

ADENDO ESPECIAL:

TESES INSTITUCIONAIS APROVADAS NO II ENCONTRO - 2018

TESE INSTITUCIONAL 01

O juízo da execução penal não pode determinar a instauração de procedimento administrativo disciplinar, sendo o exercício do poder disciplinar discricionário por parte da autoridade administrativa.

Alexandre Gonçalves Kassama¹

Fundamentação Jurídica:

O início do procedimento de apuração de falta disciplinar na execução penal, sobretudo daquelas de natureza grave, se dá com a instauração de um procedimento administrativo disciplinar, o que foi reforçado pela Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesses termos, em analogia ao processo de conhecimento, é inviável que o próprio órgão julgador seja responsável pela superação da inércia referente a tal fato.

Ora, é mais do que claro que, ao assim agir, o juízo se imiscui na esfera administrativa, determinando a feitura de procedimento até então inexistente, com o único fito de analisar a falta que será homologada por ele próprio, sem, contudo, respeitar o devido processo legal.

O juízo que procura, sabe o que quer encontrar.

Nesses termos, desde logo pode se vislumbrar o ranço de processo inquisitivo na execução, uma vez que os fatos apurados em sede de execução são corriqueiramente verificados ex officio pelo juízo, como se, a partir de uma primeira condenação, nenhuma outra garantia processual se aplicasse aos sentenciados.

Para além da própria imparcialidade judicial – que fica prejudicada quando é o juízo o primeiro a determinar a apuração de qualquer feito que venha a incidir de forma negativa na liberdade de um cidadão – o desenvolvimento processual nos moldes atuais acaba por dar margem a anomalias insanáveis no curso do processo.

Ressalte-se que a impossibilidade de se ver a apuração iniciada ex officio se torna ainda mais nítida quando ausente qualquer exercício de poder disciplinar prévio até a determinação expressa do próprio juiz.

Ora, o sistema acusatório e a presunção de inocência, garantidos pela Constituição e por instrumentos normativos internacionais, impedem que a apuração se dê a partir de um ato do juízo intimando a defesa e a autoridade administrativa, como se, desde logo, houvesse uma “suspeita” a ser apurada.

Tal procedimento pode dar azo, inclusive, à suspeição do magistrado! Se há a intimação para que a autoridade administrativa proceda à apuração de falta grave apontada pelo juízo, a qual, contudo, não havia sido previamente apurada administrativamente, tem-se desde logo a “suspeita” de uma infração, ao menos de uma possível irregularidade, e se a autoridade administrativa ainda não delimitou tal irregularidade, a suspeita só pode ter sido exarada do próprio juiz! E um juiz que se manifesta de forma anterior ao julgamento do fato, ainda que por meios indiretos que permitam a ilação de sua possível inclinação, não mais é um juiz imparcial.

O procedimento judicial pode ter início de ofício, segundo a Lei de Execução Penal. Ocorre que procedimento judicial não se confunde com procedimento administrativo!

A mesma lei que determina, em seu artigo 195 a realização do procedimento judicial de ofício, determina, em seus artigos 54, 59 e 60 a competência do diretor do presídio, ou “autoridade administrativa”, para a apuração disciplinar. E, como bem se sabe, o disciplinar não se confunde com o judicial, sendo, este, aliás, um dos fundamentos da súmula 533 que trouxe a anulação da decisão anteriormente proferida.

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

Ocorre que se um juiz imparcial não se confunde com juiz omisso, o juiz imparcial, igualmente, não se confunde com o juiz investigador, o qual, ao tomar conhecimento da não instauração de procedimento, determina sua realização para que possa, enfim, homologar a falta.

Ao assim proceder, o juízo não é meramente “não omisso”, mas, antes, é efetivamente ativo na produção de provas na fase preliminar – e não judicial! A situação em tudo se assemelha àqueloutra vivida quando da previsão da antiga lei do crime organizado, a qual previa a possibilidade de diligência realizada pessoalmente pelo juiz.

Quanto a tal ato normativo, cabe lembrar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da ADIn 1570-2/DF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DECIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. (...)

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VII e §2º; e 144, §1º, I e IV, e §4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

(grifo nosso)

Em outras palavras, a ADIn assentou exatamente o quanto ora alegado: ao juízo não cabe se imiscuir em atividades pré-processuais outorgadas a autoridades administrativas. De outra sorte, jamais poderia ser o juiz do caso, pois se tornaria absolutamente envolvido na matéria a ser julgada!

Não outro o fundamento do voto do relator Ministro Maurício Corrêa:

“Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão?!

Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. (...) Outro não é o motivo pelo qual, tanto no Direito Penal quanto no Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é arguida. Pela mesma razão o artigo 424 do CPP determina se proceda ao desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador, virtude sem a qual nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito.(grifo nosso)

Vale dizer: o juízo poderia requisitar informações a respeito do procedimento administrativo eventualmente instaurado. Contudo, uma vez constatada a inexistência de procedimento administrativo instaurado, não pode o juízo requisitar a sua instauração com o fito único de legalizar sua decisão futura!

Ressalte-se que no artigo 66 da Lei de Execução Penal, onde se situa a competência do juízo da Vara de Execuções, não se encontra, em nenhum dos incisos, a capacidade de requisitar a apuração de falta administrativa, a qual é, por sua vez, atribuída exclusivamente ao diretor ou órgão competente da unidade de cumprimento de pena.

Nunca é demais lembrar, outrossim, que no Direito Administrativo impera a estrita legalidade, de forma que aquilo que não é expressamente previsto é proibido. Ora, se não foi prevista outra autoridade competente para decidir sobre a instauração ou não do devido procedimento administrativo disciplinar, é claro que a sua determinação por autoridade não prevista macula todo

o procedimento!

Enfim, quer se analise a conduta do juízo sob a ótica do devido processo judicial, onde se encontra ferida de morte sua imparcialidade, quer se analise sob a ótica do devido processo administrativo disciplinar, em que não foi respeitada a competência da autoridade prevista em lei, em ambos os casos, tem-se a total nulidade da decisão administrativa proferida.

Fundamentação fática:

A súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça reforçou a autonomia do poder disciplinar a ser exercido em esfera administrativa, tendo em conta que é a autoridade presente no dia a dia do cumprimento de pena.

Nesse passo, ao estabelecer a inviabilidade da homologação de falta grave sem o prévio exercício do poder disciplinar, deu azo, contudo, à atuação judicial de ofício para que o procedimento administrativo seja realizado em conformidade com a súmula.

Inobstante, se o procedimento é realizado por mera determinação judicial, perde razão de ser o próprio verbete sumular, uma vez que a autoridade administrativa se torna vinculada à determinação judicial, de modo que se pode dizer que, em verdade, foi a própria autoridade judicial a responsável pelo procedimento.

Sugestão de operacionalização:

Em todo processo de apuração de falta grave cujo procedimento disciplinar prévio tenha sido determinado pela autoridade judicial deve o Defensor arguir a nulidade da futura eventual decisão de homologação, tendo em vista a legalidade estrita no âmbito disciplinar, bem como a violação da imparcialidade objetiva do juízo.

TESE INSTITUCIONAL 02

A condição de ser usuário de drogas não pode ser avaliada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena. Caso o juízo reconheça que o agente praticou o fato sob o efeito de entorpecentes deve ser pleiteada a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006.

Ana Paula Costa Gamero Salem¹

Fundamentação Jurídica:

Consoante Guilherme de Souza Nucci, a conduta social pode ser conceituada “como o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho da escola, da vizinhança. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor² (...)”

Neste sentido, o vício afirmado pelo réu não pode ser considerado como uma conduta social desajustada, é uma questão de saúde pública, não devendo o réu ser mais penalizado em razão de uma enfermidade que apresenta.

A Lei 11.343/2006, em seu Art. 26, expressamente narra que “o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.”. Além disso, o fato de praticar o delito sob o efeito da droga, não possuindo o agente a plena consciência do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, é uma causa de diminuição da pena, que pode ser reduzida de 1/3 a 2/3.

Nesse diapasão, o aumento da primeira fase da dosimetria da pena pelo fato de ser viciado em entorpecentes afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, Art 5º, caput,

1 Defensora Pública do Estado do Paraná.

2 (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

da Constituição Federal; e os preceitos da Lei 11.343/2006, que no Capítulo II, afirma que aos usuários de drogas devem ser garantidas atividades de reinserção social, projetos terapêuticos individualizados, entre outras medidas que os façam contornar o problema com as drogas.

A incongruência dessa exasperação pela conduta social torna-se ainda mais patente quando se verifica que nem mesmo o legislador determinou pena privativa de liberdade ao tratar do Art. 28 da Lei 11.343/2006. Destarte, fica clara a arbitrariedade, pois contrário ao nosso sistema normativo.

Neste sentido é a jurisprudência:

DOSIMETRIA DA PENA. USO DE ENTORPECENTE. MÁCONDUTA SOCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal com o argumento de que o acusado seria usuário de drogas. Apresentado recurso da defesa, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau e agregou novas fundamentações à decisão recorrida. Nesse contexto, a Turma reiterou o entendimento de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base. Além disso, o colegiado confirmou o entendimento de que não pode haver agravamento da situação do réu em julgamento de recurso apresentado exclusivamente pela defesa, por caracterizar *reformatio in pejus*. Assim, a pena foi reduzida ao mínimo legal previsto e foi fixado o regime aberto para o cumprimento de pena. STJ- HC- Sexta turma- 201.453-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 2/2/2012.

PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. RÉU USUARIO DE ENTORPECENTES. RAZÃO INIDÔNEA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CORRETA. AGRAVANTE NO CONCURSO DE PESSOAS. NÃO VERIFICADA. EXCLUSÃO. 1. Incabível a exasperação da pena-base aplicada ao crime patrimonial pelo fato de o sentenciado ser usuário de drogas e ter cometido o delito sob o efeito de substância entorpecente. Precedentes. 2. A conduta praticada com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas autoriza a exasperação da pena-base para o crime de latrocínio. 3. Demonstrada a conduta criminosa trouxe excepcionais consequências para a vítima que, por conta do trauma sofrido, abandonou o emprego, justificado encontra-se o incremento da pena-base. 4. Não restando comprovado que o agente teria organizado a cooperação ou dirigido a atividade dos demais meliantes, impõe-se decotar a agravante prevista no artigo 62, inciso I, CP. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDF 20150210051077 0005044-03.2015.8.07.0002, Relator: CESAR LOYOLA, Data de Julgamento: 08/09/2016, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/09/2016. Pág.: 194/228).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO. REGIME ABERTO. RECURSO PROVIDO. I - INCABÍVEL A VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO RÉU QUANDO FUNDADA EM CONDENAÇÃO POR FATO-CRIME POSTERIOR AO DELITO SOB JULGAMENTO, MESMO QUE JÁ TRANSITADO EM JULGADO. II - NÃO SE JUSTIFICA A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL QUANDO FUNDAMENTADA NO FATO DE SER O RÉU USUÁRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E DE BEBIDA ALCOÓLICA. III - FIXA-SE O REGIME INICIAL ABERTO SE O RÉU FOI CONDENADO À PENA IGUAL A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, É PRIMÁRIO E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LHE SÃO FAVORÁVEIS. IV - RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - APR: 20070810060519 DF 0000432-82.2007.8.07.0008, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 23/01/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/01/2014 . Pág.: 165).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP) - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL - ACOLHIDO - VALORAÇÃO INDEVIDA DA CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES - NÃO POSSÍVEL - COAUTORIA COMPROVADA NOS AUTOS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - INCABÍVEL - VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO PARCIALMENTE PRÓVIDO. 1. A conduta social do apelante não pode ser considerada desfavorável apenas por ser ele usuário de drogas, notadamente porque não restou demonstrado que tal circunstância seja deflagradora de mau comportamento no âmbito social, familiar ou profissional. 2. A simples afirmação de que o apelante possui personalidade voltada ao crime não justifica a valoração negativa da referida circunstância judicial, pois não evidencia, concretamente, qual o suposto desvio de personalidade que o leva a cometer a alegada diversidade de delitos. 3. Da mesma forma, a mera

referência à prática do delito para fins de aquisição de drogas não resulta em fundamentação idônea a considerar desfavorável a moduladora dos motivos do crime, pois tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, e, além disso, constitui verdadeiro problema de ordem social. 4. O fato de o delito ter sido praticado no período noturno não tem o condão de, por si só, justificar a valoração negativa das circunstâncias do crime, já que não demonstra a ocorrência de uma gravidade maior no caso concreto.

5. A valoração desfavorável das consequências do delito pressupõe a ocorrência de um dano ou resultado agravador não abarcado pelo próprio tipo penal incriminador, o que não ocorre na espécie. 6. Se as provas hospedadas no caderno processual são firmes em demonstrar que o apelante praticou o crime de roubo em coautoria com um adolescente, resta caracterizada a causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes.

7. A condenação a pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão, por crime praticado mediante o emprego de violência, obsta a substituição de pena corporal por restritivas de direito. 8. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base para o mínimo legal. (TJ-MS - APL: 00016773920088120046 MS 0001677-39.2008.8.12.0046, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 04/11/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013).

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS QUE NÃO SERVE PARA O DESVALOR ATRIBUÍDO À CONDUTA SOCIAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O desvalor atribuído à culpabilidade fundou-se em elementos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, inidôneos à exarcebação da pena-base, além de que, do inteiro teor do julgado, não é possível extrair quaisquer razões para o estabelecimento da pena-base acima do patamar mínimo legal, de modo que merece correção. II - A condição de dependente químico não deve ter influência negativa na dosimetria da pena uma vez que, além de não possuir relação direta com o fato delituoso, o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação. III - Deve se considerar a natureza e a diversidade das drogas apreendidas como circunstâncias que preponderam em relação às demais, na forma do que preceitua o art. 42 da Lei nº 11.343/06, devendo a pena-base ser preservada em patamar acima do mínimo legal. IV - Precedentes (STJ. HC 143152/GO. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA; e HC 113011/MS. Ministro OG FERNANDES. SEXTA TURMA). V - Consonância com o parecer do Ministério Público. VI - Recurso conhecido e provido. (TJ-RN - ACR: 121879 RN 2010.012187-9, Relator: Des. Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 06/12/2011, Câmara Criminal).

Fundamentação Fática:

Foi verificada que em muitas sentenças as penas são aumentadas em razão de, em audiência, o acusado afirmar ser usuário de droga e que, no dia do(s) fato(s), cometeu o delito, principalmente os patrimoniais, em razão de estar sob o efeito da droga. No entanto, tal posicionamento não merece prosperar, visto que ao usuário de drogas deve ser oferecido tratamento e não ser aumentada a sua reprimenda.

Sugestão de operacionalização:

Caso exasperada a pena na 1ª fase da dosimetria, com fundamento de que o réu é usuário de drogas, deve ser apresentado recurso, pleiteando, ainda, já em alegações finais e reiterando em apelação a causa de diminuição de pena do Art. 46 da Lei 11.343/2006.

A imposição de medida cautelar de fiança (art. 319, VIII, CPP) não condiciona a expedição de alvará de soltura ao seu prévio recolhimento, devendo o flagranteado ser posto em liberdade e conferido prazo razoável para o depósito.

Júlio César Duailibe Salem Filho¹

Diz o Código de Processo Penal que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos e não forem suficientes medidas cautelares diversas da prisão ou, por fim, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310).

A partir da Lei nº 12.403/11, o juiz passou a ter disponibilidade de medidas cautelares diversas da prisão, uma situação intermediária entre a prisão preventiva e a liberdade plena. O rol das medidas está previsto no art. 319 do CPP, dentre as quais se inclui a fiança (inciso VIII), a ser aplicada para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Não raras vezes, em audiência de custódia, a liberdade provisória é concedida cumulada com a medida cautelar de fiança. Ocorre que, como regra, o juiz condiciona a expedição do alvará de soltura do autuado ao pagamento do valor arbitrado, criando um grave obstáculo à fruição do direito à liberdade.

É nesse contexto que surge a discussão: quando o juiz conceder a liberdade provisória com a imposição de fiança, como medida cautelar diversa, é lícito e razoável que o seu pagamento seja requisito da expedição do alvará de soltura? A questão se coloca porque o aprisionamento é um obstáculo à disponibilidade financeira e à efetivação do pagamento, sem olvidar de que não há, na legislação, permissivo para esse entendimento.

O assunto será melhor debatido nos tópicos seguintes.

Fundamentação Jurídica:

A fiança está prevista como uma das medidas cautelares diversas da prisão, especificamente no art. 319, inciso VII do Código de Processo Penal. Constitui-se em medida de caráter patrimonial, pela qual se exige o pagamento de determinado valor em dinheiro ou, como autoriza a lei, pode consistir também em depósito de pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, tendo por objetivo assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial.

Não se presta este breve arrazoado a discutir a origem e os fundamentos da fiança, mas expor que, adotando a natureza de medida cautelar, ela deve obedecer ao mesmo regime jurídico das demais cautelares diversas da prisão, evidentemente sem descurar de suas peculiaridades. Tais medidas são preferenciais à prisão preventiva, saltando aos olhos pela redação da lei que mesmo quando presentes os requisitos da medida mais gravosa (a prisão), se as medidas alternativas forem suficientes para o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal, aquela perde aplicação. A proporcionalidade e a subsidiariedade tornam-se novos parâmetro para análise da decretação da prisão, vista como a última razão.

Para comprovar o que se diz, basta a leitura do art. 310, II do CPP, segundo o qual a conversão da prisão em flagrante em preventiva só acontecerá quando, além de presentes os requisitos constantes do art. 312 do diploma processual penal, revelaram-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Em sentido contrário, mostrando-se as medidas capazes de atingir o fim acautelador, a prisão preventiva deixa de ser possível. Nesse mesmo sentido, textualiza o art. 282, §6º do mesmo diploma que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Nessa toada, aplicada a medida cautelar da fiança por ocasião da concessão da liberdade provisória, cumulada ou não com outras medidas, fica evidente o reconhecimento na decisão do não cabimento da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos (nos quais se inclui a

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

insuficiência das medidas alternativas à prisão). Por conseguinte, perde fundamento jurídico a manutenção da prisão a partir de então, configurando constrangimento ilegal condicionar a soltura do paciente à prévia prestação da fiança arbitrada.

A Constituição Federal traz como norma de direito fundamental a disposição de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI). Em sintonia com a Constituição republicana, o Código de Processo Penal também prevê dispositivo análogo: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (art. 283). Decorre daí a inconstitucionalidade da prisão que não seja em flagrante ou por decisão judicial onde se reconheça e explicita os pressupostos da privação da liberdade cautelar (especificamente, prisão preventiva ou temporária).

Faz-se cristalina a ideia de que não havendo fundamentos para o decreto de prisão cautelar, a liberdade é consequência natural e imediata. Vale lembrar que com a reforma processual, a prisão em flagrante não mais se perpetua no tempo, perdurando tão somente até a análise judicial após sua comunicação pela autoridade policial, notadamente em audiência de custódia, ocasião em que deverá o magistrado tomar uma das três decisões possíveis de acordo com o art. 310 do Código (relaxamento, decretação da prisão preventiva ou liberdade provisória acompanhada ou não de medidas cautelares, dentre as quais a fiança). A fixação de fiança, portanto, não é fundamento para a manutenção da prisão decorrente do flagrante, tampouco a pendência do seu pagamento constitui-se em motivo legal para custódia cautelar. Ao contrário, a fiança é taxativamente prevista como espécie de medida cautelar autônoma diversa da prisão, não se confundido com ela.

Valiosas as palavras de Eugênio Pacelli² sobre o assunto:

“Diz-se, pois, que a fiança é, ainda hoje, tomada, nas práticas judiciais, como condicionante da liberdade (restitui-se a liberdade se for paga a fiança), em perpetuação de uma mentalidade já muito superada, mesmo porque violadora da igualdade (isonomia) que é basilar a um Estado que se pretenda e afirme Democrático de Direito.

Mas, se o texto e o contexto da Constituição de 1988 não foram suficientes a alterar essa mentalidade, certo é que a Lei nº 12.403/11 não deixa saídas ao intérprete. [...] Ou seja, **se concedida a fiança (quando da análise judicial do flagrante ou já noutra momento da persecução), é porque não se fazia cabível a prisão preventiva; e, caso não se mostre cabível a prisão preventiva, conclusão lógica é que o investigado ou processado deve ser imediatamente posto em liberdade** – do contrário, haverá constrangimento ilegal”.

Em continuação do aqui exposto, importa perceber que a lei autoriza o decreto de prisão preventiva “em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (312, parágrafo único, CPP), caso não seja recomendável, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, que antes se faça a imposição de outra cautelar em substituição ou cumulação (art. 282, §4º).

Ora, o intervalo de tempo entre a decisão que impõe a fiança e o seu pagamento não constitui e tampouco revela o descumprimento dessa cautelar. Soa lógico o entendimento de caber ao juiz a fixação de prazo razoável para o adimplemento da obrigação e colocar o autuado imediatamente em liberdade a fim de permiti-lo correr atrás dos recursos para o depósito do valor arbitrado. O descumprimento somente se aperfeiçoaria caso não fosse adimplida a prestação no termo final do prazo conferido. E mais: para se falar realmente em descumprimento voluntário, ele precisa ser injustificado, sendo oportuna a oitiva do investigado em contraditório prévio, salvo urgência (282, §3º).

Portanto, o que se tem com a manutenção da prisão desde a concessão da liberdade cumulada com arbitramento de fiança até o seu efetivo pagamento é uma prática manifestamente inconstitucional e ilegal na medida em que não se apoia em nenhuma autorização normativa para acontecer. Como se viu, ninguém será mantido na prisão senão por força do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada decorrente de sentença condenatória transitada em julgado ou em razão de prisão temporária ou prisão preventiva. Se o magistrado entendeu por conceder a liberdade provisória, superou-se a fase do flagrante e por outro lado afastaram-se os fundamentos para a prisão cautelar, de sorte que não há título lícito para manter o investigado preso, pois

2 PACHELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. Ed. Atlas: São Paulo, 2013, p. 136-137.

nesse momento ainda não há que se falar em descumprimento da fiança. Por essas razões se entende que mesmo sendo a fiança imposta, a liberdade não ficará condicionada ao seu pronto pagamento, posto que já em liberdade, o agente providenciará o depósito do valor ou justificar-se-á quanto à impossibilidade, sob a consequência de, em último caso, ter contra si a decretação da preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único e do art. 282, §4º, CPP.

Fundamentação Fática:

Há uma prática forense de se condicionar a expedição do alvará de soltura do agente preso em flagrante e que participa da audiência de custódia ao pagamento da fiança eventualmente arbitrada. Significa dizer que os custodiados somente são postos em liberdade quando já efetuado o depósito, ainda que se reconheça não haver razões para o decreto de prisão cautelar.

Trata-se de uma situação esdrúxula e juridicamente aberrante, não assentada em normas constitucionais e/ou legais.

A fiança nesses casos se constitui num absurdo entrave para o acesso à liberdade, servindo de barreira quase intransponível, uma maneira de manter alguém preso por vias oblíquas, ou seja, um instrumento de falsa legitimação da prisão indevida. Para além disso, a manutenção da prisão é um obstáculo para o próprio pagamento da fiança, pois é fácil imaginar que, preso, o custodiado apenas conseguirá realizar o pagamento por intermédio de terceiros, de modo que não possuindo parentes ou conhecidos próximos e dispostos a auxiliá-lo, permanecerá recluso indevidamente e por tempo indefinido.

Ademais, a vulnerabilidade social potencializa essa barreira, pois não raras vezes são trabalhadores autônomos que dependem do labor diário para auferir a renda ou que não possuem pronta e fácil disponibilidade financeira. Até conseguir comprovar a hipossuficiência, será mantido preso, sem olvidar que a comprovação por meio documental dependeria da liberdade do agente para permiti-lo reunir a documentação pertinente (CTPS, declaração do empregador ou tomador de serviço, dentre outros). Assim, muitos são os obstáculos a revelar a incorreção dessa prática.

Sugestão de operacionalização:

Diante do problema apresentado, sugere-se a operacionalização da súmula com as seguintes atividades, sem prejuízo de outros caminhos: (a) dialogar com os juízes criminais para o debate das dificuldades práticas em se efetuar o depósito da fiança ou comprovar a hipossuficiência financeira caso mantida a prisão, apresentando também a fundamentação teórica sobre o assunto no intuito de estreitar os laços institucionais e construir dialeticamente o entendimento defendido; (b) pedir por ocasião da audiência de custódia, a imediata soltura do preso caso concedida a liberdade provisória, ainda que aplicada a medida cautelar de fiança, expondo as razões do verbete sumular que fundamentam o pedido; (c) impetrar habeas corpus em caso de indeferimento por parte do magistrado.

TESE INSTITUCIONAL 04

A Defensoria Pública não pode ser destituída em processos judiciais dentro de sua atuação institucional em virtude de óbices de caráter pessoal do Membro.

Bruno de Almeida Passadore¹

Fundamentação Fática:

No presente estudo, abordaremos a situação na qual magistrado afasta a atuação institucional da Defensoria Pública, em que pese tal se dar dentro de suas atribuições institucionais.

Como exemplo concreto analisaremos o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 49.902/PR julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 26 de maio do corrente

¹ Defensor Público do Estado do Paraná.

ano. Em tal caso, juiz federal da 4ª região considerou acusado representado pela Defensoria Pública da União (DPU) em processo-crime indefeso, afastando a atuação defensorial e, por consequência, tendo sido nomeado defensor *ad hoc* para promover aludida defesa.

Entendeu-se, sucintamente, que a resposta à acusação apresentada pela DPU em poucas linhas significaria reduzir o réu ao estado de indefeso, já que supostamente não teria sido apresentada nenhuma tese defensiva apta a ilidir a culpa do imputado. Frisou-se, ainda, que o Código de Processo Penal exigiria do membro da Defensoria Pública a apresentação de manifestação sempre fundamentada².

De pronto, sublinhamos nossa concordância com a tese de que cabe ao defensor público escolher a melhor estratégia jurídica para a defesa de seu representado e que recorrentemente o momento processual mais oportuno para a apresentação das teses defensivas mais robustas se dará na fase de alegações finais³. Por outro lado, consideramos que este argumento se limita à seara correcional – no sentido de demonstrar a ausência de falta administrativa por parte do defensor público - porém irrelevante para a análise do caso pelo STJ tendo em vista que seria juridicamente impossível a desconstituição da Defensoria Pública em referido caso com a consequente nomeação de advogado dativo para atuar no feito, como se verá a seguir.

Fundamentação jurídica:

Da impossibilidade jurídica de desconstituição da defensoria pública e nomeação de advogado dativo em atividade institucional da Defensoria Pública.

Acerca da questão, convém diferencial a atividade institucional da Defensoria Pública e o exercício profissional dos membros da instituição, sendo certo que, em alguns casos, estaremos diante de intervenção defensorial necessária, porém com a impossibilidade de atuação de um defensor público especificamente determinado. Pois bem.

Ao lidar com a atuação do Ministério Público – cujo raciocínio mostra-se plenamente aplicável à Defensoria Pública – é absolutamente natural a percepção de que a lei/Constituição atribui determinada atividade ao órgão ministerial, como, por exemplo, a acusação pública. Há, neste aspecto, o interesse objetivo da instituição em determinado fim, não havendo, por outro lado, comprometimento do necessário desinteresse subjetivo do agente responsável pela atividade do órgão⁴.

Aliás, veja-se que apesar do comprometimento objetivo, viável a arguição de impedimento e/ou suspeição do membro do Ministério Público, como bem estabelece o art. 104⁵ e 258⁶ da lei processual penal, sendo, inclusive, dever funcional do membro do órgão ministerial declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso, como estabelece o art. 43, VII, da L. 8.625/93⁷ (Lei Orgânica do Ministério Público). Sobre a questão, esclarece CABRAL:

O Ministério Público e a Administração Pública, pelo fato de agirem em prol de um interesse público material (ainda que um interesse geral, público), têm suas atuações pautadas por interesse objetivo e desinteresse subjetivo, porque, apesar de imparcialidade, falta-lhe imparcialidade. Objetivamente, por vezes, atuam em favor de um interesse por uma determinação normativa que é atribuída à função destes órgãos. Mas isso, frisa-se, não implica necessariamente em comprometimento de sua imparcialidade [...]⁸

2 Conforme o parágrafo único do art. 261 do CPP, o qual dispõe: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

3 Neste sentido: QUANDT, Gustavo de Oliveira, Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação. Publicado em 20/11/2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado-apresentar-resposta-substancialacusacao>, acessado em 30/07/2017.

4 CABRAL, Antônio do Passo, Imparcialidade e Imparzialità. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal in Revista de Processo, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, ano 32, vol. 149 (jul/2007), p. 351.

5 “Art. 104. Se for argüida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.”

6 “Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes.”

7 “Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”

8 CABRAL, Imparcialidade e Imparzialità [...], op. cit, p. 351 – grifos adicionados.

Assim, como frisa o autor, apesar de imparcial, o promotor de justiça/procurador da república carece de imparcialidade, algo que se mostra necessário à atividade jurisdicional. Quer-se dizer com isto que a qualidade de parte é, em determinadas circunstâncias, característica inarredável da própria divisão de competências dentro e fora do processo, muito embora isto não prejudique a imperiosa imparcialidade do agente atuante, como corolário do princípio da impessoalidade.

Denota-se, portanto, que a divisão funcional se relaciona a uma aptidão extrínseca, e referente às atribuições distribuídas a cada um dos sujeitos processuais envolvidos, ainda que não o seja na qualidade de parte, como é o caso da Defensoria Pública, órgão que em muitos casos atua como representante processual de determinado litigante. Tal situação é, a toda vidência, distinta da avaliação acerca da capacidade ou imparcialidade do agente que exerce as funções atribuídas a determinado órgão. Trata-se aqui de qualidades intrínsecas, pessoais, e inerentes aos agentes⁹.

Assim, caso em determinada localidade haja atividade defensorial em prol da população vulnerável em casos criminais nos quais o acusado não tenha defesa técnica constituída, cabe à Instituição a referida atuação. E exclusivamente a ela. Afinal, tendo em vista a escolha pelo constituinte do modelo público de assistência jurídica, torna-se claro, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), que a “*atuação da Defensoria Pública [...] não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc*”¹⁰.

Nesta situação, não haverá ausência de imparcialidade ou incapacidade da Instituição, porém, não se nega que isto será possível em relação ao membro da Defensoria Pública individualmente considerado, o qual, tal qual os membros do Ministério Público, podem ser suspeitos ou impedidos de atuar em um caso concreto.

Esta situação se mostra clara quando há atuação defensorial em prol de ambos os litigantes, situação não rara na seara de família. Em tais hipóteses é plenamente viável a atuação da Defensoria Pública nos interesses do autor e do réu concomitantemente, havendo, por outro lado, a garantia conferida ao usuário do órgão de atuação de membros distintos, dado o claro impedimento de um mesmo defensor público que atua nos interesses do autor, também atuar em favor do réu¹¹.

Assim, não se ignora, por expressa previsão legal (art. 497, V, do CPP)¹², bem como por iterativa jurisprudência¹³, ser possível o controle judicial acerca da (falta de) qualidade da defesa de acusados em processos criminais. Estas questões, por outro lado, envolvem eventual incapacidade do profissional responsável pela defesa técnica do acusado, seja ele um advogado particular, dativo ou defensor público.

Tal qual em situação de imparcialidade de magistrado ou de membro do Ministério Público, a situação pessoal do agente da Defensoria Pública não se dirige à Instituição. Com efeito, se determinado magistrado, por qualquer razão, não deve atuar em determinado processo, esta circunstância não torna o Poder Judiciário incompetente para prestar a jurisdição na causa. Se

9 Ibidem, p. 347.

10 STF, HC n. 121.682/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/11/2014.

11 Veja, por exemplo o art. 4-A, V, da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública): “Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [...] V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções.” E, igualmente, o dever do membro da Defensoria Pública, tal qual do Ministério Público, de declarar-se suspeito ou impedido quando o caso: “Art. 129. São deveres dos membros da Defensoria Pública dos Estados: [...] VI – declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”

12 “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; [...]”

13 Por todos: “A colidência de teses defensivas é apenas invocável, como causa nullitatis, nas hipóteses em que, comprovado o efetivo prejuízo aos direitos dos réus, a defesa destes vem a ser confiada a um só defensor dativo, eis que – consoante adverte a jurisprudência do STF – ‘Não se configura a nulidade, se o defensor único foi livremente constituído pelos próprios acusados’ (RTJ 58/858 – RTJ 59/360 – 69/52 – RTJ 88/481 – RTJ 110/95). A indisponibilidade do direito de defesa – que traduz prerrogativa jurídica de extração constitucional – impõe ao magistrado processante o dever de velar, incondicionalmente, pelo respeito efetivo a essa importante garantia processual, cabendo-lhe, inclusive, proclamar o réu indefeso, mesmo naquelas hipóteses em que a ausência de defesa técnica resulte do conteúdo nulo de peça produzida por advogado constituído pelo próprio acusado.” (STF, HC 70.600/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/04/1994, Primeira Turma, DJe de 21/08/2009).

determinado promotor de justiça está em situação de suspeição, permanece necessária a atuação do Ministério Público, caso o processo verse sobre uma das hipóteses de intervenção obrigatória. Do mesmo modo, portanto, ocorre em relação a qualquer circunstância que exija ou recomende a não atuação de um defensor público específico em determinada causa, quando, então, ele deverá ser substituído por outro agente que atue na causa apresentando a Instituição.

Isto posto e considerando, ademais, o teor do art. 134 da CF, mormente em seu parágrafo segundo¹⁴, a Defensoria Pública é configurada como um órgão constitucional autônomo, ou seja, não se submete em termos funcionais ou administrativos a nenhum outro órgão ou poder no que se refere à prestação de seus serviços¹⁵, cabendo-lhe, portanto, planejar os caminhos que devem ser percorridos para que alcance seu mister constitucional¹⁶.

Ademais, a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal 80/94) rechaça a figura do defensor público de encomenda, estabelecendo-se intenso controle ao poder de designação de membros da instituição para atuação em casos específicos. Com isso garante-se a independência funcional de seus membros e, ao proibir interferências casuísticas na sua atividade, protege-se o jurisdicionado e a sociedade contra interesses escusos que possam advir de escolhas arbitrárias de defensores públicos ou profissionais privados em substituição por déficit estrutural da instituição¹⁷. Por esta, razão, cria-se, como direito dos usuários do serviço da Instituição, a necessidade de patrocínio de seus interesses pelo defensor público natural¹⁸, e, por consequência, mostra-se absolutamente nulo o processo em que ocorra nomeação de advogado dativo em localidades nas quais exista Defensoria Pública organizada¹⁹.

Portanto, não se mostra estranho que o Conselho da Justiça Federal tenha definido, através da Resolução 305 de 2014, que não cabe a juiz federal sponte sua substituir o membro da Defensoria Pública por outro profissional do direito²⁰, sendo tal atribuição exclusiva da própria instituição.

Nesta senda, considerando de um lado a hipotética impossibilidade de atuação do

14 “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.”

15 A respeito, frisa-se o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.056, ao declarar a inconstitucionalidade de normas do Estado do Maranhão que submetiam a Defensoria Pública do aludido ente federado à estrutura administrativa do Poder Executivo, cuja ementa é a seguinte: “CONSTITUCIONAL. ARTS. 7º, VII, 16, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.559/2006, DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE INSEREM A DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO LOCAL. OFENSA AO ART. 134, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADI PROCEDENTE. I – AEC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º). II – Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. Precedentes. III – ADI julgada procedente.” (STF – ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/03/2012). Em igual sentido, tem-se a ADI 3.569, igualmente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/04/2007, em julgado relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence e que considerou inconstitucional lei estadual pernambucana que vinculava a Defensoria Pública local à Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos.

16 SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; SZEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo, Comentários à Lei da Defensoria Pública. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 40/41.

17 Em sentido próximo, porém versando sobre o tema do promotor público natural: MAZZILI, Hugo Nigro, Ministério Público. 4ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 46/49.

18 Conforme art. 4º-A, IV, da LC 80/94, segundo o qual: “Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [...] IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; [...]”

19 Neste sentido: “Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente” (STF, RHC n. 106.394/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 08/02/2013).

20 Segundo o art. 10 de referida resolução: “Art. 10. Caberá ao juiz da causa exercer o controle sobre a assistência judiciária prestada pelo advogado voluntário, advogado dativo, curador, intérprete, tradutor e perito, podendo substituí-los mediante decisão fundamentada. Parágrafo único. O caput deste artigo não se aplica ao membro da Defensoria Pública nem ao advogado constituído pelo assistido”.

membro da Defensoria Pública em um caso determinado – seja por incapacidade técnica, seja por impedimento ou suspeição - aliada a eventual atuação estruturada da Defensoria Pública em determinada localidade, temos algumas consequências necessárias por parte do Judiciário ao perceber esta situação. O magistrado apenas poderá requerer diligências interna corporis, seja através de ofício ao Defensor Público Geral, ou de representação à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, para que haja a atuação da Defensoria Pública por outro membro que não aquele impossibilitado.

Neste sentido, torna-se absolutamente equivocado posicionamento, tal qual exposto no RMS 49.902/PR acima mencionado, pelo qual o STJ entendeu que:

A providência judicial impugnada (substituição pontual [da Defensoria Pública por advogado dativo]) é, pois, perfeitamente plausível, ainda mais quando se sabe, como bem observou o acórdão recorrido, que a Defensoria Pública não detém a exclusividade do exercício de defesa daqueles que não têm meios financeiros para contratar advogado, assim como não existe direito subjetivo do acusado de ser defendido pela Defensoria Pública²¹.

Afinal, se mostra juridicamente impossível a nomeação de profissional estranho aos quadros da Defensoria Pública em caso atividade inerente e indelegável da Defensoria Pública em virtude de impossibilidade de caráter pessoal do membro da instituição.

Sugestão de operacionalização:

Como sugestão de operacionalização, deve-se entender que o membro da instituição ao se deparar com desconstituição da Defensoria Pública de suas atividades institucionais por eventual e suposta impossibilidade pessoal do defensor público, deverá: i) manejar as vias processuais para defesa, em nome próprio, de suas prerrogativas; ou, ii) também considerando o direito dos usuários da instituição ao patrocínio de seus interesses pelo defensor público natural, poderá tomar medida similar enquanto representante processual da parte.

21 STJ, RMS n. 49.902/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26/05/2017.

É inconveniente a condenação de adolescentes pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Bruno de Almeida Passadore¹
Camille Vieira de Costa²

Fundamentação Fática:

No presente estudo, nos propomos a discutir tema recorrente do dia a dia do defensor público, consistente em o que fazer em situações nas quais o membro da instituição na área de infância infracional lida com um jovem processado por ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Saindo do lugar comum, apontamos que não podemos fazer uma leitura simplista da lei aplicável à temática e da própria Constituição, sendo necessário que a interpretação da normativa nacional seja filtrada pelos tratados internacionais de direitos humanos. A partir destes, por sua vez, torna-se impossível que adolescente seja condenado pela prática em discussão, sendo certo que qualquer ligação de adolescente com idade inferior a 18 anos com entorpecentes – seja ele usuário ou comerciante – se dará sempre na qualidade de vítima.

Fundamentação jurídica:

A OIT 182 e a proteção integral do adolescente. O Brasil perpassou por diversos momentos na forma pela qual pune os seus cidadãos menores de 18 anos que venham a praticar ilícitos criminais. Até o início do século XX vigia um sistema que não diferenciava em essência a punição destes em relação aos adultos, apenas garantindo-lhes - quando muito - uma diminuição de pena³.

Por sua vez, a partir do Código de Menores de 1927 - e do Código Penal de 1940 - estabeleceu-se que os menores de 18 anos não estariam sujeitos às medidas punitivas de natureza penal direcionadas aos adultos. Neste momento temos a denominada etapa tutelar. Criou-se a figura do “menor em situação irregular”, ir entendendo-se que estes jovens cometiam eventuais ilícitos não por animus próprio, mas por circunstâncias alheias as suas vontades.

Em tese, portanto, a resposta adequada não seria uma sanção propriamente dita, mas medidas de caráter “não” sancionatório. Assim, mesmo representando um inegável avanço em relação à fase anterior, por vislumbrar o jovem como objeto de “proteção” estatal - e não como sujeito de direitos -, ainda se mantinha espaço para grandes críticas. Tomavam-se medidas sem qualquer garantia de devido processo legal, as quais se tornavam convite ao controle social, tendo por base em um ideal moralizador de justiça e de patrulha ideológica dos envolvidos. Por exemplo, autorizava-se que o juiz, mesmo quando absolvesse adolescente acusado de infração penal, poderia entregá-lo a patronatos, a tutores ou mesmo submetê-lo à liberdade vigiada.

Restava evidente um direito penal de autor, em lugar de um direito penal do fato, que não era aplicado nem mesmo para os adultos acusados dos mesmos delitos. Assim, criava-se uma categoria jurídica específica como oriunda desta fase: a do menor em oposição às crianças e adolescentes. E enquanto estes eram cuidados pelas suas famílias, aqueles eram de atribuição da Justiça de Menores, sendo o juiz antes de mais nada um bom pai de família que teria toda discricionariedade para decidir sobre “melhor” forma de correção do jovem.

1 Defensor Público do Estado do Paraná.

2 Defensora Pública do Estado do Paraná.

3 De acordo com as Ordenações Filipinas – vigente no Brasil em matéria criminal até a edição do Código Criminal do Império -, estabelecia-se a imputabilidade penal a partir dos 7 anos.

Apenas proscrevia-se a pena de morte aos menores de 17 anos e lhes garantiam certa diminuição de pena. Entre 17 e 21 anos havia um sistema de punição de jovens adultos e estes poderiam ser condenados à pena capital, dependendo de certas circunstâncias. A partir dos 21 anos, tinha-se a imputabilidade plena.

Em 1830, instituiu-se o Código Criminal do Império. Este diploma estabelecia em seu art. 10 que não haveria julgamentos de menores de 14 anos – porém, seus bens poderiam ser usados para reparação do mal causado (art. 11) - exceto se restasse comprovado que agiam com discernimento, caso em que seriam recolhidos a casas de correções pelo tempo que o juiz entendesse necessário, mas sem que pudessem exceder a idade de 17 anos nessas localidades (art. 13). Por sua vez, àqueles entre 14 aos 21 anos estabeleciam-se penas atenuadas, bem como proibiam-se a pena de galés aos criminosos com menos de 21 anos (art. 45, §2º).

Esta situação que não se alterou substancialmente durante a vigência da legislação menorista de 1979 e apenas veio a sofrer intensa mudança a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual inaugurou a fase denominada garantista. Alterou-se a situação irregular do menor pela proteção integral e, principalmente após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente e da internalização da Convenção Internacional de Direitos das Crianças, incorporou-se uma série de direitos materiais e processuais para preservação dos direitos infanto-juvenis.

Reconhece-se, portanto, o jovem como sujeito de direitos, bem como autoriza-se a imposição de medidas socioeducativas aos menores de 18 anos e maiores de 12 anos. Ademais, reconhece-se que estas, antes de serem uma medida de proteção, possuem sim uma natureza repressiva e um viés de responsabilização do adolescente pela prática delitiva (art. 1, §2º, I e III da Lei do SINASE). Assim – e de maneira diferente do que o senso comum possa sugerir -, inaugura-se finalmente um sistema de punição juvenil, bastante diferenciado em relação aos adultos e dotados de garantias peculiares.

Não por outra razão, veda-se que o adolescente tenha um tratamento mais gravoso que o do adulto, sendo as garantias a este determinadas um padrão mínimo de tratamento do jovem, algo que se percebe tanto na legislação interna, quanto em tratados internacionais. Neste sentido, além das proteções criminais hodiernas, aos adolescentes poderão ser conferidas proteções especiais. Garante-se sempre a soltura antecipada do adolescente quando vislumbrada a realização das metas definidas nos planos individuais de atendimento; prevê-se a excepcionalidade da utilização de medidas restritivas de liberdade e necessidade de justificativa para tanto; tem-se a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal para além das hipóteses previstas na L. 9.099, ante uma ampla gama de situações nas quais o Ministério Público poderá conceder remissão ao adolescente, como forma de exclusão do processo¹²; fixa-se prazo máximo para internação provisória; etc.

Estas garantias, por evidente, não são decorrentes apenas da legislação interna, mas igualmente, de tratados internacionais. Neste aspecto, por exemplo, torna-se claro que apesar de o ECA prever que o adolescente privado de sua liberdade deva ser levado à presença de membro do Ministério Público (art. 174 e 175), o Pacto de San José (art. 7.5) garante não só ao adulto, mas a qualquer pessoa – incluindo, portanto, o adolescente – o direito a ser levado e ouvido por autoridade judiciária sem demora. Assim, estabelece-se não só aos adultos, mas igualmente aos menores de 18 ceifados de seu direito ambulatorial a garantia à audiência de custódia, como já afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Interessante sobre a temática, tem-se a Convenção 182 da OIT – internalizada no Brasil pelo Decreto 3.597/2000. Esta convenção versa sobre as piores formas de trabalho infanto-juvenil, sendo dever estatal tomar medidas para eliminá-los de forma prioritária (art. 6º). Ademais, reconhece-se que uma das principais causas destas práticas é a pobreza e sua eliminação perpassa pelo necessário desenvolvimento social dos estados-signatários (preâmbulo).

Entre as piores formas de trabalho de jovens, referida convenção destaca: a escravidão e as práticas análogas; o recrutamento forçado em conflitos armados; a prostituição infantil e atuações pornográficas; e a produção e tráfico de drogas (art. 3º). Ainda, cabe aos estados-signatários adotar medidas eficazes para impedir a utilização de crianças nessas práticas e prestar assistência e reabilitação dos jovens nestas condições (art. 7.2).

A pobreza, portanto, não é vista apenas como causa das piores formas de trabalho infantil, mas como obstáculo à efetivação dos Direitos Humanos como um todo, sendo necessária a tomada de medidas pela comunidade internacional no sentido de combatê-la.

Em outras palavras, há o dever estatal de proteção das crianças nestas condições, punindo-se aqueles que usam a força de trabalho infantil em referidas situações. Ou seja, segundo a normativa internacional em comento, as crianças e adolescentes utilizadas pelo tráfico de drogas são sempre vítimas dessa prática. Por outro lado, caso admitamos a punição de jovens nestas circunstâncias o adolescente seria paradoxalmente vítima e autor da conduta delitiva, não restando alternativa, exceto afastar a culpabilidade do adolescente nestas circunstâncias.

Conclui-se, portanto, que a Convenção OIT 182 além de implicar um dever estatal de ação, no sentido de retirar os jovens de trabalho nestas condições, mostra-se, igualmente, como um critério de abstenção estatal. Proíbe-se que este venha adotar medidas punitivas contra jovens nestas circunstâncias. Em outras palavras, cria-se uma garantia para adolescente, diversa da existente para adultos. Aqueles, por serem sempre vítimas do tráfico de drogas, jamais poderão ser punidos por atos infracionais análogos ao tráfico, sob pena de violação de aludido tratado de direitos humanos.