Ainda, é importante destacar que as mulheres transexuais, bissexuais e homossexuais são abarcadas por esta proteção.

Fato é que esses dois artigos garantiram, ao menos formalmente, a condição de equidade de gênero, bem como a proteção dos direitos humanos das mulheres no ordenamento brasileiro. Verifica-se, assim, inegável avanço no reconhecimento dos direitos das mulheres: “No Brasil, há diversos marcos jurídicos importantes na caminhada por um tratamento igualitário entre homens e mulheres. Certamente a Constituição de 1988 merece ser destacada, pois vedou quaisquer discriminações baseadas em gênero¹⁹”.

No mesmo sentido:

“Com a Constituição Federal de 1988, com a redemocratização, temos diversos avanços sociais, principalmente no que tange os direitos fundamentais e sociais. A movimentação obteve resultados, garantindo alguns direitos da mulher na Constituição Federal de 1988, como por exemplo a licença maternidade, a estabilidade no emprego para a gestante, a isonomia, entre outros. (PITANGUY, online). (...) Após as conquistas, os reflexos alcançados se estenderam em todos os âmbitos sociais²⁰”.

Analisando-se mais amplamente o texto constitucional, embora muitos dos fundamentos da República, direitos e garantias fundamentais não sejam previstos especificamente às mulheres, abrangem, inegavelmente, todos os seres humanos. Sendo assim, podem também ser apontados como avanços na proteção contra violências, discriminações de gênero e objetificação da mulher.

Primeiramente, temos como dois dos fundamentos da República, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana²¹. Ensina a doutrina²²:

“O pluralismo político decorre do princípio democrático, que impõe a opção por uma sociedade plural na qual a diversidade e as liberdades devem ser amplamente respeitadas. (...) Este fundamento é concretizado, ainda, através

16 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 162.

17 ARISTÓTELES. Ética e Nicômaco. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

18 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008. p. 296.

19 GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire; LIMA, Carlos Augusto Silva Moreira. Reflexões sobre os 10 anos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). In “Defensoria Pública: estudos sobre atuação e função”. Coord. Bruno de Almeida Passadore, Fabíola Camelo, Paula Grein Del Santoro Raskin e Ricardo Menezes da Silva. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 188.

20 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018. p. 966-967.

21 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...) V - o pluralismo político”.

22 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008. p. 204-205.

do reconhecimento e proteção das diversas liberdades, dentre elas, a de opinião, a filosófico-religiosa, a intelectual, artística, científica, de comunicação, a sexual, a profissional, a de informação, a de reunião e a de associação (art. 5º, incisos IV, VI, IX, X, XIII, XIV, XVI, XVII”).

E a dignidade da pessoa humana merece destaque, sendo o núcleo e guia de aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. O mesmo autor aponta que eminentemente após Segunda Guerra Mundial, esse fundamento passou a ser reconhecido em textos constitucionais e convencionais, no intuito de evitar a redução dos seres humanos à condição de mero objeto²³.

Seguindo a análise do texto constitucional, os direitos fundamentais (Título II) foram elencados em *individuais* (Capítulo I), *coletivos* (Capítulos I e II), *sociais* (capítulo II), de *nacionalidade* (capítulo III) e *políticos* (Capítulo IV). Podemos citar, também como avanços na proteção das mulheres, os direitos individuais à vida (art. 5º, *caput*), à privacidade (art. 5º, X), e as liberdades em geral²⁴.

No âmbito dos direitos coletivos, foi importante o reconhecimento do trabalho da mulher (art.7º, XX e XXX)²⁵. Esse reconhecimento é indicado como expoente de discriminação positiva, em virtude do necessário tratamento diverso às mulheres, diante da realidade histórica de marginalização social²⁶.

Ainda, houve reconhecimento dos direitos das mulheres na política urbana (art. 183)²⁷.

Embora todos estes ganhos pareçam comuns nos dias de hoje, não se pode perder de vista que o Código Civil de 1916, por exemplo, em seu art. 6º, da parte geral, arrolava as mulheres casadas como incapazes “*enquanto subsistir a sociedade conjugal*”²⁸. Esta redação perdurou até 1962, embora a Constituição de 1946 já previsse, em seu art. 141, §1º, que todos eram iguais perante a lei.

Observando-se, por sua vez, o ordenamento jurídico infraconstitucional, verifica-se que refletiu a Constituição Federal de 1988, com a edição de várias leis subsequentes à sua promulgação.

No âmbito da proteção dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade, contra a violência de gênero, foi editada a Lei nº. 10.778/2003 que estabelece a notificação

23 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008. p. 205-206.

24 A constituição elenca diversas liberdades: “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; (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;(...)”, dentre outras.

25 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

26 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 165.

27 “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”.

28 BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 24/07/2018.

compulsória no território nacional, em casos de violência contra a mulher, quando atendida em estabelecimento de saúde, público ou privado), o Decreto nº. 7393/10 (que dispõe sobre a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180), e a Lei nº. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”)²⁹.

Dentre as liberdades que se desdobram do texto constitucional, importante apontar as liberdades sexuais. Aí estão abrangidos direitos reprodutivos, liberdade de escolha, acesso aos métodos contraceptivos, direito à saúde, à informação, vedação à violência obstétrica, implementação de boas práticas em maternidades, dentre outros direitos e garantias. Foi editada a Lei nº. 9.263/96 (que regula o § 7º, do art. 226, da Constituição Federal), que trata do planejamento familiar, entendendo-se como o direito de decidibilidade quanto ao número de filhos.

Em âmbito trabalhista³⁰, podemos citar as Leis nº. 9.029/1995³¹ (que prevê a proteção da mulher no trabalho), nº. 9.799/99³² (que regula o acesso da mulher ao mercado de trabalho) e nº. 8.861/94 (que instituiu o salário maternidade).

No âmbito do direito de família, foi promulgada a Lei nº. 8.971/94 (que regulamentou alimentos e sucessão na união estável), seguida pela Lei nº 9278/96 (que regulamentou a união estável). Foram várias as transformações no aspecto familiar. Dentre elas, a modificação da concepção de família, que antes era influenciada pela igreja, pelo estado e pela sociedade, permitindo que a mulher deixasse de ser apenas dependente do contexto familiar, tornando-se também provedora³³.

Acerca da tipificação penal de condutas contra a mulher, no ordenamento pátrio, observamos a existência, no Código Penal, do Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)³⁴, da Lesão Corporal qualificada por Violência Doméstica (Redação dada pela Lei nº

29 O emblemático caso de Maria da Penha Maia Fernandes. Biofarmacêutica, cearense, então casada e mãe de dois filhos, em maio de 1983, foi vitimada por seu marido, com um tiro nas costas enquanto dormia, que a deixou paraplégica. Esse caso tramitou tão lentamente na justiça brasileira que, em 1994, Maria da Penha publicou o livro “Sobrevivi... Posso Contar”, que, em 1998, serviu de instrumento para, em parceria com o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) denunciar o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos OEA. - Informações fornecidas pelo Instituto Maria da Penha: <<http://www.institutomariadapenha.org.br>>. Acesso em: 26 jun.2018.

30 “A história de inserção da mulher no mercado de trabalho passou por diversas alterações no decorrer da história, estas que com muita luta, foram se alterando até chegar à situação dos dias atuais. Em um determinado período, a mulher não tinha a autorização para realizar atividades econômicas fora do âmbito doméstico, o que com as diversas mudanças sociais, passou a ter seus espaços aos pouco conquistados. Isso, porém, não mudou a situação da mulher não ter medidas de proteção. Porém, aos poucos, a mulher foi tomando um espaço cada vez maior dentro da sociedade, tendo esta que se adaptar e forçosamente, o Estado democrático de direito se adaptar a essas mudanças, criando uma legislação pertinente ao tratar do combate da discriminação contra a mulher no trabalho e também, estabelecer às mulheres, o direito de exercer qualquer função” (PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018. p. 968).

31 Trata da proteção da mulher no trabalho, proibindo a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

32 Inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, vedando a discriminação.

33 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018. p. 963.

34 “Art. 121. Matar alguém: (...) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (...)Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando

11.340, de 2006)³⁵, do Assédio Sexual no Trabalho³⁶ (Incluído pela Lei nº 10.224/2001)³⁷, além de uma circunstância penal agravante (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)³⁸.

Portanto, a Constituição Federal, somada à legislação que dela decorreu, são, inegavelmente, importantes marcos jurídicos para a igualdade de gênero e, conseqüentemente, no reconhecimento de diversos direitos das mulheres.

Contudo, diante da realidade atual, em que pesem os avanços trazidos para as mulheres, no reconhecimento de seus direitos, há evidentes lacunas a serem supridas.

3 A (SUPOSTA) IGUALDADE NO TEXTO CONSTITUCIONAL E A REALIDADE ATUAL

Diante da historicidade da discriminação de gênero, observa-se que a linguagem adotada na sociedade sempre foi sexista, colocando a figura masculina como única protagonista da comunicação.

Não é diferente com o texto constitucional. A Constituição Federal, apesar dos avanços trazidos aos direitos das mulheres, garantindo a igualdade de gênero, o fez formalmente e também, de certa maneira, ratificou a discriminação.

A Constituição acabou por efetivar a chamada não-flexão de gênero, que é uma opção em utilizar o gênero masculino, como se este fosse universalizante. Ou seja, fala-se ou escreve-se no masculino, com objetivo de uniformizar a destinatária e o destinatário da fala, desconsiderando o gênero destes.

Em outras palavras, a utilização de vocábulos sem flexão de gênero acaba tornando invisíveis as diferenças entre homens e mulheres, de todas as ordens, bem como passa a impressão de que a igualdade material foi alcançada.

A língua, nada obstante, assim como o Direito, é também fenômeno social. Sobre o assunto, aponta a doutrina:

“Como a língua é um fenômeno social, e, portanto, sujeito permanente a mudanças, é interessante criar novas palavras, que expurquem o sexismo. O idioma francês, por exemplo, é extremamente machista. Basta dizer que maîtresse significa, simultaneamente, professora de escola elementar, dona de casa e amante. Para professora universitária não existe uma palavra, usando-se Madame le professeur (senhora o professor). Feministas do Canadá francês começaram a acrescentar a vogal e às palavras masculinas, feminilizando-as. Atualmente, já se diz la professeure (a professora) para designar a professora universitária. As feministas francesas acompanharam as canadenses e, de

o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (...) § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima”.

35 “§9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”.

36 Indica-se que 52% das mulheres economicamente ativas já foram assediadas sexualmente no trabalho, conforme dados da OIT. Disponível em: <<https://jornalgnn.com.br/noticia/oit-diz-que-52-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual-no-trabalho>>. Acesso em 18 jul. 2018.

37 “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.”

38 Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.

fato, o idioma francês está evoluindo para a eliminação do sexismo”³⁹.

Ainda, aponta-se que por meio da comunicação é possível que as pessoas, individualmente ou coletivamente, articulem ações e pretensões com relação às condutas recíprocas⁴⁰.

Assim, a opção do movimento feminista, no sentido de sinalizar, às vezes por meio de neologismos, a existência das mulheres em seu discurso, vai justamente no sentido de dar enfoque ao fato de que existem mulheres destinatárias da fala e ocupantes de posições importantes dentro do discurso. Nesse sentido, a utilização do termo “presidenta”, por exemplo, no governo de Dilma Rousseff. Apesar de diversas críticas em virtude da utilização deste termo, não se trata de palavra nova, mas de vocábulo incorporado aos dicionários desde 1925, segundo a equipe do Dicionário Aurélio⁴¹. Recentemente, a ANADEP, associação que reúne defensoras e defensores do Brasil modificou seu nome, incluiu a flexão de gênero e se passou a chamar Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos⁴².

Portanto, o Direito, como área do conhecimento, que pretende ser ciência objetiva e imparcial, ao utilizar em sua construção vocábulos sem flexão de gênero, que acaba por reafirmar a própria discriminação de gênero.

Sob outro vértice, em relação à violência de gênero, notadamente em âmbito doméstico em sentido lato⁴³, os números continuam significativos e alarmantes⁴⁴. Mesmo após 30 anos da Constituição Federal e 12 anos da Lei Maria da Penha, a realidade é

39 SAFFIOTTI, Heleith Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência. In Coleção Brasil Urgente. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 48.

40 DIAS, Rosângela Hanel. Linguagem, interação e socialização: contribuições de Mead e Bakhtin. X Anped Sul. Florianópolis, outubro, 2014. Disponível em <http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/539-0.pdf>. Acesso em 27 Jul.2018.

41 Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/presidenta-existe-na-lingua-portuguesa-desde-1872/n1597210547562.html>>. Acesso em 24 Jul.2018.

42 ANADEP agora é Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos. Site da ANADEP, Distrito Federal, 06 de junho de 2018. Disponível em< <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37425>>. Acesso em 31/07/2018.

43 A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), prevê, em seu artigo 5º, sua aplicação “I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Diferentemente, as convenções da ONU e da OEA de proteção às mulheres preveem que qualquer violência contra a mulher deve ser combatida, não só em relações domésticas ou familiares, mas na comunidade em geral. É um âmbito bem amplo, portanto, e não só âmbito privado como prevê a Lei Maria da Penha.

44 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente e, para 35%, a agressão é semanal (dados da Secretaria de Política para Mulheres SPM-PR, em 2014, coletados na Central de Atendimento à Mulher - 180). E a chance de ser uma violência praticada pelo próprio companheiro é maior. Para 70% da população, a mulher sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos no Brasil, segundo pesquisa da SPM-PR, em 2014 (MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. In Revista de Ciências Humanas. Viçosa, v. 16, I, jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol16/artigo6dvol16-1.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018. p. 90 e 97). De acordo com o instituto Avante Brasil, de 2001 a 2010, cerca de 40 mil mulheres foram assassinadas. Ainda, citam-se dados da ONU de que 70% das mulheres sofrerão algum tipo de violência no decorrer de suas vidas. A estimativa é que uma em cada cinco mulheres seja vítima de estupro ou de tentativa de estupro. E do IBGE, segundo o qual em 2012, foram feitos 47.555 registros de atendimento na Central de Atendimento à Mulher. (PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018.p. 964).

muito preocupante.

Exemplomarcante é que o Brasil, a despeito do texto Constitucional, em 2001 recebeu recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela negligência no tratamento do tema. A Lei nº 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) é um dos resultados do caso na Comissão da OEA⁴⁵. Ou seja, não bastou que se previsse a igualdade de gênero se, na prática, as mulheres continuaram sendo perseguidas e mortas exclusivamente por serem mulheres.

A respeito da Lei nº 11.340/2006, o Relatório do Fundo de Desenvolvimento Global da ONU para a Mulher (UNIFEM – “Progresso das Mulheres no mundo” de 2008/2009) classificou a Lei como uma das legislações mais avançadas do mundo sobre enfrentamento de violência contra as mulheres. Tal lei não previu crimes, mas tratamento mais gravoso para violações de gênero em âmbito doméstico em sentido lato. Ao oferecer um conceito de violência doméstica e intrafamiliar, baseado nas relações de gênero e aberto a diversas formas de manifestação (seja física, moral, psicológica, patrimonial ou sexual), a Lei Maria da Penha aumentou o ângulo de visão a propósito de violências que, antes de sua aprovação, eram unicamente físicas.

Por outro lado, é certo que sua aplicação demonstra, uma vez mais, que não basta a existência de legislação. Na prática, muitas mulheres não têm conseguido registrar relatos ou obter medidas protetivas, em virtude de inúmeros problemas ligados à efetividade da norma⁴⁶.

Além dos assombrosos números apontados de violência doméstica contra a mulher na atualidade, outras formas de discriminação em outras áreas podem ser mencionadas.

Segundo a Fundação Tide Setubal⁴⁷, *manterrupting, bropropriating, gaslighting e mansplaining*

45 No sistema regional de direito internacional dos direitos humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), há a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada em 1994, em Belém do Pará, e ratificada pelo Brasil em 1995. Segundo o Estatuto da Comissão Interamericana (art. 1,2) esta deve aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da costa Rica”, de 1969), para os países que a ratificaram, com caráter vinculante. E a Convenção prevê como uma das funções mais importantes da Comissão, a de receber denúncias de violações de direitos humanos. Aceita a denúncia, a Comissão notifica o Estado a responder. Não o fazendo ou tomando as providências devidas, o caso pode ser lavado à Corte, caso o Estado tenha aceito expressamente sua jurisdição (art. 62, I, da Convenção Americana). O Brasil faz parte do Sistema Interamericano desde 1992, e aceitou a jurisdição da Corte em 1998. Assim, como o país se submeteu a esse sistema internacional, em casos de violação de direitos de mulheres, não combatidos devidamente no âmbito interno, pode haver uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o país pode ser condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por omissão estatal (CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 171-175).

46 Em Curitiba, por exemplo, a Defensoria Pública na Casa da Mulher Brasileira tem relatos de que se têm condicionado o registro de ocorrências a uma tipificação penal, o que acaba por demandar a atuação da equipe técnica da Defensoria, especialmente nos casos de violência psicológica e, muitas vezes, atrasa sobremaneira o deferimento da medida. Como se não bastasse, alguns Juízos condicionam a validade da medida protetiva à propositura de ações de família (divórcio, guarda e alimentos, partilha etc), nos casos em que o rompimento do vínculo é mais recente. Assim, como se não bastasse estar em situação de violência, para ser protegida a mulher acaba sendo responsabilizada, ainda, por resolver eventuais questões de direito de família. A Casa da Mulher Brasileira (CMB) é um espaço integrado e humanizado de atendimento às mulheres em situação de violência, com diversos serviços voltados para a proteção e o respeito às mulheres. A Defensoria dentro da CMB atua nos processos de medidas protetivas que tramitam no Posto Avançado do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e na propositura de outras ações correlatas à situação de violência, como ações de divórcio, dissolução de união estável, partilha de bens, guarda, pensão alimentícia, reintegração de posse, queixa-crime, dentre outras.

47 *Manterrupting*: Quando um homem interrompe constantemente uma mulher, de maneira desnecessária, não permitindo que ela consiga concluir sua fala. Esse comportamento é muito comum em reuniões e

são alguns dos termos criados para sinalizar o machismo e qualificar o comportamento masculino em relação a uma mulher em diferentes situações.

Também é preciso mencionar o alto índice de violência obstétrica⁴⁸. O modelo de parto que predomina no Brasil ainda é de práticas invasivas e de que não são recomendadas pelo Ministério da Saúde: uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o parto no Brasil, segundo a pesquisa “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado”, divulgada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo⁴⁹.

Nas três últimas décadas, segundo Flávia Piovesan e Silvia Pimentel⁵⁰, o movimento internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres tem centrado seu foco em três temas: a discriminação contra a mulher, a violência contra a mulher e os direitos sexuais e reprodutivos.

Neste último aspecto, há a questão da laqueadura voluntária pelo SUS, que ainda impõe a necessidade de consentimento do parceiro⁵¹. Ações no Supremo Tribunal Federal⁵², uma delas de autoria da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), pretendem afastar essa necessidade de consentimento.

Outro tema relevante é o aborto, que apesar de gerar embates de toda sorte, não se pode esquecer a mulher por trás da gravidez. Neste aspecto, “*o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu (1993, caso “Aborto II”), que o direito do feto à vida, embora tenha um valor elevado, não se estende a ponto de eliminar todos os ‘direitos fundamentais da gestante’, havendo casos em que deve ser admitida a realização do aborto*”⁵³. No Brasil, há pendente de julgamento no STF, ação de descumprimento de preceito fundamental, que visa descriminalizar as condutas de aborto previstas no Código Penal⁵⁴.

Portanto, diante de todo o exposto, apesar dos avanços, ainda há deficiências na proteção dos direitos das mulheres. A realidade atual mostra-nos a necessidade de mudanças. A construção de uma política efetiva para a igualdade de gênero está longe do

palestras mistas, quando uma mulher não consegue concluir sua frase por ser constantemente interrompida pelos homens ao redor; Mansplaining: Quando um homem dedica seu tempo para explicar algo óbvio a uma mulher, de forma didática, como se ela não fosse capaz de entender. Em atos de mansplaining, um homem acha que sabe mais sobre um tópico do que uma mulher; Bropropriating: Quando um homem se apropria da mesma ideia já expressa por uma mulher, levando os créditos por ela. É algo que acontece muito em reuniões; Gaslighting: é um dos tipos de abuso psicológico que leva a mulher a achar que enlouqueceu ou está equivocada sobre um assunto, sendo que está originalmente certa. É um jeito de fazer a mulher duvidar do seu senso de percepção, raciocínio, memórias e sanidade. Informações obtidas em: <<https://movimentomulher360.com.br/2016/11/mm360-explica-os-terminos-gaslighting-mansplaining-bropropriating-e-manterrupting/>>. Acesso em: 26 jun.2018.

48 Segundo a Organização Mundial de Saúde, o Brasil é o segundo país do mundo que mais faz cesáreas (56%), atrás apenas da República Dominicana, (58%) e compartilhando estatísticas com países mais pobres, como Equador (41%) e Colômbia (46%). A taxa recomendada pela OMS para o total de nascidos é de 15%. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,com-novas-recomendacoes-omstenta-frear-explosao-de-cesareas,70002190283>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

49 Disponível em https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf. Acesso em 18 Jul. 2018.

50 PIMENTEL, Silvia. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres. Articulação de mulheres brasileiras. Textos para discussão 02. São Paulo: maio, 2004. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/questoes_de_genero/dhdasmulheres-spimentel-fpiovesan.pdf>. Acesso em 31.jul.2018.

51 Lei nº 9.263/ 1996, art. 10, parágrafos 4º e 5º.

52 ADI 5097, de autoria da ANADEP e ADI 5911, do PSB. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18 Jul. 2018. ADI 5097, de autoria da ANADEP e ADI 5911, do PSB. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

53 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008. p. 266.

54 ADPF 442, proposta pelo PSOL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

ideal. Neste sentido:

“Embora tenha havido mudanças significativas, a começar pela Constituição de 1988, e também a alteração do Código Penal, com inserção do parágrafo 9º, do art. 129, até a elaboração da Lei 11. 340/2006, a violência doméstica continua como tema preocupante”⁵⁵.

Especificamente, por exemplo, quanto à violência de gênero, é perceptível que a tutela legal como direito repressivo inibe alguns agressores. Todavia, a tutela repressiva age após a violação do direito. É preciso que se adote medidas preventivas, ou seja, que evitem a violação do direito à vida, à integridade física e mental, ao patrimônio e a tantos outros bem jurídicos das mulheres.

Em outras palavras, o tratamento da questão não pode ser apenas sob o enfoque criminal:

“A Lei Maria da Penha retira o foco exclusivo da punição ao agressor e apresenta outras formas de lidar com a violência doméstica. Tais focos inovam os mecanismos do sistema penal e extrapolam o tratamento penal de violência reconhecendo-a como uma questão social complexa a ser enfrentada. A violência doméstica não pode ser tratada nos moldes da violência urbana pois se trata de uma violência contínua, “marcada por atos de submissão, controle da mulher, que gera inúmeras violações à integridade física, psicológica e emocional, ao qual associa seus direitos, sentimentos de medo, culpa e vergonha”⁵⁶.

A violência praticada no âmbito doméstico, no entanto, é apenas uma das facetas do machismo. O machismo expressa uma relação baseada em manipulação do poder e reflete desigualdades reais nos âmbitos social, econômico e político⁵⁷. Com efeito:

“Para que a política de enfrentamento à violência contra a mulher seja aplicada de forma integral, deve-se buscar equilíbrio nas medidas de prevenção, proteção, assistência e punibilidade. Sem negar a necessidade de respostas penais, é importante destacar que somente estas não promoverão mudanças culturais, se aplicadas isoladamente, em detrimento de outras igualmente relevantes, uma vez que estudos no mundo inteiro comprovam o fracasso da prisão como intervenção preventiva educadora”⁵⁸.

Portanto, há que se pensar em alternativas diversas, para além da criminalização das violências e discriminações de gênero, como a educação de homens e mulheres e o empoderamento da mulher⁵⁹ como fator preventivo e de combate à violência, além da

55 MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. In Revista de Ciências Humanas. Viçosa, v. 16, I, jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol16/artigo6dvol16-1.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018. p. 90.

56 REBELLO, Arlanza Maria Rodrigues. Para Mudar O Rumo Da Prosa: Um Novo Olhar Sobre A Lei 11.340/06. In “Gênero, Sociedade E Defesa De Direitos: A Defensoria Pública e a Atuação na Defesa da Mulher”. Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2017. p. 44.

57 CASTAÑEDA, Marina. O machismo invisível. Tradução Lara Christina de Malimpensa. São Paulo: A Girafa Editora, 2006. p. 19.

58 LEITE, Fabiana. LOPES, Paulo Victor Leite. Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: possibilidades de intervenção em uma perspectiva institucional de gênero. In “Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública”. Org. LOPES, Paulo Victor Leite Lopes. LEITE, Fabiana. Rio de Janeiro: Iser, 2013.

59 O termo empoderamento originou-se nos Estados Unidos, no contexto dos movimentos dos direitos civis, e começou a ser usado pelas feministas em meados dos anos 70. Aponta-se, em síntese, que é todo acréscimo de poder, que permite aos indivíduos aumentar a eficácia do exercício de cidadania. (MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. In Revista de Ciências Humanas. Viçosa, v. 16, I, jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol16/artigo6dvol16-1.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018. p. 99).

efetivação das normas já existentes e de políticas públicas que deem efetividade aos direitos.

4 MUDANÇAS NECESSÁRIAS, EMPODERAMENTO E PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Embora haja uma posição de maior protagonismo das mulheres na sociedade, comparando-se com dados passados e com a condição social e política em que as mulheres eram postas, a desigualdade, discriminação e submissão ainda existem, e são fatores diretamente ligados ao contexto social e cultural, que define o que é ser mulher na sociedade contemporânea.

Como fenômeno multifacetário, é certo que a desigualdade material entre homens e mulheres e a violência de gênero não tem uma solução instantânea. No âmbito da Defensoria Pública, no entanto, há caminhos viáveis para contribuir com a busca de mudanças.

A realidade de exclusão das mulheres traz à tona a necessidade de novas lutas que causem a ruptura desse modelo tradicional: *“O desafio, agora, é construir uma nova visão de mundo a partir de narrativas que concebem o corpo biológico e biográfico da mulher não mais como objeto, mas como sujeito, como protagonista da sua própria história”*⁶⁰.

O empoderamento da mulher entra como elemento preventivo no combate contra a violência, vivenciada constantemente e de formas distintas. Conceitua-se o empoderamento como um processo de fortalecimento que possibilita a renúncia do sentimento de impotência e dependência⁶¹. Suplementarmente, aponta-se que o empoderamento possibilita ao indivíduo modificar seu pensamento de maneira que olhe para si mesmo. Afirma-se que o processo de empoderamento se inicia com a conscientização por parte da mulher, da sua igualdade e dignidade⁶².

O empoderamento também viabiliza a ruptura do modelo de relações familiares patriarcais. O tradicionalismo patriarcal nas relações em sociedade e em ambiente familiar é acompanhado do domínio masculino em relação às mulheres. A partir do momento que a mulher tomar consciência de sua importância perante a sociedade, a casa, o trabalho, a política e a cultura, tornar-se-á possível tomar providências frente às situações violentas de maneira autônoma⁶³.

No entanto, empoderar mulheres sem educar os homens mostra-se um processo

60 GHISLENI, Pâmela Copeti; LUCAS, Douglas Cesar. Eu-Pele: o corpo feminino como lugar de significação e empoderamento da mulher. XXI Jornada de Pesquisa - Unijuí - Salão de Conhecimento, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/.../5996>>. Acesso em 18 de Jul. 2018. p. 4.

61 KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN. Empoderamento: processos de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. In Scielo Livraria Científica Eletrônica, Saúde e Sociedade, vol. 18. São Paulo, 2009. p.733-743. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400016>>. Acesso em 18 Jul. 2018. p. 735.

62 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018. p. 973.

63 PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018. p. 975.

incompleto e insuficiente para mudança de paradigma que se pretende. Em outras palavras, de nada adianta que mulheres passem a não se submeter às relações patriarcais se, ao romper com isso, são perseguidas e mortas por seus companheiros, maridos, pais, irmãos etc.

Segundo, LATTANZIO e BARBOSA,

a cultura do machismo, onipresente em nossa sociedade, tem em seus avatares exemplos de usos da violência para resolução de conflitos e outras posturas que exemplificam bem o domínio sobre o outro aliado à defesa contra a afetação que o outro pode causar em si: “não levar desaforo para casa”, “se impor sobre o outro”, “não chorar”, “não poder demonstrar afeto para outro homem”, “não falar de sentimentos”, somente contar vantagens-poderíamos continuar a lista infinitamente⁶⁴.

Portanto, o combate à cultura do machismo mostra-se fundamental ao enfrentamento à violência contra a mulher, não só doméstica, mas de forma geral. Os mesmos autores apontam que apenas a partir de intervenções que superem a punição se poderá dar efetivamente uma resposta que aponta no sentido de efetiva mudança⁶⁵.

É pelo viés da educação, então, que se pode verificar o maior potencial de ruptura do paradigma machista com vistas a uma sociedade mais igualitária sob uma perspectiva de gênero.

Por ser uma das instituições responsáveis por difundir os direitos humanos, é papel da Defensoria Pública contribuir para o debate a respeito da violência contra a mulher em todas as suas esferas de atuação, seja ela individual ou coletiva, judicial ou extrajudicial.

Neste contexto, o papel constitucional da Defensoria Pública, de prestação de assistência jurídica integral e gratuita, orientação jurídica e defesa dos direitos humanos, emerge como fundamental, não só para afastamento da violência de gênero após sua ocorrência, mas também no sentido de evitar novas violações, por meio da educação em direitos. Nesse sentido, se, de um lado, a Defensoria atua para requerer medidas protetivas, por outro lado faz a defesa de agressores e atende homens e mulheres em processos de família. Nestas atuações judiciais, a Instituição atua de forma a empoderar a mulheres e desmitificar conceitos machistas arraigados na sociedade, como a obrigatoriedade de que mulheres se responsabilizem exclusivamente pela educação dos filhos e pelo cuidado do lar, a invasão da esfera de liberdade de mulheres exclusivamente em virtude do relacionamento, dentre tantos outros exemplos de machismo, diariamente proferidos, especialmente na área de família.

Em âmbito coletivo, a Defensoria do Paraná tem atuado na busca pela efetivação de direitos garantidos em lei e jurisprudência, como mutirão realizado para requerer o direito à prisão domiciliar para mulheres que têm filhos e encontram-se presas provisoriamente, bem como em procedimento instaurado internamente no Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) para apuração da adoção de boas práticas em maternidades e combate à violência obstétrica, a título de exemplo. Ainda, o NUDEM tem trabalhado para evitar que mulheres tenham seus direitos violados por

64 LATTANZIO, Felipe Figueiredo; BARBOSA, Rebeca Rohlf. Grupos de gênero nas intervenções com violências masculinas: paradoxos de identidade, responsabilização e vias de abertura. In “Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública”. Org. LOPES, Paulo Victor Leite Lopes. LEITE, Fabiana. Rio de Janeiro: Iser, 2013. p.87-105

65 Op. Cit. p.97.

leis locais (estaduais ou municipais) ao produzir notas técnicas e articular junto às casas legislativas de modo a fortalecer direitos já garantidos por leis federais, como o direito ao aborto nos casos legais, direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no Sistema Único de Saúde, dentre tantos outros.

No âmbito das políticas públicas, a Defensoria Pública tem trabalhado pela efetivação de todos os deveres estatais previstos na Lei Maria da Penha, especialmente no que diz respeito à integração operacional, conforme disposto no art. 8º, inciso I, da Lei em questão⁶⁶.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a Constituição do Brasil de 1988, com a legislação infraconstitucional subsequente, foi inegável marco nos direitos igualitários para as mulheres, como a igualdade na sociedade conjugal, igualdade na política urbana e no ambiente de trabalho.

Contudo, pode-se dizer que houve apenas uma garantia formal, já que em 30 anos de sua promulgação, verifica-se, diante da realidade, a insuficiência de seu texto e do ordenamento jurídico em geral, no combate à discriminação de gênero e violências.

O texto constitucional e o ordenamento jurídico demonstram, por meio da linguagem, a invisibilização das mulheres, tanto como interlocutoras, como destinatárias do discurso. Além disso, as mulheres continuam a sofrer discriminações e violências de gênero, em âmbito doméstico e familiar, no ambiente do trabalho, violências sexuais, dentre outras.

São lacunas no enfrentamento dessas discriminações que demonstram que deve haver novo enfoque na luta e busca de mudanças.

Nesse sentido, a Defensoria Pública, também criada na Constituição de 1988, tem atuado em diversas frentes, visando à educação em direitos, a efetivação da legislação já existente e a concretização de políticas públicas.

Nesse sentido, para além da criação de mais normas, a efetivação daquelas já existentes e o enfrentamento ao machismo enquanto cultura se mostram imprescindíveis para que se alcance, de fato, uma sociedade em que as mulheres sejam respeitadas e tenham todos os seus direitos garantidos.

66 Art. 8º. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

REFERÊNCIAS

ANADEP agora é Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos. **Site da ANADEP**, Distrito Federal, 06 de junho de 2018. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37425>>. Acesso em 31/07/2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética e Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>> Acesso em 18.07.2018.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5097**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 18.07.2018.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5911**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5911&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 18.07.2018 BRASIL, Constituição (1988).

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Código Civil (1916)**. Disponível em Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 24.07.2018.

BRASIL. **Lei nº 8.861/97**, de 25 de março de 1994. Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de julho de 1991, e os arts. 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, todos pertinentes à licença-maternidade. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 de março de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8861.htm>. Acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Lei nº 9.0209**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17.abri.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata de planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15.jan. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Lei nº 9.799**, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação da Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher no mercado de trabalho e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27. mai.1999. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm>. Acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Lei 10.224**, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto –Lei nº2.848, de 07 de dezembro de 1974- Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15.mai.2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm> , acesso em 31.07.2018.

BRASIL. **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8.ago.2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 20.07.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº2.848, de 07 de dezembro de 1940- Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10.mar.2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 31.07.2018.

CASTAÑEDA, Marina. **O machismo invisível**. Tradução Lara Christina de Malimpensa. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHADE, Jamil. **Com novas recomendações**, OMS tenta frear explosão de Cesáreas. In: O Estado de S. Paulo, 15.fev.2018. Disponível em <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,com-novas-recomendacoes-omstenta-frear-explosao-de-cesareas,70002190283>. Acesso em 18.07.2018.

DIAS, Rosângela Hanel. **Linguagem, interação e socialização**: contribuições de Mead e Bakhtin. X Anped Sul. Florianópolis, outubro, 2014. Disponível em <http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/539-0.pdf>. Acesso em 27 Jul.2018.

GHISLENI, Pâmela Copeti; LUCAS, Douglas Cesar. **Eu-Pele**: o corpo feminino como lugar de significação e empoderamento da mulher. XXI Jornada de Pesquisa - Unijuí - Salão de Conhecimento, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaokonhecimento/.../5996>>. Acesso em 18 de Jul. 2018.

GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire; LIMA, Carlos Augusto Silva Moreira. **Reflexões sobre os 10 anos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)**. In “Defensoria Pública: estudos sobre atuação e função”. Coord. Bruno de Almeida Passadore, Fabíola Camelo, Paula Grein Del Santoro Raskin e Ricardo Menezes da Silva. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

LATTANZIO, Felipe Figueiredo; BARBOSA, Rebeca Rohlfs. **Grupos de gênero nas intervenções com violências masculinas**: paradoxos de identidade, responsabilização e vias de abertura. In “Atendimento a homens autores de violências doméstica: desafios à

política pública”. Org. LOPES, Paulo Victor Leite Lopes. LEITE, Fabiana. Rio de Janeiro: Iser, 2013. p.87-105.

LEITE, Fabiana. LOPES, Paulo Victor Leite. **Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres**: possibilidades de intervenção em uma perspectiva institucional de gênero. In “Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública”. Org. LOPES, Paulo Victor Leite Lopes. LEITE, Fabiana. Rio de Janeiro: Iser, 2013.

KETTERMANN, Patrícia; PEDROSO, Stéfano (Org). **Edição Histórica da Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Anadep, 2015.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN. **Empoderamento**: processos de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. In Scielo Livraria Científica Eletrônica, Saúde e Sociedade, vol. 18. São Paulo, 2009. p.733-743. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400016>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

MM360 explica os termos gaslighting, mansplaining, maninterrupting e bropropriating. Disponível em: <<https://movimentomulher360.com.br/2016/11/mm360-explicaos-terminos-gaslighting-mansplaining-bropriating-e-maninterrupting/>>. Acesso em 26.06.2018.

MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. **Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica**. In Revista de Ciências Humanas. Viçosa, v. 16, I, jan/jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/vol16/artigo6dvol16-1.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

NADER, Thais Helena de Oliveira Costa; MONTE, Nalida Coelho. **Da desvinculação da medida protetiva ao procedimento criminal**. In “Gênero, Sociedade E Defesa De Direitos: A Defensoria Pública e a Atuação na Defesa da Mulher”. Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

OEA. **Convenção Interamericana Para Erradicação De Todas As Formas De Violências Contra A Mulher**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 18 Jul. 2018.

PEREIRA, Daniele Prates; TONETTO, Andréia Siminkoski. **O empoderamento da mulher como elemento de combate à violência doméstica**. V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2016 – Unioeste. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/eventos/conape/>>. Acesso em 02 Jul. 2018.

PIMENTEL, Sílvia. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos das mulheres**. Articulação de mulheres brasileiras. Textos para discussão 02. São Paulo: maio, 2004. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigosese-dissertacoes/questoes_de_genero/dhdasmulheres-spimentel-piovesan.pdf>. Acesso em 31.jul.2018.

PINTO et. al. **Condição feminina de mulheres chefes de família em situação de vulnerabilidade social**. Revista de Serv. Soc., n. 105. São Paulo, jan/mar 2011. p. 167-179. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n105/10.pdf>>. Acesso em 18 Jul. 2018.

REBELLO, Arlanza Maria Rodrigues. **Para Mudar O Rumo Da Prosa: Um Novo Olhar Sobre A Lei 11.340/06**. In “Gênero, Sociedade E Defesa De Direitos: A Defensoria Pública e a Atuação na Defesa da Mulher”. Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2017.

SAFFIOTTI, Heleith Iara Bongiovani. **Genero, patriarcado, violência**. In Coleção Brasil Urgente. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

TAVARES, Márcia Santana; VENÂNCIO, Firmiane. **Acesso à Justiça para Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar: Uma Política Pública de Direitos com muito nós**. In “Gênero, Sociedade E Defesa De Direitos: A Defensoria Pública e a Atuação na Defesa da Mulher”. Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2017.

Último Segundo-iG. **“Presidenta” existe na língua portuguesa desde 1872**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/presidenta-existe-na-lingua-portuguesa-desde-1872/n1597210547562.html>>. Acesso em 24 Jul.2018.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2012.



O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EDUCAÇÃO POPULAR, BASE DECISIVA PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS

Cynthia Azevedo Santos¹
Wisley Rodrigo dos Santos²

Resumo: Este artigo ressalta o relevante papel da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos, em especial através da educação em direitos, e, relata a experiência vivida no curso de Defensoras e Defensores Populares ocorrido a partir do ano de 2017 nas cidades de Paranaguá e Curitiba. O curso, profissionalizante e ao mesmo tempo popular, responde a uma necessidade de trazer para a realidade local noções de direitos fundamentais, para que a população hipossuficiente domine noções básicas em direitos humanos e compartilhe esses conhecimentos a nível comunitário.

Palavras-chave: Defensoria Pública, promoção de direitos humanos, educação popular.

Abstract: This article emphasizes the relevant role of the Public Defender's Office in the promotion of human rights, mostly through education in rights, and it reports the experience at the People's Defenders course that has been taking place since 2017 in the cities of Paranaguá and Curitiba. The professionalizing course responds to the need of bringing notions of fundamental rights to the local reality so that disadvantaged people can master basic issues in human rights and share that knowledge on a community level.

Keywords: Public Defender's Office, promotion of human rights, people's education.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF) de 1988 foi a primeira carta magna brasileira a estabelecer a Defensoria Pública nos moldes previstos atualmente. Antes de 1988, não havia previsão de órgão específico de assistência jurídica gratuita para os menos favorecidos economicamente. Os primeiros assentamentos legislativos sobre assistência judiciária a ser prestada pelo Brasil remontam ao período colonial e são encontradas nas Ordenações Filipinas de 1603, configurada como verdadeira atividade filantrópica (ROGER; ESTEVES, 2014).

Antes da Constituição Cidadã, o acesso à população pobre vinculava-se somente à tutela jurisdicional de direitos, consistente na possibilidade de servir-se de um juiz natural para a composição de litígios. Com a promulgação da CF, previu-se, então, desde o texto original da carta, a existência de um órgão específico para a finalidade de assistência jurídica. Apesar disso, foi com a Emenda Constitucional n.º 80 que a redação do artigo 134 da CF ampliou de forma positiva a função da Defensoria Pública e definiu-a como expressão e instrumento do regime democrático e da promoção dos direitos humanos.

O conceito de "expressão e instrumento do regime democrático" robustece a premissa de que a Defensoria Pública, como instrumento de efetivação de direitos

1 Defensora Pública Coordenadora do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Paraná: cynthia.santos@defensoria.pr.def.br.

2 Defensor Público Auxiliar do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Paraná: wisley.santos@defensoria.pr.def.br.

humanos, possibilita que a população vulnerável e excluída do sistema de justiça conheça o direito, reivindique-o e exerça sua cidadania, por meio da construção de uma democracia participativa.

A previsão é de suma importância não só institucionalmente, como órgão precípua de defesa de direitos fundamentais de homens e mulheres, mas também socialmente, pois representa um ganho para a população atendida pela Defensoria Pública, que passou a dispor de uma instituição democrática com poderes de ingerência que extrapolam a pura e simples assistência judiciária.

Em seu rol de atribuições, um dos mais admiráveis papéis da Defensoria Pública é o de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (art. 4º, III, da Lei Complementar n.º 80/94). A função de educação em direitos (orientação, conciliação e conscientização) é um mecanismo moderno de prevenção de litígios e de emancipação jurídico-social (art. 4º, II, da Lei Complementar n.º 80/94).

2 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS

Santos (1989) adverte, com base em dados estatísticos, que os brasileiros pobres, mesmo quando acreditam que têm direito a algo, mostram-se arredios e desconfiados. Como implicação disso, não buscam assistência jurídica, tampouco movem a ação legal cabível ao caso.

Nesse contexto, a educação torna-se decisiva na promoção de direitos e na criação de um processo emancipatório, que vise a capacitar os educandos para que utilizem os instrumentos jurídicos que lhe são assegurados, no contexto do que afirmam Cappelletti e Garth:

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988).

A educação em Direitos Humanos torna-se fundamento necessariamente voltado para a mudança e para a impressão de novos valores. Ela possibilita que homens e mulheres se tornem cidadãos ativos, capazes de duvidar e de criticar o mundo que os rodeia a partir da realidade social, histórica e cultural em que estão inseridos. Dessa maneira, passam de espectadores e sujeitos passivos das ações do Estado a produtores de transformação social. O conhecimento obtido por meio da educação torna-se fundamento para ação, conforme Abel-Smith, Zander e Brooke, citados por Cappelletti e Garth:

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los (ABEL-SMITH, Brian; ZANDER, Michael; BROOKE, Rosalind apud CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1998, p. 22).

A Defensoria Pública insere-se no tema como instituição a qual possui a capacidade de resistência e de solidificação de espaços de luta para a população vulnerável, frequentemente excluída dos espaços de poder e limitada em sua capacidade de mobilização para reivindicar direitos. O desconhecimento, nesse sentido, é obstáculo ao acesso à justiça (REIS; ZVEIBIL; JUNQUEIRA, 2013).

Como mencionado, o direito não se teoriza, mas é vivido e assegurado por meio da força e da luta. Apesar disso, quem são esses atores que têm o condão de lutar pela (re)volução do direito? A resposta é simples: todos aqueles e aquelas a quem são direcionadas as normas jurídicas.

É cediço que as regras e os princípios do direito atingem a parcela mais vulnerável

da população de forma mais restritiva, ainda que sob o viés de proteção de bens jurídicos essenciais. A despeito disso, é aquele estrato social que normalmente não consegue compreender a força brutal do direito sobre sua existência.

A Defensoria Pública, conseqüentemente, deve agir para atingir a finalidade de informar, formar e esclarecer a população, sobretudo a mais vulnerável, acerca de seus direitos fundamentais, para que esta domine questões básicas em direitos humanos e compartilhe esse conhecimento em nível comunitário. A educação, sob esse aspecto, é pressuposto para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para a erradicação da pobreza e da marginalização e para a redução das desigualdades e injustiças sociais, bem como para a promoção do bem de todos e todas, conforme preconiza a Constituição Federal.

A educação para os direitos humanos constitui-se num meio de formação de sujeitos capazes de compreensão crítica do mundo das injustiças e das práticas lesivas à dignidade humana e numa forma de engajamento ativo para a transformação social. Deve-se considerar, porém, que, para que se efetive uma educação em direitos humanos, faz-se necessário que o conhecimento construído se relacione com a realidade na qual o indivíduo está inserido, de modo que o saber possa fazer sentido, especialmente no que diz respeito a direitos não vivenciados na prática cotidiana. Como observam Cappelletti e Garth (1998, p. 23), “é difícil mobilizar as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais (sic)”.

Em verdade, é a população quem tem o condão de erigir o direito. Para um verdadeiro exercício da cidadania, depende-se bastante da atuação da Defensoria Pública, instituição importantíssima para o fortalecimento da democracia, por meio da promoção da cidadania e da efetivação da participação social nas decisões jurídicas.

Com base nesses fundamentos, formulou-se a proposta de trabalho da Defensoria Pública do Estado do Paraná, em seu projeto de educação em direitos humanos de grupos sociais em situação de vulnerabilidade social. Idealizou-se a realização de curso em parceria com o Instituto Federal do Paraná campus Paranaguá (IFPR), para atingir a finalidade de formar Defensoras e Defensores Populares, os quais, após a capacitação, estarão aptos a, de modo informal e sem vínculo institucional, informar e difundir junto à população seu conhecimento sobre seus direitos fundamentais.

A formação almeja popularizar o acesso à assistência jurídica, por meio da apresentação de conteúdos relativos ao funcionamento das instâncias do Estado que operam o direito e dos instrumentos jurídicos existentes para recompor os direitos eventualmente violados. Para isso, foi firmado Termo de Cooperação Técnica entre a Defensoria Pública do Estado do Paraná, a Defensoria Pública da União e o Instituto Federal do Paraná, no tocante à temática de educação em direitos, para que o curso de Defensores e Defensoras Populares fosse ofertado na modalidade Formação Inicial e Continuada (FIC) e Educação Básica na modalidade de Educação de Jovens e Adultos (EJA).

3 PROPOSTA PEDAGÓGICA DO CURSO DE DEFENSORAS E DEFENSORES POPULARES NAS CIDADES DE PARANAGUÁ E CURITIBA

Os cursos FIC/EJA são cursos do Programa Nacional de Integração da Educação Profissional com a Educação Básica na modalidade EJA e FIC. Trata-se de cursos profissionalizantes articulados às séries finais do ensino fundamental (6º ao 9º ano) que têm por finalidade atender aos candidatos que não concluíram os estudos em idade regular.

A coordenação jurídica³ do curso de Defensoras e Defensores Populares, na

³ Participam do curso os seguintes Defensores Públicos: Cinthia Azevedo Santos (coordenadora NUCIDH – DPE), Wisley Rodrigo dos Santos (auxiliar NUCIDH), Marcelo Lucena Diniz (coordenador do NUDIJ – Núcleo da Infância e Juventude – DPE) e Carolina Balbinott Bunhak (Defensora Federal Regional de Direitos Humanos).

modalidade FIC/EJA, foi atribuída ao Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos (NUCIDH) da DPE-PR, e a coordenação geral e pedagógica⁴, ao Instituto Federal do Paraná, campus Paranaguá, na pessoa do prof. Dr. Roberto Martins de Souza. Ao final do curso, é expedido Certificado de Qualificação Profissional em Defensora/Defensor Popular pelo Eixo PROEJA/FIC, pelo Instituto Federal do Paraná, em sessão solene de certificação.

A primeira edição do curso Defensoras e Defensores Populares foi realizada no ano de 2017, na cidade de Paranaguá, no campus do IFPR, com duração anual e aulas às quintas-feiras, das 19h às 22h15. Foram formados vinte e um defensoras e defensores populares em dezembro de 2017.

A segunda edição teve lugar no ano de 2018, no mesmo local, com duração anual e aulas às segundas e às quartas-feiras, das 13h30h às 17h30, com trinta alunos formados. A edição inaugural do curso na cidade de Curitiba ocorreu em 2018, no campus do IFPR, e teve, também, duração anual, com aulas às quartas-feiras, das 19h às 22h15. Capacitaram-se trinta alunos.

Os cursos Defensoras e Defensores Populares ofertados em 2018, em Paranaguá e em Curitiba, tiveram mais de 120 inscritos por cidade, o que gerou concorrência média de quatro alunos por vaga. A escolha dos alunos ocorreu mediante entrevista, em que foi analisada a correspondência dos candidatos com o perfil hipossuficiente do público-alvo. No ano de 2019, desenvolveu-se a segunda edição do curso em Curitiba.

O sistema FIC/EJA orienta-se para promover a formação “omnilateral” para atuação no mundo do trabalho, considerando as especificidades dos sujeitos jovens e adultos da periferia de Paranaguá. O processo de integração dos conhecimentos inicia-se com a articulação entre os temas presentes no componente curricular da área profissionalizante. A integração ocorre por meio de formação entre os docentes efetivos e colaboradores, em carga horária de vinte horas.

No que se refere à organização do currículo, ela foi dividida em três “tempos”: tempo-escola (120 h), tempo-comunidade (20 h) e tempo-estágio (20 h). O primeiro diz respeito às atividades de ensino e pesquisa realizadas no período de permanência no IFPR, fracionado em tempo-aula, tempo-mística, tempo-avaliação/planejamento, tempo-oficina-escola e tempo-convivência. O tempo-comunidade refere-se à aprendizagem desenvolvida no espaço da comunidade de origem, sob supervisão da equipe pedagógica e designado de tempo oficinas comunitárias, em que os estudantes demonstram o domínio do conhecimento aprendido e socializam seus conhecimentos. As oficinas comunitárias são realizadas pelos educandos/as em grupos auto-organizados, como parte do processo avaliativo, duas vezes durante o curso.

O estágio dos alunos ocorre nas unidades da Defensoria Pública do Estado do Paraná e da Defensoria Pública da União e se refere à vivência das atividades próprias das Defensorias Públicas. De forma complementar são propostos trabalhos escritos e orais, individuais e em grupo, participações nas atividades em sala, relatórios de campo, seminários, atividades problematizadoras, demonstrações de técnicas jurídicas e dramatizações dos contextos e dos conhecimentos abordados.

O curso dividiu-se em diversas grandes áreas: Direito das Mulheres, Direitos Humanos, Racismo e suas Formas Contemporâneas, Direito à Saúde, Lei Maria da Penha, Direito Previdenciário e Direito à Educação. A escolha das áreas confluiu das experiências jurídicas vivenciadas pelos defensores do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos e da Defensoria Pública da União, além do diálogo com lideranças populares locais. Os temas foram organizados em um único componente curricular denominado “Direitos Humanos”⁵.

4 Participam do curso os seguintes professores do IFPR: Cintia Souza Batista Tortato e Roberto Martins de Souza.

5 **Componente Curricular Direitos Humanos Ementa:** A sociedade e a luta pelos Direitos Humanos; Grupos vulneráveis e violações de direitos; Racismo e suas manifestações; Sexismo e Misoginia; Entender a organização funcional das instâncias, órgãos e setores relacionados ao atendimento ao cidadão nos casos de violação de direitos; Empoderamento Feminino; Direito Previdenciário, Direito à Saúde; Direito à Educação. Tipificar e compreender as diversas formas de violência contra a mulher e conhecer a Lei Maria da Penha.

No tocante à matriz curricular, orientada para o direito à educação e para a qualificação profissional, o curso foi organizado com carga horária de 160 horas. Os alunos selecionados haviam concluído o Ensino Fundamental I. Essa proposta pedagógica está em seu segundo ano de caráter experimental e não consta do catálogo oficial de cursos FIC do MEC/SETEC.

O curso elaborado visa a capacitar profissionalmente trinta moradores da periferia de Paranaguá e Curitiba por turma, atribuindo-se-lhes o título de Defensoras e Defensores Populares, para atuarem em situações de violações aos direitos humanos relacionados à saúde, violência contra mulher, educação e moradia. De forma complementar, de acordo com o Documento Base (SETEC/MEC, 2007) a proposta educacional considera os seguintes pressupostos:

- O jovem e adulto como trabalhador e cidadão: O ponto de partida é o sujeito educando, percebido nas suas múltiplas dimensões, das quais se destacam a sua identidade como jovem ou adulto, trabalhador e cidadão, que se afirma a partir dos referenciais de espaço, tempo e a sua diversidade sociocultural;
- O trabalho como princípio educativo: trata-se, essencialmente, de uma concepção que se fundamenta no papel do trabalho como atividade vital, que torna possível a existência e a reprodução da vida humana e, conseqüentemente da sociedade. É essencial, nesse contexto, a superação das falsas dicotomias entre o conhecimento científico e o conhecimento do senso comum e entre teoria e prática;
- As demandas locais de formação do trabalhador: A articulação entre saberes locais e científicos requer o reconhecimento de experiências populares e a introdução de tecnologias e técnicas de trabalho e organização que apontam para uma formação integral dos trabalhadores. Para sua inserção e permanência no mundo do trabalho, devem eles obter: afirmação de sua identidade coletiva, fortalecimento de seus conhecimentos populares, maior conhecimento científico e tecnológico; raciocínio lógico e capacidade de abstração; capacidade de redigir e compreender textos; maior iniciativa, sociabilidade e liderança; maior capacidade de lidar com problemas novos, criatividade e inovação; solidariedade, capacidade de organização e de atuação em grupo, consciência dos próprios direitos; capacidade de tomar decisões coletivamente;
- Relação entre currículo, trabalho e sociedade: O currículo foi construído a partir do conjunto das relações sociais estabelecidas pelos agentes de educação do *campus*, pelos trabalhadores e por suas organizações. Nessa construção, consideraram-se os conhecimentos, as experiências dos sujeitos bem como suas diversidades.

Dessa forma, o currículo não é apenas uma série ordenada de conteúdos, mas um conjunto harmônico de princípios como: a) a aprendizagem significativa; b) o princípio de respeito ao ser e aos saberes dos estudantes; c) o princípio de construção coletiva do conhecimento; d) o princípio da vinculação entre educação e trabalho; e) o princípio da interdisciplinaridade; f) o princípio da avaliação como processo.

Segundo o documento-base PROEJA-FIC (SETEC/MEC, 2007), a metodologia de ensino empregada no curso baseia-se nos pressupostos e nos princípios pedagógicos da educação popular e da pedagogia histórico-crítica, a saber: a) o diálogo entre professor e aluno; b) a história de vida do aluno; c) o espaço e tempo de formação; d) a produção de conhecimento; e) a abordagem articulada das informações; f) a qualificação para o trabalho em suas várias dimensões. Esses pressupostos visam a superar a fragmentação do conhecimento e a aprimorar as práticas educativas por meio das iniciativas de integração na organização curricular e da atenção especial às especificidades do público jovem e adulto. A preocupação notada também tem por finalidade evitar os altos índices de evasão

Estratégias Pedagógicas: Investigar e descrever situações de violação de direitos humanos em nossa sociedade e realidade local; Contação de histórias de mulheres que se empoderaram; Contação de histórias de racismo e suas manifestações; auto-organização da turma; Apresentação de vídeos informativos e documentais relacionados ao assunto; Realizar oficinas comunitárias sobre direitos humanos; Montagem de painéis e produção de vídeos.

escolar nos cursos PROEJA, os quais não foram observados nas turmas iniciais do curso oferecido.

4 UMA EXPERIÊNCIA EM CONSTRUÇÃO

As relações sociais de pesquisa, conduzidas pelo IFPR em parceria com as ações das Defensorias, desvendaram um universo complexo e deficitário, no que tange à garantia dos direitos humanos, seja pela desinformação, seja pela distorção de seus significados no cotidiano da sociedade. Nesse contexto, a ausência de ações educativas na temática dos direitos humanos coloca-se, dentro outras violações, como um desafio de popularização dos direitos humanos para a conquista da cidadania, em especial no Município de Curitiba e em sua região metropolitana.

Por essa razão, o trabalho de defesa dos direitos humanos tem sido compreendido como parte integrante da atuação da Defensoria Pública e dos componentes curriculares do IFPR, pois os cursos FIC/EJA, como propostas de qualificação profissional, promovem a educação profissional em direitos para o mundo do trabalho em suas diversas dimensões: saúde, prevenção da violência, educação, trabalho e moradia.

Para ampliar o campo de ação do processo educativo, foi estabelecida uma relação dialógica com os movimentos sociais populares, na qualidade de potencializadores de direitos em suas bases organizativas. Essa escolha metodológica possibilita coletivizar e socializar os conhecimentos sobre direitos fundamentais e mecanismos de efetivação, bem como estimula o protagonismo da população na luta pela justiça de forma local. Viabiliza-se a emancipação social dos sujeitos das comunidades por meio do conhecimento jurídico, o qual torna-se útil à mobilização e à organização comunitárias.

Buscou-se, na proposta pedagógica, capacitar os agentes sociais para transmitir de forma autônoma os conhecimentos adquiridos para as comunidades onde residem, a fim de que o exercício prático do Direito ocasione a ressignificação dos direitos humanos fundamentais à cidade, à saúde e à erradicação da violência doméstica e de gênero e de diversas formas de racismo contemporâneos. O compartilhamento espontâneo do conteúdo pelos Defensores Populares formados viabiliza a crítica e busca de meios para alcance da justiça institucional e social. Na estrutura curricular, fornecem-se subsídios para que a própria população assuma papel relevante nessa reivindicação.

Um dos pilares do curso é a premissa de que devem ser estimuladas todas as práticas que favoreçam a organização comunitária e o controle social das políticas públicas, pois quanto mais os grupos sociais dominados socialmente tiverem conhecimento de seus direitos e defenderem-se, mais amplo e efetivo será o acesso à justiça, bem como o desenvolvimento social e regional. Como observam Sarmiento e Souza Neto, “a política, com todas as suas imperfeições, pode e deve ser um campo aberto ao debate constitucional, inspirando-se também por princípios, e não apenas por preferências ideológicas ou por interesses de facções” (2013, p. 240).

Buscou-se combater, também, aquilo que Ribeiro (1995) caracteriza como atraso decorrente do alheamento do povo em relação às estruturas sociais:

O ruim aqui, e efetivo fator causal do atraso, é o modo de ordenação da sociedade, estruturada contra os interesses da população, desde sempre sangrada para servir a designios alheios e opostos aos seus. Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca de sua própria prosperidade (RIBEIRO, Darcy, 2006, p. 408).

A fim de possibilitar a ampliação da percepção dos direitos e da plena cidadania, é imprescindível a promoção não apenas da educação profissional em direitos, mas também do fortalecimento do diálogo entre as diversas instituições de ensino e de assistência jurídica e os movimentos sociais populares. Nesse sentido, a educação em direitos realizada com a simples finalidade de transmissão de conteúdos jurídicos não é meio eficaz de transformação social. Por isso, conforme Esteves e Silva (2014) o aprendizado

do direito não é autocentrado, pois tem por objetivo a intervenção cultural na realidade das classes menos favorecidas, no contexto observado por Holanda:

Em verdade o racionalismo excedeu os limites somente quando, ao erigir em regra suprema os conceitos assim arquitetados, separou-os irremediavelmente da vida e criou com eles um sistema lógico, homogêneo, a-histórico. Nesse erro se aconselharam os políticos e demagogos que chamam atenção freqüentemente (sic) para as plataformas, os programas, as instituições, como únicas realidades verdadeiramente dignas de respeito. Acreditam que da sabedoria e sobretudo da coerência das leis depende diretamente a perfeição dos povos e dos governos (HOLANDA, 1995, p. 179).

Quanto ao trabalho voltado ao aprofundamento do conhecimento sobre os mecanismos sociais, culturais, econômicos, e dos processos e formas de manifestação das violências contra mu-lheres, idosos, crianças, a abordagem teve como horizonte o resgate dos laços de solidariedade, respeito, inclusão e acolhimento, sem ignorar o caráter de criticidade referido por Freire (1996).

O processo de empoderamento, também observado ao longo do curso, ocorre em várias frentes, em especial o empoderamento de classe social e o empoderamento de gênero. Com base em Freire e Shor,

[a] questão do empowerment da classe social envolve a questão de como a classe trabalhadora, através de suas próprias experiências, sua própria construção de cultura, se empenha na obtenção do poder político. Isto faz do empowerment muito mais do que um invento individual ou psicológico. Indica um processo político das classes dominadas que buscam a própria liberdade da dominação, um longo processo histórico de que a educação é uma frente de luta. (FREIRE; SHOR, 1986, p. 72).

Como foco de políticas públicas nacionais e internacionais, o empoderamento feminino permanece na pauta das grandes questões que ainda não foram superadas, as quais incluem os altos índices de violência e foram integradas de forma sistemática durante todo o curso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas práticas desenvolvidas ao longo do curso, é possível perceber, de forma concreta, o caráter potencializador da democracia atribuído à Defensoria Pública como instituição do sistema de justiça. A especial missão de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” visa a assegurar à população assistida a devida educação em direitos, que há de servir como fomento para a emancipação social dos envolvidos.

É nesse sentido que a Defensoria Pública, por meio do curso de Defensoras e Defensores Populares, acompanha o sujeito em sua afirmação como cidadão, para que este alcance a igualdade e a liberdade sem as quais não há cidadania, e utiliza a educação popular como ferramenta essencial para a promoção de direitos. Espera-se que, por meio do desenvolvimento do curso, o egresso e a egressa tenham condições de identificar e de tipificar violações aos direitos humanos fundamentais, assim como orientar a população violada em seus direitos nos procedimentos a se-rem adotados e aplicar os conhecimentos e técnicas aprendidos no curso, além de socializar suas experiências com vizinhos, parentes, amigos e organizações locais e de elaborar e assessorar organizações de periferia em temas relacionados aos direitos humanos.

Observou-se no desenrolar da prática narrada que os diferentes espaços da comunidade e da cidade podem constituir-se em *loci* de aprendizagem, na medida em que possibilitam experiências de caráter pedagógico.

Romper e ousar com novas abordagens sobre o Direito significa redesenhar o mapa estratégico de poder, tanto no campo político como no educacional, de modo a permitir a emergência de novos espaços de circulação de saber, mais visíveis e catalisadores de

transformação social.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Educação. PROEJA: Programa Nacional de Integração da Educação Profissional com a Educação Básica na Modalidade de Educação de Jovens e Adultos. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. Medo e ousadia: o cotidiano de professor. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IFPR. Reitoria. RESOLUÇÃO n. 50/2017: Estabelece os critérios de avaliação do processo ensino aprendizagem do IFPR. <http://reitoria.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2017/resolucao-50>.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Comentários à lei da defensoria pública. São Paulo, Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo Esteves. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. Direito e justiça. São Paulo: Ática, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO; Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.



A CONSTITUIÇÃO BALZAQUIANA QUE NÃO VIVE EM PLENO AMOR COM O PROCESSO PENAL¹

Júlio César Duailibe Salem Filho²

Resumo: A Constituição brasileira de 1988 veio com o propósito de mudanças. Estava claro o objetivo de inauguração de um novo modelo de Estado com viés absolutamente democrático e tendente à valorização e proteção de direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana. Precede a ela o Código de Processo Penal de 1941 que, apesar de várias alterações legislativas, mantém núcleo que ainda remonta ao Estado Novo. Importa discutir em que medida a Constituição de 1988 foi capaz de democratizar o processo penal inquisitório e aproximá-lo do modelo acusatório, não apenas em teoria, mas na prática.

Palavras-chave: Constituição; democrático; direitos fundamentais; processo penal.

Abstract: The Brazilian Constitution of 1988 came with the purpose of changes. The objective of inaugurating a new state model with an absolutely democratic bias and aimed at valuing and protecting fundamental rights in the light of the dignity of the human person was clear. The Code of Criminal Procedure of 1941 precedes it, which, despite several legislative changes, maintains a nucleus that still goes back to the Estado Novo. It is important to discuss the extent to which the 1988 Constitution was able to democratize the inquisitorial criminal process and bring it closer to the accusatory model, not only in theory, but in practice.

Keywords: Constitution; democratic; fundamental rights; Procedure Criminal; accusatory.

1 A DEMOCRACIA NO BRASIL PÓS 1988 E SUAS PROMESSAS

Dia 5 de outubro de 1988. Nascia a Constituição Cidadã³, após uma gestação de 613 dias – tempo de duração da Assembleia Constituinte do Brasil⁴ –, e trazia consigo o propósito de redemocratizar o Brasil depois de duas décadas de Regime Militar. O sentimento de antagonismo ao período anterior foi traduzido no discurso do presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, por ocasião da Promulgação do Texto, ao proclamar que “a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.”⁵

1 Honoré de Balzac, em *La Femme de Trente Ans*, retrata o “ápice poético da vida das mulheres” aos trinta anos, que mais experientes são capazes de viver plenamente o amor de forma amadurecida.

2 Defensor Público do Estado do Paraná, auxiliar do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal – NUPEP.

3 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi assim denominada por Ulysses Guimarães.

4 A Mensagem nº 330, de 1985, da lavra do então Presidente da República José Sarney, enviava ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição contendo convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em sintonia com o pacto democrático de onde surgiu uma carta de princípios da Aliança Democrática intitulada “Compromisso com a nação”, assinada, dentre outros, por Ulysses Guimarães e Tancredo Neves.

5 Íntegra do discurso disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA->

O Brasil vivia um cenário político conturbado e, no âmbito socioeconômico, taxas elevadas de desemprego e inflação. O novo texto constitucional nutria a esperança de uma nova página no Brasil pela proposta de renovação de todos os segmentos, desde a estrutura dos Poderes ao tratamento da economia, da cultura, do meio ambiente e muitos outros temas. Merece destaque a ancoragem dos Direitos e Garantias Fundamentais em tópico frontal da Constituição com uma amplitude no trato dos Direitos Individuais e Sociais jamais vista.

Aliás, como ressalta Branco, o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/88 prenunciava a relevância da matéria ao explicitar, como objetivo da Constituinte, a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Ele afirma que “esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição”⁶, logo, não há como compreender o Estado brasileiro pós 1988 com decisões políticas e jurídicas desgarradas dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição também tratou de estabelecer os objetivos fundamentais da República, dentre eles, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos (art. 3º), sabendo-se se tratar de uma sociedade pluralista, cujas opiniões, crenças, origens e modo de ser de cada indivíduo devem ser respeitados (cf. preâmbulo, art. 1º, inc. V e artigo 3º, inc. IV).

Na expressão de seus desejos, Guimarães a anunciou por ocasião de sua promulgação como a luz na noite dos desgraçados.

Assim, o novo texto constitucional trouxe consigo os princípios fundantes exigidos pela moderna democracia e que passaram a nortear os Estados democráticos firmados após inspirações das Revoluções Inglesa, Americana e, por fim, Revolução Francesa: (a) a supremacia da vontade popular, (b) a preservação da liberdade e (c) a igualdade de direitos. Como afirma Dallari, a perseguição desses preceitos influenciou decisivamente a transformação do Estados entre os séculos XIX e XX. Segundo ele, “a preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade”⁷.

O autor destaca, entretanto, a crise do Estado contemporâneo em razão dos conflitos em torno da concretização daqueles elementos fundamentais do Estado democrático. No tocante à supremacia da vontade popular, ele discorre sobre o aparecimento de dificuldades na tomada de decisões pelos representantes do povo explicando que, no início, a classe política era originária da burguesia, isto é, uma parcela social economicamente superior, porém, o posterior movimento de integração das classes operárias e sua ingerência da política fez com que os dissensos e as desconfianças entre umas e outras tornassem o ambiente político bastante conflituoso, gerando um processo legislativo demasiadamente lento e tecnicamente imperfeito, pois as soluções passavam por acordos e transigências desgastantes.

E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, 2014, p. 135.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. 2003, p. 151.

A situação permite o discurso de que a crise está no povo, incapaz de compreender os problemas estatais e de escolher bem seus representantes. Então Dallari afirma que “esse é um dos impasses a que chegou o Estado Democrático: a participação do povo é tida como inconveniente, e a exclusão do povo é obviamente antidemocrática”⁸.

Quanto aos princípios da liberdade e da igualdade, o autor discorre sobre o dilema da convivência de ambos, pois levada a efeito a garantia da liberdade, onde vedada estava a ingerência do Estado na vida do indivíduo, o que se viu foi o incremento de uma forte desigualdade social, pois a liberdade somente era plenamente favorável àqueles que gozavam de poder econômico. O impasse estaria, portanto, em dar prevalência à liberdade, mantendo-se o fosso entre as classes sociais, ou permitir a interferência do Estado em busca da implementação da igualdade de todos, mas com isso sacrificar a esfera de liberdade dos indivíduos.

Assim, os críticos da democracia passaram a fomentar a ideia de que a participação popular nas decisões políticas e a liberdade dos indivíduos seriam um mal ao Estado, enquanto que a igualdade não deveria existir, pois os governantes, enquanto dotados de sabedoria e incumbidos de trabalhar para o bem do povo deveriam, de fato, receber tratamento diferenciado. Segundo Dallari, um discurso de rejeição à democracia e, ao mesmo tempo, de aceitação da ditadura.

Não é difícil notar a presença dessas circunstâncias na experiência brasileira. Com estrutura marcadamente democrática, a Constituição brasileira de 1988 convive ao longo dos seus trinta anos de existência com um cenário político de grave crise das instituições, onde a construção legislativa e as decisões políticas do Estado são realizadas num ambiente marcado por interesses classistas e/ou pessoais que se implementam em meio a conchavos, transigências e notícias de corrupção que tornam o resultado sempre mais demorado, tecnicamente ineficiente e de legitimidade questionável.

Pelo lado social, o Brasil ostenta um alto índice de desigualdade de renda. O acesso a serviços de educação, saúde e saneamento básico não atinge a todos os brasileiros, enquanto muitos são números da elevada taxa de desemprego⁹. Nesse contexto, surgem discursos oportunistas de reformulação do modelo de Estado.

Contudo, em rebate às críticas, Dallari afirma que não se pode pensar em democracia onde o governante, ainda que bem intencionado, coloque a sua vontade acima de qualquer outra, haja vista que o regime democrático exige autogoverno, isto é, o povo decidindo sobre seu próprio destino e escolhendo as diretrizes políticas de regência do Estado. Para ele, “o argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando”.¹⁰

Assim, para o aperfeiçoamento das decisões políticas, há de se construir caminhos para que a vontade popular seja livremente formada e externada, significando que devem ser proporcionados todos os meios para o acesso à informação e o debate de ideias

8 Ibid, p. 301.

9 IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. 2014. disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>

10 Ob. cit., p. 304.

construtivo de uma opinião mais rica e livre de coação ou embaraços. Por óbvio, cada indivíduo tem seu modo de perceber as situações, conforme suas experiências pessoais e suas preocupações, devendo ser respeitados os pontos de vista que formam a consciência política geral, ainda que críticas possam ser postas em debate construtivo.

Ademais, resolver-se-ia o dilema entre a supremacia da liberdade ou da igualdade se a primeira fosse construída sobre as bases da solidariedade, ou seja, evitando-se a ideia individualista e egoísta reinante a partir do século XVIII para reconhecer que o sujeito livre interrelaciona-se com outros sujeitos de mesma condição e, por isso, precisam conviver sob compromissos sociais. A igualdade, por sua vez, não significa necessariamente que todos os indivíduos devem ser iguais, pois é sabido que num país continental de enorme miscigenação as divergências culturais e as escolhas do modo de ser e de viver são bastante variadas. O que deve ser igual é o ponto de partida, em outras palavras, deve haver “igualdade de possibilidades”, o que preservaria as diferenças posteriores, inclusive quanto ao mérito individual.

Portanto, a democracia brasileira enriquece-se pela proteção que a Constituição confere a valores atrelados à soberania popular, à liberdade e à igualdade, bem como pelo reconhecimento aos Direitos Humanos e o respeito ao pluralismo. A realidade, todavia, não acompanha esse novo cenário jurídico e mesmo após trinta anos da redemocratização do país ainda carrega o peso de ideais e comportamentos que marcaram as concepções de Estado do século XVIII ou que consubstanciaram períodos de autoritarismo.

Nesse cenário de mudanças e dilemas, resta adentrar o ponto central proposto: discutir em que medida o processo penal brasileiro sofreu ressignificação em suas bases e em seus preceitos e de que modo ele é delineado pelo Estado Democrático de Direito em que se constitui a República do Brasil.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PARA QUE ELE SERVE?

Conhecer as raízes do objeto de estudo auxilia na sua definição e compreensão das suas características. A origem da atual legislação base de processo penal remonta ao período do Estado Novo, que tinha por características marcantes o autoritarismo e a centralização do poder sob o manto de um discurso nacionalista.

O Código de Processo Penal (CPP) vigente é estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Contemporâneo a ele, o Código Penal tem base no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, portanto, suas leis inaugurais são da época em que o país se encontrava sob o império da Carta Constitucional de 1937, “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com **integral desrespeito aos direitos do homem**”, como afirma Silva¹¹ (grifo nosso).

Essa contextualização temporal é de extrema relevância para a melhor compreensão da alma do processo penal brasileiro, afinal de contas, ver-se-á que apesar das inúmeras reformas legislativas que alvejaram o corpo do Código de 1941, a sua essência, o seu espírito e seu núcleo fundante permaneceram os mesmos. Nesse trilhar, é importante notar que a edição do Código de Processo Penal do Brasil teve profunda inspiração – para

¹¹ SILVA, José Afonso da, 2004, p. 171.

não dizer reprodução – no *Codice Rocco*, o texto legal italiano da década de 1930 que representava a expressão fascista da matéria penal e sua processualística.

A CRFB/88 não foi capaz de aniquilar o autoritarismo embutido no CPP brasileiro e transformá-lo em norma afeita à democracia liberal. Muito menos foi suficientemente forte para extirpar da mente e do subconsciente da sociedade, dos aplicadores do direito e dos reprodutores de conhecimento jurídico as nódoas provenientes da cultura política experimentada e sedimentada por décadas pelo povo brasileiro. Apesar do movimento doutrinário e jurisprudencial tendente ao discurso de que a Constituição democrática pôs fim às críticas tecidas contra o sistema inquisitório muito presente no processo penal brasileiro, a verdade é que ela não transformou, da noite para o dia, água em vinho.

Observando bem essa realidade, Gloeckner aduz que:

apesar da relevante doutrina crítica no Brasil, sediada no âmbito da academia, doutrinas tradicionais e que interagem com a jurisprudência, num círculo vicioso, acabariam por despejar e esparramar conclusões no sentido da consolidação e concretização do sistema acusatório no Brasil. [...] a consolidação do regime democrático e as diversas alterações na legislação processual penal brasileira se encarregariam de fazer desfalecer os debates políticos acerca do processo penal, considerados despiciendos, fúteis ou meramente retóricos, relegados ao 'saber acadêmico'¹².

No entanto, a prática, muitas vezes afastada da teoria, demonstra frequentemente desatenção ao modelo piramidal das normas jurídicas proposto por Kelsen, baseado na ideia de que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas superiores numa escala hierárquica definida. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é a norma superior a todas as outras e, por isso, dá os limites e as diretrizes para a criação legislativa pelo parlamento.

Contudo, a crise jurídica que se instala também pode ser intitulada como crise da teoria das fontes, onde já não se sabe onde estão os valores supremos a serem protegidos, se na Constituição ou nas leis que, na teoria, lhes devem reverência.

Talvez colabore com isso a propensão da Constituição brasileira de 1988 ao modelo dirigente, pois além de traçar a estrutura do poder, dispôs também sobre metas e programas de ação nas áreas social, cultural e econômica. Há muitos dispositivos programáticos e tantos outros com eficácia limitada, dependentes da elaboração de atos normativos infraconstitucionais para lhes conferir plena efetividade.

Marco Maciel¹³, Senador que também subscreveu o “Compromisso com a Nação”, observa como um fator desafiador da Constituição de 1988 “a existência de muitos dispositivos a reclamar leis que lhes deem eficácia plena”, recordando que após a promulgação do texto constitucional, o Ministério da Justiça realizou levantamento em que foram relacionados 269 preceitos constitucionais que dependiam de regulamentação.

A par disso, analisando-se a estrutura do processo penal brasileiro, basta a leitura da Exposição de Motivos do Código de 1941 para entender a que ele veio. Francisco Campos, então Ministro da Justiça, revela a forte tendência utilitarista dessa produção legislativa contra a criminalidade. A instrumentalidade processual – servindo não à contenção do

12 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2018, p. 52.

13 MACIEL, Marco. Compromisso com a nação. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198652/000836750.pdf?sequence=1>

poder punitivo do Estado, mas à segurança pública – externa-se em suas palavras, pelas quais “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Para ele,

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 injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social¹⁴.

Nessa linha estruturante do processo penal brasileiro – ainda forte – a crise das fontes é bem acentuada, pois sobrevindo uma Constituição democrática em que se amadureceu a carta de direitos e garantias fundamentais, muitos deles atrelados à proteção contra os desvios e abusos do poder punitivo do Estado, criou-se um claro obstáculo à proposta legislativa de Campos. Para aqueles que veem o processo penal como instrumento de combate à criminalidade, as normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais passam a ser um entrave e devem ser reposicionadas à luz do ideal da segurança pública.

Atento à presença dessa crise jurídica, Lopes Jr. adverte que:

o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941¹⁵.

A teorização de que o processo penal brasileiro é de todo democrático mostra-se escancaradamente desvinculada da realidade. A origem do atual Código de Processo Penal e a textualização de suas normas deixam evidente o arraigado autoritarismo que proporciona comportamentos inquisitoriais na persecução penal.

Gloeckner também observa a postura de Campos ao dizer que, em relação ao Código Penal, o ideal inspirador da novel legislação é o da defesa social, e “defesa social significa, para o autor, defender a sociedade contra aqueles sujeitos perigosos que ameaçam a segurança da sociedade”. Daí, portanto, ele conclui de forma lógica que esse “arquétipo normativo de instrumentalidade jamais poderia servir, simultaneamente, para a defesa de direitos e garantias fundamentais”¹⁶.

Eis, então, o conflito político-jurídico posto em debate: de origem marcadamente inquisitório, afastado da orientação de servir ao indivíduo contra o arbítrio e os desvios do poder punitivo do Estado, como o processo penal brasileiro pode, simultaneamente atender ao programa constitucional democrático de 1988?

Quanto à utilidade do processo penal, Lopes Jr. cita questionamento de Goldschmidt que conduz a um aprofundamento metafísico do debate: “por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem

14 Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. DOU, 13/10/1941.

15 LOPES JR. Aury, 2018, p. 33-34.

16 Ob. cit., p. 131-132.

o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?”

Essa indagação provocativa conduz à compreensão de que, na esteira de Lopes Jr., a uma Constituição democrática necessariamente deve corresponder um processo penal de mesma índole, de caráter instrumental a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo, de modo que o processo penal brasileiro, na atualidade, somente se legitima à medida que se encorpar dos princípios democráticos e for constituído a partir da Constituição¹⁷.

3 PRÁTICAS AUTORITÁRIAS NO PROCESSO PENAL SOB A VIGÊNCIA DE UM REGIME DEMOCRÁTICO

A Constituição de um país é a norma estruturante fundamental do Estado e deve ser a origem de toda a legislação. Dela se retira validade dos atos infraconstitucionais, apresentando-se como paradigma para o controle de constitucionalidade das demais normas.

O alerta feito pela doutrina quanto ao fluxo hermenêutico que deve conduzir a interpretação do processo penal à luz da Constituição, sofrendo os dispositivos do Código de Processo uma releitura para se adaptarem aos postulados democráticos, é extremamente oportuno diante de uma prática contrária que apresenta, inclusive, mutações das normas constitucionais para a adequação do Texto aos anseios punitivistas fundamentados em argumentos de segurança pública.

Fica evidente, numa análise histórica, que não somente o processo de produção legislativa, mas a forma como são interpretadas e aplicadas as leis, estão umbilicalmente atrelados ao sistema e as ideias políticas predominantes em cada época. No Estado democrático prevalece o indivíduo e a dignidade humana como centro de proteção; no totalitarismo, o ser humano é apenas um fragmento do corpo estatal e que deve se curvar às razões de manutenção do Estado.

Segundo as lições de Tourinho Filho¹⁸, Lopes Jr., Gloeckner¹⁹, dentre outros, o processo penal expressa bastante a cultura e o grau de civilização de um povo e reflete o momento político vivenciado, demonstrando variações de aplicação e preponderância de princípios conforme a ternância de poder e o modelo de Estado adotado.

Destarte, o processo penal aplicado é o termômetro do grau democrático da respectiva sociedade ou, nas próprias palavras de Goldschmidt, *“los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general; Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de sua Constitución”*²⁰.

O regime político do Estado, portanto, reflete em seu modelo processual penal, que pode ter, basicamente, características mais próximas do sistema acusatório ou do sistema inquisitivo. A sua aplicação prática demonstrará as ideias dominantes.

17 Ob. cit., p. 30.

18 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2010, p. 58.

19 LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2014, p. 85-86.

20 GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67, apud LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2014, p. 31.

3.1 A GESTÃO DA PROVA E A PERSECUÇÃO JUDICIAL DA SUPOSTA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Costuma-se afirmar doutrinariamente que no Brasil se adota um modelo processual misto entre o inquisitorial e o acusatório, onde a existência de uma fase de investigação – inquérito policial – com fortes características inquisitórias e outra fase processual com formato mais claro da separação das atividades de acusar e julgar e respeito ao direito de defesa, portanto, aproximando-se mais do modelo acusatório, seria o principal argumento dessa corrente. Há quem defenda, simplesmente, a adoção de um modelo acusatório, restringindo-se o olhar, com exclusividade, à fase processual propriamente dita, a partir do oferecimento da denúncia.

Porém, resumir a definição do modelo adotado no Brasil a essa dicotomia ou à existência de separação das atividades dos atores processuais, especialmente entre quem acusa e quem julga, é uma forma rasa de se analisar o perfil do processo penal brasileiro. Para além dessa separação, um dado que merece grande atenção é a gestão da prova ou como é conduzida a produção probatória no processo.

Como premissa, parte-se da ideia de que quanto maior a ingerência do órgão julgador na formação dos elementos de convicção, maior será a sua contaminação e, por conseguinte, a diminuição de sua isenção no momento próprio de julgar. Afinal, quem vai atrás de algo, sabe o que procura. E não se pode esperar imparcialidade de julgamento em quem busca a prova ou interfere ativamente e com protagonismo na produção da prova, pois como já advertiu Coutinho, “a tendência natural das pessoas é decidir primeiro e depois buscar o conhecimento suficiente para justificar as suas decisões”²¹.

A permissibilidade da forte intervenção judicial na atividade probatória, gerindo a prova e por vezes buscando-a, é um contrassenso ao princípio democrático constitucional. Conquanto não se possa encontrar expressamente na Constituição a afirmação de que o processo penal deve seguir o modelo acusatório, essa orientação é extraída implicitamente dos princípios, regras e valores ali contidos²², bem como da separação dos Poderes e da específica atribuição a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento.

Nessa toada, o aumento do poder instrutório do juiz significa a aproximação do modelo inquisitorial que predominou durante a Idade Média.

Apesar da reforma legislativa que trouxe ao processo penal um novo formato na produção da prova em audiência, passando a adotar o sistema do *cross examination*²³, ainda é possível perceber, seja no campo legislativo ou na prática, a impureza do pretense modelo acusatório pela abertura dada ao magistrado para imersão na persecução ativa da verdade.

De início, merece atenção o disposto no parágrafo único do art. 212. Conquanto o *caput* tenha conferido às partes a atribuição de perguntar diretamente às testemunhas, o dispositivo vem na sequência afirmar que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá

21 COUTINHO, Jacinto. Revista Consultor Jurídico, 10 de janeiro de 2010, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>.

22 FISCHER, Douglas, 2011, p. 5.

23 A Lei nº 11.690/08 deu nova redação ao art. 212 do CPP para determinar que as perguntas não mais seriam requeridas ao juiz que as fariam às testemunhas, mas agora serão formuladas diretamente pelas partes.

complementar a inquirição". Nesse ponto, o maior problema que se verifica está no campo prático, haja vista que alguns magistrados insistem em iniciar os questionamentos ao depoente, tornando-se perseguidor da prova, ou por vezes avançam para além dos limites das expressões "complementar" e "pontos não esclarecidos".

No primeiro caso, a iniciativa das perguntas põe o juiz na situação de órgão de perseguição/acusação na medida em que o ônus da prova é daquele que alega e, com isso, afasta-se da posição equidistante das partes. Ao juiz não interessa provar nada, não é dele essa tarefa proativa dentro de um modelo acusatório do processo penal, que exige uma postura isenta para um julgamento eminentemente imparcial.

Por outro lado, à luz do modelo acusatório, qualquer protagonismo judicial deve ceder e resumir-se à complementariedade para sanar pontos obscuros, que necessitam de um melhor esclarecimento. Vale observar que complementar a inquirição não significa campo aberto para toda e qualquer pergunta, mas apenas a possibilidade de se aparar arestas que podem dar margem à dúvidas pela imprecisão no tocante a pontos não esclarecidos.

A prática em contrário é tão recorrente e a inobservância do princípio acusatório é frequentemente negligenciada, não somente no primeiro grau de jurisdição, que a discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de habeas corpus²⁴. Na ocasião o relator, ministro Marco Aurélio, assentou que "a ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio juiz veicular perguntas se verificados pontos não esclarecidos". Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes textualizou em seu voto que "a legislação faz essa sequência para garantir o devido processo legal" e que a ideia do constituinte teria sido separar a figura do juiz do Ministério Público e evitar o juiz acusador.

Registra-se que a problemática por trás desse tipo de situação não é compreendida tão facilmente, por isso o debate teórico precisa ser levado à prática para que se perceba o prejuízo ao modelo democrático-acusatório exigido constitucionalmente. "Essa ordem dos fatores altera o produto?", perguntou o ministro Luís Roberto Barroso aos seus pares durante o referido julgamento, sobre quem inicia as perguntas aos depoentes. O ministro Marco Aurélio respondeu: "altera substancialmente. [...] fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter equidistância. Eis a razão de ser da norma do art. 212 do Código de Processo Penal". O ministro Alexandre de Moraes também se manifestou:

Eu fiz milhares de audiências como promotor criminal, altera substancialmente a correlação de forças. Na verdade, dependendo de como é o magistrado instrutor, ele ignora, depois, totalmente as outras perguntas é já, como se fosse um ato... Não era nem presidencial antes, era ditatorial.

Portanto, nessa questão algumas situações parecem afrontar o modelo acusatório, à luz do princípio democrático: (a) o início da inquirição pelo juiz, dando-se na sequência a palavra à parte que a arrolou; (b) quando ausente o Ministério Público, o juiz faz as perguntas para as testemunhas de acusação, possibilitando na sequência as perguntas da defesa ou, (c) na mesma situação de ausência do órgão ministerial, dá-se a palavra à defesa para iniciar as perguntas, que nada pergunta, e o juiz faz todas as perguntas

24 HC nº 111.815/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 14/02/2018. Ao final restou declarada insubsistente a oitiva das testemunhas cujo início se deu pelas perguntas do juiz, portanto, antes das partes.

que entende pertinente sobre o fato²⁵. Em todas essas hipóteses, não há respeito ao ordenamento jurídico.

Antes do depoimento ainda não se pode falar em pontos não esclarecidos, razão pela qual inaugurar o ato pelas perguntas do juiz afronta literalmente o parágrafo único do art. 212. Da mesma forma, não havendo perguntas da acusação e da defesa, não há o que ser complementado, logo, é contrário à norma o juiz fazer perguntas nessa situação.

O ponto crucial na gestão da prova, portanto, é evitar que o juiz tenha uma postura proativa na persecução penal, especialmente durante a instrução probatória, pois sob o pretexto da busca da pretensa verdade real²⁶ não lhe é dado suprir eventual ineficiência do Estado-acusador na produção das provas, passando a persegui-las. Observa Távora que “a busca da verdade, processual ou material [...] não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito”²⁷. Assim, se ao final do processo não restou devidamente provado o fato ou sua autoria, cabe-lhe proceder à absolvição do acusado.

Importante perceber que à luz dos valores e princípios assumidos pela Constituição de 1988, a efetividade do processo penal não se resume à obtenção de resultados condenatórios, mas se torna evidente quando serve à proteção da dignidade da pessoa do acusado e de seus direitos individuais fundamentais, como mecanismos de controle do poder punitivo estatal. Nesse sentido, Badaró observa que

a verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo²⁸.

Além dessa discussão, também se põem à mesa todas as controvérsias em torno do art. 156 do CPP, segundo o qual faculta-se ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a persecução penal, a produção antecipada de provas ou para determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, no curso da instrução ou antes de proferir sentença.

Sem pretender esgotar o debate e as críticas sobre o tema, o ponto nevrálgico está na inevitável mácula na imparcialidade do juiz e a assunção de traços inquisitoriais pela proatividade na produção da prova, inclusive antes mesmo de qualquer denúncia. Como bem questionam Lopes Jr e Gloeckner, o juiz que determina a produção antecipada de prova na fase de investigação – por exemplo a busca e apreensão de objetos na residência do investigado – examinará também a admissibilidade da denúncia, instruirá o processo e

25 TALON, Evinis. O STF e o art. 212 do CPP: Juízes devem observar a ordem de inquirição das testemunhas. Disponível em: <<http://evinistalon.com/o-stf-e-o-art-212-do-cpp-juizes-devem-observar-ordem-de-inquiricao-das-testemunhas/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

26 Segundo FERRAJOLI, a “impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’” (FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 52, apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2014, p. 530-531).

27 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2014, p. 531

28 BADARÓ, Gustavo Henrique, 2016, p. 385.

julgará o acusado, logo, que isenção poderá ter para o julgamento?²⁹

A convicção vai se formando no percorrer do caminho traçado pelo próprio destinatário das provas que as avaliará. E quem dirige a produção das provas, vai direcionando-as – ainda que de boa-fé – conforme as preconcepções que se formam, antes do momento próprio do julgamento. Ao final, não resta dúvida de que estará contaminado, perdendo a posição de equidistância das partes.

3.2 A VALORAÇÃO, COMO PROVA, DE ELEMENTOS COLHIDOS EM FASE INQUISITORIAL

Segundo o Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial e não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A redação do art. 155 trazida pela Lei nº 11.690/08, conquanto aparenta restringir a utilização, pelo julgador, de elementos colhidos sem o contraditório, não se mostrou suficiente para afastar o processo penal de suas máculas inquisitoriais. E a realidade nos fóruns comprova isso.

Primeiramente, é oportuno registrar que o contato do julgador com todos os elementos de informação colhidos sem o crivo do contraditório, no ambiente policial-investigativo, já o conduz, liminarmente, a um ponto de partida afastado do centro de imparcialidade. As preconcepções e o direcionamento de suas crenças começam a se formar desde já, antecipando sua convicção pela cognição precoce de dados inservíveis – teoricamente, à luz do princípio democrático – para o juízo sentenciante, ficando o acusado cada vez mais vulnerável à logística procedimental que o põe como objeto da sanha punitivista do Estado.

Por outro lado, a expressão “exclusivamente” contida no dispositivo é a chave de acesso às práticas antigarantistas, pois é nela que se busca fundamentação para a permissibilidade de condenações amparadas substancialmente em elementos inquisitoriais. Não raramente, a produção dialética de provas não traz amparo à comprovação dos fatos ou da autoria, quando então os elementos de informação entram em cena para motivar a convicção do magistrado.

De todo modo, Távora e Alencar advertem que os elementos informativos colhidos em fase de inquérito “não devem ser valorados na sentença, afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas”³⁰. De fato, não sendo suficientes as provas produzidas contraditoriamente, na fase judicial, o caminho a seguir é a absolvição do acusado e não a utilização de elementos coletados à margem das garantias mínimas constitucionais, que estabelecem não ser possível a condenação penal de ninguém sem o devido processo legal, incluindo o resguardo do contraditório e da ampla defesa³¹.

Prática comum, outrossim, é a tentativa de burla à vedação da utilização de elementos

29 Ob. cit. p. 85-86.

30 Ob. cit., 533-534.

31 Art. 5º, LIV e LV da CRFB/88.

exclusivamente inquisitoriais ao se buscar legitimar os depoimentos colhidos no inquérito questionando-se ao depoente, em juízo, apenas se confirma o que constou de suas declarações no caderno investigativo, como se fosse possível transmudar, dessa maneira, a natureza do dado informativo em prova válida. Também é frequente questionar ao depoente que diz não se recordar dos fatos se ele sofreu algum tipo de constrangimento quando depôs em Delegacia, na vã e antidemocrática tentativa de demonstrar valor probatório de elemento que nasceu com finalidade restrita à *opinio delicti* do acusador.

A práxis já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que se reconheceu que:

a produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a³².

Na doutrina, vale a crítica de BADARÓ:

[...] o juiz não deve permitir que a parte se limite a indagar se a testemunha ratifica o que disse anteriormente em seu depoimento policial. Também não pode aceitar que a testemunha se limite a dizer que não tem nada a acrescentar ao que já foi dito na fase policial, mantendo integralmente suas declarações anteriores. Em tais formas de indagação há evidente violação ao contraditório, impedindo que as partes e o juiz tomem contato direto com a narrativa da testemunha. Ao mais, contradições nas respostas, os acréscimos de fatos não mencionados anteriormente ou omissões de pontos relevantes que constaram do depoimento anterior podem ser indicadores seguros da falta de credibilidade das testemunhas³³.

São situações que revelam que a cultura inquisitorial está enraizada na instrução processual, revelando que apesar da superveniência de uma Constituição democrática, ainda vive corpo dos atores processuais o espírito do Código de 1941.

3.3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO ESSENCIAL NO MODELO ACUSATÓRIO-DEMOCRÁTICO DO PROCESSO PENAL CONTRA A PRÁTICA DE DEFESAS TÉCNICAS MERAMENTE FORMAIS

A Defensoria Pública como órgão de assistência jurídica é preexistente à Constituição de 1988, mas foi a partir desse Texto que ela se constitucionalizou e passou a ser prevista como essencial à função jurisdicional do Estado. Definiu-se, portanto, o modelo público de assistência jurídica no Brasil por meio de uma instituição específica e organizada para esse mister.

Ao longo desses trinta anos de Constituição, a Defensoria Pública passou por uma evolução e está hoje reconhecida constitucionalmente como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático, incumbida fundamentalmente da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e

32 HC 183.696/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012.

33 Ob. cit., p. 475.

extrajudicial, de forma integral e gratuita, dos direitos individuais e coletivos aos necessitados³⁴.

Na doutrina e na jurisprudência foi identificada sua missão de guardião dos direitos dos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade – *custos vulnerabilis*³⁵ –, fortalecendo-se a sua posição primordial para o atingimento das metas da República.

No campo criminal, as lições de Ferrajoli já apontavam no sentido de que deve haver paridade de partes com a presença de um defensor público que denominou de Magistratura ou Tribuna da defesa, órgão estatal “antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação”, com instrumental necessário e apto a fazer frente ao acusador³⁶.

Nesse contexto, a manutenção de um sistema de justiça que não atende à determinação constitucional de não somente implementar, mas também fortalecer a Defensoria Pública, na condição de órgão de Estado com a missão institucional de assistência jurídica a indivíduos e grupos vulneráveis, revela mais uma faceta da sub-rogação do acusado ao poder punitivo do Estado em detrimento dos princípios republicanos.

É precioso ressaltar que organismos internacionais, a exemplo da Organização dos Estados Americanos (OEA), reconhecem a importância do papel desempenhado pela Defensoria Pública na proteção aos direitos fundamentais do ser humano e no acesso à Justiça para todas as pessoas, especialmente as que se encontram em situação de vulnerabilidade, conforme restou expresso nas Resoluções nº 2.714/12³⁷ e nº 2.887/16³⁸ da Assembleia Geral da OEA.

A significação de ser uma expressão e instrumento do regime democrático alça a Defensoria Pública como coagente da atividade fim do Estado em busca da conquista de seus objetivos republicanos, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito ou formas de discriminação, dentre outros. Afinal de contas, garantir direitos da população vulnerável e proteger a sua dignidade humana é fomentar o exercício da cidadania – em sua maior amplitude – por todos, viabilizando a concretização da democracia.

Nesse diapasão, a mitigação de política pública que valorize a ampliação estrutural e organizacional da Defensoria Pública também reflete negativamente na realização de um processo penal de perfil democrático. Na prática, a ausência de defensores públicos em todas as comarcas e de juízes e promotores implica a nomeação pontual de profissionais (advocacia dativa) pelo juiz para a atuação, muitas vezes, em atos

34 Art. 134 da CRFB/88, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

35 Najurisprudência, dentre outros: STFHC 143.641; TJSP, Agravo de Instrumento 200712558.2018.8.26.0000. Na doutrina encontram-se Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa, Cassio Sparpinela Bueno, Jorge Bheron Rocha, Maurilio Casas Maia, dentre outros.

36 FERRAJOLI, Luigi, 2002, p. 467.

37 LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: [...] 2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia; 3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad en todas las etapas del proceso; 4. Reiterar una vez más a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales gocen de independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica. [...]

38 [...] Hacia la defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la integridad y libertad personal. [...]

isolados (*ad hoc*) durante o processo. Assim, não raro se vê nomeações acontecendo por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento, onde o advogado que recebe a incumbência jamais teve contato com a causa e/ou com o acusado, não conhece os autos e os elementos de informação. São nomeações que buscam legitimar o ato instrutório e dar seguimento à marcha tendente à provável condenação.

O sistema está formado assim, perpetrando-se um estado de consensualidade entre os atores do sistema de Justiça em que ninguém se rebela contra a total afronta a preceitos e garantias fundamentais ligados ao Estado Democrático de Direito e a um sistema acusatório de processo penal. Não se pode esquecer que o contraditório e a ampla defesa, como garantias de todo acusado, não se constituem apenas de defesa formal, mas de efetivo instrumento de contraposição à acusação com capacidade para interagir e reagir com eficiência e igualdade.

A propósito, Badaró defende a ideia de que o contraditório deve se apresentar efetivo e equilibrado, não podendo ser assim considerada a simples possibilidade de reação. Segundo ele, o processo dialético se aperfeiçoa por tese e antítese com “conteúdos e intensidades equivalentes” a fim de permitir uma síntese mais justa apoiada em bases simétricas³⁹. Grinover, por sua vez, sustenta que “a reação no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica entre as partes há de ser real e não apenas formal”. E assevera que o Judiciário deve se portar como garantidor de direitos fundamentais ao enunciar que “o juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando para tanto seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrio entre os ofícios da acusação e defesa⁴⁰.”

Portanto, a sistemática de nomeação da defesa técnica pelo juiz, comumente de forma *ad hoc* para participação em atos processuais como a audiência de instrução, nega a possibilidade de um contraditório efetivo e uma defesa realmente ampla pela dificuldade do profissional inteirar-se do conteúdo do processo a tempo de preparar-se dignamente⁴¹. E “defesa sem tempo suficiente é ausência de defesa, ou, no mínimo, defesa ineficiente”⁴². Para além disso, há de se ter um órgão com capacidade de atuação defensiva na mesma intensidade das forças do Estado-acusação.

Há uma tendência natural de manter-se o *status quo* e facilitar o desenrolar da trilha processual. Por vezes, a autoconfiança do julgador ou a assunção de autossuficiência leva-o a se posicionar como protagonista no jogo e a acreditar que extrairá, por condução própria, a melhor interpretação dos fatos processuais, transformando-se, inconscientemente, em fonte de autoritarismo no processo penal⁴³. A defesa técnica, portanto, é relegada a uma

39 Ob. cit., p. 55.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini, 1990, p.12, apud BADARÓ, Gustavo Henrique, 2016, p. 55.

41 A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH dispõe como garantia mínima processual a “concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa” (artigo 8º, item 2, c).

42 Ob. cit., p. 59.

43 Notícia divulgada em 28/9/2016 na página virtual do CNJ textualiza que, segundo o Conselho, em decisão no Procedimento de Controle Administrativo 0000071-07.2015.2.00.0000, a ausência de membro do órgão de acusação (Ministério Público) não impede a realização da audiência de instrução e julgamento criminal (disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83558-ausencia-de-membro-do-mp-nao-obriga-adiamento-de-julgamento-decide-cnj-2>). Isso reforça a imagem de um Judiciário que se coloca em posição de protagonismo e autossuficiência na condução do processo penal.

posição de mero cumprimento de um *script* legal que exhibe na prática a presença das matrizes inquisitórias.

O procedimento cognitivo pelo qual são tomadas as decisões, outrossim, pode ajudar a entender esse comportamento. Como explica Rosa, “em geral o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc) o que não convém”. Assim, é aparentemente mais fácil ao julgamento da causa uma defesa técnica conformada do que irresignada e questionadora, pois esta última fará contrapontos a serem superados motivadamente pelo julgador. E segundo o autor “o que contradiz as premissas entrincheiradas causa desconforto e inquietude, forjando-se mecanismos de defesa, capazes de manter a aparente coerência com o novo acrescentado”⁴⁴.

Assim, aquela lógica sequencial de tese, antítese e síntese não se acomodada com perfeição na mente do julgador, pois de acordo com o referido alerta de Coutinho, há uma tendência humana de primeiro decidir e somente depois procurar os fundamentos para justificar a tomada de decisão. Na prática, isso significa que o juiz formará o seu convencimento desde o início, ao ter contato com os primeiros elementos de informação. Evidentemente, a sua percepção poderá sofrer alterações, mas a tendência é que a sua impressão inicial norteie as suas posições e decisões no curso do processo, influenciando fortemente na sua condução até a sentença, inclusive em relação à produção de provas. Terá, certamente, mais dificuldade diante a dissonância cognitiva que balança a coerência interna estruturada pela experiência vivida e ideias formada no mapa mental.

Por isso, Rosa argumenta que deferir perguntas, acolher ou rejeitar pedidos de medidas cautelares, decretar prisões e outras decisões pressupõem antecipação cognitiva. O momento pós-decisão se constitui pela exposição de motivos com olhar retrospectivo, onde as justificativas são forçadamente consonantes com a posição já tomada, razão pela qual nesse processo há um comportamento ativo de fuga de contato com elementos de contraposição.

Portanto, para Gloeckner, o julgador tende à evitação de informações que infirmem as suas crenças e que poderiam conduzir a um caminho alternativo às hipóteses já construídas⁴⁵.

Fica claro nesse contexto que o processo penal dialético se enfraquece, reduzindo também a efetividade das garantias processuais próprias de um sistema penal acusatório iluminado por uma Constituição democrática.

3.4 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência – para muitos, princípio da presunção de não culpabilidade⁴⁶ – tem exata previsão constitucional no rol dos direitos e garantias

44 ROSA, Alexandre Morais da, 2017, p. 15.

45 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, 2015, p. 276, apud ROSA, Alexandre Morais da, 2017, p. 18.

46 Há quem diga que ao enunciar que “ninguém será considerado culpado...”, a Constituição não explicitou a presunção de inocência, mas sim de não culpabilidade. Bastante significativa essa discussão, pois, para alguns, presumir-se não culpável tem abrangência menor do que presumir-se inocente, apesar da doutrina majoritária dar o mesmo significado para ambas as expressões. A ideia de distintas significações, como bem aponta Marina Haline de Souza em monografia sobre o tema (SOUZA, 2018, p. 28), tem origem na redemocratização italiana, onde os teóricos que defendiam a extrema amplitude da liberdade individual contra o sistema fascista de outrora pregavam a máxima intensidade da presunção de inocência no texto

fundamentais nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Apesar da clareza da norma, suas implicações não foram consensuais durante esses trinta anos da Constituição. No tocante à sua incidência sobre a viabilidade de prisão penal antes da definitividade do juízo condenatório, o cenário tem se mostrado bastante instável ao longo dos anos. O CPP, em sua redação original, previa a impossibilidade do réu recorrer da sentença condenatória sem recolher-se à prisão⁴⁷. Em outras leis extravagantes, instituídas na era democrática, havia dispositivos semelhantes, condicionando-se o exercício do direito recursal ao aprisionamento⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a enfrentar por diversas vezes essas disposições, à luz do princípio da presunção de inocência, pois havia ali o comando de submissão a uma pena cujo pressuposto – culpabilidade/responsabilidade penal pelo cometimento de crime – ainda não estava definitivamente reconhecido.

Durante muito tempo foi se firmando uma posição majoritária no Tribunal com o entendimento de que o princípio da presunção de inocência “não inibe a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário⁴⁹”. Porém, sempre houve quem discordasse no âmbito do próprio órgão jurisdicional, a exemplo do ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, não sendo prisão cautelar que exige decisão motivada, a prisão que decorre da sentença caracteriza execução antecipada da pena e, neste caso, a “antecipação de execução da pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data vêniam, que *hurlent de se trouver ensemble* [coisas incompatíveis]⁵⁰”.

Também são de Pertence as palavras de advertência sobre os reflexos democráticos no processo penal: “creio que não é mais possível continuar brincando de que nada mudou, com o advento da Constituição. [...] estou absolutamente convencido de que mudou e de que não é mais possível fingir de que tudo continua a mesma coisa”.

Em 2008, o código de processo penal foi alterado mediante a revogação do dispositivo que exigia o recolhimento à prisão como pressuposto do recuso de apelação. E em 2009, finalmente, a orientação no Supremo Tribunal Federal sofreu brusca guinada quanto ao princípio da presunção de inocência, ocasião em que o plenário decidiu que a prisão antes do trânsito em julgado só poderia ocorrer a título cautelar – leia-se: prisão preventiva –, inadmitindo-se a execução antecipada da pena⁵¹.

Apesar do estreito elo com o princípio da presunção de inocência criado a partir

constitucional, enquanto teóricos capitaneados pela doutrina do jurista italiano Vincenzo Manzini buscavam pôr freios à previsão de uma presunção de inocência. Assim, a Constituição italiana de 1947 sofreu a resistência autoritária e enfatizou, assim como a brasileira, a não culpabilidade ao invés da inocência: “l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

47 Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

48 Cite-se, p.ex., art. 9º da Lei nº 9.034/95, art. 3º da Lei nº 9.613/98 e art. 2º, §2º da Lei nº 8.072/90, em suas redações originais.

49 HC 82490, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29-11-2002. Muitas foram as decisões nesse sentido: HC 68726, HC 70662, HC 71723, HC 80174, HC 91.675, dentre outros.

50 HC 69964, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-07-1993.

51 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 26/02/2010.

de então, ele foi novamente rompido em 2016, quando em habeas corpus, por maioria de votos, o STF decidiu ser possível a execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição sem isso significar ofensa à Constituição⁵². Posteriormente foram ajuizadas duas Ações Diretas de Constitucionalidade⁵³ buscando-se a afirmação da validade do art. 283 do CPP⁵⁴, onde foram negadas as medidas cautelares pleiteadas de suspensão das execuções provisórias.

Tanto no caso concreto quanto nas ações de controle abstrato predominaram argumentos metajurídicos de conotação político-social, como por exemplo o aumento de recursos pela defesa, a efetividade do direito penal, expectativa de justiça e a sensação de impunidade, razoável duração do processo, segurança pública, dentre outros. Aliás, restou expresso no voto do ministro Gilmar Mendes que sua decisão levava em conta não somente o aspecto normativo, mas a realidade brasileira. Suas palavras:

a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade⁵⁵.

Portanto, os votos denotam que os ministros têm consciência do contorcionismo interpretativo propositadamente realizado para afastar a única interpretação eminentemente técnico-jurídica cabível, tendo por fim fazer prevalecer os interesses e anseios da sociedade de momento. O que e viu, portanto, foi uma forte utilização do senso comum e do clamor social para o direcionamento de uma decisão com aspectos mais políticos do que jurídicos.

Como já se afirmou, na democracia as liberdades individuais prevalecem sobre argumentos de Estado e a dignidade da pessoa humana não cede ao suposto direito fundamental da sociedade. O posicionamento adotado atualmente pelo STF revigora, por coincidência de raciocínio, o pensamento prevalecente pelas autoridades do Estado Novo, a exemplo de Francisco Campos, para quem as garantias processuais eram consideradas favores que mais serviam de obstáculo à necessária repressão e estímulo ao aumento da criminalidade. Para ele, deveria ser “abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”⁵⁶.

Portanto, a prática fomentada pela jurisprudência do STF, nesse ponto, também é um sinal da pecha autoritária, apesar do advento da Constituição cidadã, já balzaquiana⁵⁷.

3.5 OUTRAS PRÁTICAS ANTAGÔNICAS AO MODELO DEMOCRÁTICO-ACUSATÓRIO

Muitos outros dispositivos e comportamentos processuais reverberam a índole

52 HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 17/05/2016.

53 ADC nº 43 e ADC nº 44.

54 Art. 282. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

55 ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, DJe 07-03-2018.

56 Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. DOU, 13/10/1941.

57 Uma analogia à obra de Honoré de Balzac, A Mulher de Trinta Anos (tradução).

antidemocrática no processo penal. Sem a intenção de esgotar os traços marcadamente inquisitorial e/ou autoritário nesse sistema, apontam-se:

(a) **A previsão de instauração de inquérito policial por requisição (leia-se: determinação) da autoridade judiciária**⁵⁸. O magistrado que age dessa maneira se coloca como órgão propulsor da investigação e já parte de uma preconcepção, ainda que incipiente, sobre o fato a ser apurado, afastando-se do centro de imparcialidade.

(b) **A figura do julgador como instrumento de controle sobre o posicionamento do titular da ação (promotor natural) quando, ao contrário deste, entende não ser caso de arquivamento de inquérito policial e provoca a revisão do entendimento pelo órgão superior do Ministério Público**⁵⁹. Apesar de constar da Exposição de Motivos do CPP que o objetivo dessa fórmula foi “dirimir dúvidas” que costumam surgir no caso de recusa do promotor de justiça em oferecer a ação penal, há uma inequívoca quebra da imparcialidade e da inércia do órgão julgador, que demonstrando insatisfação pelo arquivamento toma partido sobre o tratamento a ser dado ao caso, imiscuindo-se na opinio delicti que, nessa fase, é exclusiva do Ministério Público.

(c) **Juiz que condena apesar do pedido de absolvição pelo Ministério Público, nas ações penais públicas**. Prática autorizada pelo art. 385, mas que fere o princípio acusatório, a inércia da jurisdição e a di visão orgânica que outorga ao Ministério Pública a pretensão acusatória. Sem esta última, perde o Estado o poder de punir, em razão da vinculação entre eles.

(d) **A decretação da revelia e conduções coercitivas do investigado/acusado**. Utiliza-se, no processo penal, de instituto típico do processo civil (a revelia), onde majoritariamente se trata de interesses privados disponíveis, reprovando-se (ainda que de forma atenuada em relação ao processo civil) o não agir do réu como se ele tivesse de ter comportamento ativo em processo no qual se presume, até prova em contrário reconhecida por decisão definitiva, a sua inocência, recaindo todos os ônus sobre à acusação. A prática das conduções coercitivas⁶⁰ – como se viu ocorrer até bem pouco tempo – transforma o imputado em objeto processual e fere o seu direito ao silêncio⁶¹ e à inatividade processual (*nemo tenetur se detegere*), lido como a “proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação”⁶². Eros Grau, enquanto ministro do STF, enfatizou alhures que “nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais”⁶³.

58 Art. 5º, inc. II do CPP.

59 Art. 28 do CPP.

60 O art. 260 dispõe que “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. O dispositivo foi enfrentado na ADPF nº 444, julgada procedente em 14/6/2018 para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório.

61 O CPP demonstra mesmo sua faceta autoritária ao ressaltar que, embora o silêncio do acusado não importe em confissão, “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (art. 198).

62 LIMA, Renato Brasileiro, 2017, p. 69.

63 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 26/02/2010. Oportunas também as palavras de Badaró: “no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito,

(e) **A relativização das nulidades.** Contrariando a premissa de que forma é garantia e limitação de poder, os tribunais pátrios vêm adotando mais um instituto civilista no processo penal, exigindo-se a comprovação de prejuízo na extensão da generalidade de significação do termo. O que se tem por prejuízo? Não se sabe, sempre dependendo da absurda discricionariedade de avaliação do órgão julgador.

(f) **Aplicações ampliativas da expressa “garantia da ordem pública” para fundamentar prisões preventivas.** Utiliza-se o processo penal como um instrumental a serviço da segurança pública e defesa social, por meio do sofisma de que se estaria, assim, respeitando-se a Constituição na medida em que esta trata a segurança e o bem estar como valores e direitos a serem protegidos. A maior falha está em utilizar o processo penal como mecanismo para esse fim.

(g) **Utilização indiscriminada da videoconferência para interrogatórios.** Argumentos que buscam embasar a medida em questões de economia, eficiência, segurança (sem apontar os riscos concretos da situação) ou de logística procedimental em detrimento da instrumentalidade das garantias individuais do acusado, com ênfase na ampla defesa, coloca razões de Estado acima das liberdades individuais fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Conforme já demonstrado, em regimes autoritários, questões de Estado são usualmente arguidas como justificativas para restrições dos direitos e garantias individuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fácil perceber que, na prática, o processo penal não se distanciou diametralmente da postura inquisitorial assumida sob a égide do Estado Novo, apesar das reformas por que passou o respectivo Código. Nesse contexto, a Constituição completa trinta anos sem poder comemorar a plena eficácia de seu programa democrático, pois enfrenta forte oposição de discursos autoritários, afinal, como preconizam Lopes Jr. e Gloeckner, os sistemas processuais passam pela questão cultural democrática, de modo que “de nada adianta mudar a ‘fachada’ [legislação] quando uma cultura floresce em seus recônditos interiores”⁶⁴.

A CRFB/88, como discursou o presidente da Constituinte, nasceu para mudar os rumos da Nação, ser a voz, a letra e a vontade política da sociedade. No entanto, em um ambiente multifacetário, de vontades distintas, ecoam vozes contra a estrutura democrática e a carta de direitos fundamentais. Trinta anos depois, o país continua soterrado em crises jurídica, política, econômica e social. De um grupo com 189 países, ocupamos a 79ª posição da lista em Índice de Desenvolvimento Humano; somos o 9º país mais desigual do planeta, em que nos últimos dois anos os 50% mais pobres sofreram redução de 3,5% em seus rendimentos e os 10% mais ricos obtiveram aumento em 6%; mulheres ganham, em média, apenas 70% do que ganham os homens, enquanto que negros ganham apenas

mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. [...]. Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade” (ob. cit., p. 96).

64 Ob. cit., p. 63.

53% do que ganham os brancos; temos cerca de 15 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza, ganhando menos de US\$ 1,90/dia e 22% da população não auferindo mais do que US\$ 5,5/dia⁶⁵.

O Estado liberal com o discurso de minimização de sua estrutura e serviços se abstém de oferecer políticas públicas sociais de qualidade e de proteção das minorias, porém, cobra severamente da população vulnerável um comportamento ideal, modelado pelos interesses implícitos do direito penal. Cobram-se de indivíduos em situação de rua, de jovens frutos de uma infância de abandono pela família e sem apoio das estruturas do Estado, de seres mal nutridos e mal letrados, de mulheres vulneráveis pela violência doméstica e exploradas pelo tráfico, de pessoas sem emprego e sem condições sanitárias de manter-se em uma vida digna, enfim, cobram-se deles uma ética puritana sob pena de sofrerem os rigores da lei.

Tecendo oportuna crítica ao modelo de ensino dos cursos jurídicos no país, Shimizu e Strano advertem para as dificuldades que os futuros profissionais enfrentarão na aplicação do Direito em busca de soluções aos problemas reais, à luz de uma concepção hermética e legalista das sanções penais que adquiriram na graduação:

Os novos 'doutores', bacharéis em Direito, tentarão, então, ensinar o conceito de saúde pública a indivíduos que nunca foram decentemente atendidos em hospitais públicos; dissertarão sobre a importância do patrimônio a pessoas que não possuem renda; enaltecerão o respeito e a vida a indivíduos que sempre foram desrespeitados e que convivem com a morte desde a infância; pregarão a imponentia da norma e do sistema de justiça àqueles que nasceram em situação de descaso estatal e social, dentre outros inúmeros exemplos que ilustram o distanciamento entre a operacionalização do sistema jurídico e a realidade que ele toca⁶⁶.

Como observa Pastana, conquanto as estatísticas demonstrem que o recrudescimento penal não diminui a criminalidade (mas, abarrota as penitenciárias permitindo a proliferação de organizações criminosas), “esse discurso ganha cada vez mais legitimidade e, de forma paradoxal, associa-se à defesa da democracia”⁶⁷.

E o que se vê hodiernamente é o desrespeito à Constituição, inclusive por aqueles que deveriam protegê-la, sob o frágil fundamento de defesa da sociedade e atendimento às vozes da rua. Mas a verdade é que desde a promulgação do Texto de 1988, o Brasil saltou de menos de 90 mil para mais de 720 mil presos, evidenciado que o discurso conflita com a prática, pois estudos comprovam que o aumento da taxa de encarceramento pouco ou nada contribui para a redução dos índices de criminalidade⁶⁸.

Após trinta anos, a Constituição sofre a resistência do “eu” autoritário que existe em cada um dos brasileiros, em alguns adormecido, em outros eufórico como nunca.

Calham nesta hora as palavras de Ulysses Guimarães por ocasião do renascimento jurídico da democracia. Dizia ele que “a Constituição certamente não é perfeita. Ela própria

65 OXFAM BRASIL. 2018. País Estagnado: Um Retrato das Desigualdades Brasileiras 2018. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf>

66 SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador, 2014, p. 380-381.

67 PASTANA, Debora Regina, 2009, p. 141.

68 LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Causes os prison overcrowding. UNITED NATIONS ASIA AND FAR EAST INSTITUTE, Report of the workshop Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities. 2011. Disponível em: <https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/12th_Congress/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf>.

o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca”⁶⁹.

69 Discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da CRFB/88, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>>.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 4, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SOUZA, Marina Heline de. **O retrocesso do princípio da presunção de inocência no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade** 43 e 44.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). **Universidade Estadual de Ponta Grossa**, Ponta Grossa, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

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

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156**. Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2011, p. 5. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Editora Tirant Lo Blanch, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal: INTRODUÇÃO Crítica**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processos penal**. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MACIEL, Marco. **Compromisso com a nação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198652/000836750.pdf?sequence=1>

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OXFAM BRASIL. 2018. **País Estagnado: Um Retrato das Desigualdades Brasileiras 2018**. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso**

democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**. 2. Ed. Florianópolis: Editora Empório Modara, 2017.

SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. **O Defensor Público e a criminologia: da “desalienação” à resistência**. In: Temas aprofundados da Defensoria Pública. V.1. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A questão criminal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.



EM BUSCA DE MORADIA CONSTITUCIONAL

Olenka Lins e Silva Martins Rocha¹

Resumo: A questão da moradia ou da falta dela é assunto que merece análise e discussão urgente e permanente. A sobreposição nos Tribunais do Direito de propriedade, na maior parte das vezes, afastada da exigência do cumprimento da função social é problema grave e estimulador da tão nefasta e conhecida exclusão ou segregação socioespacial, responsável por tantas outras mazelas, numa relação quase sempre ignorada. A moradia digna e adequada é direito fundamental social previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Uma análise das estatísticas relacionadas ao déficit habitacional no país nos revela que a falta de conhecimento e de utilização dos instrumentos de fiscalização da função social da propriedade, bem como de regularização fundiária agravam o quadro e abrem caminho para tragédias e perpetuação da miséria. O presente artigo tem por objetivo a análise dos diversos aspectos relacionados ao tema, dos instrumentos disponíveis na legislação nacional e internacional como forma de solução do problema, da relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, e da importância para a efetivação da justiça social em nosso País.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito Social fundamental à moradia. Função Social da Propriedade. Déficit habitacional. Regularização Fundiária. Lei nº 13.465/2017. Justiça social.

Abstract: The issue of housing or lack of housing is a matter that deserves urgent and permanent analysis and discussion. The overlap in the Tribunals of the right to property, often is parted from its demand to fulfill the social function, is a serious problem that stimulates the disastrous and well-known exclusion or socio-spatial segregation, responsible for so many other ills, in a relation usually ignored. Decent and adequate housing is a fundamental social right foreseen in the Federative Constitution of the Republic of Brazil of 1988 and in international treaties to which Brazil is a signatory. An analysis of statistics related to the housing deficit in the country reveals that the lack of knowledge and use of instruments for monitoring the social function of property, as well as land regularization aggravate the picture and open the way to tragedies and the perpetuation of misery. The purpose of this article is to analyze the various aspects related to the subject, the instruments available in national and international legislation as a way of solving the problem, the relationship with the constitutional principle of the dignity of the human person, the social function of

¹ Defensora Pública do Estado do Paraná. Coordenadora do Núcleo Itinerante das Questões Fundiárias e Urbanísticas. Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Pós graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Pós graduada em Direito Civil, Empresaria e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Coordenadora da Comissão Especial de Mobilidade Urbana, Moradia e Questões Fundiárias da ANADEP. Membro da Comissão Especial do Direito Social à Moradia e questões fundiárias do CONDEGE.

property, and importance for the realization of social justice in our country.

Keywords: Social rights. Fundamental Social Right to Housing. Social Function of Property. Housing Deficit. Land Regularization. Law n. 13.465/2017. Social Justice.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tenho perguntado o que exatamente fiz nesta passagem para merecer integrar uma Instituição com a qual sempre sonhei, pela sua missão e possibilidade de aliar ideologias e convicções pessoais à vida profissional. Carreira que vi ser exercida com amor e maestria, por quase três décadas no estado do Rio de Janeiro, por meu pai e eterna fonte de inspiração, Dr. Elmar Rodrigues Martins, para quem desistir nunca foi, não é e nem nunca será uma opção. Profissão que aprendi ser fundamental para a concretização do direito social à moradia pelas mãos, palavras e exemplos dos mestres e amigos, Dr. Walter Elycio Borges Tavares, Defensor Público, também daquele estado e Luiz Cláudio Vieira, Diretor de Regularização Fundiária do Instituto de Terras e Cartografia do Estado do Rio de Janeiro (ITERJ), guerreiros incansáveis na luta pelo mencionado direito social.

A Defensoria Pública, definida pela Constituição Federal (CRFB/88) como *“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.”*², é, sem dúvidas, das mais nobres existentes no mundo.

E é especificamente dentro deste *munus* constitucional que se insere a defesa do direito social à moradia, direito humano, intimamente relacionado ao princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, e positivado como direito fundamental na sistemática constitucional vigente, como se verá adiante.

A questão da moradia ou da falta dela é discussão urgente. A sobreposição nos Tribunais do Direito de propriedade, na maior parte das vezes, afastado de sua exigência ao cumprimento da função social é problema grave e estimulador da tão nefasta e conhecida exclusão ou segregação socioespacial, responsável por tantas outras mazelas, numa relação quase sempre ignorada.

Já em 2006 em texto disponibilizado na rede mundial de computadores³, Rute Imanishi Rodrigues, da Diretoria de Estudos Macroeconômicos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Governo Federal (IPEA), alertava para a vinculação entre moradia precária e a violência.

Na ocasião, ao analisar a relação entre a pobreza e a violência urbana na cidade de São Paulo – SP, concluiu a autora, em suma, que:

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 134. Disponível em: [www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08.set.2018.

3 Disponível em 08 de setembro de 2018 no seguinte endereço eletrônico: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1187.pdf

(...) o local de moradia, e não a renda, é a variável mais adequada para avaliar a associação entre a pobreza e a violência na cidade. O corte espacial permite observar as inter-relações entre as dimensões econômica, social e dos direitos que são fundamentais para se compreender a dinâmica da violência, mas que dificilmente seriam percebidas através da observação da renda apenas (...)

E ainda que:

(...) Os dados mostram que há forte correlação espacial entre os locais de moradias precárias e as taxas de homicídios. As estatísticas sobre as condições de habitação, educação e trabalho da população das moradias precárias informam que esse grupo populacional sofre desvantagens econômicas e sociais tão ou mais graves que a dos pobres de renda em geral, a despeito de as moradias precárias não serem habitadas apenas por pobres de renda.

Inquestionável a conclusão da autora.

Muito da problemática que gira em torno do tema tem origem nos sucessivos ataques que a moradia, direito, como dito, indissociável da dignidade da pessoa humana, vem sofrendo na seara administrativa, legislativa e judiciária.

A sua clássica conceituação como bem social subjetivo, de prestação obrigatória do poder público vem, há muito, sendo deixada de lado por quem de direito.

Conforme assevera J.J. Gomes Canotilho⁴, “o desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado”.

No entanto, de acordo com o conceituado autor:

A segunda deslocação da socialidade remete-nos para a problemática da dessubjectivação regulatória. De uma forma ou de outra, os figurinos o ‘service publique’, à francesa, e do ‘Daseinsvorsorge’, à alemã, justificavam a existência de serviços garantidores de cidadania social e econômica quanto aos bens públicos essenciais. Subjacente à missão do Estado social, estava a ideia dos “bens sociais” (saúde, ensino, segurança, trabalho) como bens públicos que só excepcionalmente podiam ser prosseguidos por privados. A convergência das políticas liberalizadoras (globais e europeias) e privatizadoras juntamente com a atribuição a entidades independentes da competência regulatória conduzem uma rotação de 360 graus na qualificação desses bens. Agora são bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos. A socialidade estatal é um lugar incerto. Por um lado, a ideia de serviços públicos de interesse econômico feral é uma fórmula de manutenção do acesso a bens essenciais (energia, água telecomunicações) não já na qualidade de cidadão social, mas sim na qualidade de utente ou de consumidor. É possível que, em termos de eficácia e eficiência, no ‘novo modelo’ seja mais transparente e racional, mas não é líquido que lá onde falha o mercado o Estado Social possa ser substituído por um conglomerado de serviços privados aqui e ali sensíveis às responsabilidades sociais.”

O imbróglio é enorme, público e notório. Também o são aqueles que lutam para a mudança do quadro.

Como também se pretende demonstrar, os instrumentos de fiscalização da função social da propriedade e a regularização fundiária, definida pela importante lei nº 13.465/2017⁵, mais recente marco legal sobre o tema no país, como conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos

4 BRASIL, J.J Gomes Canotilho. O Direito Constitucional como ciência de direção – O Núcleo Essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In: Canotilho, J.J. Gomes et al (Coord.). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo:Saraiva, 2015. cap. 1, p.14-15.

5 BRASIL. Lei n. 13.465 de 2017. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 de setembro de 2018.

urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes” são instrumentos cruciais para a efetivação do direito social à moradia digna e adequada e, como tal, deve ser levada a sério pelos que têm o dever de empreende-la de maneira integral.

Essas são, em resumo, as premissas que inauguram o presente trabalho.

2 O DIREITO SOCIAL À MORADIA E A SUA TUTELA NACIONAL E INTERNACIONAL

Não se discute que os direitos fundamentais sociais são conquistas obtidas gradual e paulatinamente, no cenário mundial, tendo ingressado no ordenamento jurídico de grande parte dos países como reação aos horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial, respaldados em um conceito de legalidade vazio e dissociado do princípio, hoje reconhecido e aplaudido, da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, instituiu expressamente um Estado Democrático de Direito que, nos termos de seu Preâmbulo, visa assegurar o pleno exercício dos Direitos Fundamentais nela estabelecidos.

Como bem resume a mestre Fernanda Priscila Ferreira Dantas, em seu excelente livro sobre o tema⁶:

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 prevê como um dos fundamentos da república Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Numa análise sequenciada do texto constitucional, vislumbra-se que, dentre os objetivos fundamentais da República estabelecidos, tem-se o de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme o art. 3º da Constituição Federal de 1988. Dentre os princípios norteadores da Federação, tem-se a prevalência dos direitos humanos, nos moldes do art. 4º, inc. II, da Constituição de 1988. O Art. 23 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, determina que, dentre as competências comuns dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, está a de zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de forma a promover a integração social dos setores menos favorecidos. Nessa temática, aduz o art. 170, o qual principia o título da ordem econômica e financeira, que a mencionada ordem tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna. O art. 193, que trata da ordem social dispõe que a ordem social objetiva o bem estar e a justiça social.

(...)

Assim, restam evidenciados inúmeros dispositivos e previsões contidas no texto da Constituição Federal de 1988, cuja parte do seu núcleo imutável e de teor mais valorativo corresponde aos direitos fundamentais, nos quais os sociais, como dito, estão inclusos.”

Na verdade, tal panorama começou a ser delineado no Brasil quando da promulgação da Constituição de 1934 que é tida como o primeiro marco normativo no país, em relação aos direitos sociais. A perspectiva estabelecida na mencionada Constituição foi mantida nas de 1937 e 1946, sendo certo que a de 1967 trouxe o direito de propriedade sob dois aspectos: o individual e o social⁷.

A Constituição de 1988, como se sabe, estabeleceu em seu art. 6º, o direito social fundamental à moradia, nos seguintes termos:

6 Dantas, Fernanda Priscila Ferreira. Direitos Sociais no Brasil. Desafios e Mecanismos para sua Concretização. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 23-24.

7 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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 Constituição⁸.

Mas nem sempre foi assim. Não obstante quando da sua promulgação o seu art. 7º⁹ já apontar, ainda que indiretamente, o mencionado direito social, este somente ingressou expressamente na Constituição vigente no ano 2000, por força da emenda constitucional nº 26.

Não é preciso dizer que tal descuido constituinte serviu de brecha para a não efetivação do direito em questão por muitos e muitos anos.

No plano internacional, a necessidade de proteção à moradia foi identificada ainda quando da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, diga-se de passagem, foi promulgada pela Resolução 271 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948, data em que foi ratificada pelo Brasil.

No art. XXV, item I da indigitada Declaração, já se fixava a moradia como item indispensável a uma vida digna, pautada no bem-estar, nos seguintes termos:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito a segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹⁰”

Como se observa, ainda não se utilizava à época o termo “moradia”, fato que só se explicitou com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aderido pelo Brasil vinte e seis anos após a ratificação por diversos outros países e que em seu art. 11 estabelecia que:

“Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para a sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida”¹¹.

Mais recentemente, o direito à moradia também foi previsto como direito essencial fundamental do homem, como é o caso da Agenda 21, estabelecida na Rio 92, e da Agenda Habitat, estabelecida na Conferência do Habitat II, de Istambul em 1996, para as quais “os governos devem tomar apropriadas ações em ordem para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia.”¹²

A conclusão é óbvia: qualquer normativa ou ato administrativo ou judicial que venha a

8 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 6º. Disponível em: [www .planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08.set.2018.

9 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]

V - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;[...]

10 Disponível em 08 de setembro de 2018 no seguinte endereço eletrônico: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

11 PINHEIRO, Marcelo Rebello. A Eficácia dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional : em busca da superação de obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

12 SOUZA, Op. Cit., p.66, 2004.

ignorar o exercício do direito sob comento está a afrontar direito humano fundamental e a ferir de morte declarações, convenções e pactos internacionais.

3 VISÃO GERAL SOBRE A SITUAÇÃO DO DÉFICIT HABITACIONAL NO PAÍS

Lamentavelmente, a obviedade da conclusão acima não é exatamente tão clara para os que deveriam zelar pela sua execução.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar em texto publicado anteriormente¹³ (para comentar a tragédia ocorrida no Largo do Paissandu em São Paulo na madrugada do dia 1º de maio de 2018, com o incêndio e desabamento de prédio público, ocupado por população de baixa renda, com dezenas de vítimas), e que aqui se transcreve por trazer dados importantes ao raciocínio que se quer destacar, a situação do déficit habitacional no Brasil é assunto que merece séria análise e providência.

Para que se esclareça, o conceito de déficit habitacional é muito utilizado para apontar a necessidade de construção de novas moradias pelo poder público para atender à demanda habitacional em determinado momento. Tal informação quando atrelada à outra, relativa a inadequação das moradias existentes, é capaz de nos fornecer o panorama geral do problema no Brasil.

O déficit habitacional nos proporciona uma noção mais imediata da necessidade de construção de novas moradias para controle do caos social, enquanto a inadequação de moradias indica problemas na qualidade de vida dos moradores. Calcula-se o déficit habitacional levando-se em consideração as habitações precárias, a coabitação familiar, o ônus excessivo com aluguel e o adensamento excessivo de domicílios alugados.

Já o cálculo da inadequação dos domicílios se dá por meio da análise da carência de infraestrutura urbana (energia elétrica, abastecimento de água, esgotamento sanitário e coleta de lixo), adensamento excessivo de domicílios urbanos próprios, ausência de banheiro exclusivo, cobertura inadequada e inadequação fundiária urbana.

De acordo com estatísticas da Fundação João Pinheiro¹⁴, que utiliza metodologia considerada referência pelos estudiosos da questão habitacional e adotada oficialmente pelo Governo Federal, o déficit habitacional estimado no país correspondia, em 2015 a 6.355 milhões de domicílios, dos quais 5,572 milhões, ou 87,7%, estavam localizados nas áreas urbanas e 783 mil unidades encontram-se na área rural.

No tocante à localização, nas regiões sudeste, sul e centro-oeste, o déficit habitacional nas áreas urbanas, segundo a mesma fonte, ultrapassava 90%. No Paraná, em especial, o déficit habitacional total naquele ano era de 290.008 domicílios, sendo 76.305 só na região metropolitana de Curitiba.

Em contrapartida, eram 362.349 domicílios vagos em condições de serem ocupados no estado do Paraná.

Tais números, que não foram substancialmente alterados até a presente data (a

13 Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2018/05/983/Breves-comentarios-sobre-a-tragedia-do-Largo-do-Paissandu-SP-e-a-luta-pelo-direito-a-moradia-no-Pais-.html>>. Acesso em 08 de setembro de 2018.

14 Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/produtos-e-servicos1/2742-deficit-habitacionalnobrasil-3>>. 08 de setembro de 2018.

não ser pela sua piora), mostram um quadro que se apresenta ainda mais inquietante quando se constata que, a maior parte desses imóveis vagos, não cumprem sua função social exigida pela CRFB/88¹⁵ e que, por outro lado, como se demonstrará, há nesta e na legislação infraconstitucional pátria, como o Estatuto da Cidade, vários instrumentos fiscalizadores não utilizados pelo Poder Público, como o Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC¹⁶), o estabelecimento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo, além dos relativos à regularização fundiária, dentre outros.

Se por um lado, o poder público fecha os olhos para a mencionada situação, estimulando, ainda que indiretamente, a especulação imobiliária nas regiões centrais e expulsando a população carente para periferia das cidades, sem acesso aos instrumentos e infraestrutura urbana, os movimentos sociais ligados à luta pela moradia no país, duramente criticados em diversos momentos críticos, seja pelo suposto incentivo à ocupações (ou invasões como gostam de dizer os que nada sabem sobre o tema), seja pela cobrança indevida de valores a título de aluguel dos mais necessitados, acabam por ter função imprescindível no controle do cumprimento da função social dos imóveis sob comento.

Como também se afirmou por ocasião da publicação do artigo mencionado¹⁷, há que se diferenciar aqui os movimentos sociais sérios, que muito importam para a manutenção do Estado Democrático de Direito e, como dito, para o controle da efetivação da função social da propriedade, daqueles que ocupam prédios para perpetuar a desigualdade social, explorando ainda mais os que já quase nada têm.

Ainda assim, tais situações que tentam macular as organizações populares, em nada justificam a inércia e negligência do poder público que, quando não cumpre o seu dever de fornecer moradia digna, deve, ao menos, garantir a segurança das que já existem, tenham elas sido obtidas de maneira regular ou não. Explica-se de maneira bem objetiva: sendo a moradia digna direito social fundamental da população e dever do Estado, não se pode exigir uma postura tranquila e serena daqueles que o veem diariamente violado e, simplesmente, não têm para onde ir. Sobretudo quando se deparam com prédios enormes, sem a mínima utilização e/ou destinação.

Em suma está posta a equação: milhões de famílias sem domicílio adequado + milhões de imóveis vagos e/ou abandonados + ausência de atuação do poder público (Governo Federal, Estados e Municípios) na formulação de política habitacional séria e adequada.

15 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

16 Art. 182: § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; - g.n. II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. ”

17 Rocha, Olenka. Breves comentários sobre a tragédia do Largo do Paissandu/SP e a luta pelo direito à moradia no País, 2018. Disponível em: < <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2018/05/983/Breves-comentarios-sobre-a-tragedia-do-Largo-do-Paissandu-SP-e-a-luta-pelo-direito-a-moradia-no-Pais-.html>>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA FISCALIZAÇÃO

Nessa política habitacional que legitimamente se idealiza, pois que estimulada pela própria Constituição Federal vigente e leis infraconstitucionais, a função social da propriedade deve ser tratada com o máximo cuidado e atenção. Como já afirmamos em trabalho que discutia o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁸, o princípio da função social da propriedade, hoje, tem previsão expressa na CRFB/88, em seu art. 5º, XXIII e art. 182, parágrafo 2º, dentre outros.

No entanto, tal primado nem sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio e é na verdade, fruto de muita luta entre as classes sociais que aqui se estabeleceram ao longo dos séculos.

O território brasileiro, por ocasião de sua ocupação pelos europeus, oriundos, como se sabe da península ibérica, teve como primeira divisão significativa a instituída pelo sistema das sesmarias, em que, notadamente, estabelecia-se o predomínio do domínio público sobre o privado, por meio das concessões administrativas, o que veio a configurar o que se convencionou chamar de “capitalismo oligárquico brasileiro”.

Com o surgimento do Estado Liberal, incentivado pelas Revoluções Americana e Francesa e que teve como maior resultado a Constituição Napoleônica de 1804, passou-se a encarar a propriedade privada como objeto de proteção absoluta do ordenamento jurídico, evitando-se, assim, as arbitrariedades estatais que, no mais das vezes, acabavam por legitimar o confisco de tais terras.

Nesse contexto, paulatinamente, o Estado Absolutista, após as vitórias da classe burguesa, passava a dar lugar ao Estado constitucionalista que, por sua vez, trazia o ideal do direito de propriedade privada como absoluto.

Tal direito se insere no grupo de direitos fundamentais que os constitucionalistas denominam de primeira geração ou dimensão e equivalem àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados à sua liberdade, considerada em seus vários aspectos. Têm por escopo restringir os desmandos do Poder Público, para que se valorizem as liberdades individuais da pessoa humana. Traduzem, assim, uma forma de limitação do Estado, um não fazer, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

No Brasil, o direito absoluto de propriedade privada da terra, teve sua gênese na chamada Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850), que dispunha,

[...] sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colonias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara¹⁹.

18 Rocha, Olenka. O ART. 68 DO ADCT: A QUESTÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS, 2012. Disponível em :<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/OlenkaLinsSilvaMartinsRocha.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

19 BRASIL. Lei n. 601 de 1850. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de agosto de 2012.

Com a derrocada do modelo de Estado Liberal, seguida, no Brasil, pela abolição da escravatura, em 1888, donde os escravos eram libertos sem que seus donos fossem indenizados, novas ideias começaram a ter lugar, dentre elas, a da flexibilização do direito, até então absoluto, de propriedade.

A primeira Constituição a garantir a função social da propriedade foi a mexicana em 1917, tendo sido acompanhada pela Constituição Alemã de 1919, conhecida como “Constituição de Weimar”. A Carta Magna mexicana em seu art. 27, estabelece que “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público (...)”.²⁰ Já a Constituição de Weimar em seu art. 153, determina que “A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.²¹

No Brasil, a primeira Constituição a tratar do assunto de maneira expressa foi a de 1967, pois que a de 1934 apenas o trouxe de maneira indireta e a de 1946 utilizava o termo “bem estar social” como requisito para o exercício do direito de propriedade.

A CRFB/88, como dito, manteve a tradição e traçou contornos mais claros para a função social da propriedade estabelecida em vários de seus dispositivos, explicitando um modelo “protetista-garantidor”, fazendo com que, ao menos teórica e abstratamente, exista a função social da propriedade.

A nossa Carta Magna, por exemplo, dispõe em seu art. 5º²² - que, como se sabe, elenca os direitos e garantias fundamentais -, sobre o direito de propriedade, gravando-o com o status de cláusula pétrea, ou seja, como norma que não pode ser alterada nem por meio de Emenda Constitucional.

Mas, esse mesmo artigo também diz que a propriedade tem que cumprir sua função social, sob pena de se perdê-la. O direito de propriedade é hoje, portanto, relativo e vinculado ao cumprimento da sua função social que, por sua vez, é interpretada de maneira distinta pela lei, acaso se trate de propriedade rural ou urbana.

Presentemente, no caso da propriedade rural, para que se cumpra a função social, devem ser respeitados, simultaneamente os seguintes requisitos²³ :

- a) Ser explorada racional e adequadamente para ser considerada produtiva segundo os limites da lei;
- b) Respeitar os recursos naturais e o meio ambiente;
- c) Proporcionar o bem estar para o proprietário, sua família e seus empregados;
- d) Cumprir as obrigações trabalhistas, porque, se assim fizer, estará livre do alcance de desapropriação por interesse social.

20 MÉXICO. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: www.diputados.gob.mx. Acesso em 12 de agosto de 2012.

21 ALEMANHA. Verfassung des Deutschen Reichs. Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso em 12.ago.12

22 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;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

23 Sobre o tema vide art. 2º do Estatuto da Terra, Lei nº 4504/64 e art. 186 da CRFB/88.

Em se tratando de imóvel rural o não cumprimento de sua função social se resolve (ria) pela Reforma Agrária.

A História nos mostra que o sistema de Capitânicas Hereditárias e Sesmarias que vigorou durante todo o período colonial e que se traduziu pela concessão de grandes porções de terras aos que detinham o poder econômico, foi o grande responsável pela injusta e desigual distribuição da terra que se perpetua até hoje.

Por tal razão, visando restabelecer e garantir os princípios do desenvolvimento rural sustentável, aumento da produtividade e justiça social, em 1964 fora editado o Estatuto da Terra (Lei nº 4504/64)²⁴, norma que *regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola* e que define textualmente a Reforma Agrária como o *conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade*.

Também, a norma de 1964 já detalhava o tema específico da função social da propriedade em seu artigo 2º, ao estabelecer:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

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

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam. [...]²⁵

Em 1988, a matéria foi alçada ao patamar constitucional ao lhe ser destinado o Capítulo III do Título VII da Carta Magna vigente que, nos arts. 184 a 191 estabelece regras para a gestão da Política Agrícola e Fundiária e para a Reforma Agrária.

Cumprindo-se com a apontada exigência constitucional, em 1993 foi editada a lei nº 8629²⁶ que regulamentando os mencionados dispositivos estabelece os parâmetros e trâmites para a desapropriação por interesse social das terras improdutivas.

De acordo com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), órgão estatal responsável por levar a efeito a mencionada reforma, os seus objetivos são: a desconcentração e a democratização da estrutura fundiária, a produção de alimentos básicos, a geração de ocupação e renda, o combate à fome e à miséria, a diversificação do comércio e dos serviços no meio rural, a interiorização dos serviços públicos básicos, a redução da migração campo-cidade, a democratização das estruturas de poder, a promoção da cidadania e da justiça social²⁷.

A teoria apesar de bela está bem longe de ter sua imagem refletida na prática. Os frequentes e violentos conflitos fundiários que se presenciam no país nos mostram a pior

24 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

25 BRASIL. Lei 5.504 de 1964. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12.ago.2018.

26 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm

27 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte sítio eletrônico: <http://www.incra.gov.br/reformaagraria>.

face da omissão e da negligência estatal, sempre mascaradas pelo argumento da falta de orçamento, por sua vez quase nunca sujeito a controle e participação sociais.

A supramencionada dificuldade também tem servido de fundamento para a quase completa ausência de políticas públicas que ao menos atenuem o problema da moradia nas cidades.

A propriedade urbana tem como cumprida a sua função social, quando atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, nos termos do art. 182 da CRFB/88.

A lei 10.257/2001²⁸ que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, define em seu art. 40 o plano diretor, como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” do município. As diretrizes do Estatuto da Cidade devem ser utilizadas pelo município de acordo com as características locais e têm como objetivo garantir o desenvolvimento das funções econômicas, sociais e ambientais do município, gerando um ambiente de inclusão socioeconômica de todos os cidadãos e de respeito ao meio ambiente. Como se pode ver, o plano diretor é a base do planejamento do município, cabendo a ele a tarefa de articular as diversas políticas públicas existentes, fazendo-as convergir para uma única direção²⁹.

Na hipótese mais comum que se pode imaginar, de não cumprimento das regras previstas no plano diretor e, por via de consequência, de não alcance da função social do imóvel urbano, deve (ria) o Município, mediante lei específica, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo e desapropriar o imóvel sem questão, pagando com títulos da dívida pública, esta, diferente da desapropriação por necessidade, utilidade pública ou por interesse social.

Os instrumentos aludidos, conhecidos como PEUCs em conjunto com o IPTU progressivo, são de suma importância para a ampliação do acesso à terra urbanizada e servem de obstáculo à retenção especulativa do solo urbano.

Para que se tenha ideia do tamanho do desafio, no VIII Congresso de Direito Urbanístico realizado em 2015 em Fortaleza, foi divulgado resultado de pesquisa do Portal Pensando o Direito intitulada “Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulamentação e aplicação”³⁰.

Na ocasião, a Professora Rosana Denaldi, gestora na área de habitação e desenvolvimento urbano no município de Santo André-SP, entre os anos de 2001 e 2008, afirmou que:

“Grande parte das cidades brasileiras apresenta em seu perímetro urbano espaços vazios, contíguos ou não, que não cumprem função social”. Para ela, parte considerável desses “vazios urbanos” constitui reserva especulativa que busca apropriar-se dos investimentos coletivos para valorização dos imóveis. Segundo Rosana, o estudo também constatou que um número muito reduzido de municípios aplicou o PEUC, e um número menor ainda utilizou o IPTU

28 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm

29 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte sítio eletrônico: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/O%20neg%C3%B3cio%20%C3%A9%20participar%20-%20a%20import%C3%A2ncia%20do%20plano%20diretor%20para%20o%20desenvolvimento%20municipal.pdf

30 Ibid.

Esta é, indubitavelmente, a realidade da maioria dos municípios brasileiros que, em última análise, deixam de incrementar sua receita com a aplicação dos instrumentos em questão e, por via de consequência, perdem a preciosa oportunidade de destinar os recursos dela decorrentes a políticas públicas habitacionais saneadoras das graves demandas aqui apontadas.

4 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

A questão da efetivação da função social da propriedade e sua fiscalização é, por óbvio, o grande norte a ser seguido para a resolução da maior parte dos problemas relativos à falta de moradia.

Seguindo essa lógica, foi editada a lei 13.465 de 2017, decorrente da conversão da medida provisória nº 759/2016 e que, alterando várias normas infraconstitucionais vigentes, *dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União*³².

A lei sob análise, que ficou conhecida como o novo marco legal da regularização fundiária no Brasil, e que tem como principal objeto a apresentação e sistematização de uma gama de instrumentos para regularização fundiária no país, em elogiável técnica, traz em seus dois primeiros artigos do Título II, Capítulo I, Seção I, que trata da regularização fundiária urbana (REURB), “verdadeiras normas-princípios do microssistema, ante o alto grau de caráter orientativo das regras”³³.

Nesse passo, dentre os objetivos da regularização fundiária urbana a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Município, encontra-se em seu art. 10, inciso VII o de: “garantir a efetivação da função social da propriedade”.

É bem verdade que a lei sob comento sofreu duras críticas da doutrina especializada, ainda quando tomava a forma de Medida Provisória, dentre outros motivos, por ter sido formulada de maneira pouco transparente, sem consulta pública às populações atingidas, sem diálogo com os diversos segmentos que compõe o Conselho Nacional das Cidades, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, sem ouvir os movimentos sociais ou profissionais multidisciplinares da União, Estados e Municípios que trabalham com as políticas de regularização fundiária rural e urbana, por apresentar dispositivos de

31 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte sítio eletrônico: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/O%20neg%C3%B3cio%20C3%A9%20participar%20-%20a%20import%C3%A2ncia%20do%20plano%20diretor%20para%20o%20desenvolvimento%20municipal.pdf

32 Disponível em 09 de setembro de 2018 no seguinte endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm

33 BRASIL, Alberto Gentil de Almeida Pedroso. Impressões Práticas sobre o sistema da regularização fundiária urbana idealizado pela Lei 13.465/2017 (arts. 9º a 54). In: Pedroso, Alberto Gentil de Almeida (Coord.). Regula-rização Fundiária – Lei 13.465/2017. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 1, p.20.

constitucionalidade duvidosa³⁴ e também por conceder anistia à grilagem de terras ocupadas até 2011 e “premiar” grileiros ao fixar valores para a regularização que podem ser inferiores a 10% do valor de mercado das terras.

Não obstante as aludidas críticas, o fato é que a norma está vigente e cabe aos seus operadores tirar dela as melhores interpretações e aplicações.

Apesar de a norma, como dito, disciplinar também a regularização fundiária rural (incluindo liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária), tem-se que esta, na prática, dá-se (ou, ao menos deveria) basicamente por meio da desapropriação para fins de reforma agrária e da usucapião. As grandes novidades, por outro lado, foram sentidas no regramento da questão urbana.

Conforme já mencionado, em sua fase conceitual, a lei define **regularização fundiária** como o conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”³⁵.

Para que fique mais claro, a regularização fundiária, no contexto urbano, tem a finalidade de integrar assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades. Tornar o que está irregular em algo correto e visível para o poder público e para a sociedade.

A experiência mostra que as irregularidades mais comuns são de dois tipos: **dominial**, que se dá quando se reside em área pública ou privada, sem título que garanta ao menos a posse; e **urbanística e ambiental** que ocorre quando a área ocupada não respeita as regras urbanísticas e ambientais, não havendo, por exemplo, licença para construção e residência.

Na área urbana, além da possibilidade da usucapião e da desapropriação, há previsão de aplicação de vários outros instrumentos que possibilitam a regularização fundiária dos imóveis, sendo importante ressaltar que quando se trata de população de baixa renda são necessárias também medidas sociais que permitam a integração dessas pessoas ao local onde vivem, o que se dá por meio de políticas públicas adequadas.

Essa lei traz o termo “Reurb” para trabalhar a questão da regularização fundiária urbana.

A Reurb compreende duas modalidades: a Reurb de Interesse Social (Reurb-S), que corresponde à regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal, em sede de procedimento que tramitará na forma do art. 28 e seguintes do Diploma Legal sob análise; e a Reurb de Interesse Específico (Reurb-E), aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na primeira modalidade (art. 13, incisos I e II).

Na hipótese de Reurb-S, a lei determina que serão isentos de custas e emolumentos, incidindo a gratuidade em favor daqueles a quem for atribuído o domínio das unidades imobiliárias regularizadas, entre outros, os seguintes atos registrais:

34 Como o art. 13, parágrafo 1º que isenta de custas e emolumentos os beneficiários da REURB-S, não obstante a proibição prevista no art. 151, III da CRFB/88 da instituição de isenções por parte da União de tributos de competência dos estados, do DF e dos Municípios.

35 BRASIL. Lei n. 13.465/2017. Art. 9º. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2018.

- (...)
- I - o primeiro registro da Reurb-S, o qual confere direitos reais aos seus beneficiários;
 - II - o registro da legitimação fundiária;
 - III - o registro do título de legitimação de posse e a sua conversão em título de propriedade;
 - IV - o registro da CRF e do projeto de regularização fundiária, com abertura de matrícula para cada unidade imobiliária urbana regularizada;
 - V - a primeira averbação de construção residencial, desde que respeitado o limite de até setenta metros quadrados;
 - VI - a aquisição do primeiro direito real sobre unidade imobiliária derivada da Reurb-S;
 - VII - o primeiro registro do direito real de laje no âmbito da Reurb-S; e
 - VIII - o fornecimento de certidões de registro para os atos previstos neste artigo³⁶.
- (...)

Para que se proceda à regularização fundiária na área urbana, a lei elenca, e aqui se fará de maneira meramente indicativa, à guisa de exemplo, a legitimação fundiária e a legitimação de posse, a arrecadação de bem vago, nos termos do art. 1.276 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); o consórcio imobiliário, nos termos do art. 46 da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, o direito de preempção, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001; a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001; a requisição, em caso de perigo público iminente, nos termos do § 3º do art. 1.228 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979; a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea *f* do inciso I do art. 17 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso; a doação; a compra e venda.

Tem-se ainda o instrumento da demarcação urbanística, importante inovação da Lei 11.977/09, que ganhou novos contornos e, conforme alguns estudiosos do tema, maior aplicabilidade prática, ao ser definida como o “procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do município”. Diferente do que ocorria na legislação anterior, a demarcação urbanística não tem como etapa final, necessariamente, a concessão de título de legitimação de posse pelo Poder Público para posterior conversão em direito de propriedade ao beneficiário. Ao que parece, o instrumento se tornou mais proveitoso para a identificação da área urbana informal ocupada, seus ocupantes e demais características indispensáveis para a expedição da Certidão de Regularização Fundiária (CRF), definida, nos termos do art. 11, inciso V, da lei vigente como o “*documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso de legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhe*

36 BRASIL. Lei n. 13.465/2017. Art. 13. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2018.

foram conferidos”.

Merece destaque também o instituto da legitimação fundiária. Assim como fez a Lei 11.977/09 ao criar a figura da legitimação de posse, a Lei 13.465/17 consagrou o surgimento de nova forma de aquisição e perda da propriedade, denominada legitimação fundiária e conceituada como o mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb.

Trata-se de instrumento com potencial revolucionário no que tange à situação do déficit habitacional do País, uma vez que confere a aquisição originária de direito real de propriedade de bem que o beneficiário detenha com destinação urbana em área pública ou privada, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

Segundo a lei, em se tratando de Reurb-S a legitimação fundiária poderá ser concedida e desde que sejam atendidas as seguintes condições: I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Por meio da legitimação fundiária, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado.

A legitimação de posse, por sua vez, tem seu âmbito de aplicação balizado para as áreas de domínio privado, sendo conceituada como o “instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária”, constituído de “ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade” (art. 25).

Ademais, tendo sido mantida a ótica da legislação revogada, aquele em cujo favor for expedido título de legitimação de posse, decorrido o prazo de cinco anos de seu registro, terá a conversão automática dele em título de propriedade, desde que atendidos os termos e as condições da usucapião especial urbana (art. 183 da Constituição Federal), independentemente de prévia provocação ou prática de ato registral.

Por fim, imperioso avultar a indicação expressa da Defensoria Pública como legitimada para requerer a regularização fundiária em dispositivo que enterra de vez qualquer discussão sobre a matéria.

Assim, nos termos do art. 14 do regramento que ora se estuda, são legitimados para requerer a regularização fundiária:

- I- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta;
- II - os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana;

- III - os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores;
- IV - a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes;
- V - o Ministério Público.

Na esteira das alterações apontadas acima, conforme se demonstrará em capítulo específico, no estado do Paraná, a Defensoria Pública criou o Núcleo Itinerante das Questões Fundiárias e Urbanísticas (NUFURB) que, em seu incessante esforço para minimizar os efeitos do triste e alarmante cenário descrito, tem atuado na esfera judicial e extrajudicial, nesta última, exercendo, sobretudo o seu legítimo papel de provocador do poder público na aplicação dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico, seja para fiscalização da função social da propriedade, seja para a regularização fundiária. Tudo, na tentativa de compelir os entes federativos responsáveis a cumprir seus deveres constitucionais e legais de concretizar o direito à moradia digna à população carente.

5 DEFENSORIA PÚBLICA NA LUTA PELO DIREITO À MORADIA

A Defensoria Pública é instituição prevista, primeiramente, no anteprojeto apresentado pelo constituinte Afonso Arinos e Bernardo Cabral, e, após ser consagrada na Constituição Federal de 1988, passou e passa por constantes fases de aprimoramento e fortalecimento institucional.

O acesso à justiça sempre foi tema de relevância e serviu de termômetro para a efetiva democratização do acesso ao Poder Judiciário.

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos”³⁷.

Na obra *Acesso à Justiça*, os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth vislumbraram três grandes ondas necessárias para o efetivo acesso ao Poder Judiciário: (i) *assistência judiciária aos pobres*, pois o auxílio de um profissional técnico (advogado ou defensor público) é essencial para decodificar as leis e os procedimentos necessários ao ajuizamento de uma ação para proteger os direitos e interesses do autor; (ii) *representação dos direitos difusos*: este tem seu foco na preocupação dos interesses e direitos difusos, também chamados de coletivos; (iii) *o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça* que contribuiu na conscientização das pessoas a respeito de seus direitos, para que estas desenvolvessem instituições efetivas no controle das barreiras do acesso à justiça³⁸.

Destarte, a Defensoria Pública, como instituição permanente e essencial à justiça, visa garantir a assistência jurídica aos necessitados, tutela os direitos e interesses difusos e é responsável pela conscientização das pessoas sobre seus direitos e deveres. Observa-se, portanto, que os objetivos da criação e manutenção de uma instituição como

37 CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988. fl. 98.

38 NASCIMENTO, Meirilane Santana. *Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498>. Acesso em jun 2014.

a Defensoria Pública conflui com as três ondas renovatórias indicadas anteriormente para democratizar o acesso à justiça.

Infelizmente, passados 30 anos desde a promulgação da Carta Cidadã, o direito aqui discutido ainda não pode ser plenamente exercido por todos. Em que pese um expressivo crescimento nos últimos dez anos, a Defensoria Pública só recentemente foi criada em Santa Catarina e no Paraná, ainda não foi instalada no Amapá, e seus serviços só estão disponíveis em 72% das comarcas brasileiras, conforme informações do Mapa da Defensoria Pública, estudo realizado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e Instituto de Pesquisa Aplicado (IPEA)³⁹.

Notocante ao direito à moradia a Defensoria Pública tem papel primordial no que tange assegurar o direito à moradia aos mais necessitados, consubstanciando instituição pública que auxiliará, seja por meio da regularização fundiária no Brasil, no ajuizamento das ações de usucapião, na defesa do direito possessório dos necessitados, como *custus vulnerabilis* ou na tutela coletiva dos grupos marginalizados sem teto ou sem terra.

Apesar de a Defensoria Pública do Estado do Paraná ser uma instituição criada há menos de dez anos, deve-se destacar a criação também recente do **Núcleo Itinerante das Questões Fundiárias e Urbanísticas (NUFURB)**. O referido Núcleo possui o objetivo de consolidar e garantir o acesso ao direito à moradia digna no campo e na cidade. Para isso, atua judicial e extrajudicialmente nos conflitos fundiários do Estado, na defesa da população vulnerável e hipossuficiente. Busca a realização da regularização fundiária, a fim de conferir segurança jurídica à população que se encontra em moradias irregulares. Além disso, pretende assegurar o acesso aos equipamentos públicos como transporte, saneamento básico, saúde e educação que são essenciais para a efetivação do direito à cidade, à moradia adequada e a uma vida digna.

O NUFURB, atualmente, realiza trabalho de regularização fundiária dos pequenos produtores rurais, em parceria com o Instituto de Terras, Cartografia e Geologia do Paraná (ITCG), por meio do ajuizamento de milhares de ações de usucapião de pessoas carentes – no sentido mais amplo da palavra - que se encontram há muitos anos dando função social à propriedade rural.

Ademais, o NUFURB atua na defesa coletiva de inúmeras pessoas que se encontram na iminência de perder a posse ou a propriedade de suas terras, em razão de ações judiciais em curso, em todo o estado do Paraná. Tal atuação se dá por representação dos *custos vulnerabilis*⁴⁰.

O Núcleo é, ainda, responsável pela mediação de inúmeros acordos que garantem a manutenção das famílias hipossuficientes no imóvel que se encontram ou a transferência destas para lugar indicado pelo poder público local, acompanhando todo o processo, até que se encontrem devida e dignamente instaladas. Como a mesma finalidade, integra, atualmente, a Comissão de Mediação de Conflitos Fundiários no âmbito do Estado do

39 Mapa da Defensoria Pública no Brasil. ANADep e IPEA. 1ª Edição. Brasília. 2013. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf. Acessado em 16.03.2018.

40 Nesse ponto, vale destacar o processo de reintegração de posse nº 0001128-90.2013.8.16.0030, que tem como réus os moradores da Ocupação Bubas, considerada a maior do estado, situada na cidade de Foz do Iguaçu, que teve como resultado, em primeira instância, a improcedência do pedido reintegratório, o que manteve os assistidos da Defensoria Pública no local.

Paraná criada por meio do Decreto nº 10.438 de 10 de julho de 2018 e que conta com representantes de inúmeros órgãos e instituições públicos diretamente envolvidos com a celeuma neste Estado.

Convém enfatizar que o trabalho na luta pelo direito à moradia não poderia ser realizado sem a parceria de outras instituições e órgãos importantes, tais como Ministério Público, ITCG, Prefeituras, Governo Estadual, dentre outras, bem como sem contar com o apoio de instituições de ensino, tais como Universidade Federal da Integração Latino – Americana (UNILA), Instituto Federal do Paraná (IFPR), Universidade Federal do Paraná (UFPR) e outras, e dos movimentos sociais, tais como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), Movimento dos Atingidos Por Barragens (MAB), Movimento da População de Rua, Movimento Pelo Direito à Moradia (MDM), Movimento Popular por Moradia (MPM).

Por fim, na inexaurível busca pela concretização do direito social sob análise, o NUFURB participa de eventos, audiências públicas e está em constante contato com os demais Núcleos da Defensoria Pública de outros estados que trabalham com a mesma temática, no intuito de, com base em experiências diversas, prestar a melhor assistência jurídica possível sobre o tema.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pretendeu mostrar, a efetivação do direito social fundamental à moradia, tutelado pelo ordenamento jurídico interno e internacional, dadas a sua importância e as consequências da ausência de políticas públicas a ele destinadas, é assunto imprescindível para uma sociedade que se pretenda justa e democrática.

A situação atual do déficit habitacional no Brasil e, em especial, no estado do Paraná, nem de longe parece traduzir o que desejou o Legislador Constituinte ao estabelecer os princípios já mencionados como norte a guiar todo o País.

A resistência à aplicação prática do princípio da função social da propriedade, nesta matéria, é evidente e causada pelo individualismo característico das sociedades liberais, ainda tão impregnadas pelos direitos de primeira geração e que, no mais das vezes, desprezam tudo o que foi conquistado com o reconhecimento das demais gerações ou dimensões de direitos.

Foi preciso, sim, obstar-se as arbitrariedades dos governos totalitários, estabelecendo-se regras garantidoras dos direitos fundamentais individuais e não é por outra razão que o direito de propriedade se encontra elencado, hoje, no rol do art. 5º da CRFB/88.

No entanto, o referido direito se encontra limitado por sua função social, também prevista no mesmo artigo, evitando-se, assim, que o tão desejado direito individual fundamental dê ensejo a outras injustiças, desta vez perpetradas pelo particular.

Como direito social, o Poder Público deve voltar seus olhos à célere implementação da moradia digna e adequada uma vez que, como restou demonstrado, o problema está muito mais relacionado à falta de coragem e vontade política do que à eventual deficiência legal.

A utilização dos instrumentos de fiscalização da função social da propriedade, aliada à aplicação dos institutos de regularização fundiária disponíveis na legislação pátria são medidas imprescindíveis para que se atinjam os objetivos constitucionais.

O direito fundamental social à moradia é para todos. Sem distinção.



REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Verfassung des Deutschen Reichs**. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

BRASIL, Alberto Gentil de Almeida Pedroso. **Impressões Práticas sobre o sistema da regularização fundiária urbana idealizado pela Lei 13.465/2017 (arts. 9º a 54)**. In: Pedroso, Alberto Gentil de Almeida (Coord.). Regularização Fundiária – Lei 13.465/2017. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em 9 de setembro de 2008.

BRASIL. **Estatuto da Terra**. Lei nº 4504 de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.465 de 2017**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei das Terras Devolutas**. Lei n. 601 de 1850. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de agosto de 2012.

CANOTILHO, J.J Gomes. **O Direito Constitucional como ciência de direção – O Núcleo Essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”**. São Paulo: Saraiva. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Cartilha do Plano Diretor**. O Negócio é Participar: A importância do Plano Diretor para o Desenvolvimento Municipal. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulga-pesquisa-sobre-regularizacao-de-terras>>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos Sociais no Brasil - Desafios e Mecanismos para sua Concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

INCRA. **Colonização e Reforma agrária**. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/reformaagraria>>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

Mapa da Defensoria Pública no Brasil. **ANADEP e IPEA**. 1ª Edição. Brasília. 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em 16.03.2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo. Atlas S.A. 2011.

MÉXICO. **Constitucion Política De Los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <www.diputados.gob.mx>. Acesso em 12 de agosto de 2012.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498>. Acesso em jun 2014.

RICALDE, Mario do Carmo. **Regularização Fundiária Rural e Urbana: Impactos da Lei nº 13.465/2017.** Campo Grande. Contemplar. 2018.

RODRIGUES, Rute Imanishi. **Moradia Precária e Violência na Cidade de São Paulo.** Disponível em: < www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1187.pdf >. Acesso em 08 de setembro de 2018.

ROCHA, Olenka. **Breves comentários sobre a tragédia do Largo do Paissandu/SP e a luta pelo direito à moradia no País.** 2018. Disponível em: < <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2018/05/983/Breves-comentarios-sobre-a-tragedia-do-Largo-do-Paissandu-SP-e-a-luta-pelo-direito-a-moradia-no-Pais-.html> >. Acesso em: 13.set.2018.

ROCHA, Olenka. **O art. 68 do ADCT: A Questão da Regularização Fundiária nas Terras Ocupadas por Remanescente das Comunidades Quilombolas.** 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/OlenkaLinsSilvaMartinsRocha.pdf>. Acesso em: 13.set.2018.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do estado de direito.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452007000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 29 de agosto de 2012.



ADENDO ESPECIAL:

TESES INSTITUCIONAIS APROVADAS NO II ENCONTRO - 2018

TESE INSTITUCIONAL 01

O juízo da execução penal não pode determinar a instauração de procedimento administrativo disciplinar, sendo o exercício do poder disciplinar discricionário por parte da autoridade administrativa.

Alexandre Gonçalves Kassama¹

Fundamentação Jurídica:

O início do procedimento de apuração de falta disciplinar na execução penal, sobretudo daquelas de natureza grave, se dá com a instauração de um procedimento administrativo disciplinar, o que foi reforçado pela Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesses termos, em analogia ao processo de conhecimento, é inviável que o próprio órgão julgador seja responsável pela superação da inércia referente a tal fato.

Ora, é mais do que claro que, ao assim agir, o juízo se imiscui na esfera administrativa, determinando a feitura de procedimento até então inexistente, com o único fito de analisar a falta que será homologada por ele próprio, sem, contudo, respeitar o devido processo legal.

O juízo que procura, sabe o que quer encontrar.

Nesses termos, desde logo pode se vislumbrar o ranço de processo inquisitivo na execução, uma vez que os fatos apurados em sede de execução são corriqueiramente verificados ex officio pelo juízo, como se, a partir de uma primeira condenação, nenhuma outra garantia processual se aplicasse aos sentenciados.

Para além da própria imparcialidade judicial – que fica prejudicada quando é o juízo o primeiro a determinar a apuração de qualquer feito que venha a incidir de forma negativa na liberdade de um cidadão – o desenvolvimento processual nos moldes atuais acaba por dar margem a anomalias insanáveis no curso do processo.

Ressalte-se que a impossibilidade de se ver a apuração iniciada ex officio se torna ainda mais nítida quando ausente qualquer exercício de poder disciplinar prévio até a determinação expressa do próprio juiz.

Ora, o sistema acusatório e a presunção de inocência, garantidos pela Constituição e por instrumentos normativos internacionais, impedem que a apuração se dê a partir de um ato do juízo intimando a defesa e a autoridade administrativa, como se, desde logo, houvesse uma “suspeita” a ser apurada.

Tal procedimento pode dar azo, inclusive, à suspeição do magistrado! Se há a intimação para que a autoridade administrativa proceda à apuração de falta grave apontada pelo juízo, a qual, contudo, não havia sido previamente apurada administrativamente, tem-se desde logo a “suspeita” de uma infração, ao menos de uma possível irregularidade, e se a autoridade administrativa ainda não delimitou tal irregularidade, a suspeita só pode ter sido exarada do próprio juiz! E um juiz que se manifesta de forma anterior ao julgamento do fato, ainda que por meios indiretos que permitam a ilação de sua possível inclinação, não mais é um juiz imparcial.

O procedimento judicial pode ter início de ofício, segundo a Lei de Execução Penal. Ocorre que procedimento judicial não se confunde com procedimento administrativo!

A mesma lei que determina, em seu artigo 195 a realização do procedimento judicial de ofício, determina, em seus artigos 54, 59 e 60 a competência do diretor do presídio, ou “autoridade administrativa”, para a apuração disciplinar. E, como bem se sabe, o disciplinar não se confunde com o judicial, sendo, este, aliás, um dos fundamentos da súmula 533 que trouxe a anulação da decisão anteriormente proferida.

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

Ocorre que se um juiz imparcial não se confunde com juiz omisso, o juiz imparcial, igualmente, não se confunde com o juiz investigador, o qual, ao tomar conhecimento da não instauração de procedimento, determina sua realização para que possa, enfim, homologar a falta.

Ao assim proceder, o juízo não é meramente “não omisso”, mas, antes, é efetivamente ativo na produção de provas na fase preliminar – e não judicial! A situação em tudo se assemelha àqueloutra vivida quando da previsão da antiga lei do crime organizado, a qual previa a possibilidade de diligência realizada pessoalmente pelo juiz.

Quanto a tal ato normativo, cabe lembrar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da ADIn 1570-2/DF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DECIDIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. (...)

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VII e §2º; e 144, §1º, I e IV, e §4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

(grifo nosso)

Em outras palavras, a ADIn assentou exatamente o quanto ora alegado: ao juízo não cabe se imiscuir em atividades pré-processuais outorgadas a autoridades administrativas. De outra sorte, jamais poderia ser o juiz do caso, pois se tornaria absolutamente envolvido na matéria a ser julgada!

Não outro o fundamento do voto do relator Ministro Maurício Corrêa:

“Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão?!

Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. (...) Outro não é o motivo pelo qual, tanto no Direito Penal quanto no Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é arguida. Pela mesma razão o artigo 424 do CPP determina se proceda ao desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador, virtude sem a qual nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito.(grifo nosso)

Vale dizer: o juízo poderia requisitar informações a respeito do procedimento administrativo eventualmente instaurado. Contudo, uma vez constatada a inexistência de procedimento administrativo instaurado, não pode o juízo requisitar a sua instauração com o fito único de legalizar sua decisão futura!

Ressalte-se que no artigo 66 da Lei de Execução Penal, onde se situa a competência do juízo da Vara de Execuções, não se encontra, em nenhum dos incisos, a capacidade de requisitar a apuração de falta administrativa, a qual é, por sua vez, atribuída exclusivamente ao diretor ou órgão competente da unidade de cumprimento de pena.

Nunca é demais lembrar, outrossim, que no Direito Administrativo impera a estrita legalidade, de forma que aquilo que não é expressamente previsto é proibido. Ora, se não foi prevista outra autoridade competente para decidir sobre a instauração ou não do devido procedimento administrativo disciplinar, é claro que a sua determinação por autoridade não prevista macula todo

o procedimento!

Enfim, quer se analise a conduta do juízo sob a ótica do devido processo judicial, onde se encontra ferida de morte sua imparcialidade, quer se analise sob a ótica do devido processo administrativo disciplinar, em que não foi respeitada a competência da autoridade prevista em lei, em ambos os casos, tem-se a total nulidade da decisão administrativa proferida.

Fundamentação fática:

A súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça reforçou a autonomia do poder disciplinar a ser exercido em esfera administrativa, tendo em conta que é a autoridade presente no dia a dia do cumprimento de pena.

Nesse passo, ao estabelecer a inviabilidade da homologação de falta grave sem o prévio exercício do poder disciplinar, deu azo, contudo, à atuação judicial de ofício para que o procedimento administrativo seja realizado em conformidade com a súmula.

Inobstante, se o procedimento é realizado por mera determinação judicial, perde razão de ser o próprio verbete sumular, uma vez que a autoridade administrativa se torna vinculada à determinação judicial, de modo que se pode dizer que, em verdade, foi a própria autoridade judicial a responsável pelo procedimento.

Sugestão de operacionalização:

Em todo processo de apuração de falta grave cujo procedimento disciplinar prévio tenha sido determinado pela autoridade judicial deve o Defensor arguir a nulidade da futura eventual decisão de homologação, tendo em vista a legalidade estrita no âmbito disciplinar, bem como a violação da imparcialidade objetiva do juízo.

TESE INSTITUCIONAL 02

A condição de ser usuário de drogas não pode ser avaliada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena. Caso o juízo reconheça que o agente praticou o fato sob o efeito de entorpecentes deve ser pleiteada a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006.

Ana Paula Costa Gamero Salem¹

Fundamentação Jurídica:

Consoante Guilherme de Souza Nucci, a conduta social pode ser conceituada “como o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho da escola, da vizinhança. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor² (...)”

Neste sentido, o vício afirmado pelo réu não pode ser considerado como uma conduta social desajustada, é uma questão de saúde pública, não devendo o réu ser mais penalizado em razão de uma enfermidade que apresenta.

A Lei 11.343/2006, em seu Art. 26, expressamente narra que “o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.”. Além disso, o fato de praticar o delito sob o efeito da droga, não possuindo o agente a plena consciência do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, é uma causa de diminuição da pena, que pode ser reduzida de 1/3 a 2/3.

Nesse diapasão, o aumento da primeira fase da dosimetria da pena pelo fato de ser viciado em entorpecentes afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, Art 5º, caput,

¹ Defensora Pública do Estado do Paraná.

² (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

da Constituição Federal; e os preceitos da Lei 11.343/2006, que no Capítulo II, afirma que aos usuários de drogas devem ser garantidas atividades de reinserção social, projetos terapêuticos individualizados, entre outras medidas que os façam contornar o problema com as drogas.

A incongruência dessa exasperação pela conduta social torna-se ainda mais patente quando se verifica que nem mesmo o legislador determinou pena privativa de liberdade ao tratar do Art. 28 da Lei 11.343/2006. Destarte, fica clara a arbitrariedade, pois contrário ao nosso sistema normativo.

Neste sentido é a jurisprudência:

DOSIMETRIA DA PENA. USO DE ENTORPECENTE. MÁCONDUTA SOCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal com o argumento de que o acusado seria usuário de drogas. Apresentado recurso da defesa, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau e agregou novas fundamentações à decisão recorrida. Nesse contexto, a Turma reiterou o entendimento de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base. Além disso, o colegiado confirmou o entendimento de que não pode haver agravamento da situação do réu em julgamento de recurso apresentado exclusivamente pela defesa, por caracterizar *reformatio in pejus*. Assim, a pena foi reduzida ao mínimo legal previsto e foi fixado o regime aberto para o cumprimento de pena. STJ- HC- Sexta turma- 201.453-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 2/2/2012.

PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. RÉU USUARIO DE ENTORPECENTES. RAZÃO INIDÔNEA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CORRETA. AGRAVANTE NO CONCURSO DE PESSOAS. NÃO VERIFICADA. EXCLUSÃO. 1. Incabível a exasperação da pena-base aplicada ao crime patrimonial pelo fato de o sentenciado ser usuário de drogas e ter cometido o delito sob o efeito de substância entorpecente. Precedentes. 2. A conduta praticada com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas autoriza a exasperação da pena-base para o crime de latrocínio. 3. Demonstrada a conduta criminosa trouxe excepcionais consequências para a vítima que, por conta do trauma sofrido, abandonou o emprego, justificado encontra-se o incremento da pena-base. 4. Não restando comprovado que o agente teria organizado a cooperação ou dirigido a atividade dos demais meliantes, impõe-se decotar a agravante prevista no artigo 62, inciso I, CP. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDF 20150210051077 0005044-03.2015.8.07.0002, Relator: CESAR LOYOLA, Data de Julgamento: 08/09/2016, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/09/2016. Pág.: 194/228).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO. REGIME ABERTO. RECURSO PROVIDO. I - INCABÍVEL A VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO RÉU QUANDO FUNDADA EM CONDENAÇÃO POR FATO-CRIME POSTERIOR AO DELITO SOB JULGAMENTO, MESMO QUE JÁ TRANSITADO EM JULGADO. II - NÃO SE JUSTIFICA A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL QUANDO FUNDAMENTADA NO FATO DE SER O RÉU USUÁRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E DE BEBIDA ALCOÓLICA. III - FIXA-SE O REGIME INICIAL ABERTO SE O RÉU FOI CONDENADO À PENA IGUAL A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, É PRIMÁRIO E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LHE SÃO FAVORÁVEIS. IV - RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - APR: 20070810060519 DF 0000432-82.2007.8.07.0008, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 23/01/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/01/2014 . Pág.: 165).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP) - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL - ACOLHIDO - VALORAÇÃO INDEVIDA DA CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES - NÃO POSSÍVEL - COAUTORIA COMPROVADA NOS AUTOS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - INCABÍVEL - VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO PARCIALMENTE PRÓVIDO. 1. A conduta social do apelante não pode ser considerada desfavorável apenas por ser ele usuário de drogas, notadamente porque não restou demonstrado que tal circunstância seja deflagradora de mau comportamento no âmbito social, familiar ou profissional. 2. A simples afirmação de que o apelante possui personalidade voltada ao crime não justifica a valoração negativa da referida circunstância judicial, pois não evidencia, concretamente, qual o suposto desvio de personalidade que o leva a cometer a alegada diversidade de delitos. 3. Da mesma forma, a mera

referência à prática do delito para fins de aquisição de drogas não resulta em fundamentação idônea a considerar desfavorável a moduladora dos motivos do crime, pois tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, e, além disso, constitui verdadeiro problema de ordem social. 4. O fato de o delito ter sido praticado no período noturno não tem o condão de, por si só, justificar a valoração negativa das circunstâncias do crime, já que não demonstra a ocorrência de uma gravidade maior no caso concreto.

5. A valoração desfavorável das consequências do delito pressupõe a ocorrência de um dano ou resultado agravador não abarcado pelo próprio tipo penal incriminador, o que não ocorre na espécie. 6. Se as provas hospedadas no caderno processual são firmes em demonstrar que o apelante praticou o crime de roubo em coautoria com um adolescente, resta caracterizada a causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes.

7. A condenação a pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão, por crime praticado mediante o emprego de violência, obsta a substituição de pena corporal por restritivas de direito. 8. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base para o mínimo legal. (TJ-MS - APL: 00016773920088120046 MS 0001677-39.2008.8.12.0046, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 04/11/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013).

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS QUE NÃO SERVE PARA O DESVALOR ATRIBUÍDO À CONDUTA SOCIAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O desvalor atribuído à culpabilidade fundou-se em elementos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, inidôneos à exarcebação da pena-base, além de que, do inteiro teor do julgado, não é possível extrair quaisquer razões para o estabelecimento da pena-base acima do patamar mínimo legal, de modo que merece correção. II - A condição de dependente químico não deve ter influência negativa na dosimetria da pena uma vez que, além de não possuir relação direta com o fato delituoso, o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação. III - Deve se considerar a natureza e a diversidade das drogas apreendidas como circunstâncias que preponderam em relação às demais, na forma do que preceitua o art. 42 da Lei nº 11.343/06, devendo a pena-base ser preservada em patamar acima do mínimo legal. IV - Precedentes (STJ. HC 143152/GO. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA; e HC 113011/MS. Ministro OG FERNANDES. SEXTA TURMA). V - Consonância com o parecer do Ministério Público. VI - Recurso conhecido e provido. (TJ-RN - ACR: 121879 RN 2010.012187-9, Relator: Des. Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 06/12/2011, Câmara Criminal).

Fundamentação Fática:

Foi verificada que em muitas sentenças as penas são aumentadas em razão de, em audiência, o acusado afirmar ser usuário de droga e que, no dia do(s) fato(s), cometeu o delito, principalmente os patrimoniais, em razão de estar sob o efeito da droga. No entanto, tal posicionamento não merece prosperar, visto que ao usuário de drogas deve ser oferecido tratamento e não ser aumentada a sua reprimenda.

Sugestão de operacionalização:

Caso exasperada a pena na 1ª fase da dosimetria, com fundamento de que o réu é usuário de drogas, deve ser apresentado recurso, pleiteando, ainda, já em alegações finais e reiterando em apelação a causa de diminuição de pena do Art. 46 da Lei 11.343/2006.

A imposição de medida cautelar de fiança (art. 319, VIII, CPP) não condiciona a expedição de alvará de soltura ao seu prévio recolhimento, devendo o flagranteado ser posto em liberdade e conferido prazo razoável para o depósito.

Júlio César Duailibe Salem Filho¹

Diz o Código de Processo Penal que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos e não forem suficientes medidas cautelares diversas da prisão ou, por fim, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310).

A partir da Lei nº 12.403/11, o juiz passou a ter disponibilidade de medidas cautelares diversas da prisão, uma situação intermediária entre a prisão preventiva e a liberdade plena. O rol das medidas está previsto no art. 319 do CPP, dentre as quais se inclui a fiança (inciso VIII), a ser aplicada para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Não raras vezes, em audiência de custódia, a liberdade provisória é concedida cumulada com a medida cautelar de fiança. Ocorre que, como regra, o juiz condiciona a expedição do alvará de soltura do autuado ao pagamento do valor arbitrado, criando um grave obstáculo à fruição do direito à liberdade.

É nesse contexto que surge a discussão: quando o juiz conceder a liberdade provisória com a imposição de fiança, como medida cautelar diversa, é lícito e razoável que o seu pagamento seja requisito da expedição do alvará de soltura? A questão se coloca porque o aprisionamento é um obstáculo à disponibilidade financeira e à efetivação do pagamento, sem olvidar de que não há, na legislação, permissivo para esse entendimento.

O assunto será melhor debatido nos tópicos seguintes.

Fundamentação Jurídica:

A fiança está prevista como uma das medidas cautelares diversas da prisão, especificamente no art. 319, inciso VII do Código de Processo Penal. Constitui-se em medida de caráter patrimonial, pela qual se exige o pagamento de determinado valor em dinheiro ou, como autoriza a lei, pode consistir também em depósito de pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, tendo por objetivo assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial.

Não se presta este breve arrazoado a discutir a origem e os fundamentos da fiança, mas expor que, adotando a natureza de medida cautelar, ela deve obedecer ao mesmo regime jurídico das demais cautelares diversas da prisão, evidentemente sem descurar de suas peculiaridades. Tais medidas são preferenciais à prisão preventiva, saltando aos olhos pela redação da lei que mesmo quando presentes os requisitos da medida mais gravosa (a prisão), se as medidas alternativas forem suficientes para o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal, aquela perde aplicação. A proporcionalidade e a subsidiariedade tornam-se novos parâmetro para análise da decretação da prisão, vista como a última razão.

Para comprovar o que se diz, basta a leitura do art. 310, II do CPP, segundo o qual a conversão da prisão em flagrante em preventiva só acontecerá quando, além de presentes os requisitos constantes do art. 312 do diploma processual penal, revelaram-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Em sentido contrário, mostrando-se as medidas capazes de atingir o fim acautelador, a prisão preventiva deixa de ser possível. Nesse mesmo sentido, textualiza o art. 282, §6º do mesmo diploma que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Nessa toada, aplicada a medida cautelar da fiança por ocasião da concessão da liberdade provisória, cumulada ou não com outras medidas, fica evidente o reconhecimento na decisão do não cabimento da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos (nos quais se inclui a

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

insuficiência das medidas alternativas à prisão). Por conseguinte, perde fundamento jurídico a manutenção da prisão a partir de então, configurando constrangimento ilegal condicionar a soltura do paciente à prévia prestação da fiança arbitrada.

A Constituição Federal traz como norma de direito fundamental a disposição de 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” (art. 5º, LXI). Em sintonia com a Constituição republicana, o Código de Processo Penal também prevê dispositivo análogo: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (art. 283). Decorre daí a inconstitucionalidade da prisão que não seja em flagrante ou por decisão judicial onde se reconheça e explicita os pressupostos da privação da liberdade cautelar (especificamente, prisão preventiva ou temporária).

Faz-se cristalina a ideia de que não havendo fundamentos para o decreto de prisão cautelar, a liberdade é consequência natural e imediata. Vale lembrar que com a reforma processual, a prisão em flagrante não mais se perpetua no tempo, perdurando tão somente até a análise judicial após sua comunicação pela autoridade policial, notadamente em audiência de custódia, ocasião em que deverá o magistrado tomar uma das três decisões possíveis de acordo com o art. 310 do Código (relaxamento, decretação da prisão preventiva ou liberdade provisória acompanhada ou não de medidas cautelares, dentre as quais a fiança). A fixação de fiança, portanto, não é fundamento para a manutenção da prisão decorrente do flagrante, tampouco a pendência do seu pagamento constitui-se em motivo legal para custódia cautelar. Ao contrário, a fiança é taxativamente prevista como espécie de medida cautelar autônoma diversa da prisão, não se confundido com ela.

Valiosas as palavras de Eugênio Pacelli² sobre o assunto:

“Diz-se, pois, que a fiança é, ainda hoje, tomada, nas práticas judiciais, como condicionante da liberdade (restitui-se a liberdade se for paga a fiança), em perpetuação de uma mentalidade já muito superada, mesmo porque violadora da igualdade (isonomia) que é basilar a um Estado que se pretenda e afirme Democrático de Direito.

Mas, se o texto e o contexto da Constituição de 1988 não foram suficientes a alterar essa mentalidade, certo é que a Lei nº 12.403/11 não deixa saídas ao intérprete. [...] Ou seja, **se concedida a fiança (quando da análise judicial do flagrante ou já noutra momento da persecução), é porque não se fazia cabível a prisão preventiva; e, caso não se mostre cabível a prisão preventiva, conclusão lógica é que o investigado ou processado deve ser imediatamente posto em liberdade** – do contrário, haverá constrangimento ilegal”.

Em continuação do aqui exposto, importa perceber que a lei autoriza o decreto de prisão preventiva “em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (312, parágrafo único, CPP), caso não seja recomendável, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, que antes se faça a imposição de outra cautelar em substituição ou cumulação (art. 282, §4º).

Ora, o intervalo de tempo entre a decisão que impõe a fiança e o seu pagamento não constitui e tampouco revela o descumprimento dessa cautelar. Soa lógico o entendimento de caber ao juiz a fixação de prazo razoável para o adimplemento da obrigação e colocar o autuado imediatamente em liberdade a fim de permiti-lo correr atrás dos recursos para o depósito do valor arbitrado. O descumprimento somente se aperfeiçoaria caso não fosse adimplida a prestação no termo final do prazo conferido. E mais: para se falar realmente em descumprimento voluntário, ele precisa ser injustificado, sendo oportuna a oitiva do investigado em contraditório prévio, salvo urgência (282, §3º).

Portanto, o que se tem com a manutenção da prisão desde a concessão da liberdade cumulada com arbitramento de fiança até o seu efetivo pagamento é uma prática manifestamente inconstitucional e ilegal na medida em que não se apoia em nenhuma autorização normativa para acontecer. Como se viu, ninguém será mantido na prisão senão por força do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada decorrente de sentença condenatória transitada em julgado ou em razão de prisão temporária ou prisão preventiva. Se o magistrado entendeu por conceder a liberdade provisória, superou-se a fase do flagrante e por outro lado afastaram-se os fundamentos para a prisão cautelar, de sorte que não há título lícito para manter o investigado preso, pois

2 PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. Ed. Atlas: São Paulo, 2013, p. 136-137.

nesse momento ainda não há que se falar em descumprimento da fiança. Por essas razões se entende que mesmo sendo a fiança imposta, a liberdade não ficará condicionada ao seu pronto pagamento, posto que já em liberdade, o agente providenciará o depósito do valor ou justificar-se-á quanto à impossibilidade, sob a consequência de, em último caso, ter contra si a decretação da preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único e do art. 282, §4º, CPP.

Fundamentação Fática:

Há uma prática forense de se condicionar a expedição do alvará de soltura do agente preso em flagrante e que participa da audiência de custódia ao pagamento da fiança eventualmente arbitrada. Significa dizer que os custodiados somente são postos em liberdade quando já efetuado o depósito, ainda que se reconheça não haver razões para o decreto de prisão cautelar.

Trata-se de uma situação esdrúxula e juridicamente aberrante, não assentada em normas constitucionais e/ou legais.

A fiança nesses casos se constitui num absurdo entrave para o acesso à liberdade, servindo de barreira quase intransponível, uma maneira de manter alguém preso por vias oblíquas, ou seja, um instrumento de falsa legitimação da prisão indevida. Para além disso, a manutenção da prisão é um obstáculo para o próprio pagamento da fiança, pois é fácil imaginar que, preso, o custodiado apenas conseguirá realizar o pagamento por intermédio de terceiros, de modo que não possuindo parentes ou conhecidos próximos e dispostos a auxiliá-lo, permanecerá recluso indevidamente e por tempo indefinido.

Ademais, a vulnerabilidade social potencializa essa barreira, pois não raras vezes são trabalhadores autônomos que dependem do labor diário para auferir a renda ou que não possuem pronta e fácil disponibilidade financeira. Até conseguir comprovar a hipossuficiência, será mantido preso, sem olvidar que a comprovação por meio documental dependeria da liberdade do agente para permiti-lo reunir a documentação pertinente (CTPS, declaração do empregador ou tomador de serviço, dentre outros). Assim, muitos são os obstáculos a revelar a incorreção dessa prática.

Sugestão de operacionalização:

Diante do problema apresentado, sugere-se a operacionalização da súmula com as seguintes atividades, sem prejuízo de outros caminhos: (a) dialogar com os juízes criminais para o debate das dificuldades práticas em se efetuar o depósito da fiança ou comprovar a hipossuficiência financeira caso mantida a prisão, apresentando também a fundamentação teórica sobre o assunto no intuito de estreitar os laços institucionais e construir dialeticamente o entendimento defendido; (b) pedir por ocasião da audiência de custódia, a imediata soltura do preso caso concedida a liberdade provisória, ainda que aplicada a medida cautelar de fiança, expondo as razões do verbete sumular que fundamentam o pedido; (c) impetrar habeas corpus em caso de indeferimento por parte do magistrado.

TESE INSTITUCIONAL 04

A Defensoria Pública não pode ser destituída em processos judiciais dentro de sua atuação institucional em virtude de óbices de caráter pessoal do Membro.

Bruno de Almeida Passadore¹

Fundamentação Fática:

No presente estudo, abordaremos a situação na qual magistrado afasta a atuação institucional da Defensoria Pública, em que pese tal se dar dentro de suas atribuições institucionais.

Como exemplo concreto analisaremos o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 49.902/PR julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 26 de maio do corrente

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

ano. Em tal caso, juiz federal da 4ª região considerou acusado representado pela Defensoria Pública da União (DPU) em processo-crime indefeso, afastando a atuação defensorial e, por consequência, tendo sido nomeado defensor *ad hoc* para promover aludida defesa.

Entendeu-se, sucintamente, que a resposta à acusação apresentada pela DPU em poucas linhas significaria reduzir o réu ao estado de indefeso, já que supostamente não teria sido apresentada nenhuma tese defensiva apta a ilidir a culpa do imputado. Frisou-se, ainda, que o Código de Processo Penal exigiria do membro da Defensoria Pública a apresentação de manifestação sempre fundamentada².

De pronto, sublinhamos nossa concordância com a tese de que cabe ao defensor público escolher a melhor estratégia jurídica para a defesa de seu representado e que recorrentemente o momento processual mais oportuno para a apresentação das teses defensivas mais robustas se dará na fase de alegações finais³. Por outro lado, consideramos que este argumento se limita à seara correcional – no sentido de demonstrar a ausência de falta administrativa por parte do defensor público - porém irrelevante para a análise do caso pelo STJ tendo em vista que seria juridicamente impossível a desconstituição da Defensoria Pública em referido caso com a consequente nomeação de advogado dativo para atuar no feito, como se verá a seguir.

Fundamentação jurídica:

Da impossibilidade jurídica de desconstituição da defensoria pública e nomeação de advogado dativo em atividade institucional da Defensoria Pública.

Acerca da questão, convém diferencial a atividade institucional da Defensoria Pública e o exercício profissional dos membros da instituição, sendo certo que, em alguns casos, estaremos diante de intervenção defensorial necessária, porém com a impossibilidade de atuação de um defensor público especificamente determinado. Pois bem.

Ao lidar com a atuação do Ministério Público – cujo raciocínio mostra-se plenamente aplicável à Defensoria Pública – é absolutamente natural a percepção de que a lei/Constituição atribui determinada atividade ao órgão ministerial, como, por exemplo, a acusação pública. Há, neste aspecto, o interesse objetivo da instituição em determinado fim, não havendo, por outro lado, comprometimento do necessário desinteresse subjetivo do agente responsável pela atividade do órgão⁴.

Aliás, veja-se que apesar do comprometimento objetivo, viável a arguição de impedimento e/ou suspeição do membro do Ministério Público, como bem estabelece o art. 104⁵ e 258⁶ da lei processual penal, sendo, inclusive, dever funcional do membro do órgão ministerial declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso, como estabelece o art. 43, VII, da L. 8.625/93⁷ (Lei Orgânica do Ministério Público). Sobre a questão, esclarece CABRAL:

O Ministério Público e a Administração Pública, pelo fato de agirem em prol de um interesse público material (ainda que um interesse geral, público), têm suas atuações pautadas por interesse objetivo e desinteresse subjetivo, porque, apesar de imparcialidade, falta-lhe imparcialidade. Objetivamente, por vezes, atuam em favor de um interesse por uma determinação normativa que é atribuída à função destes órgãos. Mas isso, frisa-se, não implica necessariamente em comprometimento de sua imparcialidade [...]⁸

2 Conforme o parágrafo único do art. 261 do CPP, o qual dispõe: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

3 Neste sentido: QUANDT, Gustavo de Oliveira, Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação. Publicado em 20/11/2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado-apresentar-resposta-substancialacusacao>, acessado em 30/07/2017.

4 CABRAL, Antônio do Passo, Imparcialidade e Imparzialità. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal in Revista de Processo, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, ano 32, vol. 149 (jul/2007), p. 351.

5 “Art. 104. Se for argüida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.”

6 “Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes.”

7 “Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”

8 CABRAL, Imparcialidade e Imparzialità [...], op. cit, p. 351 – grifos adicionados.

Assim, como frisa o autor, apesar de imparcial, o promotor de justiça/procurador da república carece de imparcialidade, algo que se mostra necessário à atividade jurisdicional. Quer-se dizer com isto que a qualidade de parte é, em determinadas circunstâncias, característica inarredável da própria divisão de competências dentro e fora do processo, muito embora isto não prejudique a imperiosa imparcialidade do agente atuante, como corolário do princípio da impessoalidade.

Denota-se, portanto, que a divisão funcional se relaciona a uma aptidão extrínseca, e referente às atribuições distribuídas a cada um dos sujeitos processuais envolvidos, ainda que não o seja na qualidade de parte, como é o caso da Defensoria Pública, órgão que em muitos casos atua como representante processual de determinado litigante. Tal situação é, a toda vidência, distinta da avaliação acerca da capacidade ou imparcialidade do agente que exerce as funções atribuídas a determinado órgão. Trata-se aqui de qualidades intrínsecas, pessoais, e inerentes aos agentes⁹.

Assim, caso em determinada localidade haja atividade defensorial em prol da população vulnerável em casos criminais nos quais o acusado não tenha defesa técnica constituída, cabe à Instituição a referida atuação. E exclusivamente a ela. Afinal, tendo em vista a escolha pelo constituinte do modelo público de assistência jurídica, torna-se claro, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), que a “*atuação da Defensoria Pública [...] não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc*”¹⁰.

Nesta situação, não haverá ausência de imparcialidade ou incapacidade da Instituição, porém, não se nega que isto será possível em relação ao membro da Defensoria Pública individualmente considerado, o qual, tal qual os membros do Ministério Público, podem ser suspeitos ou impedidos de atuar em um caso concreto.

Esta situação se mostra clara quando há atuação defensorial em prol de ambos os litigantes, situação não rara na seara de família. Em tais hipóteses é plenamente viável a atuação da Defensoria Pública nos interesses do autor e do réu concomitantemente, havendo, por outro lado, a garantia conferida ao usuário do órgão de atuação de membros distintos, dado o claro impedimento de um mesmo defensor público que atua nos interesses do autor, também atuar em favor do réu¹¹.

Assim, não se ignora, por expressa previsão legal (art. 497, V, do CPP)¹², bem como por iterativa jurisprudência¹³, ser possível o controle judicial acerca da (falta de) qualidade da defesa de acusados em processos criminais. Estas questões, por outro lado, envolvem eventual incapacidade do profissional responsável pela defesa técnica do acusado, seja ele um advogado particular, dativo ou defensor público.

Tal qual em situação de imparcialidade de magistrado ou de membro do Ministério Público, a situação pessoal do agente da Defensoria Pública não se dirige à Instituição. Com efeito, se determinado magistrado, por qualquer razão, não deve atuar em determinado processo, esta circunstância não torna o Poder Judiciário incompetente para prestar a jurisdição na causa. Se

9 Ibidem, p. 347.

10 STF, HC n. 121.682/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/11/2014.

11 Veja, por exemplo o art. 4-A, V, da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública): “Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [...] V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções.” E, igualmente, o dever do membro da Defensoria Pública, tal qual do Ministério Público, de declarar-se suspeito ou impedido quando o caso: “Art. 129. São deveres dos membros da Defensoria Pública dos Estados: [...] VI – declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”

12 “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; [...]”

13 Por todos: “A colidência de teses defensivas é apenas invocável, como causa nullitatis, nas hipóteses em que, comprovado o efetivo prejuízo aos direitos dos réus, a defesa destes vem a ser confiada a um só defensor dativo, eis que – consoante adverte a jurisprudência do STF – ‘Não se configura a nulidade, se o defensor único foi livremente constituído pelos próprios acusados’ (RTJ 58/858 – RTJ 59/360 – 69/52 – RTJ 88/481 – RTJ 110/95). A indisponibilidade do direito de defesa – que traduz prerrogativa jurídica de extração constitucional – impõe ao magistrado processante o dever de velar, incondicionalmente, pelo respeito efetivo a essa importante garantia processual, cabendo-lhe, inclusive, proclamar o réu indefeso, mesmo naquelas hipóteses em que a ausência de defesa técnica resulte do conteúdo nulo de peça produzida por advogado constituído pelo próprio acusado.” (STF, HC 70.600/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/04/1994, Primeira Turma, DJe de 21/08/2009).

determinado promotor de justiça está em situação de suspeição, permanece necessária a atuação do Ministério Público, caso o processo verse sobre uma das hipóteses de intervenção obrigatória. Do mesmo modo, portanto, ocorre em relação a qualquer circunstância que exija ou recomende a não atuação de um defensor público específico em determinada causa, quando, então, ele deverá ser substituído por outro agente que atue na causa apresentando a Instituição.

Isto posto e considerando, ademais, o teor do art. 134 da CF, mormente em seu parágrafo segundo¹⁴, a Defensoria Pública é configurada como um órgão constitucional autônomo, ou seja, não se submete em termos funcionais ou administrativos a nenhum outro órgão ou poder no que se refere à prestação de seus serviços¹⁵, cabendo-lhe, portanto, planejar os caminhos que devem ser percorridos para que alcance seu mister constitucional¹⁶.

Ademais, a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal 80/94) rechaça a figura do defensor público de encomenda, estabelecendo-se intenso controle ao poder de designação de membros da instituição para atuação em casos específicos. Com isso garante-se a independência funcional de seus membros e, ao proibir interferências casuísticas na sua atividade, protege-se o jurisdicionado e a sociedade contra interesses escusos que possam advir de escolhas arbitrárias de defensores públicos ou profissionais privados em substituição por déficit estrutural da instituição¹⁷. Por esta, razão, cria-se, como direito dos usuários do serviço da Instituição, a necessidade de patrocínio de seus interesses pelo defensor público natural¹⁸, e, por consequência, mostra-se absolutamente nulo o processo em que ocorra nomeação de advogado dativo em localidades nas quais exista Defensoria Pública organizada¹⁹.

Portanto, não se mostra estranho que o Conselho da Justiça Federal tenha definido, através da Resolução 305 de 2014, que não cabe a juiz federal sponte sua substituir o membro da Defensoria Pública por outro profissional do direito²⁰, sendo tal atribuição exclusiva da própria instituição.

Nesta senda, considerando de um lado a hipotética impossibilidade de atuação do

14 “Art. 134. 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. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.”

15 A respeito, frisa-se o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.056, ao declarar a inconstitucionalidade de normas do Estado do Maranhão que submetiam a Defensoria Pública do aludido ente federado à estrutura administrativa do Poder Executivo, cuja ementa é a seguinte: “CONSTITUCIONAL. ARTS. 7º, VII, 16, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.559/2006, DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE INSEREM A DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO LOCAL. OFENSA AO ART. 134, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADI PROCEDENTE. I – AEC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º). II – Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. Precedentes. III – ADI julgada procedente.” (STF – ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/03/2012). Em igual sentido, tem-se a ADI 3.569, igualmente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/04/2007, em julgado relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence e que considerou inconstitucional lei estadual pernambucana que vinculava a Defensoria Pública local à Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos.

16 SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; SZEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo, Comentários à Lei da Defensoria Pública. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 40/41.

17 Em sentido próximo, porém versando sobre o tema do promotor público natural: MAZZILI, Hugo Nigro, Ministério Público. 4ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 46/49.

18 Conforme art. 4º-A, IV, da LC 80/94, segundo o qual: “Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [...] IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; [...]”

19 Neste sentido: “Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente” (STF, RHC n. 106.394/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 08/02/2013).

20 Segundo o art. 10 de referida resolução: “Art. 10. Caberá ao juiz da causa exercer o controle sobre a assistência judiciária prestada pelo advogado voluntário, advogado dativo, curador, intérprete, tradutor e perito, podendo substituí-los mediante decisão fundamentada. Parágrafo único. O caput deste artigo não se aplica ao membro da Defensoria Pública nem ao advogado constituído pelo assistido”.

membro da Defensoria Pública em um caso determinado – seja por incapacidade técnica, seja por impedimento ou suspeição - aliada a eventual atuação estruturada da Defensoria Pública em determinada localidade, temos algumas consequências necessárias por parte do Judiciário ao perceber esta situação. O magistrado apenas poderá requerer diligências interna corporis, seja através de ofício ao Defensor Público Geral, ou de representação à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, para que haja a atuação da Defensoria Pública por outro membro que não aquele impossibilitado.

Neste sentido, torna-se absolutamente equivocado posicionamento, tal qual exposto no RMS 49.902/PR acima mencionado, pelo qual o STJ entendeu que:

A providência judicial impugnada (substituição pontual [da Defensoria Pública por advogado dativo]) é, pois, perfeitamente plausível, ainda mais quando se sabe, como bem observou o acórdão recorrido, que a Defensoria Pública não detém a exclusividade do exercício de defesa daqueles que não têm meios financeiros para contratar advogado, assim como não existe direito subjetivo do acusado de ser defendido pela Defensoria Pública²¹.

Afinal, se mostra juridicamente impossível a nomeação de profissional estranho aos quadros da Defensoria Pública em caso atividade inerente e indelegável da Defensoria Pública em virtude de impossibilidade de caráter pessoal do membro da instituição.

Sugestão de operacionalização:

Como sugestão de operacionalização, deve-se entender que o membro da instituição ao se deparar com desconstituição da Defensoria Pública de suas atividades institucionais por eventual e suposta impossibilidade pessoal do defensor público, deverá: i) manejar as vias processuais para defesa, em nome próprio, de suas prerrogativas; ou, ii) também considerando o direito dos usuários da instituição ao patrocínio de seus interesses pelo defensor público natural, poderá tomar medida similar enquanto representante processual da parte.

21 STJ, RMS n. 49.902/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26/05/2017.

É inconveniente a condenação de adolescentes pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Bruno de Almeida Passadore¹
Camille Vieira de Costa²

Fundamentação Fática:

No presente estudo, nos propomos a discutir tema recorrente do dia a dia do defensor público, consistente em o que fazer em situações nas quais o membro da instituição na área de infância infracional lida com um jovem processado por ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Saindo do lugar comum, apontamos que não podemos fazer uma leitura simplista da lei aplicável à temática e da própria Constituição, sendo necessário que a interpretação da normativa nacional seja filtrada pelos tratados internacionais de direitos humanos. A partir destes, por sua vez, torna-se impossível que adolescente seja condenado pela prática em discussão, sendo certo que qualquer ligação de adolescente com idade inferior a 18 anos com entorpecentes – seja ele usuário ou comerciante – se dará sempre na qualidade de vítima.

Fundamentação jurídica:

A OIT 182 e a proteção integral do adolescente. O Brasil perpassou por diversos momentos na forma pela qual pune os seus cidadãos menores de 18 anos que venham a praticar ilícitos criminais. Até o início do século XX vigia um sistema que não diferenciava em essência a punição destes em relação aos adultos, apenas garantindo-lhes - quando muito - uma diminuição de pena³.

Por sua vez, a partir do Código de Menores de 1927 - e do Código Penal de 1940 - estabeleceu-se que os menores de 18 anos não estariam sujeitos às medidas punitivas de natureza penal direcionadas aos adultos. Neste momento temos a denominada etapa tutelar. Criou-se a figura do “menor em situação irregular”, ir entendendo-se que estes jovens cometiam eventuais ilícitos não por animus próprio, mas por circunstâncias alheias as suas vontades.

Em tese, portanto, a resposta adequada não seria uma sanção propriamente dita, mas medidas de caráter “não” sancionatório. Assim, mesmo representando um inegável avanço em relação à fase anterior, por vislumbrar o jovem como objeto de “proteção” estatal - e não como sujeito de direitos -, ainda se mantinha espaço para grandes críticas. Tomavam-se medidas sem qualquer garantia de devido processo legal, as quais se tornavam convite ao controle social, tendo por base em um ideal moralizador de justiça e de patrulha ideológica dos envolvidos. Por exemplo, autorizava-se que o juiz, mesmo quando absolvesse adolescente acusado de infração penal, poderia entregá-lo a patronatos, a tutores ou mesmo submetê-lo à liberdade vigiada.

Restava evidente um direito penal de autor, em lugar de um direito penal do fato, que não era aplicado nem mesmo para os adultos acusados dos mesmos delitos. Assim, criava-se uma categoria jurídica específica como oriunda desta fase: a do menor em oposição às crianças e adolescentes. E enquanto estes eram cuidados pelas suas famílias, aqueles eram de atribuição da Justiça de Menores, sendo o juiz antes de mais nada um bom pai de família que teria toda discricionariedade para decidir sobre “melhor” forma de correção do jovem.

1 Defensor Público do Estado do Paraná.

2 Defensora Pública do Estado do Paraná.

3 De acordo com as Ordenações Filipinas – vigente no Brasil em matéria criminal até a edição do Código Criminal do Império -, estabelecia-se a imputabilidade penal a partir dos 7 anos.

Apenas proscrevia-se a pena de morte aos menores de 17 anos e lhes garantiam certa diminuição de pena. Entre 17 e 21 anos havia um sistema de punição de jovens adultos e estes poderiam ser condenados à pena capital, dependendo de certas circunstâncias. A partir dos 21 anos, tinha-se a imputabilidade plena.

Em 1830, instituiu-se o Código Criminal do Império. Este diploma estabelecia em seu art. 10 que não haveria julgamentos de menores de 14 anos – porém, seus bens poderiam ser usados para reparação do mal causado (art. 11) - exceto se restasse comprovado que agiam com discernimento, caso em que seriam recolhidos a casas de correções pelo tempo que o juiz entendesse necessário, mas sem que pudessem exceder a idade de 17 anos nessas localidades (art. 13). Por sua vez, àqueles entre 14 aos 21 anos estabeleciam-se penas atenuadas, bem como proibia-se a pena de galés aos criminosos com menos de 21 anos (art. 45, §2º).

Esta situação que não se alterou substancialmente durante a vigência da legislação menorista de 1979 e apenas veio a sofrer intensa mudança a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual inaugurou a fase denominada garantista. Alterou-se a situação irregular do menor pela proteção integral e, principalmente após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente e da internalização da Convenção Internacional de Direitos das Crianças, incorporou-se uma série de direitos materiais e processuais para preservação dos direitos infanto-juvenis.

Reconhece-se, portanto, o jovem como sujeito de direitos, bem como autoriza-se a imposição de medidas socioeducativas aos menores de 18 anos e maiores de 12 anos. Ademais, reconhece-se que estas, antes de serem uma medida de proteção, possuem sim uma natureza repressiva e um viés de responsabilização do adolescente pela prática delitiva (art. 1, §2º, I e III da Lei do SINASE). Assim – e de maneira diferente do que o senso comum possa sugerir -, inaugura-se finalmente um sistema de punição juvenil, bastante diferenciado em relação aos adultos e dotados de garantias peculiares.

Não por outra razão, veda-se que o adolescente tenha um tratamento mais gravoso que o do adulto, sendo as garantias a este determinadas um padrão mínimo de tratamento do jovem, algo que se percebe tanto na legislação interna, quanto em tratados internacionais. Neste sentido, além das proteções criminais hodiernas, aos adolescentes poderão ser conferidas proteções especiais. Garante-se sempre a soltura antecipada do adolescente quando vislumbrada a realização das metas definidas nos planos individuais de atendimento; prevê-se a excepcionalidade da utilização de medidas restritivas de liberdade e necessidade de justificativa para tanto; tem-se a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal para além das hipóteses previstas na L. 9.099, ante uma ampla gama de situações nas quais o Ministério Público poderá conceder remissão ao adolescente, como forma de exclusão do processo¹²; fixa-se prazo máximo para internação provisória; etc.

Estas garantias, por evidente, não são decorrentes apenas da legislação interna, mas igualmente, de tratados internacionais. Neste aspecto, por exemplo, torna-se claro que apesar de o ECA prever que o adolescente privado de sua liberdade deva ser levado à presença de membro do Ministério Público (art. 174 e 175), o Pacto de San José (art. 7.5) garante não só ao adulto, mas a qualquer pessoa – incluindo, portanto, o adolescente – o direito a ser levado e ouvido por autoridade judiciária sem demora. Assim, estabelece-se não só aos adultos, mas igualmente aos menores de 18 ceifados de seu direito ambulatorial a garantia à audiência de custódia, como já afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Interessante sobre a temática, tem-se a Convenção 182 da OIT – internalizada no Brasil pelo Decreto 3.597/2000. Esta convenção versa sobre as piores formas de trabalho infanto-juvenil, sendo dever estatal tomar medidas para eliminá-los de forma prioritária (art. 6º). Ademais, reconhece-se que uma das principais causas destas práticas é a pobreza e sua eliminação perpassa pelo necessário desenvolvimento social dos estados-signatários (preâmbulo).

Entre as piores formas de trabalho de jovens, referida convenção destaca: a escravidão e as práticas análogas; o recrutamento forçado em conflitos armados; a prostituição infantil e atuações pornográficas; e a produção e tráfico de drogas (art. 3º). Ainda, cabe aos estados-signatários adotar medidas eficazes para impedir a utilização de crianças nessas práticas e prestar assistência e reabilitação dos jovens nestas condições (art. 7.2).

A pobreza, portanto, não é vista apenas como causa das piores formas de trabalho infantil, mas como obstáculo à efetivação dos Direitos Humanos como um todo, sendo necessária a tomada de medidas pela comunidade internacional no sentido de combatê-la.

Em outras palavras, há o dever estatal de proteção das crianças nestas condições, punindo-se aqueles que usam a força de trabalho infantil em referidas situações. Ou seja, segundo a normativa internacional em comento, as crianças e adolescentes utilizadas pelo tráfico de drogas são sempre vítimas dessa prática. Por outro lado, caso admitamos a punição de jovens nestas circunstâncias o adolescente seria paradoxalmente vítima e autor da conduta delitiva, não restando alternativa, exceto afastar a culpabilidade do adolescente nestas circunstâncias.

Conclui-se, portanto, que a Convenção OIT 182 além de implicar um dever estatal de ação, no sentido de retirar os jovens de trabalho nestas condições, mostra-se, igualmente, como um critério de abstenção estatal. Proíbe-se que este venha adotar medidas punitivas contra jovens nestas circunstâncias. Em outras palavras, cria-se uma garantia para adolescente, diversa da existente para adultos. Aqueles, por serem sempre vítimas do tráfico de drogas, jamais poderão ser punidos por atos infracionais análogos ao tráfico, sob pena de violação de aludido tratado de direitos humanos.

TESES INSTITUCIONAIS APROVADAS NO I ENCONTRO - 2017

TESE INSTITUCIONAL 01

Júri – requisição de 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.

Raphael Gianturco¹

Fundamentação Jurídica:

Em primeiro lugar, essa ideia de propor tal tese foi baseada na minha experiência de quase três 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

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

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 INSTITUCIONAL 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 (PIA), 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.

Cinthia Azevedo Santos¹

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.

¹ Defensora Pública Estado do Paraná.

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.

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.

Lucas Matheus Molina¹

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 decorrem do cometimento do crime, e o juiz, ao estabelecer o regime inicial para o cumprimento da pena aplicada, individualiza a sanção, é de se concluir que a sentença condenatória cria um limite objetivo para a resposta estatal ao delito praticado.

Se o próprio Estado, por meio do Poder Judiciário, chegou à conclusão de que a reprimenda correta para um determinado crime é a aplicação de pena em um certo regime, é evidente que, se não houver condenação por outro delito, a regressão para regime mais severo destoaria da reprimenda adequada para o caso, isto é, feriria o princípio da individualização da pena. Haveria nitidamente excesso na sanção.

Ademais, é cristalino que ocorreria, na hipótese, ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF e art. 6º, LINDB), uma vez que, caso houvesse regressão para regime mais 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

¹ Ex Defensor Público do Estado do Paraná.

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 á 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 posteriormente a matéria chegue aos Tribunais Superiores, seja por meio de Recurso Extraordinário Recurso Especial ou Habeas Corpus.

TESE INSTITUCIONAL 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.

Antonio Vitor Barbosa de Almeida¹

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 aposta a pena base em seu mínimo legal, os operadores do direito, comumente, aplicam os regimes indicados nas alíneas do §2o, do art. 33 do *Codex Repressor* utilizando como parâmetro a pena total fixada. Assim, se ao sentenciado, cuja pena foi fixada: 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.

Contudo, diversamente do que se acostumou a crer, não pode haver essa fixação rígida do regime inicial de cumprimento de pena, quando as circunstâncias judiciais não são agravadas, sob pena de não recepção do dispositivo penal pela Constituição da República de 1988 (em razão da violação do princípio da proporcionalidade, isonomia e individualização da pena), e de estabelecimento de uma incongruência no ordenamento jurídico a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede dos Habeas Corpus 82.959-7 e 111.840/ES. Senão, vejamos.

¹ Defensor Público do Estado do Paraná

A Constituição da República, em seu art. 5º, XLVI, estatui como um direito e uma garantia do cidadão ao cumprimento de uma sanção penal justa a individualização da pena.

A **individualização judicial** da pena abarca quatro etapas: 1ª) a identificação da espécie de pena a ser cominada (se privativa de liberdade, se alternativa, ou se de multa); 2ª) a quantificação da pena imposta (tempo da pena), conforme o preceito secundário da norma penal; 3ª) a **indicação do regime inicial para o cumprimento da pena, observando o art. 59, III, e art. 33 do CP**; 4ª) a análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade (se se tratar desta) por outra restritiva de direitos².

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”³. 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”⁴.

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 suggestionar, 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 aposta 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 – 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

2 Fases desenvolvida em: CARVALHO, Salo de. “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

3 JUNQUEIRA, Gustavo et. al. “Manual de Direito Penal”. São Paulo: Saraiva, 2a ed. 2014, p. 482.

4 QUEIROZ, Paulo. “Curso de Direito Penal”, 10a ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 84.

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)⁵

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 inicial violaria a individualização da pena e a proporcionalidade, não sendo recepcionado o dispositivo 33, §3º, do Código 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**⁶.

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** 5 CARVALHO, Salo de. “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 468 e 469. Grifos nossos.

6 Leonardo Massud aprofunda o estudo da pena para sustentar que o caráter retributivo da pena previsto do art. 59 do CP foi de vez espancado pela CADH. “Esse caráter retributivo fora inegavelmente abandonado, pois, embora pouco observada pela doutrina e também pela jurisprudência, houve, depois da Reforma da Parte Geral de 1984, a incorporação, no sistema jurídico brasileiro, de outra norma a respeito da finalidade da pena: Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica. (...) No art. 5º, item 6, deste Tratado, os países signatários resolveram atribuir à punição um cariz marcadamente de prevenção especial positiva, pois, contudo se referissem às penas privativas de liberdade, estatuíram que estas ‘devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados’, sendo, pois, estes os objetivos que devem nortear o magistrado na dosimetria da reprimenda.” (MASSUD, Leonardo. “Da pena e a sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal”, São Paulo: DPJ editora, 2009, p. 144).

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 vise 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**⁷.

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 constitucionais⁸.

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 7 (STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013). Grifos no original.

8 (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006). Trecho do voto da Min. Rosa Weber.

rêu, 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 ACOŁHIMENTO - INVERSÃO DA POSSE - DELITO CONSUMADO - MODIFICAÇÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO - ACOŁHIMENTO - 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 Cledoaldo. 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 INSTITUCIONAL 05

A decisão de extinção da punibilidade com base no indulto ou que reconhece o direito a comutação da pena tem natureza declaratória.

Nicholas Moura e Silva¹

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 enquadrar-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.

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

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 tiver sido aplicada ou se não havia sido homologada judicialmente ela não é impeditiva 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.

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.

Nicholas Moura e Silva¹

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 privação de liberdade. O recolhimento domiciliar noturno 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,

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

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 estanque, 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.

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.

Monia Regina Damião Serafim¹

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 desinstitucionalização 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, fica evidente que a Lei 10.216/2001 regula inteiramente a matéria da aplicação da medida de segurança e tratamento ambulatorial anteriormente tratada pelo Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal. **Toda a sistemática da desinstitucionalização deve ser aplicada também aos casos de pessoas acometidas de transtorno mental que tenham algum tipo de envolvimento com o Sistema de Justiça Criminal.**

Para deixar ainda mais clara a sua natureza universal da aplicação da Lei da Lei 10.216/2001, o artigo 2º afirma que *"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"* (grifos nossos), assim, não há dúvidas que a norma em comento estabelece os critérios de tratamento de toda e qualquer pessoa diagnosticada com algum tipo transtorno mental.

A norma deixa claro, portanto, que sua aplicação não sofre exceções, assim todas as normas anteriores que tratavam da medida de segurança foram derogadas pelo Marco Antomanicomial.

Passados os questionamentos acerca da aplicação da Lei 10.216/2001 para pessoas que tenham envolvimento com o Sistema de Justiça Criminal, **passa-se à análise das alterações que a referida Lei trouxe na aplicação da absolvição imprópria.**

Conforme já mencionado, a internação deve ser aplicada somente em casos em que haja laudo médico circunstanciado explicitando os motivos pelos quais as demais formas de tratamento

1 Defensora Pública do Estado do Paraná.

se mostram ineficazes.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Desta forma, diversamente do que era previsto no **97 do Código Penal**, a aplicação da internação era regra, sendo que o tratamento ambulatorial era visto como exceção, aplicável somente aos casos de delitos punidos com detenção. Assim, **o critério para aplicação da internação não era a necessidade de tratamento em Instituições fechadas, mas o tipo de pena aplicada**. Assim sendo, a determinação da internação se relacionava à pena e não à indicação de tratamento nestes locais.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

A Institucionalização, de acordo com o artigo transcrito, era a regra, indo de encontro com toda a sistemática prevista na Lei 10.216/2001. Além disso, **quem determinava a internação era o próprio juiz de acordo com o tipo de pena aplicável ao caso, com a nova Lei a internação deve ser sempre precedida de laudo médico circunstanciado**.

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 INSTITUCIONAL 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.

Mariela Moni Marins Tozetto¹

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 n.º 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 n.º 6.378 de 2013 (também denominado PLC n.º 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 vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso” (artigo 3º, “caput”) e aqueles que vierem ser “aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeitos de preenchimento das vagas reservadas” (artigo 3º, § 1º).”**

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.

¹ Ex Defensora Pública do Estado do Paraná.

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.

É ilegal a retenção perpetrada por instituições financeiras que utilizam verba de natureza alimentar para amortizar saldo bancário negativo.

Mariela Moni Marins Tozetto¹

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:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO 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).

AGRAVO 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 BOAS 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. AGRAVO. 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.

¹ Ex Defensora Pública do Estado do Paraná.

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, ilicitamente 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*.

É inexecuível 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.

Mariela Moni Marins Tozetto¹

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. Vige 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 do 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).

¹ Ex Defensora Pública do Estado do Paraná.

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 honorários em proporção”. Precedentes do STJ. - Recurso parcialmente provido.

(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

imediate 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 INSTITUCIONAL 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.

Ricardo Milbrath Padoim¹

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

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

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.

TESE INSTITUCIONAL 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.

Bruno de Almeida Passadore¹

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, 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.

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

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

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 CF².

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*³. 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, XXXII⁴); a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, caput⁵); o idoso (art. 230, caput⁶); o indígena (art. 231, caput⁷); etc.

Aludida situação de necessidade, aliada ao papel da Defensoria Pública estabelecido constitucionalmente, atrai, por consectário lógico, 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 ECA⁸). 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. 11.340/068⁹). Aliás, a atuação defensorial, nestes casos, é apontada pela Lei Orgânica da Defensoria Pública como efetiva atribuição institucional (art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/94¹⁰).

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

2 Em sentido próximo: MAIA, Maurílio Casas, A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In Direitos e Garantias Fundamentais, org. André Costa Correa et. alii, Birigui: Ed. Boreal, 2015, p. 187.

3 Neste sentido: SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; e JUNQUEIRA, Gustavo, Comentários à Lei da Defensoria Pública. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 37.

4 “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

5 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

6 “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

7 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, de toda criança e adolescente economicamente desprovidos (art. 141, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

8 “Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”.

9 “Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado”.

10 “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; [...]”

o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, 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 [...]¹¹.

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 [...]¹².

A atuação da Defensoria Pública, como se percebe, não se resume à simples assistência dos hipossuficientes. Não desconhecendo algumas posições contrárias a este entendimento¹³, trata-se de perceber, neste aspecto, que o texto normativo traz em si um compromisso, ou seja, uma entificação minimamente necessária à interpretação jurídica¹⁴, 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 sugerir¹⁵.

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 mero¹⁶ 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

11 Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.192.577/RS, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2015, p. 12/13 – grifos adicionados.

12 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.264.116/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/10/2011, p. 7 – grifos adicionados.

13 Por todos: GENS, Karin Sohne; e FINGER, Júlio Cesar, A Inconstitucionalidade da Lei n. 11.448/2007. Artigo veiculado na página eletrônica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/409-a-inconstitucionalidade-da-lei-n11-448-2007.html>, acesso em 10/03/2016).

14 STRECK, Lênio Luiz, Verdade e Consenso. 5ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 377.

15 PASSADORE, Bruno de Almeida, Precedentes e Uniformização de Jurisprudência: uma análise crítica. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 160, n. 601.

16 Utilizamos esta palavra sem qualquer conotação negativa e relacionada apenas aos limites da atuação judicial do advogado dativo, o qual vem a funcionar exclusivamente como representante da parte em juízo.

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 juízo¹⁷. 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 LACP¹⁸; 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 tema²⁰.

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^{21 22}.

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 pública²³.

Neste caminhar, vale apontar que a reforma no âmbito da Lei de Execuções Penais no 17 Neste sentido: “O novos diplomas legais expressam, sem dúvida, uma mudança de paradigma diante da expansão das atribuições da Defensoria Pública, para lhe permitir não só uma atuação como de regra acontecia, ou seja, representando o titular do direito material, lhe dando voz no processo, para, agora possibilitar, quando necessário, o exercício da legitimação extraordinária” (SILVA NETO, Arthur Corrêa, Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de Pessoas que Componham Grupos Sociais Vulneráveis. in CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública, org. Franklyn Roger Alves Silva, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 61).

18 “Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] II - a Defensoria Pública; [...]”

19 “Art. 4º 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; [...]”.

20 Aludida ação foi assim ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS *STRITO SENSU* E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 07/05/2015).

21 SILVA NETO, Arthur Corrêa, Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de Pessoas que Componham Grupos Sociais Vulneráveis. in CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública, org. Franklyn Roger Alves Silva, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 60.

22 Em relação à atuação da Defensoria Pública na qualidade de substituta processual na defesa de interesses de criança e do adolescente, nos autos do processo n. 0001549-83.2009.814.0070, o Poder Judiciário do Estado do Pará reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública local em ajuizar, em nome próprio, Ação de Destituição de Poder Familiar. No caso, entendeu-se que com as alterações da Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94) pela Lei Complementar 132/2009, o órgão defensorial teria legitimidade para atuar como substituta processual na defesa da criança e do adolescente individualmente considerado.

23 FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 1ª edição para e-book baseada na 4ª edição impressa, São Paulo: Ed. RT, 2014, capítulo IX, item 40.3 e capítulo IX, item 41.4.

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 criminal²⁴. 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 doutrinário²⁵, quanto jurisprudencial²⁶.

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 [...]²⁷.

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*²⁸.

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 conseqüente 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, 24 “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”.

25 SILVA NETO, Arthur Corrêa, Legitimação Extraordinária na Tutela Individual de Pessoas que Componham Grupos Sociais Vulneráveis. in CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública, org. Franklyn Roger Alves Silva, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 56.

26 TJ-MG, Agravo em Execução Penal n. 1.0035.05.062148-7/002, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. 11/12/2013.

27 MAIA, Maurílio Casas, A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In Direitos e Garantias Fundamentais, org. André Costa Correa et. alii, Birigui: Ed. Boreal, 2015, p. 187.

28 Enunciado n. 13 do anexo V, contida na Portaria 05/2016 da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

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.

TESE INSTITUCIONAL 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.

Francisco Marcelo Freitas Pimentel Ramos Filho¹

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,
1 Defensor Público do Estado do Paraná.

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”², pelas Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, em sua regra n. 1³, pela Constituição da República, no inc. V, do §3º, de seu art. 227⁴ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput de seu art. 121⁵ e no §2º, de seu art. 122⁶.

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 provimento⁷.

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

2 b) As restrições à liberdade pessoal do menor são impostas somente depois de um estudo cuidadoso e limitadas ao mínimo possível;

c) A privação da liberdade individual só é imposta se o menor for considerado culpado de um fato grave que implique violência contra outra pessoa ou de reincidência noutros crimes graves e se não existir outra solução adequada.

3 Afirma que a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário.

4 Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

5 A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

6 Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

7 STJ. 6ª T. Ag.Rg. no HC nº 118009/SP. Rel. Min. Celso Limongi. J. em 26/04/2011.

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 internado⁸.

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:

8 STJ. 5ª T. HC nº 150035/PE. Rel. Min. Jorge Mussi. J. em 19/08/2010.

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 punitivo⁹. (grifos nossos)

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 reais¹⁰:

Na primeira delas, um adolescente primário foi responsabilizado pela prática de atos

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2014, p. 469.

10 Foram omitidos dados pessoais do adolescente e da vítima, bem como data dos fatos e número dos autos, impossibilitando a identificação de pessoas, em razão do segredo de justiça.

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.

TESE INSTITUCIONAL 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.

Antonio Vitor Barbosa de Almeida¹

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, possa haver questionamentos sobre a competência deste para assim proceder).

Com efeito, o art. 115 da Lei de Execuções Penais faculta ao juízo a imposição de outras condições, além das gerais e obrigatórias:

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.

Entretanto, é necessário observar que a suposta “permissividade” inculpada pelo legislador não confere ao magistrado a possibilidade de fixar qualquer condição a seu bel prazer. Nesse ponto, é necessário observar que a súmula 493 do Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, considera ilegal a imposição de pena restritiva de direito enquanto condição especial do regime aberto.

Estaria, contudo, o magistrado autorizado a fixar como condição especial do regime aberto, por exemplo, o tratamento para dependência química (seja tratamento psicológico, acompanhamento a CAPES-AD ou até mesmo internação)?

Analisando o ordenamento legal e constitucional posto, é de se concluir pela impossibilidade de assim proceder o representante da função judicante.

É cediço que uma das consequências do descumprimento das condições (gerais e especiais) fixadas para o regime aberto é justamente a possibilidade de 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 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 Saúde². 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

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

² Disponível em <http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/cadastros-nacionais/cid-10>

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” forma transversa de impor um tratamento civil assegura que ninguém é obrigado a se submeter a tratamento contra a sua vontade.

Com efeito “atribui-se à pessoa humana 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 de vida, conforme prevê o art. 46 do Código de Ética Médica, na esteira do comando do art. 15 do Código Civil³”.

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 nº 0280063-48.2011.8.26.0000 - Comarca de Araraquara - Vara das Execuções Criminais Agrane: Ministério Público do Estado de São Paulo Agravado: Paulo César Luiz Narcizo TJSP - 2a CÂMARA DE DIREITO CRIIAL 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.

3 Oliveira, James Eduardo. “C di o Civil Anotado e Comentado”, 2a ed. Rio de Janeiro: Gen Editora Forense, 2010, p. 27.

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 CONSTITUE VALOR ÍNFI MO - 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 ineficaz⁴.

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, pugnando pelo afastamento da condição especial de tratamento fixada no regime aberto, com vistas a resguardar a autonomia do sujeito e a legalidade do ordenamento.

4 <http://www.carosamigos.com.br/index.php/politica/2888-entrevista-dartiu-xavier-a-internacaocompulsoria-e-sistema-de-isolamento-social-nao-de-tratamento> Acesso em 23/03/15.

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.

Mariana Martins Nunes¹

Fundamentação jurídica:

O indulto insere-se no poder discricionário do Presidente da República, conforme previsão do art. 84, XII da Constituição Federal², 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 Penal³.

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 Constituição⁴. 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”.⁴ 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 constitucional⁵.

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, firmou-se 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”⁶.

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.

1 Defensora Pública do Estado do Paraná.

2 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

3 STJ. HC 2.380-3/RJ.

4 Petição inicial da ADI 5343 – disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5343&processo=5343>

5 Engelmann, Wilson. Comentário ao art. 84, XII. In: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.254.

6 Carvalho, Salo. O indulto e as penas restritivas de direito. In Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p. 2-3, set. 2004.

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 Penal⁷.

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 penas⁸.

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 indulto⁹.

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 descumpra o sistema de princípios e garantias constitucionais¹⁰.

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

7 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

8 Junqueira, Gustavo. Direito Penal. 11 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

9 Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17186/indulto-e-pena-restritiva-de-direitos-interpretacaodanorma-a-luz-da-politica-criminal> (acesso em 09/02/2017).

10 Carvalho, Salo. O indulto e as penas restritivas de direito. In Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p.2-3, set. 2004.

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 direitos têm o direito público subjetivo ao indulto, em decorrência da interpretação sistemática 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 8.940/2016¹¹, ao vedar a possibilidade de concessão de indulto àqueles que cumpram pena restritiva de direitos, 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 2009¹², 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 indulto¹³, 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 genéricas¹⁴.

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 usuários¹⁵ 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

11 Art. 2º As hipóteses de indulto concedidas por este Decreto não abrangem as penas impostas por crimes: I - de tortura ou terrorismo;

II - tipificados no caput e no § 1º do art. 33, bem como nos arts. 34, 36 e 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, salvo a hipótese prevista no art. 4º deste Decreto;

III - considerados hediondos ou a estes equiparados praticados após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as suas alterações posteriores;

IV - previstos no Código Penal Militar e correspondentes aos mencionados neste artigo; ou

V - tipificados nos arts. 240 e parágrafos, 241 e 241-A e § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

12 Há referência expressa à possibilidade de concessão de indulto às penas restritivas de Direito no Decreto nº 8.615/2015, art. 1º, XIV e XV; Decreto nº 8.380/2014, art. 1º, XIII e XIV; Decreto nº 8.172/2013, art. 1º, XIII e XIV; Decreto nº 7.873/2012, art. 1º, XIII e XI; Decreto nº 7.648/2011, art. 1ª, XII e XIII, Decreto nº 7.420/2010, art. 1º, XI; Decreto nº 7.046/2009, art. 1º, IX.

13 Decreto nº 4.495/2002, art. 1º, VI; Decreto nº 4.011/2001, art. 1º, V; Decreto nº 3.226/1999, art. 1º, VII.

14 Decreto nº 4.904/2003; Decreto nº 3.667/2000; Decreto nº 2.838/1998; Decreto nº 2.365/1997; Decreto nº 953/1993; e Decreto nº 90.570/1984.

15 Planilha de atendimentos disponível para conferência nos arquivos da Secretaria do Núcleo Criminal de Curitiba.

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 3ª, e subjetivos previstos no art. 9º, ambos do referido Decreto¹⁶.

Até o momento, foram instaurados 83 incidentes de indulto a sentenciados que cumprem pena restritiva de direitos por esta proponente¹⁷, 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 República¹⁸. Assim, além do controle difuso de constitucionalidade, no presente caso seria plenamente cabível a realização de controle concentrado de constitucionalidade.

16 Art. 3º Nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido quando a pena privativa de liberdade não for superior a doze anos, desde que, tenha sido cumprido:

I - um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes; ou

II - um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art.1º.

[...]

Art. 9º A declaração do indulto prevista neste Decreto fica condicionada à ausência da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à publicação deste Decreto.

17 Relatório encaminhado à Corregedoria.

18 Petição inicial da ADI 5343 – disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5343&processo=5343>. acessado em 04 de abril de 2017.





Defensoria Pública
do Estado do Paraná



EDEPAR

ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO PARANÁ





Defensoria Pública
do Estado do Paraná



ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO PARANÁ