

# 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 Gianturco<sup>1</sup>

### 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.<sup>a</sup>

<sup>1</sup> 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 Santos<sup>1</sup>

### 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.

<sup>1</sup> 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 Molina<sup>1</sup>

### 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

<sup>1</sup> 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 Almeida<sup>1</sup>

#### **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.

<sup>1</sup> 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 direitos<sup>2</sup>.

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”<sup>3</sup>. 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”<sup>4</sup>.

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)<sup>5</sup>

**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**<sup>6</sup>.

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**<sup>7</sup>.

No bojo do mesmo feito, o Relator do HC traz a lume a fundamentação do então Ministro Eros Grau, utilizada para concluir pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado em crimes hediondos (HC 82.959/SP), a qual aqui é utilizada para corroborar a impossibilidade da imposição de regra fixa a priori, que inviabilize a correta individualização da pena:

No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 5, XLVII, 'e') e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais<sup>8</sup>.

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 ACOlhIMENTO - INVERSÃO DA POSSE - DELITO CONSUMADO - MODIFICAÇÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO - ACOlhIMENTO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

Regime de cumprimento da pena: Insurgem-se, finalmente, os apelantes quanto ao regime fixado para o início do cumprimento das penas, pontuando que considerar a reincidência para fixar o regime fechado não constitui motivação idônea, constituindo um triplo agravamento, ferindo o princípio da proporcionalidade.

**De fato, levando-se em conta apenas o quantum das penas fixado, seria cabível o regime semiaberto. No entanto, os acusados são reincidentes específicos, eis que condenados definitivamente por crime patrimonial, o que autoriza a fixação de regime mais gravoso.**

O Magistrado fixou o regime fechado aos apelantes, diante da reincidência. **Entretanto, verifica-se que na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, todas foram favoráveis, sendo fixadas as penas-base no mínimo legal.**

**Logo, impõe-se a modificação do regime fechado para o semiaberto,**

**tendo em vista a reincidência dos apelantes e a situação favorável quanto às circunstâncias judiciais.**

Diante do exposto, conhece-se do recurso, e, dá-se parcial provimento, para modificar o regime inicial de cumprimento das penas para o semiaberto, inclusive quanto ao delito apenado com detenção para o réu 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 Silva<sup>1</sup>

### **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.

<sup>1</sup> 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 Silva<sup>1</sup>

#### **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,

<sup>1</sup> 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 Serafim<sup>1</sup>

### 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 Tozetto<sup>1</sup>

### 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 dispondo:

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.**

<sup>1</sup> 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 Tozetto<sup>1</sup>

**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.

<sup>1</sup> 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 Tozetto<sup>1</sup>

### 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).

<sup>1</sup> 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 Padoim<sup>1</sup>

#### **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

---

<sup>1</sup> 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 Passadore<sup>1</sup>

#### **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

<sup>1</sup> 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 CF<sup>2</sup>.

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*<sup>3</sup>. 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, XXXII<sup>4</sup>); a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, caput<sup>5</sup>); o idoso (art. 230, caput<sup>6</sup>); o indígena (art. 231, caput<sup>7</sup>); 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 ECA<sup>8</sup>). A mesma situação ocorre em relação à mulher vítima de violência doméstica, à qual é garantido a assistência da Defensoria Pública, independentemente de sua situação financeira (art. 28, da L. 11.340/068<sup>9</sup>). Aliás, a atuação defensorial, nestes casos, é apontada pela Lei Orgânica da Defensoria Pública como efetiva atribuição institucional (art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/94<sup>10</sup>).

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 juízo<sup>17</sup>. Fazendo um paralelo, seria como dizer que o papel do Ministério Público, ante aquilo que se mostra com maior frequência nos meios jurídicos, fosse reduzido à figura do acusador público em questões criminais, algo absolutamente equivocado.

Assim, por exemplo, a Defensoria Pública pode atuar como substituto processual da coletividade em demandas de caráter transindividuais (ações civis públicas), sendo reconhecida a legitimidade ativa da instituição para este fim (art. 5º, II, da LACP<sup>18</sup>; art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/94<sup>19</sup>, etc.). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF, reconheceu a adequação constitucional da legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas, colocando uma pá de cal sobre qualquer discussão acerca do tema<sup>20</sup>.

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<sup>21 22</sup>.

A respeito, Luigi FERRAJOLI – conhecido entusiasta do modelo brasileiro de Defensoria Pública – defende a possibilidade do órgão defensorial atuar em processos criminais não apenas quando for o caso de suprir a ausência de advogado privado, mas intervir sempre no processo penal, ainda que o réu conte com patrono particular, ante a vulnerabilidade do processado frente à acusação pública<sup>23</sup>.

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 criminal<sup>24</sup>. Em razão disto, vem sendo admitida a intervenção da Defensoria Pública em processos coletivos ou individuais, ainda que o apenado conte com advogado particular, no intuito de ser garantido a regular execução da sanção penal, tanto em caráter doutrinário<sup>25</sup>, quanto jurisprudencial<sup>26</sup>.

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 [...]<sup>27</sup>.

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*<sup>28</sup>.

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 Filho<sup>1</sup>

#### **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”<sup>2</sup>, pelas Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, em sua regra n. 1<sup>3</sup>, pela Constituição da República, no inc. V, do §3º, de seu art. 227<sup>4</sup> e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput de seu art. 121<sup>5</sup> e no §2º, de seu art. 122<sup>6</sup>.

Seguindo o mandamento de excepcionalidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu art. 122, de forma taxativa, as hipóteses de aplicação das medidas de internação, nos seguintes termos:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:  
I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;  
II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;  
III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Não obstante tenha o Estatuto limitado a aplicação da medida de internação, não se mostra suficiente, para sua decretação, a verificação das referidas hipóteses, no caso concreto. Como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para fundamentar a decretação da internação a simples incidência das hipóteses do art. 122 do Estatuto. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ato infracional equiparado ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, é insuficiente a justificar a medida excepcional a simples alusão ao art. 157 do Código Penal.
2. O consagrado princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição, não é aplicado somente ao denunciado no processo penal, e sim a todo acusado, inclusive ao menor infrator.
3. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>7</sup>.

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 internado<sup>8</sup>.

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 punitivo<sup>9</sup>. (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 reais<sup>10</sup>:

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 Almeida<sup>1</sup>

### 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 Saúde<sup>2</sup>. 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

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> 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 Civil<sup>3</sup>”.

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 ÍNFIMO - PALAVRA DA VÍTIMA COM GRANDE RELEVÂNCIA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – ESTADO DE INCONSCIÊNCIA DA ILICITUDE NÃO COMPROVADO NOS AUTOS - PLEITO PELA COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – **ACOLHIMENTO – PLEITO PELO AFASTAMENTO DA CONDIÇÃO ESPECIAL DE TRATAMENTO PARA DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO REGIME ABERTO – ACOLHIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** TJPR - 5ª Câmara Criminal - Apelação Crime Nº 1443065-4. Relator: Des. José Laurindo De Souza Netto.

Nesta apelação em específico, o próprio Tribunal considerou que a imposição de tratamento seria uma modalidade restritiva de direito, razão pela qual não haveria possibilidade para a sua manutenção.

Ainda:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33 DA LEI 11.343/06) AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DE PENA. ACOLHIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO. **Ademais, a imposição ao apelante de tratamento para dependência química como condição especial para o cumprimento da pena no regime aberto deve ser voluntária e de acordo com o interesse do próprio dependente em se recuperar, caso contrário, tal imposição de condição especial poderá tornar-se ineficaz.** TJPR - 4ª Câmara Criminal - 1404487-2 Apelação Crime. Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Antônio Carlos Ribeiro Martins.

Por fim, é **necessário observar** que o professor de psiquiatria da UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, Dartiu Xavier, em extensa pesquisa acerca do tema, já apontou acerca **da ineficácia dos tratamentos em que não há adesão voluntária por parte do dependente**. A eficácia, segundo os estudos científicos, é mínima: apenas de 2%. Já que para os 98% dos casos a internação compulsória se mostra ineficaz<sup>4</sup>.

#### **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 Nunes<sup>1</sup>

### Fundamentação jurídica:

O indulto insere-se no poder discricionário do Presidente da República, conforme previsão do art. 84, XII da Constituição Federal<sup>2</sup>, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus. Trata-se de instituto com previsão constitucional que gera direito público, subjetivo, líquido e certo ao apenado de ter extinta a sua punibilidade, conforme disposto no artigo 107, II do Código Penal<sup>3</sup>.

Cabe, então, ao Presidente da República, por meio de ato normativo, elencar os requisitos subjetivos e objetivos que devem ser preenchidos pelo sentenciado para que faça jus ao referido direito.

Não obstante, em que pese o exercício desta atribuição vincular-se ao juízo político de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, isso não impede a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos concessivos de indultos, uma vez que estes devem, necessariamente, respeitar os princípios e limites previstos na própria Constituição<sup>4</sup>. 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”.<sup>4</sup> Com isto, o exercício destes atos deverão adequar-se aos princípios constitucionais, cabendo ao Chefe do Poder Executivo Federal a observância, dentre outros, do princípio da razoabilidade, como um modo de temperar o poder discricionário de clemência concedido pelo texto constitucional<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>.

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 Penal<sup>7</sup>.

Neste ponto, cumpre consignar que as penas restritivas de direito, que foram introduzidas na reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/84, e ampliadas com o advento da Lei 9.714/98, possuem como finalidade a “*busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves*”, conforme consta da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal.

Dessa forma, os condenados à pena restritiva de direito são aqueles pequenos e médios infratores, condenados a pena não superior a 04 anos, por crimes não violentos, que não sejam reincidentes e que possuam todas as circunstâncias judiciais favoráveis, a teor do que dispõe o art. 44 do Código Penal.

Neste passo, o art. 1º do Decreto 8.940/2016, ao vedar à concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direito, viola flagrantemente o princípio da individualização das penas, estampado no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, merecendo, portanto, uma interpretação principiológica, sob pena de incorrer em patente inconstitucionalidade.

Conforme já consignado, o indulto insere-se no poder discricionário de clemência do Presidente da República, constituindo instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus.

A individualização da pena, por seu turno, é a concretização da isonomia, visto que implica tratamento diferenciado a situações e pessoas diferentes, na medida das respectivas diferenças. Esta deve ocorrer em três etapas, quais sejam: (i) na elaboração legislativa; (ii) na aplicação da pena no caso concreto; e (iii) na execução das penas<sup>8</sup>.

Em relação à individualização da pena especificamente na fase executória, que aqui nos interessa, verifica-se que esta se dá por meio do sistema progressivo, do livramento condicional, da remição de pena e da concessão de comutação e indulto<sup>9</sup>.

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 constitucionais<sup>10</sup>.

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 8.940/2016<sup>11</sup>, 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 2009<sup>12</sup>, ou seja, há 08 anos consecutivos. Ressalta-se, ainda, que desde a instituição das penas restritivas de direitos, em 1984, há menção expressa a essa possibilidade em outros três Decretos de indulto<sup>13</sup>, além de inúmeros outros Decretos que, embora não trouxessem dispositivos específicos para as penas restritivas de direitos, possibilitavam a sua concessão através da existência de cláusulas genéricas<sup>14</sup>.

Por todo o exposto, verifica-se que negar o direito ao indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos além de inconstitucional e desproporcional, é ilógico. Deve ser feita, portanto, uma leitura principiológica do Decreto 8.940/2016, corrigindo-se, dessa forma, as incongruências apontadas e permitindo que seja dado integral cumprimento ao objetivo visado pelo instituto jurídico da indulgência soberana.

#### **Fundamentação fática:**

A presente tese foi resultado da necessidade de oferecer resposta satisfativa aos cerca de 150 usuários<sup>15</sup> 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 Decreto<sup>16</sup>.

Até o momento, foram instaurados 83 incidentes de indulto a sentenciados que cumprem pena restritiva de direitos por esta proponente<sup>17</sup>, sendo que, até o momento, estes têm sido concedidos com o afastamento expresso da vedação prevista no art. 1º do Decreto 8.940/2016.

### **Sugestão de operacionalização:**

Os Defensores Públicos poderão utilizar a tese para requerer a concessão de indulto aos sentenciados que cumpram pena restritiva de direitos, requerendo assim a realização de controle difuso da constitucionalidade do Decreto 8.940/2016 em sede de incidente da execução.

Outrossim, seria possível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, com fundamento nos arts. 102, I, a e p, 103, IX, e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, em face do art. 1º do Decreto 8.940/2016, utilizando-se dos fundamentos dessa tese. A esse respeito, verifica-se que conforme o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com efeito, o Decreto 8.940/2016 constitui ato normativo primário, uma vez que contém os requisitos essenciais de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade, e disciplina diretamente a Constituição, retirando o seu fundamento de validade do art. 84, XII, da Constituição da República<sup>18</sup>. 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.